

## LES FONDEMENTS HISTORIQUES DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

---

L'existence en France d'un droit administratif est généralement présentée comme une conséquence de la proclamation, par l'Assemblée nationale constituante, du principe de la séparation des pouvoirs. L'application de ce principe aurait entraîné la création d'une juridiction administrative, qui aurait élaboré un droit spécial, détaché du droit privé et faisant bénéficier l'Administration d'un ensemble de privilèges.

Cette conception s'avère extrêmement restrictive. Le droit administratif français est en réalité le produit d'une longue histoire, qui remonte au Moyen Âge, et dont il importe de dégager les fondements, de retracer les grandes lignes. Non par simple scrupule d'historien, mais pour rendre à ce droit, avec son ancienneté, son autonomie de principe par rapport au droit privé (1).

Dès l'époque médiévale, en effet, les rapports des titulaires de la puissance publique et de ceux qui se trouvaient placés sous leur autorité ont été soumis à des règles de droit. Ces règles ont précisé les conditions d'exercice des pouvoirs dont disposaient les seigneurs, le roi et ses représentants, ainsi que les autorités des communautés urbaines ou villageoises qui s'étaient émancipées. Elles se sont développées sous l'influence des droits savants — romain et canonique — et sous la pression de l'évolution des conditions de vie. Elles ont été affectées, au XVIII<sup>e</sup> siècle, par les conceptions de la philosophie des Lumières, qui accentuèrent la prise de conscience de leur spécificité. De telle sorte qu'à la fin de l'Ancien Régime, existait tout un corps de règles administratives, dont l'ampleur et la précision provoquent aisément la surprise.

---

(1) Cf. F. P. Benoît, *Le Droit administratif français*, 1968, p. 62-64, n° 86.

Présenter brièvement les fondements historiques du droit administratif français conduit donc à relever l'empreinte du régime seigneurial, à dégager l'apport des droits savants, et à montrer quel stade de développement avait atteint, à la fin de l'Ancien Régime, un corps de règles administratives dont la spécificité était de mieux en mieux perçue. Les incidences de la Révolution de 1789 sur l'évolution de ce droit peuvent alors être appréciées de façon plus nuancée.

\*  
\*\*

### L'EMPREINTE DU RÉGIME SEIGNEURIAL

Il peut paraître paradoxal de rechercher dans les institutions seigneuriales l'origine de notre droit administratif. En effet, la généralisation du régime seigneurial qui consacre l'effondrement de l'Empire carolingien semble précisément mettre fin à toute organisation administrative. Les fonctions publiques et leurs attributs deviennent objet d'appropriation privée. Les héritiers des anciens agents royaux titulaires du pouvoir de commandement, du « ban », ou les grands propriétaires fonciers qui sont parvenus à l'obtenir, exercent en leur nom et à leur profit une autorité qui procédait auparavant du monarque et dont l'usage devait en principe répondre aux exigences du « bien commun ». De la sorte, s'efface la distinction du droit public et du droit privé (2).

---

(2) G. Chevrier, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », in *Archives de philosophie du droit*, 1952, p. 22-24.

Les seigneurs n'en sont pas moins restés confrontés à des problèmes d'ordre administratif, ceux-là même que les agents royaux avaient auparavant pour tâche de résoudre : ainsi la nécessité d'assurer un minimum d'ordre, celle de protéger les habitants ou encore de préserver les moyens de leur subsistance. Par ailleurs, ils disposent de la même autorité que leur confère la détention du pouvoir de commander et de juger les hommes soumis à leur ban, à leur juridiction. Cette autorité se manifeste selon des modalités diverses, à la fois dérivées des attributs de la puissance publique de l'époque franque et adaptées aux conditions socio-économiques nouvelles.

Or, ce sont les divers éléments de cette autorité, dont l'arbitraire tend à s'atténuer, qui vont être ensuite concédés, par des chartes ou par des statuts, aux responsables des communautés territoriales qui s'émancipent et se voient reconnaître le droit de s'administrer elles-mêmes sous la forme de communes ou de consulats. Parallèlement à ce transfert, le bénéfice de ces pouvoirs se maintiendra au profit des organes qui constitueront l'Administration royale. Ainsi, devenues des attributions des autorités municipales comme des agents du pouvoir central, les prérogatives seigneuriales persisteront dans le droit de l'Administration.

\*  
\*\*

#### Quelles étaient ces prérogatives ?

Certaines s'imposaient, de façon plus ou moins rigoureuse, à l'ensemble des sujets. Le maître disposait d'abord du pouvoir d'exiger la prestation de certains services. Il imposait l'accomplissement de corvées répondant à des besoins collectifs, comme l'entretien des chemins, le nettoyage ou le pavage des rues, le curage des cours d'eau. Il astreignait roturiers et même serfs au service armé. Il pouvait également se faire héberger et nourrir, ainsi que son entourage.

Le seigneur pouvait également s'emparer, en vertu de son droit de prises, des vivres, des animaux, du bois, des objets ou des instruments susceptibles de servir à sa subsistance, à son usage, à ses déplacements ou à ceux de ses représentants. Cette faculté fut la source d'innombrables abus, au point que de nombreux documents imposèrent aux seigneurs et à leurs agents de payer le prix de ce qu'ils réquisitionnaient, mais en prévoyant souvent un délai de règlement, forçant ainsi le sujet à faire crédit à son maître.

Les seigneurs dépossédaient également leurs sujets de leurs biens immobiliers, pour agrandir leurs châteaux, construire des forteresses à l'intérieur des enceintes des cités, établir des étangs ou redresser des chemins. En général, ils devaient dédommager les victimes de ces expropriations, notamment en procédant à un échange de terres.

L'établissement d'impositions permettait encore aux seigneurs de s'approprier les biens de leurs dépendants. La principale taxe personnelle, la taille, pesa fortement sur les contribuables, avant de perdre son caractère arbitraire et d'être abonnée.

Leur pouvoir de commandement — leur ban — permettait également aux seigneurs de réglementer les activités de leurs sujets. D'abord, toutes les tâches de la vie agricole, ainsi que l'usage des espaces boisés dont ils gardaient la maîtrise. Ensuite, les activités d'échange. Les seigneurs autorisaient et surveillaient la vente des denrées agricoles et des produits artisanaux, dont ils permettaient la fabrication selon certains procédés. Souvent, ils taxaient les prix de vente et imposaient l'usage de poids et mesures conformes aux étalons qu'ils détenaient. Ils établissaient des marchés et des foires, dont ils faisaient maintenir le bon ordre par leurs agents, ce qui leur donnait, une fois de plus, la possibilité de prélever d'importantes taxes.

S'ils se montrent ainsi favorables à un développement des échanges dont ils tirent profit, les seigneurs interdisent généralement à leurs sujets, en revanche, de construire des moulins, des fours, voire des pressoirs. Ils préfèrent se réserver le monopole de ces installations, pour accroître leurs ressources. En effet, contraints de recourir au moulin, au four ou au pressoir « banal », sous peine de confiscation des denrées et d'amende, les sujets se trouvent obligés de verser, à chaque usage, une redevance dont le montant excède nettement la valeur du service rendu. Ceux-ci obtiennent cependant deux garanties. En premier lieu, l'installation banale doit être continuellement en état de fonctionner. A défaut, si elle reste hors d'usage pendant un certain délai, il leur redevient permis de porter ailleurs le grain, la pâte ou les raisins. En second lieu, toute discrimination entre les usagers est proscrite. Le meunier ou le fournier doivent servir ceux qui se présentent devant eux dans l'ordre d'arrivée, et ne pas demander — ou ne pas accepter — de gratifications particulières.

La police de la voirie incombe également aux seigneurs. Il leur appartient de protéger les chemins contre les empiétements des riverains et contre les détériorations. Ils doivent même veiller à leur entretien, puisqu'ils tirent profit des péages et tonlieux issus du *portorium* romain, et peuvent forcer leurs corvéables à procéder aux réparations. Selon certaines coutumes, ils engagent même leur responsabilité envers les marchands qui sont victimes d'un dommage alors qu'ils passent sur un chemin défectueux.

Cette police de la voirie s'étend également aux rues et aux places des villages. Elle se traduit d'abord par l'interdiction de déposer du fumier, des immondices. Elle se manifeste ensuite par la prohibition des empiétements, qui débouche sur la pratique des autorisations de construire, et sur l'obligation, imposée à celui qui veut construire ou agrandir son habitation, de respecter l'alignement sur les immeubles contigus.

Cette simple énumération suffit à montrer que le régime seigneurial est à l'origine de maintes institutions actuelles du droit administratif, comme les diverses formes de réquisition ou d'imposition, l'expropriation, l'extraction des matériaux, la police administrative, l'alignement, le permis de construire, le monopole des services publics, assorti du paiement d'une redevance, mais tempéré par la garantie de la continuité du service et de l'égalité de traitement des usagers... Ce sont là d'importantes prérogatives, qu'ont maintenues et développées les administrations municipales et royales jusqu'à la Révolution de 1789, de ces prérogatives dont le professeur de Laubadère relevait qu'« elles contrastaient totalement avec les techniques du droit privé » (3).

Un autre phénomène mérite également d'être mis en lumière, car sa portée a été, elle aussi, considérable : les contestations auxquelles donnait lieu l'exercice de ces diverses prérogatives relevaient du seigneur ou de ses représentants, qui étaient à la fois *administrateurs et juges*. La confusion de ces deux qualités ne saurait surprendre, « la justice ne pouvant jamais au Moyen Âge être séparée de l'Administration » (4). La jus-

tice se trouve d'ailleurs, dans la conception large de l'époque, « qui implique le droit et le devoir, non seulement de trancher équitablement les litiges, mais de prendre aussi toutes mesures susceptibles de faire régner l'ordre et l'équité », à la base du pouvoir des seigneurs (5). Elle permet à la fois à ceux qui l'exercent de donner des ordres à leurs sujets et de sanctionner l'application de ces ordres. Ainsi le seigneur ou ses représentants peuvent-ils sanctionner les roturiers ou les serfs qui ne se sont pas rendus à une convocation, à moins qu'ils ne jugent « raisonnable » l'excuse qui leur est présentée, ou ceux qui n'ont pas respecté les prescriptions de police. Ils connaissent également du contentieux du montant des redevances et de celui du montant des péages. Ils règlent aussi les contestations que provoque le régime juridique des banalités. Ils assurent le respect du monopole, en condamnant à l'amende et à la confiscation les sujets surpris en train de frauder. Ils font droit, en contrepartie, aux usagers qui établissent les exactions ou les manquement des préposés, et leur allouent des dédommagements. Et, comme complément normal de leur faculté de trancher les litiges qui naissent de l'exercice de leur puissance, les seigneurs disposent encore des voies d'exécution. Ils peuvent ordonner des saisies, prendre des gages et les vendre, voire même exercer la contrainte par corps. C'est là encore un facteur essentiel de la formation de notre droit administratif : si aujourd'hui encore, le contentieux administratif est dévolu à une juridiction particulière liée à l'Administration, cela tient, non pas à la séparation des pouvoirs de l'époque révolutionnaire, mais à la confusion des pouvoirs de l'époque féodale.

\*  
\*\*

A côté de ces prérogatives que les seigneurs exerçaient à l'égard de l'ensemble de leurs sujets, il convient de placer celles dont ils disposaient *vis-à-vis de leurs auxiliaires et de leurs concessionnaires*.

Leurs auxiliaires, qu'ils choisissaient librement, se trouvaient placés dans une dépendance étroite.

(3) *Traité élémentaire de droit administratif*, 1980, p. 35-36, n° 41. Voir aussi G. Vedel, *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> édit. avec la collab. de P. Delvolvé, 1981, p. 66.

(4) P. Ourliac, « La juridiction ecclésiastique au Moyen Âge », in *Mém. de la soc. pour l'hist. du droit des anc. pays bourguignons*, fasc. 34, 1977, p. 14-15.

(5) G. Sicard, « Administration et justice dans l'histoire des institutions françaises », in *Ann. de la fac. de Droit de Toulouse*, t. XI, 1963, p. 74-75.

Ils étaient susceptibles d'être à volonté suspendus ou révoqués, restant soumis au contrôle de leur maître, qui sanctionnait en outre les crimes ou les délits dont ils se rendaient coupables. En contrepartie, ils bénéficiaient d'une rémunération, et se voyaient protégés contre les insultes ou les agressions par la menace de lourdes peines, autre mesure qui persistera jusqu'à nos jours.

D'autres agents des seigneurs étaient de véritables concessionnaires, puisqu'ils prenaient leurs fonctions en fief ou à ferme. Or, le régime juridique de leurs concessions apparaît également remarquable, car il présente deux traits qui persisteront et sous-tendront le particularisme des contrats administratifs : il assure d'une part la situation éminente de l'auteur de la concession vis-à-vis de son partenaire; il fait peser, d'autre part, des effets sur ces tiers à l'acte que sont les sujets du seigneur, les administrés.

De façon générale, l'empreinte laissée par le régime seigneurial dans le droit administratif apparaît considérable. Aujourd'hui encore, les éléments les plus originaux de ce droit, ceux qui sont à l'évidence étrangers au droit commun, remontent à ces pouvoirs dont disposaient les seigneurs sur leurs sujets ou sur leurs concessionnaires, pouvoirs qui ont été transmis par la suite aux autorités municipales, en même temps que leur bénéfice se maintenait au profit des organes de l'Administration royale (6). Mais, dès l'époque médiévale, ces institutions administratives d'origine seigneuriale se sont trouvées confrontées aux notions et aux règles des droits savants, exactement comme l'ont été les règles coutumières de droit privé.

## L'APPORT DES DROITS SAVANTS

Les institutions administratives d'origine seigneuriale ont été affectées par la renaissance du droit romain, renaissance permise par la redécouverte des compilations de Justinien à la fin du

XI<sup>e</sup> siècle, et assurée par les efforts minutieux des glossateurs, puis par la dialectique des postglossateurs. Elles ont été également infléchies par le rayonnement du droit canonique, d'autant plus que l'Église avait développé une importante administration, qui pouvait servir de modèle aux principautés temporelles, et que la réflexion des canonistes a été particulièrement fructueuse, comme l'a révélé le doyen Le Bras : « La véritable nouveauté fut la construction, entre le XII<sup>e</sup> et le XV<sup>e</sup> siècle, d'une doctrine savante. Pour la première fois, l'Occident eut un ensemble de gloses, de questions, de monographies, de synthèses sur les problèmes d'une administration publique : personne juridique, domaine, tutelle, services publics, polices, presque tous les chapitres d'un traité de droit administratif sont esquissés. » (7)

L'apport des droits savants s'est donc avéré éminemment positif, et son ampleur tient au fait qu'il s'est exercé sous deux formes complémentaires, qui doivent être analysées successivement. D'une part, les droits savants ont fourni un cadre conceptuel d'ordre général; d'autre part, ils ont suscité une multitude de progrès, de raffinements d'ordre technique. Mais il convient aussi de constater que le recours aux dispositions savantes a eu pour effet, de façon négative pourrait-on dire, d'altérer l'exercice de certaines prérogatives de puissance publique, de même que, dans les matières de droit privé, les règles coutumières ont été à la fois enrichies et altérées par la réception des dispositions du droit romain (8).

\*  
\*\*

Romanistes et canonistes se sont servis de différents **concepts fondamentaux**, aux applications multiples, tels ceux de « commun profit », d'*universitas*, c'est-à-dire de personne morale, de

(6) J.-L. Mestre, « Les racines seigneuriales du droit administratif français », in *Annuaire européen d'administration publique*, dir. par Ch. Debbasch, vol. IV, 1981, p. 783-799; « Les origines seigneuriales de l'expropriation », in *Rec. de mém. et trav. de la Soc. d'hist. du droit et des instit. des anc. pays de droit écrit*, fasc. IX, 1980, p. 71-79; « Les étapes et les objectifs du droit forestier (du Moyen Âge au Code forestier de 1827) », in *AJDA*, 1979, n° 5, p. 4-10.

(7) « Les origines canoniques du droit administratif », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, 1956, p. 395-412. Voir aussi P. Legendre, « Histoire de la pensée administrative », in *Traité de science administrative*, 1966, p. 19-22 et « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », in *Rev. hist. de dr. franç. et étr.*, 1974, p. 701-705.

(8) J.-L. Mestre, « La contribution des droits romain et canonique à l'élaboration du droit administratif », in *Annuaire européen d'administration publique*, dir. par Ch. Debbasch, vol. V, 1982 (à paraître).

fisc ou d'office. Ils ont également admis certaines assimilations de principe, comme celles des cités à la République romaine et aux mineurs.

Concept primordial, celui de « commun profit ». Il exprime la notion romaine d'*utilitas publica*, qui jouissait d'une grande faveur dans le droit canonique. En matière administrative, ce concept sert à définir la mission des administrateurs, spécialement de ceux qui sont à la tête des villes de consulat et de commune. Consuls, maires, échevins, conseillers jurent, lors de leur entrée en fonction, de pourvoir au « commun profit » de leur cité, répondant ainsi au vœu de la population qui s'est émancipée de l'emprise seigneuriale. Et c'est cette prise en charge de l'intérêt commun qui va être invoquée pour justifier leurs prérogatives, celles qu'ils tiennent des concessions seigneuriales, comme le droit d'édicter des règlements ou de lever des impôts. Les exigences de l'utilité publique, qui l'emportent, selon les textes romains, sur les intérêts privés, vont même permettre toutes sortes de mesures, depuis les expropriations jusqu'à l'enfermement des pestiférés (9).

Cette notion de « commun profit » se répand tellement qu'elle en vient, non seulement à imprégner l'Administration royale, ce qui ne saurait surprendre puisque le roi doit assurer en principe le bien commun du royaume, mais encore les administrations seigneuriales elles-mêmes. La satisfaction de l'intérêt général devient la finalité de l'action de tous les administrateurs et le fondement des prérogatives dont ils disposent.

Autre concept fondamental, celui d'*universitas*, dont les juristes romains se servaient pour qualifier des collectivités d'êtres humains comme l'État, les cités, les collèges, « qui constituaient des groupes ayant une existence et une activité indépendante de celles des individus qui les composent ». Les canonistes et les romanistes élaborent sur sa base une véritable théorie de la per-

sonnalité morale, dont ils font profiter les villes de commune et de consulat (10).

Troisième concept chargé d'avenir, celui du fisc. Le *fiscus* romain, le trésor impérial, bénéficiait de nombreux et importants privilèges, que reprennent les juristes médiévaux au profit des trésors royaux, voire seigneuriaux. Jean Le Coq en énumère trente et un, précisant parfois qu'ils contreviennent au *jus commune*, comme la constitution d'une hypothèque tacite sur les biens du cocontractant (11).

Le concept d'*officium*, d'office, légué lui aussi par les juristes et les philosophes antiques, est également repris au Moyen Âge, notamment par les canonistes. Saint Thomas le définit avec précision : « *Officium* désigne la situation que constitue une fonction imposant un certain régime d'actes publics » (12). A maintes reprises, on le trouve pour désigner la fonction des administrateurs. Ainsi, les consuls de diverses cités s'engagent, dans leur serment d'entrée en fonction, à « exercer leur office bien et légalement ».

A ces notions fondamentales, viennent s'ajouter quelques *assimilations de base*, dont les effets rejaillissent dans des domaines variés.

D'abord, l'assimilation des collectivités urbaines émancipées à la République romaine, par l'intermédiaire du concept de *civitas*, de cité. Elle ne s'effectua pas sans difficultés, certains textes du *Digeste* rapprochant au contraire les *civitates* des personnes privées. Mais elle finit par être très largement admise par les auteurs, qui retrouvaient les prérogatives des magistrats romains dans les mains des autorités municipales : à la fois la législation et la juridiction. Et le qualificatif de « république » pour qualifier les collectivités émancipées se répandit dans les documents officiels.

(9) Des exemples révélateurs sont fournis par A. Rigaudière, *Saint-Flour, ville d'Auvergne au Bas Moyen Âge. Étude d'histoire administrative et financières*, PUF, 1982, p. 511, 521-527. L'ouvrage d'U. Nicolini montre avec précision le rôle de la notion d'*utilitas publica* en matière d'expropriation, et, de façon plus générale, pour ce qui a trait à la validité des actes administratifs, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità, pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano*, t. XIV, 1952.

(10) P. Michaud-Quantin, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*, coll. « L'Église et l'État au Moyen Âge », t. XIII, 1970.

(11) M. Boulet-Sautel, *Questiones Johannis Galli*, 1944, p. 461-465. L'expression *jus commune* doit être entendue au sens de « droit applicable à tous », et non au sens de « droit public », sens qui était courant à une époque où l'on traduisait *publicus* par « commun » (P. Petot, « Le droit commun en France selon les Coutumiers », in *Rev. hist. de dr. franç. et étr.*, 1960, p. 412-429).

(12) M. D. Chenu, « *Officium*. Théologiens et Canonistes », in *Études... Le Bras*, 1965, t. II, p. 835-839.

Cette assimilation prestigieuse en permit une seconde : celle des cités aux mineurs. Une constitution de Dioclétien et de Maximien reconnaissait en effet à la République la faculté d'user des droits des mineurs, notamment de la *restitutio in integrum*, grâce à laquelle un mineur lésé par un acte pouvait obtenir du prêteur la remise en l'état. Un rescrit d'Alexandre Sévère accordait aussi à la République le bénéfice de la procédure extraordinaire, comme au pupille. La plupart des glossateurs transposèrent ces privilèges de minorité de la République romaine aux cités, et Beaumanoir revint sur ce thème, en affirmant que les villes de commune, souvent dirigées par des oligarchies cupides, avaient besoin d'être protégées comme « l'enfant sousaagié » et en préconisant l'engagement de la responsabilité des administrateurs municipaux envers la cité, comme des tuteurs envers leurs pupilles. Quant à l'octroi du bénéfice de la rescision pour lésion, il fut accordé aussi bien au roi qu'aux administrations municipales. Par ailleurs l'assimilation des cités aux mineurs fournira une justification séduisante aux légistes favorables à l'établissement de la tutelle royale sur les villes autonomes, tutelle dont certaines manifestations seront liées aux perfectionnements techniques qu'ont permis les droits savants.

\*  
\*\*

Ces perfectionnements techniques se sont produits pratiquement dans tous les domaines du droit de l'Administration. A tel point qu'il est simplement possible d'en mentionner ici quelques-uns, parmi ceux qui persistent à l'évidence à l'époque contemporaine.

Tel est le cas de la *responsabilité des communes en cas d'émeutes*, qui recouvre la pratique fort répandue des sanctions collectives. Elle souleva maintes controverses avant d'être communément admise. En effet, il paraissait *a priori* difficilement admissible qu'un délit puisse être commis par une personne morale, être de pure fiction. Mais un fragment d'Ulpian au *Digeste* assurait que les collectivités étaient en mesure de susciter la crainte, ce qui constituait bien un délit sanctionné par le prêteur. Sur la base de ce texte, Odofred et Azon affirmèrent qu'une collectivité pouvait se rendre coupable de menées violentes, à condition que celles-ci aient été décidées par une assemblée municipale régulièrement tenue.

L'exigence de cette condition permit d'ailleurs aux professeurs de Toulouse d'écarter, en 1289, la responsabilité de la ville de Limoux lorsque celle-ci fut mise en cause à la suite des voies de fait commises par plus de quatre mille de ses habitants dans une forêt seigneuriale. Par suite, Bartole étendit le champ d'application de cette responsabilité, en admettant que les cités puissent aussi commettre des délits d'omission, ce qui permit de leur imputer les conséquences des révoltes qu'elles n'avaient pas empêchées. De la sorte se dégagèrent les deux fondements de la responsabilité des communes en cas d'émeutes : la culpabilité directe de la population, ou sa complicité passive.

L'analyse de la nature juridique des biens des cités sera également promise à un grand avenir, dans la mesure où elle conduira à la distinction du domaine public et du domaine privé.

C'est Accurse qui semble avoir été le premier à opposer, au sein des biens relevant des cités, les théâtres et les stades, soumis à l'usage public, aux moulins qui font partie du patrimoine municipal, et sont possédés comme les biens des particuliers. Incontestablement, cette distinction procède d'un fragment de Pomponius au *Digeste*, qui cite parmi les choses qui ne peuvent faire l'objet d'une vente, certaines choses publiques, celles qui ne font pas partie de la fortune du peuple, mais sont destinées à l'usage public. Elle présente l'avantage de limiter la portée de la règle de l'inaliénabilité des *res publicae* aux seules choses affectées à l'usage public. Aussi est-elle reprise par les professeurs de Toulouse, dont l'un d'eux, Arnaud Arpadelle, en précise les conséquences sur le plan de la procédure. Par la suite, Bartole retiendra, lui aussi, cette distinction. Il parlera même de « lieux privés » pour désigner ceux qui ne sont pas affectés à l'usage public, et fera preuve, une fois de plus, de la subtilité de son raisonnement. Il assure que les autorités d'une cité peuvent vendre une place publique, à condition d'avoir adopté auparavant un statut ayant transformé celle-ci en un lieu privé. Il va même jusqu'à penser qu'en l'absence d'un tel statut, l'acte de vente pourrait consacrer le changement de nature de l'endroit, car un contrat conclu par un organe qui peut légiférer a force de loi. Bartole préconise donc la solution que le Conseil d'État retiendra dans la décision *Agier* du 5 mai 1922. Il semble cependant que, sur ce dernier point, son raisonnement ait soulevé des réserves dont Coepolla se fera l'interprète. En tout cas, la distinction entre

les biens affectés à l'usage public, inaliénables et imprescriptibles, et ceux possédés par les cités à titre de patrimoine privé, sera ensuite reprise par des auteurs aussi éminents que Cujas, d'Argentré, Loyseau, Domat et Dunod.

\*  
\*\*

Une autre manifestation de l'apport des droits savants mérite quelques développements : c'est l'apparition d'un contentieux de l'annulation des actes administratifs.

Cette apparition se rattache à l'un des perfectionnements d'ordre procédural que suscitent les droits savants : l'admission d'un appel à l'encontre de la décision prise par le juge. En effet, la confusion de la justice et l'Administration va ouvrir cette voie de recours au-delà du domaine judiciaire strictement entendu. Il va être permis d'interjeter appel des mesures de nature administrative que prennent les agents seigneuriaux ou royaux, voire les seigneurs eux-mêmes, comme des décisions des organes municipaux, des règlements édictés par les conseils délibérants ainsi que des choix opérés par les instances électorales, choix qui suscitent d'ailleurs de nombreuses contestations.

Or, ces appels ont pour effet d'entraîner l'annulation de la décision contestée. Il en est ainsi en matière électorale. L'appel provoque, s'il est fondé, la cassation de l'élection : c'est la simple transposition des règles du droit canonique. Et les appels interjetés à l'encontre des autres actes administratifs sont de même nature : ils ont bien pour objet l'annulation de la mesure contestée. Ce fait ne saurait étonner, la notion d'appel étant resté imprécise au Moyen Âge. D'ailleurs, le célèbre « appel comme d'abus » s'analyse strictement comme « recours en cassation ».

Le recours en annulation que constitue de la sorte l'« appel » des textes médiévaux peut se fonder sur différents moyens.

Sur l'incompétence, tout d'abord. « Le vice de l'élection » peut être constitué par le fait qu'elle n'émane pas de l'organe qui aurait dû y procéder. Le *Livre de Justice et de Plet* rapporte l'annulation, pour cette raison, de l'élection d'un maire de La Rochelle. Et le même grief rend invalides les délibérations des autorités municipales. Le Parle-

ment de Toulouse annule, par exemple, la levée d'un impôt ordonnée par un conseil de quarante membres, au lieu et place du *parlamentum* réunissant tous les chefs de famille de la cité.

Un second moyen d'annulation est constitué par le vice de forme. Une élection doit être cassée si l'on n'a pas respecté, toujours selon le *Livre de Justice et de Plet*, « l'en droite forme d'eslire ». Là encore, sont transposées les règles du droit canonique, dont la minutie était remarquable : le *Tractatus de electionibus* de Guillaume de Mandagout énumérait une série de dispositions de forme, qui devaient être respectées à peine de nullité, car elles régissaient la fixation de la date de l'élection et le choix du mode de scrutin, exigeaient la convocation de tous les électeurs, l'obtention du *quorum*, la liberté du choix, et déterminaient la proclamation des résultats.

Nombreux apparaissent les recours fondés sur la violation de telles règles de forme. Par exemple, en ce qui concerne la fixation de la date de l'élection, qui ne doit pas avoir lieu de façon précipitée, le *Livre de Justice et de Plet* rapporte que l'élection d'un maire de Saint-Quentin aurait été cassée, pour avoir été fixée avant même que le maire en fonction ait succombé à la maladie, et pour avoir eu lieu avant son enterrement ! De même, le Parlement de Paris annule l'élection des consuls d'Aurillac à laquelle il a été procédé en 1257, parce qu'elle a eu lieu avant la fin du mandat des consuls en charge, contrairement aux coutumes de la cité. L'obligation de convoquer tous les électeurs est également sanctionnée de façon rigoureuse. Le fait de n'avoir pas appelé un seul d'entre eux provoque la « cassation et annulation » de l'élection d'un consul d'Agde en 1336.

L'irrespect des formes prévues peut aussi vicier les délibérations des organes municipaux. Bartole note que tous les membres du conseil doivent être convoqués, et que les consentements doivent être exprimés simultanément; il ne suffit pas qu'ils aient été recueillis séparément auprès des différents conseillers. Les juridictions retiennent précisément de tels griefs. Le Parlement de Toulouse se montre rigoureux dans l'appréciation des vices de forme, invalidant des délibérations prises en l'absence du plus proche officier royal.

Troisième grief qui entache la validité d'une élection, le fait qu'elle n'ait pas été acquise pour son « but », qui « doit être le bien », c'est-à-dire qu'elle ait été inspirée par l'amitié ou l'intérêt

personnel, ou affectée par un ressentiment d'ordre privé. Le même défaut peut vicier une délibération municipale. Bartole estime qu'il est possible de faire annuler une mesure prise par hostilité envers une personne, même si cette mesure a été habilement rédigée en des termes généraux. Son opinion est reprise par Balde et par Jason de Mayno, qui développe l'exemple d'un statut édicté par la ville de Spolète. Ce statut faisait payer une redevance aux habitants qui passaient par les portes de la ville, avec des graines à moudre, sauf lorsqu'ils les portaient aux moulins municipaux. Évidemment, la mesure visait à détourner les habitants des moulins de l'évêque, eux aussi situés en dehors de l'enceinte de la cité. Jason précise cependant qu'un statut peut être édicté valablement à l'encontre de personnes particulières, ou en leur faveur, lorsqu'il l'est *ex causa*, en vue de l'utilité publique. Son opinion est partagée par Scaccia dans son *Tractatus de appellationibus*, et accompagnée d'un exemple, celui de mesures prises contre certaines personnes pour procéder à la réformation de la cité. Cette précision clôt de longs et subtils développements sur ce thème, qui sera également traité par Dumoulin, et enrichi des exemples fournis par la jurisprudence.

En dernier lieu, une élection à laquelle ont procédé les instances municipales peut être cassée, comme une élection canonique, pour « vice dans la personne de l'élu ». Il en est ainsi dès lors que celui qui a été choisi ne remplit pas les conditions d'éligibilité. Par exemple, lorsqu'il n'est pas membre de la cité qui l'a élu comme maire. Et l'illégalité d'une délibération municipale peut également être invoquée pour obtenir son annulation. C'est souvent le cas en matière fiscale, les contribuables contestant la licéité de la décision qui les assujettit au paiement d'une redevance.

Incontestablement, l'existence d'un tel recours en annulation constitue un progrès considérable pour les administrés. Ce recours leur permet d'obtenir la sanction de leurs droits et contribue à les faire échapper à l'arbitraire des titulaires de la puissance publique.

De façon générale, la pénétration des droits savants a eu pour résultat d'améliorer la situation des sujets des seigneurs et du roi, comme celle des habitants des villes émancipées. Certes, il est difficile d'apprécier l'écart qui devait séparer les affirmations de principe de la pratique quotidienne, et on peut transposer *a priori* aux institu-

tions administratives ce jugement porté sur les institutions judiciaires : elles étaient « bien supérieures, en somme, à l'usage qu'on en faisait ordinairement », « aux mœurs qui les animaient » (13). Il n'en reste pas moins que l'exercice des pouvoirs d'ordre administratif s'insère désormais dans un cadre juridique élaboré, dont la violation peut justifier des revendications. En outre, le phénomène est général. Il ne concerne pas seulement les administrations municipales et royales. Il affecte également l'autorité seigneuriale, qu'il conduit à s'exercer de plus en plus pour le « commun profit ». L'apport des droits savants a donc contribué, de façon éminente, à la formation d'un véritable corps de règles administratives, qui atteindra son plein développement à la fin de l'Ancien Régime, alors que sa spécificité sera de plus en plus nettement perçue.

### LE DÉVELOPPEMENT DES RÈGLES ADMINISTRATIVES ET LA PERCEPTION DE LEUR SPÉCIFICITÉ À LA FIN DE L'ANCIEN RÉGIME

À la fin de l'Ancien Régime, d'innombrables règles régissent les activités des administrations et les rapports qu'elles entretiennent avec les particuliers. Il est évidemment impossible, dans le cadre de cette présentation générale, de rentrer dans les nuances qui résultent de la multiplicité des organes administratifs et des diversités territoriales. Mais l'exemple du droit municipal provençal, tel qu'il est possible de le reconstituer à partir des pièces des procès soutenus par les communautés d'habitants (14), montre clairement quel stade de développement avait pu être atteint par le droit de l'Administration à la veille de la Révolution de 1789.

Ce droit provençal se présente évidemment comme un ensemble de règles composites, puisqu'il procède à la fois des pratiques administratives d'origine seigneuriale et de l'apport des droits savants. Mais il apparaît déjà comme un droit administratif complet, puisqu'il détermine le régime juridique des actes qui émanent des communautés et des biens dont elles disposent, qu'il

(13) H. Janeau, *Les institutions judiciaires du Dauphiné de Viennois sous la troisième race des Dauphins (1282-1349)*, thèse, Droit, Grenoble, 1943, p. 132 et 262.

(14) J.-L. Mestre, « Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence », LGDJ, *Bibl. de dr. public*, t. CXXI, 1976.

régit l'emprise qui s'exerce sur les propriétés privées et qu'il commande la mise en jeu des responsabilités des communautés et des administrateurs. De ces différents éléments, le présent développement dégagera les traits essentiels.

\*  
\*\*

Les communautés de Provence prennent des **décisions unilatérales**, sous la forme de *délibérations*. Ces délibérations sont soumises à des règles très précises qui déterminent les conditions de leur élaboration, en délimitant les compétences des différents organes municipaux, en traçant la procédure à suivre, ainsi que les modalités de leur application. Notons à cet égard qu'une délibération ne peut être révoquée que par l'organe qui l'a prise, ce qui correspond à l'actuel principe du parallélisme des compétences, et que restent irrévocables celles qui « tombent en convention », c'est-à-dire celles qui ont entraîné la conclusion d'un contrat : « Un corps ne peut, au préjudice du droit acquis à un tiers, détruire arbitrairement une première délibération » reconnaît Portalis.

La violation des diverses règles qui constituent le régime juridique de ces délibérations est sanctionnée par l'existence d'un *recours en annulation*. Ce recours, qui se présente essentiellement sous la forme d'un « appel », et qui se rattache à la procédure médiévale qui vient d'être évoquée, est examiné soit par le Parlement, soit par la Cour des comptes, aides et finances d'Aix, selon que la décision mise en cause est d'ordre purement administratif, ou concerne la fiscalité municipale.

La recevabilité de ce recours est soumise à *diverses conditions*, dont les premières, objectives, sont liées à la délibération attaquée elle-même. Cette délibération doit d'abord être susceptible d'« offenser ». Aucun recours ne peut être introduit, en effet, contre une délibération dont le contenu ne peut porter préjudice, ne peut, de lui-même, fournir motif de plainte. Tel est le cas d'une délibération qui propose de recourir à l'arbitrage pour mettre fin à un litige, ou qui présente une offre, tant que celle-ci n'est pas acceptée par l'un de ses destinataires. Ce refus d'admettre que puisse être demandée l'annulation d'une délibération qui, en elle-même, « n'offense pas », préfigure l'attitude du Conseil d'État, qui refusera l'exercice du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes qui ne font pas grief. En revanche, les délibérations qui ont entraîné la conclusion d'un contrat sont susceptibles d'être

attaquées, et leur annulation provoque accessoirement celle du contrat lui-même, la Cour souveraine invalidant à la fois la délibération incriminée et « tout ce qui s'en est ensuivi ».

D'autres conditions de recevabilité, d'ordre subjectif, tiennent à la personne même du requérant. Celui-ci doit justifier d'un intérêt pour agir, lequel peut être individuel ou collectif, matériel ou moral. Cet intérêt doit toujours être personnel au requérant, et d'une intensité suffisante. Mais les cours souveraines se montrent bienveillantes dans leur appréciation, ce qui les conduit à accueillir un très grand nombre de recours : elles reconnaissent le droit d'agir aux personnes directement lésées par la délibération, bien sûr, mais aussi aux contribuables communaux, aux membres des conseils communaux et aux autorités chargées de veiller à l'administration des communautés.

A l'appui de leurs recours, ces requérants peuvent invoquer les *moyens* déjà mentionnés *supra*. L'incompétence constitue le plus grave d'entre eux, selon l'adage : *Non est major defectus quam defectus potestatis*. Le vice de forme est apprécié de façon bien plus indulgente. Certes, « pour qu'une délibération produise son effet, il faut qu'elle ait été prise dans la forme prescrite », et il convient en principe d'invalider celles qui sont « nulles dans la forme ». Mais en pratique, les cours souveraines s'affranchirent de l'application de cette règle rigoureuse dans l'élaboration d'une jurisprudence nuancée, ordonnée autour du critère de l'incidence du vice de forme sur le fond même de l'acte. Les magistrats sanctionnaient seulement des vices de forme graves, ayant affecté le contenu même de la décision, alors qu'ils se refusaient à tenir compte des manquements qui étaient restés dépourvus d'incidence au fond.

Une délibération peut également être entachée d'un détournement de pouvoir, d'une « cabale », selon l'expression de l'époque. La délibération « cabalée », c'est celle qui est entachée « des moyens qui peuvent fonder une prise à partie contre les juges », celle qui, « bien loin d'être l'ouvrage du vœu général, n'est que le fruit de l'intrigue et de l'ambition de certains particuliers », et dont l'objet n'est que « leur avantage ». C'est aussi la délibération acquise *per inimicitias*, par haine, pour nuire à autrui. De tels griefs reviennent souvent sous la plume des avocats, mais il semble qu'ils aient rarement été couronnés de succès, les juges restant réservés à cet égard.

En revanche, ces mêmes juges admettaient aisément que l'on invoque l'illégalité de la délibération contestée. Ils invalidaient les dispositions qui contrevenaient non seulement aux mesures législatives émanant de l'autorité royale, mais encore à des principes et aux règles posées par la jurisprudence.

En outre, les cours souveraines de Provence exerçaient leur contrôle sur la motivation des délibérations. Elles sanctionnaient l'inexistence matérielle des motifs allégués; les délibérations « prises pour fausses causes sont absolument nulles ». Elles sanctionnaient également l'inexistence des motifs de droit qui avaient été avancés par les auteurs de la décision mise en cause. Mais elles refusèrent toujours de connaître de la simple inopportunité prétendue de celle-ci.

Puisqu'il se présente sous la forme d'un « appel », ce recours en annulation a un *effet suspensif*. « La cause » du requérant « prévaut toujours à celle de tous les autres quoiqu'il soit le seul de son opinion » et on invoque, pour justifier cette affirmation, le régime de l'indivision en droit romain. Mais, l'application des règles générales de procédure et la transposition du régime individualiste de la copropriété romaine à l'administration des communautés soulèvent de nombreux problèmes. Les contestations de la décision prise par la majorité sont fréquentes. Leur accorder automatiquement le bénéfice du sursis à exécution risque de paralyser l'action des administrateurs. Aussi, l'application du principe de l'effet suspensif est-elle limitée par des exigences de forme, et surtout par des exceptions. Il ne peut être sursis à l'application de certaines délibérations, dont l'importance pratique est évidente : ce sont celles qui prévoient la levée des impôts, qui portent « création du nouvel état », c'est-à-dire nomination des administrateurs, et celles qui prennent des mesures de police, au sens strict du terme. De la sorte, le principe de l'effet suspensif de l'appel ne concerne-t-il plus que les délibérations de simple gestion.

Il n'en reste pas moins préjudiciable à la bonne marche des administrations municipales, car il entraîne de fréquents retards. Aussi, dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, les critiques vont se multiplier contre lui. L'assimilation de la communauté, corps politique, à la copropriété romaine est contestée; les idées nouvelles sur l'intérêt général, sur la volonté de la majorité, renforcent cette remise en cause, ainsi que le souci d'éviter

que « l'administration des communautés ne tombe dans un état d'anarchie continuelle ». Ces conceptions novatrices conduisent le Parlement d'Aix à revenir, en 1782, sur sa position traditionnelle. Le substitut du roi développe une nouvelle conception, qu'adoptent les juges. Il fait dépendre l'octroi du sursis de la gravité des griefs formulés contre la délibération elle-même, de la réponse à la « question principale » et il ajoute un second élément : « Il est de principe que pendant un procès on ne peut changer l'état des choses, lorsqu'il doit en résulter des inconvénients et un préjudice irréparable ».

L'évolution des conditions d'octroi du sursis à exécution des délibérations municipales est ainsi un exemple très net du développement du droit de l'Administration sous l'Ancien Régime. On a d'abord appliqué en matière administrative un principe général de procédure et une règle tirée du droit privé romain. La pression des faits a conduit, en premier lieu, à admettre des exceptions à ce principe, dans des hypothèses où il était manifestement inapplicable. Devenue plus pressante au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, et jointe à l'influence d'idées nouvelles, elle a provoqué un revirement de conception et l'adoption de règles identiques à celles du droit administratif contemporain.

Cette identité se retrouve en ce qui concerne l'*effet définitif* du recours. Lorsqu'il est couronné de succès, celui-ci entraîne l'annulation de la délibération. Cette annulation vaut *erga omnes* et rétroagit : l'arrêt qui casse une délibération « décide non pas que le titre cesse d'exister au jour de l'arrêt, mais qu'il n'a jamais existé. L'arrêt qui déclare le titre nul n'est pas constitutif d'un nouveau droit. Il est déclaratif du vice fondamental du titre cassé ».

\*  
\*\*

Des rapprochements aussi nets entre les règles appliquées à la fin de l'Ancien Régime et le droit administratif contemporain ressortent de l'analyse du régime juridique des **contrats**.

Les contrats des communautés étaient conclus selon deux modes différents : *l'adjudication et le gré à gré*. Ce dernier n'était admis que par exception, dans deux cas, lorsque l'objet du contrat était de minime importance ou quand la considé-

ration de la personne du cocontractant l'emportait sur toute considération pécuniaire. La réglementation de l'adjudication, quant à elle, était particulièrement développée. Le déroulement des enchères était commandé par deux principes essentiels : le soumissionnaire s'engageait par son offre envers la communauté; celle-ci était tenue de ne traiter qu'avec le plus offrant.

L'exécution des contrats ainsi conclus présentait de nombreuses particularités, qui répondaient aux exigences concrètes de l'intérêt général. Les communautés disposaient, à l'égard de leurs cocontractants, de pouvoirs exorbitants, qui dérivait de la prééminence dont avaient disposé, au Moyen Âge, les titulaires de la puissance publique vis-à-vis de leurs concessionnaires.

Les administrateurs municipaux contrôlent — et parfois dirigent — l'exécution des contrats qu'ils ont passés, spécialement de ceux de travaux publics. Il leur arrive de modifier unilatéralement les obligations de leurs cocontractants. Parfois, ils se réservent expressément cette faculté dans les stipulations contractuelles. D'autres fois, ils imposent de façon imprévue des « augmentations d'ouvrage ». Il leur arrive aussi de résilier unilatéralement le contrat qu'ils ont conclu. Cette faculté, comme la précédente, est parfois prévue dans l'acte lui-même. Mais, même en l'absence de toute clause particulière, les administrateurs n'hésitent pas à mettre fin à des engagements qui leur paraissent désormais inopportuns. La résiliation constitue également l'une des sanctions qui peuvent être infligées à un cocontractant qui n'exécute pas rigoureusement ses obligations, avec les dommages-intérêts, l'amende, la mise en régie et la réadjudication à la folle enchère. Cependant, ces sanctions ne sont pas toujours prononcées par les administrateurs eux-mêmes. Ceux-ci doivent, dans certains cas, recourir à la justice pour les faire ordonner.

En contrepartie, les cocontractants des communautés ont droit au paiement du prix prévu, à des dommages-intérêts en cas de faute de la communauté, au dédommagement des travaux supplémentaires nécessaires ou utiles qu'ils ont effectués de leur propre initiative et des dépenses provoquées par ce que nous appelons des « sujétions imprévues ». Les cocontractants doivent également être indemnisés lorsque les administrateurs leur ont fait exécuter des « augmentations d'ouvrage », et lorsque ces derniers ont pris des mesures qui leur ont indirectement porté préju-

dice. De cette dernière hypothèse, dite de « non jouissance » car le cocontractant de la communauté n'a pas pu jouir intégralement des stipulations de son contrat, voici un exemple typique : le concessionnaire de la fabrication des chandelles, de la ville d'Aix est victime de la hausse des prix de la viande décidée par les consuls. Il reçoit à prix réduit toute la graisse des animaux tués à l'abattoir. La hausse des prix faisant baisser la consommation de viande, il doit acheter de la graisse aux bouchers d'autres communautés, à un prix supérieur, pour pouvoir fabriquer toutes les chandelles nécessaires aux habitants, ce qu'exige son bail. Il a donc droit au remboursement de ce surcroît de dépense, provoqué par une mesure qui émane des autorités qui ont traité avec lui.

\*  
\*\*

Le bénéfice des règles de l'imprévision proprement dite est également reconnu aux « fermiers », c'est-à-dire à ceux qui prenaient à ferme les services municipaux, comme la fabrication des chandelles et surtout comme la boucherie. L'approvisionnement de la population en viande faisait souvent l'objet, en effet, d'un monopole public, dérivé des anciennes banalités. Le fermier de la boucherie avait seul le droit de vendre de la viande; en contrepartie, il s'engageait à la fournir de bonne qualité, et en quantité suffisante. Il la vendait aux tarifs fixés par le contrat qu'il avait conclu avec la municipalité. Ces tarifs étaient en principe assez élevés pour lui permettre non seulement d'obtenir sa rémunération, mais encore de verser une « rente » à la communauté, qui tirait ainsi profit de l'exploitation du monopole qu'elle concédait. Mais en pratique, le fermier, dont le bail était souvent de trois ans, restait à la merci de calamités imprévues, susceptibles de faire monter les cours des bestiaux à un niveau tel qu'il serait contraint de vendre à perte. Dans cette hypothèse, il pouvait se prévaloir des règles de l'imprévision, tout au moins lorsque certaines conditions étaient remplies.

Pour que s'appliquent les règles de l'imprévision, il faut en effet la réunion de diverses conditions : que soit survenu « un événement imprévu produit par une force majeure que l'on ne puisse pas imputer au fermier et à laquelle le fermier ne puisse pas résister » et que cet événement ait entraîné « une perte intolérable ».

La première condition est donc la survenance d'un « événement imprévu », « qui ne soit pas dans la nature des choses », c'est-à-dire un événement qui ne devait pas rentrer dans les prévisions des parties lors de la conclusion du bail, d'un de ces « cas fortuits extraordinaires », tels que la guerre, la peste, les épizooties, les intempéries désastreuses. A l'inverse, un événement normal, prévisible, dont l'adjudicataire aurait dû tenir compte lorsqu'il a soumis ses propositions aux consuls, ne peut ouvrir droit à indemnité. Ainsi, un fermier de boucherie ne peut se prévaloir d'une épizootie déclarée avant même la conclusion de son bail.

En second lieu, la circonstance qui ouvre droit à indemnité doit avoir été « produite par une force majeure que l'on ne puisse pas imputer au fermier et à laquelle le fermier ne puisse pas résister ». Ce doit être un cas fortuit « qu'on ne peut attribuer à aucune faute de la part des fermiers ». De la sorte, ne sont pas prises en considération les pertes que le fermier a subi de son fait, par exemple en traitant avec des fournisseurs peu dignes de confiance. Réciproquement, sont exclues du champ d'application de l'imprévision toutes les dépenses occasionnées au fermier par les interventions des autorités communales, pour lesquelles il a droit à un dédommagement intégral, comme on l'a vu *supra*.

Enfin, le fermier doit pouvoir faire état d'une « perte intolérable ». Cette perte doit toujours consister en un déficit, et son caractère intolérable doit s'apprécier après compensation des profits et des pertes survenus pendant toute la durée du bail. A la fin de l'Ancien Régime, est jugée intolérable la perte dont le montant excède celui du bénéfice que le fermier aurait pu légitimement escompter.

Le fermier victime de telles circonstances reste tenu d'assurer son service jusqu'au terme de son bail, car « il est d'un intérêt public et général que la fourniture de la viande soit assurée aux habitants ». Mais il a droit à des aménagements financiers. Les administrateurs municipaux sont incités par les avocats qu'ils consultent à accorder à leur cocontractant malheureux des secours immédiats, en consentant à une remise de la rente, ou à une augmentation des prix de vente fixés par le bail. Ces secours restent provisoires. Le fermier devra en restituer le produit si, au terme de son bail, sa perte est jugée tolérable. Et si son déficit est au contraire reconnu intolérable, on imputera le montant de ces avantages sur celui de l'indemnité

définitive. Celle-ci n'est jamais intégrale. Une part du déficit reste toujours à la charge du fermier, à cause du caractère spéculatif de l'affermage. Mais cette part varie en fonction de l'attitude qu'ont eu les fermiers : on admet qu'il faille se montrer bienveillant à l'égard d'un concessionnaire qui s'est conduit « avec intelligence et économie » dans des circonstances difficiles.

Cette solution favorable aux fermiers des communautés trouve son origine dans des dispositions du droit privé romain. Le fermier d'un fonds de terre bénéficiait d'une remise de sa rente lorsqu'un cas de force majeure avait considérablement diminué la récolte, lui causant un préjudice intolérable. Toutefois, on devait prendre en considération le produit des autres années; on compensait ainsi bonnes et mauvaises récoltes. C'est sur la base de ces textes que les juristes provençaux sont parvenus à dégager véritablement les règles de l'imprévision, en prenant conscience des différences qui existaient entre l'affermage d'un fonds de terre et celui d'un service public. Ils se rendent compte qu'il ne s'agit pas simplement, dans le second cas, d'établir une répartition équitable des risques entre deux cocontractants, mais qu'il faut obliger le fermier à assurer « la continuation du service », et le lui permettre en l'assistant. Cette assistance ne doit pas procéder seulement d'un sentiment instinctif d'équité, mais encore du souci de justice dans la contribution aux charges publiques, et elle se trouve imposée par l'intérêt à long terme des municipalités : « Ce serait une fausse économie et une sévérité outrée de refuser tout secours dans les cas qui peuvent les mériter, parce que ce serait s'exposer à ne plus trouver de fermiers ». Une fois de plus, les juristes du XVIII<sup>e</sup> siècle sont parvenus à adapter les règles du droit privé romain aux nécessités administratives de leur temps, et ont adopté une solution qui préfigure celle qu'admettra le Conseil d'État au XX<sup>e</sup> siècle.

Cette évocation du régime juridique des « fermes » municipales a permis aussi de constater que les concessions de services publics auxquelles procédaient les communautés avaient des effets sur la situation juridique des administrés, qui se voyaient à la fois, dans l'acte de bail, reconnaître des droits et imposer des obligations. On retrouve là l'une des caractéristiques des concessions seigneuriales. Notons simplement que les juristes du XVIII<sup>e</sup> siècle avaient conscience de ce que ces actes n'étaient pas de simples contrats et qu'ils incluaient un *règlement*. Ces

juristes en tiraient même des conséquences remarquables sur le plan contentieux, puisqu'ils admettaient que les particuliers concernés puissent demander aux juges d'annuler les dispositions du « règlement » qui avaient été insérées dans le bail, aussi bien que d'annuler la délibération qui avait arrêté ces mesures.

\*  
\*\*

**Le régime juridique des biens possédés par les communautés** reposait entièrement sur *la distinction du domaine public et du domaine privé*, dont on a déjà relevé les origines médiévales. Cette distinction était communément admise dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. Les expressions « domaine public » et « domaine privé » se rencontrent même quelquefois sous la plume des juristes provençaux de l'époque. Mais, ces derniers préfèrent en général expliquer la nature de la distinction à ceux qui les ont consultés. Portalis et l'un de ses confrères précisent ainsi : « On distingue dans les diverses propriétés qui appartiennent à une communauté d'habitants celles qui n'ont que la nature d'un patrimoine ordinaire d'avec celles qui sont liées avec le bien commun et particulier des habitants. Les premières sont possédées par les communautés comme elles pourraient l'être par un individu. Les secondes sont possédées à titre public et uniquement pour les usages nécessaires au public ».

La simplicité de cette distinction n'a pas empêché la persistance de certaines incertitudes, à la fois en ce qui concerne la consistance respective de ces domaines et la condition juridique du domaine public.

Pour répartir les biens des communautés entre les deux domaines, les juristes provençaux retenir divers éléments. Les biens du domaine public, ce sont ceux affectés à l'usage public, par nature hors du commerce et improductifs, tandis que les biens qui sont source de revenus rentrent dans le domaine privé. Mais, si ces critères étaient admis sans problème, leur application concrète soulevait des difficultés. Certes, on a toujours admis que les rues, les places et les chemins publics faisaient partie du domaine public, ainsi que les remparts et les quais, les canaux et les fontaines publiques, les eaux publiques et le rivage de la mer, qui « s'étend jusqu'à l'endroit que le plus haut flot peut atteindre en hiver ». Les églises et les cimetières sont égale-

ment inclus sans conteste dans le domaine public. Mais plus controversé a été longtemps le sort des « pâturages communs nécessaires », c'est-à-dire des pâturages considérés comme indispensables pour l'alimentation du bétail nécessaire à la subsistance des habitants. D'abord considérés comme faisant partie du domaine privé, à cause de leur caractère productif, ces biens sont finalement rangés dans le domaine public, du fait de leur inaliénabilité qu'a consacrée un édit de 1667, et de leur affectation à l'usage de tous les membres de la communauté. Quant au domaine privé, il comprend les biens dont la communauté tire un profit pécuniaire, à l'exception des biens publics par nature qui font l'objet d'une concession à titre onéreux. Il comprend aussi les biens publics désaffectés, qui deviennent incontestablement des « biens patrimoniaux ». Il finit par inclure, après controverse, les presbytères et les hôtels de ville, précisément parce qu'il n'est pas nécessaire de les désaffecter pour pouvoir les aliéner.

La nature juridique du droit exercé par les communautés sur leur domaine public a également donné lieu à des divergences. Les juristes provençaux y ont vu tantôt un droit de « police », de « tuition », tantôt un droit de « propriété ». Entre ces deux analyses, ils n'ont pas choisi. Il est vrai que ces deux conceptions sont en fait complémentaires. Le recours à l'idée de police leur permettait d'insister sur l'originalité du régime juridique de ces biens en les distinguant nettement de ceux du domaine privé. L'emploi de la notion de propriété leur facilitait la tâche quand ils avaient à défendre l'intégrité de ces biens ou à justifier le fait que la communauté pouvait en tirer profit au moyen de concessions à titre onéreux.

En dépit de telles incertitudes, qui persisteront après la Révolution, les régimes juridiques de ces deux sortes de biens relevant des communautés restent très différents. Ceux du domaine public sont soumis à des règles spécifiques : « Les biens des communautés proprement et véritablement publics sont par état et de leur nature inaliénables et hors de tout commerce; consacrés au public et destinés à des usages publics, ils ont des lois et des pratiques particulières, des privilèges qui leur sont propres et se régissent d'une toute autre façon que les biens des particuliers ». Cette citation dégage bien l'originalité de ce régime, en mettant l'accent sur ses deux éléments essentiels : l'utilisation de ce domaine, affecté à l'usage public, et sa protection, assurée par des privilèges.

L'affectation à l'usage du public est la caractéristique première du domaine public. Mais, les juristes provençaux ne sont guère explicites sur la manière dont cette affectation se réalisait. Ils indiquent tout au plus : « Les quais, les places, les rues sont affectés à l'usage du public. Les communautés décident de cette destination ». Il ne semble pas, en fait, qu'une décision formelle d'affectation ait été prise. L'affectation devait être sous-entendue dans la décision qui ordonnait le tracé d'un chemin ou l'alignement d'une rue. Seuls, les biens sacrés — églises et cimetières — faisaient l'objet d'une affectation expresse, leur consécration. Corrélativement, eux seuls faisaient l'objet d'une désaffectation formelle.

Cet usage du public prend généralement la forme d'un « usage commun », qui est soumis à des prescriptions de police et régi par deux principes, dont le premier est celui de la liberté : « Chacun a la liberté de passer par un chemin public et personne n'a le droit d'empêcher ». Toutefois, cette liberté souffre une limite, celle de « n'apporter aucun obstacle à l'usage commun », limite qui se rattache au second principe, celui de l'égalité dans l'usage des biens du domaine public. Ce second principe commande en particulier l'usage des eaux publiques — « Chacun a un droit égal sur les eaux publiques » — et des forêts et pâturages communs : « Il faut entretenir, autant qu'il est possible, parmi les habitants d'un même lieu, cette égalité parfaite pour l'usage des biens communaux ».

L'importance de ces usages collectifs du domaine public n'empêche pas certaines utilisations privatives qui procèdent, soit d'une permission, soit d'un accord entre les autorités municipales et l'usager, accord qui reste toujours révocable, même s'il a été conclu à titre onéreux.

En toutes circonstances, le domaine public des communautés est protégé contre les atteintes des particuliers par les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, qui étaient rattachés tantôt à la nature des biens qui le composaient, tantôt à leur affectation. En outre, cette protection était complétée par une multitude de règles de police, qui avaient pour objet de maintenir son intégrité.

Quant au domaine privé, il n'était pas soumis exactement aux mêmes règles que les domaines des particuliers, en dépit de l'assimilation de principe qui était régulièrement faite. Des dispositions particulières, d'origine royale, restreignaient la capacité d'acquérir des communautés, et les aliéna-

tions étaient régies par des principes dérogatoires au droit commun. D'abord, se trouvaient prohibées toutes les aliénations gratuites. En second lieu, les échanges n'étaient possibles qu'après une exacte appréciation des biens qui en faisaient l'objet : « Il ne dépend pas de la communauté d'échanger les terrains qu'elle a pris avec ceux qu'elle laisse troc pour troc et sans estimation : la communauté peut être grandement lésée dans cette manière de traiter. Il faut qu'elle paie à leur juste valeur les terrains qu'elle a pris; mais il faut aussi qu'elle soit payée suivant une estimation exacte de ceux dont les particuliers profitent par elle. Toute autre manière de traiter est illégale et contraire aux règles d'une bonne administration ». Enfin, les ventes elles-mêmes étaient soumises à des formalités particulières, « qui ne sont point requises pour les aliénations faites par les particuliers », comme le note Portalis qui reprendra cette règle dans l'article 537, alinéa 2, du Code civil (15). Ces formalités étaient l'obtention préalable d'une autorisation et le recours aux enchères. En contrepartie, les créanciers de la communauté pouvaient obtenir la mise en adjudication des biens privés de celle-ci, pour obtenir paiement de leurs créances.

\*\*

(15) Plus généralement, on retrouve, de façon sous-jacente, dans les articles 537 à 542 du Code civil, la distinction des deux sortes de biens relevant des collectivités publiques que Portalis avait encore exposée dans son étude *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>e</sup> siècle* (étude qui sera imprimée en 1834, t. II, p. 297). En effet, quelles que soient les incertitudes de la terminologie employée par les rédacteurs, qui parlent de façon confuse de l'État, du domaine public et de la Nation, un fait est incontestable : ces articles admettent que certains biens « appartiennent » aux particuliers, au domaine public, à l'État, à la Nation, aux habitants des communes; alors que d'autres biens, ceux que Portalis place dans ses écrits « hors du commerce », ne font pas l'objet d'une véritable appropriation. Ils « sont considérés comme des dépendances du domaine public », ils en « font partie ». Cette différence de situation est soulignée par le fait que certains des biens de cette seconde catégorie, les terrains, fortifications et remparts des places de guerre, peuvent passer dans la première, devenant aliénables et prescriptibles. Le changement de leur nature, provoqué par le déclassement de la place de guerre, modifie le droit qu'exerce sur eux la puissance publique : il devient un droit de propriété. La complexité de ces articles du Code civil provient de ce qu'ils désignent de façon confuse les titulaires des droits exercés sur les divers biens qu'ils énumèrent et de ce qu'ils ne précisent pas la nature du droit exercé sur les biens qui ne font pas l'objet de propriété. Mais la distinction des deux sortes de biens n'en est pas moins sous-jacente.

Les communautés disposaient par ailleurs d'un ensemble de droits sur les biens, corporels ou incorporels, des particuliers. Cette **emprise sur la propriété privée** se manifestait, de plus en plus accentuée, à trois niveaux différents.

En premier lieu, les communautés grevaient les biens des particuliers de nombreuses *servitudes*, établies dans un but d'intérêt général. Certaines de ces servitudes avaient pour objet de favoriser l'irrigation : elles restreignaient, d'une part, les droits des propriétaires d'eaux privées; elles imposaient, d'autre part, des sujétions aux propriétaires des fonds de terre pour faciliter l'écoulement d'eaux publiques ou même privées dont l'usage est d'intérêt général. D'autres existaient dans l'intérêt de la voirie publique. Les unes grevaient les propriétés voisines des chemins publics, comme l'occupation temporaire et l'extraction des matériaux, l'entretien des bordures, le curage des fossés... Les autres, dont la principale était celle d'alignement, pesaient sur les immeubles riverains des rues publiques.

En second lieu, les communautés pouvaient exercer des *facultés de rachat* pour reconstituer leurs patrimoines amoindris par diverses aliénations. Il leur était ainsi permis, et dans des conditions très favorables, de récupérer les pâturages et les monopoles banaux qu'elles avaient précédemment vendus.

En troisième lieu, les communautés pouvaient procéder à des *expropriations*. Mais l'exercice de cette faculté, dérivée des prérogatives seigneuriales, était soumis à des règles strictes. La communauté doit être en mesure de se prévaloir de « l'utilité » ou même de « la nécessité publique ». Toute expropriation cherchant à satisfaire des intérêts purement privés — ceux de voisins ou d'éventuels acquéreurs — est prohibée, ainsi que toute expropriation qui ne tendrait qu'à satisfaire l'intérêt financier de la communauté : celle-ci ne doit pas faire de cette faculté « un objet de commerce ». Elle ne saurait y recourir simplement pour s'épargner quelques dépenses. En outre, les communautés sont tenues de respecter la finalité de l'expropriation sous peine d'annulation de l'opération et de rétrocession, au nom de la *condictio causa data causa non secuta* du droit romain. Elles peuvent être également amenées à s'emparer de tout le bien du particulier, lorsqu'elles envisagent de n'en laisser à ce dernier qu'une portion dérisoire. En contrepartie, les communautés peuvent user de l'expropriation pour dépossé-

der les particuliers de leurs meubles aussi bien que de leurs immeubles, voire simplement pour constituer des servitudes.

Dans tous les cas, la communauté doit dédommager les victimes de l'expropriation : les propriétaires, mais aussi les emphytéotes, les locataires et même les seigneurs directs qui perdent le bénéfice des droits de mutation qu'ils perçoivent sur les propriétés privées. Elle est tenue de le faire de façon large, puisqu'elle est obligée de verser à l'exproprié non seulement la valeur de la chose, mais encore une majoration d'un cinquième, le « quint en sus », destiné à compenser « l'intérêt d'affection ». Cette exigence d'une indemnisation satisfaisante, fondée sur un sentiment d'équité, sera finalement justifiée par Portalis de façon novatrice : « Le principe de l'indemnité due au citoyen dont on prend la propriété est vrai dans tous les cas sans exception. Les charges de l'État doivent être supportées avec égalité et dans une juste proportion. Or, toute égalité, toute proportion serait détruite si un seul ou quelqu'un pouvait jamais être soumis à faire des sacrifices auxquels les autres citoyens ne contribueraient pas ». Une fois de plus, les règles admises à la fin de l'Ancien Régime satisfont les intérêts légitimes des administrés, qui, de façon générale, peuvent aisément mettre en cause la responsabilité des communautés.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, coexistent deux régimes de **responsabilité des communautés**. Le régime traditionnel de *responsabilité délictuelle en cas d'émeutes*, toujours dominé par les principes médiévaux, et un régime de *responsabilité civile*, que développe la jurisprudence dans des conditions très favorables aux administrés.

Les communautés engagent leur responsabilité civile, en premier lieu, en commettant des fautes. C'est le cas, par exemple, lorsqu'elles n'ont pas entretenu les chemins publics comme elles auraient dû le faire. A diverses reprises, des voyageurs obtiennent réparation des torts qui leur ont été causés. Ils n'ont même pas à prouver la « négligence » de la communauté. Il leur suffit de prouver le mauvais état du chemin qui révèle indirectement l'insuffisance de l'entretien. Tel est encore le cas lorsque le service de police qui dépend de la communauté a mal fonctionné. A deux reprises, la ville de Marseille fut condamnée à cause du « deffaut de sa police » à dédommager des particuliers qui avaient été malencontreusement blessés par des gardes. Les juges se

rangèrent à cette argumentation vigoureuse : « Si les propres gardes à qui la ville a confié des armes se tournent contre les citoyens, s'ils abusent de la force dont elle les rend dépositaires, pour opprimer ou faire périr ses enfants, c'est alors que le choix imprudent qu'elle a fait de serviteurs malfaisants et coupables retombe directement sur elle, et la constitue d'un tort évident... Et quand plus noble usage un corps de ville peut-il faire de ses deniers patrimoniaux que de les employer à l'exécution religieuse de ce contrat de droit public, à l'acquit honorable de cette obligation politique qui constitue l'essence de la société conservatrice de tous ses membres. Le préjudice qu'un deffaut de police a fait au citoyen est donc à la charge des fonds publics ». Toutefois, les communautés peuvent être exonérées, si elles apportent la preuve de la faute de la victime ou de la force majeure.

A côté de cette responsabilité fondée sur la faute, existe une responsabilité objective, engagée lorsque l'action, non répréhensible, de la communauté a causé un préjudice à un particulier. Cette responsabilité sans faute tire son fondement d'une idée générale d'équité. Elle profite d'abord aux administrateurs municipaux eux-mêmes qui traditionnellement doivent être indemnisés de toutes les dépenses qu'ils sont amenés à faire dans l'intérêt commun. Elle profite aussi à tous ceux qui mettent spontanément leur activité au service de la communauté, en des circonstances exceptionnelles comme une épidémie de peste. De même, « les communautés sont responsables des dommages-intérêts de l'emprisonnement d'un particulier, fait par des gens de guerre en haine desdites communautés ». On admet aussi l'indemnisation des habitants qui sont forcés par la municipalité de loger des soldats de passage. Et, de façon générale, les particuliers doivent être entièrement indemnisés pour tous les dommages qu'ils subissent à l'occasion de travaux publics. C'est le cas lorsque l'exécution de ces travaux entraîne l'occupation temporaire d'un fonds privé, la fouille et l'extraction de matériaux — comme l'expropriation du fonds.

Cependant, pour que le particulier puisse être indemnisé, il faut qu'il invoque un préjudice qui remplisse certaines conditions. Ce préjudice doit d'abord être effectif. Un particulier dans le fonds duquel sont extraits des pierres ou du sable n'a droit à réparation qu'en cas de « dommage ». Ce préjudice doit en second lieu ne pas être partagé

par tous les membres de la communauté : « Quand un habitant souffre pour le corps de la communauté, ou qu'il fournit quelque chose pour ce corps, il doit en estre indemnisé. Il n'en est pas de mesme s'il ne souffre que pour une charge imposée sur chaque habitant ». Enfin, le préjudice doit être imputable à la communauté. Il n'en est pas ainsi lorsqu'il émane d'un concessionnaire, d'un « fermier ». La communauté ne peut ni être actionnée directement par la victime, ni appelée en garantie par le fermier. En revanche, quand le dommage procède du fait d'un entrepreneur travaillant pour le compte de la communauté, la victime peut exercer son action aussi bien contre l'entrepreneur qu'à l'encontre de la communauté. Dans ce dernier cas, la communauté peut — et doit — appeler l'entrepreneur en garantie; mais elle ne peut refuser d'être elle-même assignée.

Un dernier trait de ce régime juridique de la responsabilité des communautés confirme son caractère libéral : le dommage moral ouvre droit à réparation, même s'il apparaît difficile de « donner du prix à des choses inappréciables ».

\*  
\*\*

Quant aux **administrateurs**, ils engagent largement leur responsabilité, eux aussi. Au terme d'une évolution dont le point de départ avait été constitué par l'assimilation de leurs obligations à celles des tuteurs, ils sont tenus envers les administrés comme envers la communauté, dès lors qu'ils ont commis une « faute personnelle », expression déjà couramment utilisée. Il en est ainsi lorsqu'ils ont commis « une contravention manifeste aux règlements » et quand ils ont « agi *ultra officium* par haine, passion ou animosité ». Dans ces deux cas, l'administrateur est personnellement tenu de réparer les effets de sa conduite. Il peut être actionné par la communauté elle-même et par les administrés qui ont souffert de son comportement. Dans cette seconde hypothèse, la communauté ne peut prendre le fait et cause de son administrateur et doit être mise « hors de cour » si l'administré l'a assignée conjointement avec l'administrateur.

En revanche, si l'administrateur n'a pas commis de faute personnelle, si son comportement a été irréprochable ou n'a constitué qu'une maladresse sans gravité, aucune responsabilité ne peut lui

être imputée : « Ils peuvent mal faire impunément, pourvu que leurs vues soient droites et qu'ils ne sortent du cercle de leurs fonctions. L'existence d'un préjudice est insuffisante ». Dans ce cas, la communauté ne peut s'en prendre à son administrateur. Elle doit accepter d'être mise en cause directement par ceux qui se plaignent des actes qu'il a accomplis. Et si ces plaignants assignent l'administrateur, elle doit lui accorder sa garantie sans espoir d'action récursoire.

C'est donc le système du non-cumul des responsabilités qu'avaient adopté les juristes provençaux, système que le Conseil d'État admettra lui-même pendant la majeure partie de la III<sup>e</sup> République. Mais il convient de préciser qu'en pratique, les juges provençaux se montraient sévères à l'égard des administrateurs municipaux : ils qualifiaient « fautes personnelles » des illégalités dont la gravité paraît rétrospectivement peu marquée. Notons aussi qu'ils distinguaient la situation des simples préposés des communautés de celle des administrateurs. Les préposés engageaient la responsabilité de leur communauté à l'égard des administrés en toutes circonstances. On appliquait la solution du droit commun : la communauté était responsable du fait de son préposé, tout en disposant d'une action récursoire contre lui.

\*  
\*\*

Cette présentation, bien qu'extrêmement succincte, montre à l'évidence que les rapports de l'Administration et des administrés étaient régis, à la fin de l'Ancien Régime, par un ensemble de règles précises qui conciliaient de façon satisfaisante les intérêts en présence. Certes, l'observation ne vaut que pour une province, mais elle pourrait être étendue dans une large mesure aux autres. Les règles admises en Provence procédaient en effet de facteurs généraux. Elles résultaient du développement des pratiques administratives d'origine seigneuriale, du considérable apport des droits savants et de l'influence du mouvement des Lumières.

Issu de l'interaction de ces trois facteurs, le droit de l'Administration reste fort composite à la fin de l'Ancien Régime. Dans certains cas, fort rares il est vrai, l'Administration demeure soumise à la même règle que le particulier. Dans d'autres, elle bénéficie du régime juridique des incapables. De façon beaucoup plus originale, de nombreuses

règles ont été dégagées du droit privé, du « droit commun » selon l'expression déjà employée dans son sens actuel. D'autres apparaissent même étrangères à ce « droit commun » : ce sont les prérogatives exorbitantes qui sont passées du régime seigneurial dans la pratique administrative.

Son caractère composite a sans doute contribué au fait que ce droit n'ait jamais fait l'objet, de la part des contemporains, d'une présentation d'ensemble, et que son autonomie n'ait pas été reconnue formellement comme elle l'a été ensuite au XIX<sup>e</sup> siècle. Mais, les juristes de la fin de l'Ancien Régime ont eu conscience, incontestablement, de l'originalité de la très grande majorité des règles appliquées à l'Administration, de ce qu'elles s'écartaient du « droit commun ». Portalis a même exprimé ce sentiment avec une force toute particulière : « Les formes juridiques, les tribunaux, les lois civiles sont des institutions admirables pour qu'un citoyen puisse défendre ses biens et sa vie contre un autre citoyen. Elles sont admirables encore pour protéger le citoyen contre le public, dans le cas et dans les choses où le public est vis-à-vis de ce citoyen à l'instar d'un particulier qui traite avec un particulier. Mais, on ne doit plus se gouverner par les mêmes règles dans les objets de police ou d'administration générale, c'est-à-dire quand le public traite pour l'intérêt de tous, quand il agit ou quand il opère pour le bien de l'universalité. Alors la loi civile doit faire place à la loi politique, et le bien commun devient la loi unique et suprême » (16).

## CONCLUSION

L'existence d'un corps de règles administratives aussi développées à la fin de l'Ancien Régime conduit à constater qu'il faut poser d'une façon nouvelle le problème des incidences qu'ont eues la Révolution de 1789 et son aboutissement, le Premier Empire, sur l'histoire du droit administratif. Ces incidences ne sauraient être limitées à la proclamation du principe de la séparation des pouvoirs et à l'aménagement de la juridiction administrative. Elles s'avèrent beaucoup plus complexes, et même contradictoires.

(16) L'abandon de l'expression « droit politique » au profit de l'expression « droit administratif » sera encore déploré, en 1831, par l'un des premiers auteurs d'un traité de *Droit public et administratif français*, Bouchené-Lefer (t. I, p. XLVII).

Certaines institutions, certaines règles anciennes ont été expressément maintenues, ou reprises selon des modalités très proches de celles qui existaient avant 1789 (17). D'autres ont été profondément modifiées. D'autres ont disparu, avant de renaître parfois à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ou au début du XX<sup>e</sup>. Mais cette impression de contradiction, qu'ont ressentie, sous la Restauration, les premiers spécialistes du droit administratif, comme Macarel (18) ou Cormenin (19), ne doit pas inciter au découragement. En réalité, la destinée propre de chaque institution, de chaque règle, s'explique à condition de garder présent à l'esprit que, de 1789 à 1815, se sont succédées deux périodes d'inspirations opposées : l'époque révolutionnaire et l'époque napoléonienne. Et de relever que chacune de ces deux périodes a été marquée par des tendances divergentes : entre 1789 et 1799, les assemblées révolutionnaires ont

proclamé les droits des administrés, tout en s'efforçant de maintenir, dans une certaine mesure, l'autorité de l'Administration; en l'an VIII, au contraire, Napoléon Bonaparte a renforcé considérablement la puissance de l'Administration, mais les administrés se sont vu peu à peu octroyer diverses garanties. Et c'est cette dernière tendance qui l'a emporté, dans la législation et surtout à travers la jurisprudence du Conseil d'État, après la chute de l'Empire.

Jean-Louis Mestre,  
Professeur à l'université de Droit,  
d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

(17) Les concessions d'endiguage se rangent dans cette seconde catégorie d'institutions, comme l'a admis à juste titre la décision *Fontaine*, rendue sur les pertinentes conclusions de M. J.-Fr. Théry (CE, 30 nov. 1979, *RDJ*, 1980, p. 1465-1475). Certains principes de l'ancien « droit public » ont été également invoqués par les juridictions judiciaires au cours du XIX<sup>e</sup> siècle (J.-L. Mestre, « Des précédents de la jurisprudence Giry. Les juridictions judiciaires et le contentieux des collectivités locales au XIX<sup>e</sup> siècle », *RDJ*, 1980, p. 5-33).

(18) « En matière administrative, la législation est un amas de lois confuses et indigestes, d'arrêtés du gouvernement, de décrets et d'ordonnances, dont les dispositions sont souvent contradictoires, dont l'application est singulièrement ardue et dont la force obligatoire n'est quelques fois ni légalement consentie, ni clairement déterminée », « Introduction à la jurisprudence administrative », in *Thémis, ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, t. I, 1819-1820, 2<sup>e</sup> part., p. 34.

(19) « La législation administrative n'est guère qu'un entassement incohérent d'articles, où tout est mêlé, ce qui est de principe et ce qui est de règlement, ce qui est transitoire et ce qui est définitif, ce qui est des choses et ce qui est des personnes. La plupart de ces lois, nées parmi les impuretés de nos troubles, ont péri sans abolition formelle et par leur propre infamie. Elles se commentent sans s'expliquer, elles se contredisent sans s'abroger, elles se rapportent sans se suppléer. Le bulletin, où elles sont pêle-mêle engouffrées, est comme un vaste arsenal qui fournit des armes à tous les partis, à tous les intérêts, à tous les sophismes. Enfin, l'application de ces lois est d'autant plus difficile, qu'elles sont saturées de principes politiques qui ont sans cesse changé, et que le but qu'elles se proposaient d'atteindre, a été continuellement déplacé ou même renversé par le triomphe et la défaite de tous les systèmes de gouvernement », *Questions de droit administratif, préface*, 4<sup>e</sup> édit., 1837, p. X.