

Une page de l'histoire de la pensée du droit administratif : le « moment Dicey »*

Le 51^e numéro de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, paru en 1931, recèle une anecdote qui, à elle seule, illustre et symbolise l'antagonisme entre les systèmes juridiques anglais et français sur le plan du droit administratif. On la doit au Doyen Berthélémy, qui, dans un article intitulé « Comparaison des principes du droit administratif français aux pratiques administratives des pays anglo-saxons », relate sa rencontre avec Dicey, intervenue trois décennies plus tôt :

Il y a près de trente ans, j'eus le grand honneur d'être présenté à l'éminent maître [Dicey] par Georges Picot, alors secrétaire perpétuel de notre Académie dont le professeur Dicey était membre associé [...]. J'offris au maître anglais mon *Traité de droit administratif*. Dicey en lut le titre, puis me regarda bien en face en souriant : « Droit administratif ! » dit-il en scandant les syllabes. « Nous n'avons rien de pareil en Angleterre. Nous ne voulons rien avoir de semblable. Nous redoutons tout ce qui peut avoir pour but de protéger les fonctionnaires contre les citoyens ; – l'effort du droit étant surtout de garantir les citoyens contre les négligences et les abus possibles des gouvernants »¹.

La critique libérale individualiste du modèle français de droit administratif a nourri une abondante littérature durant une grande partie du XIX^e siècle. Alors que ce phénomène tendait à faiblir, en France, à mesure que la justice administrative se modernisait et que la III^e République s'enracinait, Albert Venn Dicey² consacra près de trente pages de son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*³, paru pour la première fois en 1885, à démontrer l'arbitraire inhérent au modèle

* La version initiale de la présente étude a été achevée le 31 mai 2017. Quelques éléments d'actualisation ont été introduits au sein de la troisième partie, dans les développements consacrés aux débats actuels sur la justice administrative française.

¹ H. BERTHÉLÉMY, « Comparaison des principes du droit administratif français aux pratiques administratives des pays anglo-saxons », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1931, n^o 51, p. 59-70, en part. p. 61.

² 1835 (Lutterworth) – 1922 (Oxford). Dicey est titulaire de la prestigieuse *Vinerian Chair of English Law* de l'université d'Oxford, jadis dévolue à Blackstone (entre 1758 et 1766) de 1882 à 1909, et il rejoint la *London School of Economics*, nouvellement créée, en 1896. Sur Dicey, voir A. PILLET, « Le professeur A.V. DICEY », *RDP*, 1922, p. 297 ; Th. GUILLUY « A.V. DICEY, The Oxford Edition of Dicey, J.W.F. Allison (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2013 », *Jus Politicum*, n^o 14, juin 2015.

³ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 1885.

français de droit administratif. Dicey se plaçait ainsi dans la droite ligne de la critique initiée notamment par Pichon, Aignan et de Broglie dès la Restauration, affirmée avec force par Tocqueville durant la Monarchie de Juillet, et prolongée sous le Second Empire, notamment sous la plume de Laboulaye et de Poitou.

Il est certes bien établi que les considérations sur le droit administratif qu'avait l'auteur oxonien, à la fin des années 1880, étaient en grande partie erronées au moment où il les formulait (notamment en raison d'anachronismes)⁴. Il l'a d'ailleurs lui-même reconnu, en 1902, à l'occasion de la traduction française de *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*⁵, au sujet du modèle français, et, en 1915, à propos du développement du droit administratif anglais⁶. Il n'en demeure pas moins que la critique « dicéyenne » du droit administratif semble avoir fait date. La doctrine y fait référence depuis le début du XX^e siècle. On peut même se demander si cette critique n'a pas contribué à conférer aux indubitables dissemblances entre les modèles anglais et français de droit administratif une dimension quasi mythique. L'exemple de l'anecdote citée en *incipit*, maintes fois convoquée par la doctrine afin rendre compte de l'antagonisme anglo-français relatif au droit administratif, semble, sur ce point, particulièrement instructif. L'observateur attentif remarquera que non seulement le contenu de la conversation entre Berthélémy et Dicey (ou même parfois l'interlocuteur de ce dernier) varie d'une citation à l'autre, mais la source de l'anecdote est souvent absente. Lorsqu'elle est mentionnée, il ne s'agit généralement que d'une référence de seconde main, empruntée à un tiers ayant lui-même réitéré ce récit, avec une précision variable. Bien que puisant dans des faits que l'on peut considérer comme étant avérés pour autant que l'on se fonde sur l'article dans lequel Berthélémy les rapporte⁷, la dimension hautement symbolique de l'opposition entre deux modèles juridiques que revêt cette anecdote, ainsi que sa réitération, aussi fréquente qu'approximative, lui confèrent une dimension proche de celle du mythe. À l'instar du mythe, ce récit consiste en effet à « [évoquer] des faits [et mentionner] des personnages ayant une réalité historique, mais transformés par la légende », avec une « [transmission] par la tradition⁸ ».

La dimension mythique de la rencontre entre Dicey et Berthélémy symbolise l'opposition radicale des modèles juridiques anglais et français dans leur rapport au droit régissant l'Administration. Cet antagonisme est largement dû au premier de ces deux auteurs. Le professeur Sabino Cassese a consacré d'importants développements de son ouvrage sur *La construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni* à souligner le rôle de Dicey, d'une part, dans l'inhibition du développement du droit administratif anglais et, d'autre part, dans la représentation des modèles anglais et français de droit administratif comme deux « types idéaux »

⁴ À propos des erreurs commises par Dicey, voir par ex. H. BERTHÉLÉMY, art. cité, p. 61 ; G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif. La technique du droit public français*, Paris, Giard, 3^e éd., 1925, p. 1-2, n^o 1.

⁵ A.V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, Giard et Brière, 1902 (trad. A. Batut et G. Jèze). Ci-après abrégé par *Introduction...*

⁶ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 8^e éd., 1915, p. LXI.

⁷ H. BERTHÉLÉMY, « Comparaison des principes du droit administratif français aux pratiques administratives des pays anglo-saxons », art. cité.

⁸ « Mythe », in Centre national de ressources textuelles et lexicales, *Trésor de la langue française informatisé* (TLFI), crntl.fr.

opposés⁹. Les analyses historiques du professeur de la Sapienza semblent ainsi indiquer que la critique « dicéyenne » du modèle français et l'opposition absolue des deux modèles qu'elle permet de réaliser ont fait date dans l'histoire de la pensée du droit administratif. À tel point que nul n'évoque le droit administratif anglais, ou son opposition au droit français, sans citer Dicey. Il y aurait pourtant tout lieu de s'en étonner ! Les faiblesses scientifiques considérables de son travail sur le droit administratif français, couplées à son ignorance du droit administratif anglais, ont été très rapidement mises au jour par ses contemporains. L'auteur oxonien a ainsi réussi le prodige, au terme d'un seul chapitre de son plus célèbre ouvrage, fondé sur des conceptions erronées, de laisser une trace, qui semble indélébile, dans l'histoire de la pensée du droit administratif : le « moment Dicey ».

Comprendre les ressorts du « moment Dicey » implique, d'abord, d'identifier l'ascendance intellectuelle du juriste oxonien. L'auteur a puisé des arguments historiques à l'encontre du droit administratif chez les libéraux individualistes français du XIX^e siècle, dont le modèle politique était l'Angleterre. Seule l'identification de cette ascendance permet de saisir et de décortiquer l'avènement du « moment Dicey ». Il s'agit, d'une part, de la démonstration, par un juriste anglais (et sur la foi des références que l'on sait), de l'arbitraire du modèle français de droit administratif, opposé au principe anglais du *rule of law* et, d'autre part, de la réception de cette critique par la doctrine, dans les premières années du XX^e siècle. L'empreinte du « moment Dicey » et la mémoire qu'en gardent les juristes invitent à chercher dans la pensée actuelle du droit administratif et du droit comparé des réminiscences des conceptions de l'auteur.

I. L'ASCENDANCE DU « MOMENT DICEY » : LA CRITIQUE LIBÉRALE INDIVIDUALISTE DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS AU XIX^e SIÈCLE

La critique « dicéyenne » du modèle français de droit administratif présente, sur le fond, un faible degré d'originalité. Elle s'inscrit dans la continuité de celles qui, en France, ont émaillé le XIX^e siècle¹⁰. Les critiques les plus acerbes ont été l'œuvre des publicistes libéraux se rattachant au courant individualiste.

Dans *L'Individu effacé*, Lucien Jaume fait la démonstration de ce qu'à l'issue de la période du Premier Empire, marquée par la domination autoritaire de l'État sur l'individu, le courant de pensée libéral « notabiliaire¹¹ », qui prévaut, en France, au XIX^e siècle, est fondamentalement étatiste. Il se caractérise ainsi par la confiance

⁹ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 57-76.

¹⁰ À propos des critiques libérales du modèle français de justice administrative au XIX^e siècle, voir notamment G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, Paris, Éditions la Mémoire du droit, 2015, p. 219-246 ; G. BIGOT, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDP*, n° 2, 2012, p. 441-456 ; F. BURDEAU, « La crise du principe de dualité des juridictions », *RFDA*, 1990, p. 724-733 ; S. GILBERT, « Rapport de M. de Tocqueville sur le Cours de droit administratif de M. Macarel (1846) », *RFDA*, 2007, p. 1115-1121 ; L. JAUME, *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1999, p. 367-379 ; M. JORAT, « Supprimer la juridiction administrative... Deux siècles de débats », *RFDA*, 2008, p. 456-467 ; Y. LAIDIÉ, « Les libéraux et la justice administrative au XIX^e siècle : un mariage de raison ? », *Revue administrative*, 2001, n° 319, p. 5-11.

¹¹ L. JAUME, *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*, op. cit., p. 19.

qu'il place de préférence dans l'État plutôt que dans l'individu¹², et par une conception de la liberté « comme un don gracieux, une libéralité accordée par le pouvoir de l'État¹³ ». Le libéral-étatisme ne présente donc guère d'incompatibilités avec la persistance d'un État qui « administre la liberté », laquelle peut ainsi être « [réduite] potentiellement à rien¹⁴ ». La position des libéraux individualistes (ou « du sujet¹⁵ »), qui s'inscrit dans la lignée de la pensée de G. de Staël et du groupe de Coppet est tout autre. Elle consiste, dès les premières années de la Restauration, en une opposition farouche à la perpétuation du modèle napoléonien d'Administration, qui a survécu à l'avènement d'un régime politique libéral parlementaire¹⁶. Le modèle français de droit administratif est alors critiqué en tant qu'il a pour visée de garantir « au nom du bien public et de l'intérêt général », la prééminence des intérêts de la puissance publique sur ceux des individus¹⁷, provoquant « le scepticisme et même le dégoût des libéraux, fascinés par l'Angleterre ou l'Amérique¹⁸ ». Les principaux griefs adressés au droit administratif portent sur l'inconstitutionnalité du Conseil d'État sous la Restauration, et surtout sur les instruments de la prévalence de l'État que sont la justice retenue et la garantie des fonctionnaires.

A. L'inconstitutionnalité du Conseil d'État

Dès les premières années de la Restauration, la justice administrative suscite l'anathème des libéraux individualistes. L'une des premières critiques qu'ils formulent à son encontre est l'inconstitutionnalité du Conseil d'État. Issu de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) et symbole de l'autoritarisme du Premier Empire¹⁹, le Conseil d'État est maintenu sous la Restauration, alors que la Charte de 1814 n'en fait aucune mention. La fonction juridictionnelle du Conseil d'État n'est régie que par une ordonnance royale : celle du 29 juin 1814 (dont le

¹² L. JAUME, « Libéralisme », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 737-740, en part. p. 740.

¹³ L. JAUME, *L'individu effacé*, op. cit., p. 357.

¹⁴ G. BIGOT, *L'Administration française. Politique, droit et société*, t. 1 : 1789-1870, Paris, Litec, 2010, p. 3.

¹⁵ L. JAUME, *L'individu effacé*, op. cit., p. 19 et p. 25-117.

¹⁶ Selon le professeur G. Bigot, il convient, sur ce point, de dissocier le Gouvernement de l'État : « Le premier est constitutionnellement et politiquement libéral, tandis que l'État, c'est-à-dire l'administration qui le réalise, demeure fondé sur une primauté monocratique de l'Exécutif » (G. BIGOT, *L'Administration française*, op. cit., p. 167).

¹⁷ S. GILBERT, « Les écoles doctrinales en droit administratif », in *La doctrine en droit administratif*, Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, Paris, Litec, 2010.

¹⁸ P. LEGENDRE, « La facture historique des systèmes (Notations pour une histoire comparative du droit administratif français) », *RIDC*, vol. 23, n° 1, 1971, p. 20-47, en part. p. 23. Voir également L. JAUME, « Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais », Communication présentée au colloque de Salamanque sur « Les origines du libéralisme » (1^{er}-4 octobre 2002), *Historia Constitucional* (revue électronique), n° 4, 2003 [<http://hc.rediris.es/04/index.html>].

¹⁹ L.-A. PICHON, *De l'État de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, Paris, Dentu, 1814, p. 65 : « L'instrument le plus actif, le plus efficace de la tyrannie du gouvernement de Napoléon a été le Conseil d'État ».

contenu est réitéré par celle du 23 août 1815²⁰. Cette « tacite reconduction²¹ » dénuée de tout fondement constitutionnel ou même légal de l'organe juridictionnel de l'Administration suscite une réprobation qui dépasse de loin les rangs des libéraux individualistes, puisqu'elle trouve même un écho dans les rangs d'éminents conseillers d'État à l'esprit réformateur. Ainsi, en 1818, Cormenin s'emploie à « prouver qu'en principe, la juridiction du Conseil d'État est inconstitutionnelle », et que « c'est en vain qu'on prétendrait démontrer [son] l'existence légale²² ». Le professeur G. Bigot rappelle qu'un second motif d'inconstitutionnalité entache en outre l'exercice par le Conseil d'État d'une fonction juridictionnelle : ses membres sont « inféodés au pouvoir²³ ». Il y a sans doute là une allusion à la contradiction entre, d'une part, la révocabilité des membres du Conseil d'État qu'autorise implicitement l'ordonnance du 23 août 1815²⁴, et, d'autre part, l'article 58 de la Charte qui prévoit l'inamovibilité des juges. Néanmoins, au delà de la compatibilité de l'existence du Conseil d'État avec les textes en vigueur, ce qui rend le fonctionnement de la juridiction administrative contraire à l'idée même de constitution, au sens l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, c'est la confusion des pouvoirs dont elle procède, l'Administration étant juge et partie.

B. Une justice « de cadi »

L'organisation même de la justice administrative du XIX^e siècle, héritière des lois des 16-24 août 1790 et du 16 Fructidor an III, ainsi que de la Constitution de l'an VIII, heurte fondamentalement les conceptions libérales en la matière. À la question de savoir si « en droit et en raison, [il y a] telle chose que la justice administrative »,

²⁰ Ch. AUZANNEAU, « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc », in G. BIGOT et M. BOUVET (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006, p. 105-127, en part. p. 112.

²¹ Anonyme (E. AIGNAN), « Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle » (revue critique de l'ouvrage éponyme de Cormenin), *La Minerve française*, t. 1, 1818, p. 612-622, en part. p. 620.

²² L.-M. CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Le Doux, 1818, p. 88-89 : « Je vais essayer de prouver qu'en principe, la juridiction du Conseil d'État est inconstitutionnelle [...]. Le Conseil de nos Rois existait, sous l'ancienne Monarchie, par le génie même de cette Monarchie, par ses nécessités et par les édits et ordonnances qui étaient les lois d'alors. Le Conseil de l'Empire existait par les Constitutions. Aujourd'hui, c'est en vain qu'on prétendrait démontrer l'existence légale du Conseil d'État, et que pour en composer un tout, on irait recueillir les parcelles de son être dans des décrets impériaux, dans des sénatus-consultes, dans les dispositions secondaires de quelques lois, et dans les lambeaux d'une constitution déchirée ».

²³ G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, op. cit., p. 226-227. À propos du manque d'indépendance des membres du Conseil d'État, voir également L.-A. PICHON, *De l'État de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, op. cit., p. 65 : « Ses membres sont des commissaires salariés, qui n'ont d'emploi et de traitement qu'autant qu'ils sont portés sur une liste d'activité, dressée chaque trimestre. Dès-lors, la complaisance qu'ils montrent pendant les trois mois qui s'écoulent, est la mesure et la règle de leur sort dans le trimestre suivant ».

²⁴ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 92 : « Aux termes de l'ordonnance du 23 août 1815, en effet, le gouvernement arrêta discrétionnairement la liste des membres du Conseil d'État et des maîtres des requêtes, la radiation d'un nom valant révocation ».

le Duc de Broglie répond ainsi qu'il s'agit là d'« expressions mal sonnantes, hérétiques, sentant l'hérésie, ou qui, du moins, frayent difficilement ensemble²⁵ ». Les griefs formulés à son encontre tiennent en grande partie à deux armes contentieuses au bénéfice de l'État, contre l'individu. D'abord, le fait que la justice administrative est retenue entre les mains du chef de l'État, qui doit, jusqu'à la loi du 24 mars 1872, signer les décisions du Conseil d'État afin qu'elles soient exécutoires. Ensuite, la garantie dont jouissent les fonctionnaires jusqu'en 1873, au titre de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Sur chacune de ces deux questions, les publications de Macarel, pourtant partisan, comme Cormenin, de l'indépendance de la juridiction administrative, sont l'occasion pour de Broglie, puis pour Tocqueville, de réaliser des comptes-rendus de lecture en forme de réquisitoire contre l'arbitraire de la justice administrative. Dans un pamphlet resté fameux, anonymement publié en 1828 à la *Revue française*, l'habitué du château de Coppet fustige en des termes puissants la mainmise de l'Administration sur la justice administrative :

Dans tout État policé [...], toute contestation quelconque doit trouver des juges, mais des juges vraiment juges, des juges indépendans [*sic*], des juges qui prononcent publiquement, et selon des formes déterminées, dont il ne leur soit pas loisible de s'affranchir. Ici, que voyons-nous ? Une contestation naît entre l'administration et les citoyens ; c'est l'administration qui décide ; elle est, en même temps, juge et partie. Une contestation naît entre deux citoyens par suite de quelque acte de l'administration ; celui-ci se prévaut de cet acte ; celui-là s'en plaint et l'incrimine ; l'affaire est portée devant l'administration elle-même. Quelle justice peut en espérer le dernier ? D'ailleurs les agens [*sic*] de l'administration, petits ou grands, sont-ils indépendans [*sic*] du gouvernement ? Non, à coup sûr. Sont-ils inamovibles ? Tout aussi peu. Prononcent-ils selon des formes déterminées ? Point du tout ; ou s'ils en observent, c'est l'administration elle-même qui se les impose, et qui demeure par conséquent plus ou moins libre d'y déroger. N'est-ce donc point là une justice de cadî ou de pacha²⁶ ?

La charge contre la justice retenue, vectrice de tyrannie, est, près de vingt ans plus tard, menée par Tocqueville, dans le rapport qu'il prononce à l'Académie des sciences morales et politiques sur le *Cours de droit administratif* publié par Macarel²⁷. Selon le publiciste, la justice retenue ou « réservée », telle que la présente

²⁵ Anonyme (V. DE BROGLIE), « Des tribunaux administratifs » (note de lecture critique de l'ouvrage éponyme de Macarel), *Revue française*, n° 6, 1828, p. 58-132, en part. p. 59. La formule aura peut-être été inspirée par celle dont Pichon a été l'auteur, quatorze ans auparavant : « On est encore à savoir, au conseil même, ce que c'est que cette juridiction, qui depuis a été appelée le contentieux administratif. Jamais l'axiome de droit, *omnis definitio periculosa* n'a été plus vrai que dans cette machine, dont l'action dépend de la question de savoir ce qui est ou n'est pas de justice administrative. L'idée seule de réunir ces deux mots dans le sens technique, c'est-à-dire pour signifier une attribution judiciaire, n'a pu naître que dans des esprits où toutes les notions étaient bouleversées » (L.-A. PICHON, *De l'État de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, *op. cit.*, p. 74).

²⁶ V. de BROGLIE (anonyme), « Des tribunaux administratifs » (note de lecture critique de l'ouvrage éponyme de Macarel), art. cité, p. 60-61. À la même page, l'auteur ajoute : « Pourquoi l'administration craindrait-elle de soumettre ses différends avec les administrés aux juges qui prononcent sur la fortune, sur l'honneur, sur la vie des citoyens ? Pourquoi les différends qui s'élèvent entre les citoyens, à l'occasion d'un acte administratif, ne seraient-ils point déférés aux tribunaux ordinaires ? Il n'y a qu'une justice ; il n'y a qu'une raison et qu'une vérité ».

²⁷ L.-A. MACAREL, *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 4 vol., Paris, Thorel, 1844-1846. À propos du discours prononcé par Tocqueville sur cet ouvrage, voir S. GILBERT, « Rapport de M. de Tocqueville sur le Cours de droit administratif de M. Macarel (1846) »,

Macarel, constitue un « axiome de droit qu'aucun peuple libre, et [même] aucun peuple civilisé n'admettrait jamais²⁸ », puisqu'il faut alors « accepter des juges qui représentent l'administration elle-même », « le véritable juge [étant] le prince²⁹ ». Dans le tome premier de *De la démocratie en Amérique*, en 1835 (pour sa première édition), puis dans *L'Ancien Régime à la Révolution*, en 1856, c'est la garantie des fonctionnaires qui fait l'objet d'une critique soignée. Dans le premier de ces deux ouvrages, Tocqueville convoque le modèle américain de démocratie libérale pour souligner l'arbitraire de la justice administrative, en évoquant l'incrédulité des citoyens américains – choisis comme parangons du libéralisme – auxquels il aurait exposé les caractéristiques de la justice retenue et de la garantie des fonctionnaires³⁰. Dans le second, l'auteur dresse un parallèle entre l'irresponsabilité des fonctionnaires sous l'Ancien Régime et la garantie dont ceux-ci bénéficient dans le droit positif, au cours du XIX^e siècle : les modalités selon lesquelles le Roi accordait illégalement l'immunité aux fonctionnaires sont devenues légales³¹. La garantie des

art. cité, p. 1115-1121. À propos de l'apport de Tocqueville à la pensée du droit administratif, voir également C. COURVOISIER, « Tocqueville et la formation du droit administratif », in M. CARIUS, Ch. COUTEL, T. LE MARC'HADOUR (dir.), *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Artois presses université, 2006, p. 41-49.

²⁸ S. GILBERT, *ibid.*, p. 1119-1120.

²⁹ *Ibid.* : « Nous parlons ici de procès, c'est-à-dire de litiges qui n'ont pas seulement pour fondement un intérêt, mais un droit, un droit positif et acquis, qui se fonde sur des lois qui en découlent, et qu'il ne s'agit que de constater, le texte de la loi à la main. Or, toutes les fois qu'un citoyen aura un droit de cette espèce à défendre contre un citoyen son égal, on lui permettra de s'adresser aux tribunaux ordinaires et aux juges inamovibles ; mais s'agira-t-il de défendre ce même droit contre l'administration ? Il lui faudra accepter des juges qui représentent l'administration elle-même. Bien plus, il ne pourra même s'en fier à la sentence de ces juges, car ici la justice est réservée, dit la maxime officielle. Le véritable juge, c'est le prince, et après avoir été absous par les agents du souverain, il peut toujours être condamné par le souverain lui-même. Ainsi là où l'adversaire est faible et la partialité du juge peu à craindre, on laisse aux citoyens l'exercice du tribunal complètement indépendant ; là où l'adversaire est fort et la partialité du juge à redouter, on contraint d'une manière générale et uniforme, par une règle inflexible du droit, le citoyen, à paraître devant un tribunal comparativement dépendant, et l'on va jusqu'à donner à la partie même le droit de juger ».

³⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, 12^e éd., Paris, Pagnère, 1848, p. 167-168 : « En l'an VIII de la république française, il parut une constitution dont l'art. 75 était ainsi conçu : "Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires." La constitution de l'an VIII passa, mais non cet article, qui resta après elle ; et on l'oppose, chaque jour encore, aux justes réclamations des citoyens. J'ai souvent essayé de faire comprendre le sens de cet art. 75 à des Américains ou à des Anglais, et il m'a toujours été très difficile d'y parvenir. Ce qu'ils apercevaient d'abord, c'est que le Conseil d'État, en France, étant un grand tribunal fixé au centre du royaume, il y avait une sorte de tyrannie à renvoyer préliminairement devant lui tous les plaignants. Mais quand je cherchais à leur faire comprendre que le Conseil d'État n'était point un corps judiciaire, dans le sens ordinaire du mot, mais un corps administratif, dont les membres dépendaient du roi ; de telle sorte que le roi, après avoir souverainement commandé à l'un de ses serviteurs, appelé préfet, de commettre une iniquité, pouvait commander souverainement à un autre de ses serviteurs, appelé conseiller d'État, d'empêcher qu'on ne fit punir le premier ; quand je leur montrais le citoyen, lésé par l'ordre du prince, réduit à demander au prince lui-même l'autorisation d'obtenir justice, ils refusaient de croire à de semblables énormités, et m'accusaient de mensonge et d'ignorance ».

³¹ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy frères, 1856, p. 86 : « Parmi les dix-neuf constitutions qui ont été établies à perpétuité en France depuis soixante

fonctionnaires qui prospère depuis la fin du Premier Empire jusqu'au milieu du Second n'est donc, pour Tocqueville, que la perpétuation des pratiques despotiques de la monarchie absolue. La garantie des fonctionnaires est si étroitement associée à l'arbitraire administratif dans l'esprit des libéraux individualistes que l'on trouve, au sein de la notice consacrée à la notion d'« arbitraire » dans le *Dictionnaire de la politique*, la réflexion selon laquelle « si le fonctionnaire savait que chacun de ses actes qui ne serait pas justifié par la nécessité du service sera déféré à l'autorité supérieure, aux tribunaux, ou seulement à l'opinion publique par la voie de la presse, il y regarderait à deux fois avant d'en assumer la responsabilité³² ».

Enfin, en sus des publicistes libéraux individualistes, les magistrats sont, à partir de la fin du Second Empire et du début de la III^e République, les principaux pourfendeurs de la justice administrative³³. Leur démonstration, qui conclut à la nécessité d'abandonner le dualisme juridictionnel, consiste à présenter le juge judiciaire comme le plus pleinement garant des libertés individuelles et de la séparation des pouvoirs face aux privilèges contentieux de l'Administration³⁴. Il y a sans doute là quelque « rancœur par rapport à la défaite historique du pouvoir judiciaire³⁵ ».

ans, il s'en trouve une dans laquelle il est dit qu'aucun agent de l'administration ne peut être poursuivi devant les tribunaux ordinaires sans qu'au préalable, la poursuite n'ait été autorisée [...]. Les administrateurs ont encore coutume d'appeler le privilège qui leur est accordé par cet article une des grandes conquêtes de 1789 ; mais en cela ils se trompent également, car, sous l'ancienne monarchie, le gouvernement n'avait guère moins de soins que de nos jours d'éviter aux fonctionnaires d'avoir le désagrément de devoir se confesser à la justice, comme de simples citoyens. La seule différence essentielle entre les deux époques est celle-ci : avant la révolution, le gouvernement ne pouvait couvrir ses agents qu'en recourant à des méthodes illégales et arbitraires, tandis que depuis, il a pu légalement leur laisser violer les lois ».

³² M. BLOCK, « Arbitraire », in M. BLOCK (dir.), *Dictionnaire général de la politique*, t. 1, Paris, Lorenz, 1873, p. 86.

³³ E. POITOU, *La liberté civile et le Pouvoir administratif en France*, Paris, Charpentier, 1869, p. V-VI : « L'administration n'a pas seulement chez nous des attributions universelles ; elle est investie d'une sorte de souveraineté. Elle n'est pas seulement indépendante, elle est omnipotente [...]. Elle prétend, en cas de litige, n'avoir de juge qu'elle-même : c'est elle-même qui constitue son tribunal et qui en fixe la compétence [...] Ce n'est pas tout, omnipotente dans son action, elle l'est aussi dans ses agents. Les fonctionnaires qu'elle emploie, responsables envers elle-seule, ne le sont pas devant la justice ordinaire, même pour illégalité, même pour délit ou crime, à moins qu'il ne lui plaise de le lui permettre ».

³⁴ E. POITOU, *ibid.* : « Quel est le pouvoir qui protégera le droit individuel, qui défendra la personne, la propriété du citoyen, contre les caprices de cette puissance formidable, armée de deux-cent mille bras, qui s'appelle le pouvoir administratif [...] ? J'essaye de montrer que le pouvoir judiciaire est le gardien naturel, le seul gardien efficace de la liberté civile ». E. DRAMARD, « De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative », *Revue pratique de droit français*, 1873, p. 433-475, en part. p. 442 : « Pour séparer le pouvoir judiciaire de l'autorité administrative, pour se conformer au principe sous l'égide duquel entend se placer l'administration, il faut que les juges des matières administratives restent complètement dans ce rôle de juges, et qu'ils soient identiques à ceux de droit commun ; car il ne peut pas plus être permis à un affilié à l'administration de juger l'administration, qu'à un juge civil ou criminel de statuer sur un fait ou un droit intéressant son parent ou son allié ». E. FUZIER-HERMAN *De la séparation des pouvoirs d'après l'histoire constitutionnelle et le droit comparé*, Paris, Maresq, 1880, p. 464 : « Pour nous qui ne reconnaissons plus qu'une justice déléguée et qui considérons toutes les compétences administratives comme étant de pure attribution, la recherche du juge ordinaire administratif est presque oiseuse. Ce juge se confond avec les juridictions ordinaires de droit commun ».

³⁵ Y. LADIÉ, « Les libéraux et la justice administrative au XIX^e siècle : un mariage de raison ? », *Rev. adm.* 2001, n° 319, p. 7.

François Burdeau interprète néanmoins l'ensemble des critiques précitées comme une réaction plus profonde contre « l'État Providence ; cet État qui peut fouler impunément aux pieds les libertés individuelles, sous le prétexte qu'il détient la science infuse de l'intérêt général³⁶ ».

Dans les éditions successives de *The Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, publiées entre 1885 et la fin du siècle, Dicey reprend à son compte la démonstration de l'arbitraire inhérent à l'organisation de la justice administrative au XIX^e siècle. Il n'y intègre néanmoins pas les réformes concourant à son perfectionnement. C'est ainsi que le « moment Dicey » a pu advenir.

II. L'AVÈNEMENT DU « MOMENT DICEY »

Ce que nous appelons le « moment Dicey » consiste en un dialogue comportant, d'une part, l'énoncé par le *Vinerian Professor* d'une critique du modèle français de droit administratif, aux fins de mettre en exergue la portée du *rule of law* et, d'autre part, la réaction de la doctrine française à cette critique, dans les premières années du XX^e siècle.

A. L'énoncé : le modèle français de droit administratif à l'épreuve du *rule of law*

L'énoncé de la critique « dicéyenne » du droit administratif procède, d'une part, d'une démarche scientifique particulière consistant à recourir au droit comparé pour rendre en compte, en négatif, de la consistance du *rule of law* et, d'autre part, d'une connaissance insuffisante des droits administratifs anglais et français.

1. De la démonstration par l'absurde de la consistance du *rule of law* à la démonstration de la suprématie anglaise

Dans *The Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Dicey utilise le droit comparé à une fin bien particulière : dans la partie consacrée à l'exposé de la notion de *rule of law*, il fait une présentation volumineuse (28 pages dans la quatrième édition, de 1889, 26 pages dans la version française de 1902) du droit administratif français³⁷. Elle vise à démontrer que la constitution d'un régime juridique arbitraire – le « système de droit administratif » (*administrative law scheme*)³⁸ – existant dans le système juridique français, est « absolument inconnue » du système juridique anglais, car elle est « fondamentalement inconciliable³⁹ » avec le *rule of law*. L'auteur fait donc référence à l'existence du droit administratif français en tant que contre-exemple du *rule of law*. Le modèle français est ainsi convoqué

³⁶ F. BURDEAU, « La crise du principe de dualité des juridictions », art. cité, p. 729.

³⁷ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 4^e éd., Londres, Macmillan, 1889, p. 303-330 ; A.V. DICEY, *Introduction...*, trad. A. Batut et G. Jèze, Paris, Giard et Brière, 1902, p. 285-310.

³⁸ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. 303.

³⁹ *Ibid.*, *Introduction...*, p. 181.

aux fins d'une démonstration par l'absurde de la consistance de ce « principe fondamental de l'ordre juridique » anglais⁴⁰.

Dicey décrit l'une des trois facettes du *rule of law*, celle de l'égalité face à la règle de droit, comme étant « une caractéristique de l'Angleterre », selon laquelle « non seulement [...] aucun homme [...] n'est au-dessus [de la règle de droit]⁴¹, mais (ce qui est différent) [...] tout homme, quels que soient son rang, sa condition, est soumis [au droit] ordinaire du royaume et justiciable des tribunaux ordinaires⁴² ». Il ajoute qu'« en Angleterre, cette idée d'égalité devant [la règle de droit] ou de soumission universelle de toutes les classes à [un droit] unique appliqué par les tribunaux ordinaires a été poussée jusqu'à sa dernière limite⁴³ ». Partant, dans le système juridique décrit, « tous les fonctionnaires, depuis le Premier ministre jusqu'aux [agents de police] ou aux collecteurs de taxes, sont soumis à la même responsabilité que n'importe quel autre citoyen pour tout acte fait sans justification légale⁴⁴ ». Si l'énoncé semble limpide, Dicey affirme toutefois que le droit constitutionnel anglais est souvent mal compris et il voit dans le recours au droit comparé le moyen pédagogique de parer à cette difficulté⁴⁵.

L'objectif assigné à la mise en perspective du droit national par rapport à un modèle étranger est donc ostensiblement annoncé. Néanmoins, la lecture des propos introductifs du chapitre consacré au *rule of law* laisse entrevoir, derrière la démarche du pédagogue, une intention idéologique mâtinée d'ethnocentrisme. L'auteur recourt notamment à la figure du candide, afin de mettre en balance le degré élevé de protection des libertés et des droits individuels que garantit le droit anglais, grâce au *rule of law*, apanage des États « civilisés », avec la situation du système français de justice administrative. Ce procédé lui permet également de justifier le choix du droit administratif français comme pendant négatif du droit anglais. Il affirme ainsi

[qu']un Anglais se figure naturellement que le [*rule of law*] est un trait commun à toutes les sociétés civilisées. Cette supposition est pourtant erronée. La plupart des nations européennes sont, en effet, passées, à la fin du XVIII^e siècle, par cette phase de développement (dont l'Angleterre est sortie avant la fin du XVI^e siècle) où nobles, prêtres et autres, pouvaient défier [le droit]. Mais aujourd'hui même, il est loin d'être universellement vrai que, dans les pays continentaux, tous les individus soient soumis à une seule et même loi et que les tribunaux soient suprêmes dans toute l'étendue du pays. Si nous prenons la France comme [exemple-]type d'un État continental, nous pouvons affirmer avec une réelle jus-

⁴⁰ E. ZOLLER, « Rule of law », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1378-1380, en part. p. 1379.

⁴¹ Il s'agit là d'une traduction plus fidèle de la notion de *law* que celle – « loi » – que Batut et Jèze en donnaient en 1902. Lorsque nous citons la version française de *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, nous remplaçons systématiquement la traduction « loi » que les deux primo traducteurs donnent du mot « *law* », par le terme de « droit ».

⁴² A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 172.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 183 : « Une raison pour laquelle le droit constitutionnel anglais est imparfaitement compris, c'est que nous le comparons trop rarement avec les dispositions des autres pays. Ici, comme ailleurs, la comparaison est essentielle à l'intelligence ».

tesse que les fonctionnaires – nous devons comprendre sous ce mot tous les individus employés au service de l'État – sont, en ce qui touche leur capacité officielle, à l'abri [du droit] ordinaire du pays, exempts de la juridiction des tribunaux ordinaires et, à beaucoup d'égards, soumis uniquement à un droit de fonctionnaires [(comprendre un droit « de l'Administration »)] appliqué par des corps de fonctionnaires [(comprendre des « agents de l'Administration »)]⁴⁶.

Le procédé narratif ou argumentatif consistant en l'évocation du candide, popularisé par l'ouvrage éponyme de Voltaire, ou encore par les *Lettres Persanes* de Montesquieu, n'est inconnu ni des publicistes ni des juristes. Il s'agit généralement d'un personnage étranger à la société à laquelle appartient l'auteur, et par les yeux duquel il en dénonce les mœurs ou les dérives. On pense à Tocqueville convoquant des Américains circonspects face à la présentation de la justice administrative française⁴⁷, ou encore à Jean Rivero, qui fait prendre au candide les traits d'un *Huron* face aux limites du recours pour excès de pouvoir⁴⁸. Chez Dicey, le néophyte semble être utilisé à contre-emploi ou, du moins, il paraît avoir une double fonction originale, si l'on se réfère aux exemples historiques fournis notamment par Montesquieu, Voltaire, Tocqueville et Rivero : il permet, d'une part, d'attribuer un satisfecit à son propre système juridique et, d'autre part, d'introduire, tout en justifiant sa nécessité, la présentation critique du modèle français de droit administratif.

Il demeure exact que l'une des vertus de la comparaison des droits est de permettre une meilleure compréhension de son propre système juridique, en le confrontant à l'altérité profonde d'un système étranger⁴⁹. Ainsi, pour le *Vinerian Professor*, « c'est [...] ce contraste même entre le droit administratif, tel qu'il existe en France, et la notion d'égalité devant la [*common law*] solidement établie dans l'Angleterre moderne, qui rend utile l'étude [...] »⁵⁰. Néanmoins, cet apport du droit comparé à la compréhension du système juridique dont l'auteur est originaire ne s'offre à celui-ci qu'à la condition qu'il considère son propre droit à la lumière de la différence qu'il constate dans le système juridique étranger. Or, le but énoncé par Dicey est simplement

de fixer la nature générale [du droit administratif] et les principes sur lesquels repose le système tout entier, d'en faire ressortir les traits saillants, enfin d'éclaircir à nos propres yeux ce fait que l'existence d'un mécanisme de droit administratif rend très différente la situation légale des fonctionnaires en France et celle des agents de l'État en Angleterre, et crée, en fait, un état de choses essentiellement contraire à ce que les Anglais regardent comme la juste suprématie [du droit] ordinaire du pays⁵¹.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁷ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, *op. cit.*, p. 167-168.

⁴⁸ J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », Paris, Dalloz, 1962, *Chroniques IV*, p. 37-40, in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO et G. VEDEL, *Pages de doctrine*, t. 2, Paris, LGDJ, 1980, p. 329-334.

⁴⁹ À ce propos, voir par ex. J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé – Doctorat*, Université de Paris, 1957-1958, Les cours de droit, p. 11 ; E. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 885-915, en part. p. 898-899.

⁵⁰ A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 287.

⁵¹ *Ibid.*

Présenté ainsi, l'objet de sa démarche semble purement descriptif et non *comparatif*. On trouve certes, au sein du Chapitre XII, quelques réflexions du professeur oxonien sur l'histoire du droit anglais, inspirées par sa présentation du droit administratif français⁵², mais en nombre plus limité que l'intitulé « Le *rule of law* en Angleterre comparé au droit administratif français » n'aurait pu le laisser croire.

L'impression qui se dégage de cette lecture est que l'exercice auquel l'auteur se livre a en réalité essentiellement pour objet d'affirmer la supériorité du droit anglais sur les systèmes continentaux, cette entreprise passant par une critique du droit administratif français⁵³. Les quelques lignes de la préface de l'édition française de *Introduction* qu'il consacre à expliquer que telle n'était pas sa démarche n'emportent pas véritablement la conviction⁵⁴. Leur effet est au surplus gâché par la préface générale de l'ouvrage, dans laquelle le député républicain libéral Ribot affirme, lui, explicitement, la supériorité du droit public anglais⁵⁵.

L'objectif de nourrir une réflexion sur le *rule of law* au moyen de l'évocation du droit administratif français ne semble donc que très partiellement atteint – mais, on l'a dit, là n'était peut-être pas véritablement l'intention de l'auteur. Un grief plus

⁵² En particulier, aux p. 306-309, l'auteur établit un parallèle entre la justice administrative française, principalement, sa juridiction spéciale et son caractère retenu, et la volonté du Chancelier Bacon, au XVII^e siècle, d'« empêcher les juges, au moyen du *writ De non procedendo Rege inconsulto*, de connaître des affaires dans lesquelles les intérêts de la Couronne étaient engagés ».

⁵³ À propos de cette intention de Dicey, voir M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006, p. 63 : « Dicey considérait que le système britannique était très supérieur aux systèmes du reste de l'Europe. En effet, c'est seulement au Royaume-Uni que les autorités publiques (autres que le Parlement) sont soumises, en principe, au même droit et au même juge que les autres justiciables [...]. La Grande-Bretagne se considère donc comme le seul pays où règne le droit ».

⁵⁴ A.V. DICEY, *Introduction...*, p. XXX-XXXI : « Je me suis reporté fréquemment aux Constitutions des pays étrangers et notamment à celles des États-Unis et de la France ; mais c'est seulement en vue d'illustrer, principalement par voie de comparaison, le fonctionnement des deux principes dominants qui sont à la base du système du Gouvernement anglais. Il faut se rappeler ce fait, si l'on désire comprendre mon exposé des Constitutions étrangères. Je veux montrer que, par leur contraste, parfois même par leurs ressemblances, elles jettent, une vive lumière sur les particularités de la Constitution anglaise. Je n'ai pas à en rechercher les mérites ni les défauts. Dire par exemple que les institutions d'un pays étranger diffèrent essentiellement de celles de l'Angleterre et montrer en quoi cette différence consiste, c'est simplement appeler l'attention sur un fait qui peut accroître notre connaissance du Droit Constitutionnel anglais ; mais c'est là tout autre chose qu'affirmer, sur le point en question, la supériorité des institutions anglaises sur celles des autres pays. C'est là une observation que devra conserver dans l'esprit celui qui lira le chapitre que je consacre au droit administratif français. J'ai voulu montrer (ce qui certainement est vrai) que, dans tout le Droit anglais, il n'y a que peu de chose ou même rien qui corresponde au Droit administratif. Mais cette conclusion ne prouve pas ou n'implique pas que le système du Droit administratif n'a aucun mérite propre, que l'Angleterre n'a rien perdu en négligeant de reconnaître pleinement les droits et devoirs de l'État, ce qui forme le droit administratif français. Bien au contraire, je suis d'autant plus éloigné de croire que le droit administratif de la France n'a aucun mérite, que je reconnais en lui une création remarquable et originale du génie français dans le domaine de la Jurisprudence ».

⁵⁵ A. RIBOT, préface à A.V. DICEY, *Introduction...*, p. V-XIX, en part. p. XVIII : « Nous sommes encore loin, toutefois, de pouvoir dire, d'une manière générale, que toute violation de la loi, commise par le gouvernement ou par ses agents, peut être redressée par la décision d'un tribunal régulièrement constitué. Que le droit public de l'Angleterre soit, à cet égard, supérieur au nôtre et à celui de la plupart des États du Continent, nous ne saurions le méconnaître ».

important peut néanmoins être formulé à l'encontre de l'entreprise de Dicey : elle repose sur une connaissance approximative du droit administratif français et sans doute même du droit administratif anglais.

2. Une connaissance lacunaire du droit administratif français

La présentation du droit administratif français proposée par Dicey reprend les grands traits de la critique libérale individualiste française du XIX^e siècle. Les griefs formulés à l'égard du droit français sont de deux ordres. Il s'agit, d'une part, de l'existence-même d'un système de droit administratif, avec la forme de privilège de juridiction qui en découle au profit de l'Administration, ainsi que le droit spécial qui lui est applicable⁵⁶ et, d'autre part, plus spécifiquement, de la garantie des fonctionnaires de la partialité du Tribunal des conflits. Cette seconde série de critiques conditionne sans doute la première, en renforçant le sentiment d'arbitraire que peut faire naître l'étude de la justice administrative des deux premiers tiers du XIX^e siècle. Elle se fonde néanmoins sur des connaissances imprécises et peu actualisées. Ainsi, au sujet de la responsabilité des agents de l'Administration, Dicey affirme (au moins jusqu'à 1902) que ceux-ci ne peuvent jamais être attraités devant le juge judiciaire⁵⁷. Il minimise également la portée du décret du 19 septembre 1870, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, laquelle prévoyait que les poursuites à l'encontre des « agents du Gouvernement » ne peuvent s'exercer qu'après autorisation du Conseil d'État⁵⁸, sans doute parce qu'il n'est pas instruit de la jurisprudence postérieure. On pense en particulier à l'arrêt *Pelletier*, rendu par le Tribunal des conflits le 30 juillet 1873, qui tire les conséquences du décret précité et de la jurisprudence des années 1850⁵⁹, en permettant la poursuite du fonctionnaire devant le juge judiciaire pour faute personnelle dans les cas où la faute ne consiste pas en l'édiction d'un acte administratif. Il pose ainsi les premiers jalons de la distinction entre la faute personnelle, qui permet de poursuivre l'agent

⁵⁶ Voir par ex. A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 285 : « Dans beaucoup de pays et spécialement en France, les agents de l'État échappent, jusqu'à un certain point, en leur capacité officielle, aux rigueurs [du droit commun], et, dans une certaine mesure sont soustraits à la juridiction des tribunaux ordinaires : ils sont soumis à [un droit] bureaucratique appliqué par des assemblées de bureaucrates », ou encore p. 289 : « Chaque fois qu'il y a conflit entre les droits de l'État et les droits de l'individu, le gouvernement et ses agents possèdent, comme représentants de la nation, un ensemble de droits spéciaux, de privilèges et de prérogatives, dont l'étendue sera déterminée d'après des principes différents des considérations qui fixent les droits et les devoirs des simples citoyens entre eux. Selon les idées françaises, un individu, dans ses démêlés avec l'État, n'est pas sur le même pied que dans ses démêlés avec son voisin ».

⁵⁷ *Ibid.*, p. 293 : « S'il est vrai qu'un individu lésé par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ne peut demander réparation aux tribunaux judiciaires, il ne s'ensuit pas qu'il n'a aucun recours quand, par exemple, il a subi un dommage par suite d'une arrestation illégale par un agent de police agissant par ordre, ou d'insultes insérées par un maire dans un avis officiel. L'incompétence des tribunaux judiciaires signifie simplement que la réparation du dommage causé au cours d'une opération administrative doit être cherchée auprès des autorités administratives elles-mêmes, ou, comme on les appelle, auprès des tribunaux administratifs ».

⁵⁸ *Ibid.*, p. 299 : « L'abrogation de l'article 75 ne fut si légèrement votée et si facilement acceptée que parce qu'elle effectuait un changement plus important en apparence qu'en réalité, et qu'après tout elle ne modifiait pas d'une façon bien sensible la situation des fonctionnaires français, ni le cours de l'administration française ».

⁵⁹ TC, 20 mai 1850, *Manoury*, S. 1850.2.618. Sur l'évolution de ce régime, voir F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 150, et p. 236-238.

devant le juge judiciaire, et la faute de service, pour laquelle la responsabilité de l'Administration doit être recherchée devant le juge administratif⁶⁰. Il est donc parfaitement possible, dès l'époque où Dicey rédige la première édition de son ouvrage (1885), et contrairement à ce qu'il affirme, d'engager la responsabilité personnelle du fonctionnaire devant le juge judiciaire. Pourtant, Dicey ignore absolument l'état du régime français de responsabilité de l'Administration issu des arrêts *Pelletier* et *Laumonnier-Carriol*, fondé sur la distinction entre la faute personnelle et la faute de service. Sans doute n'est-il pas au fait de l'abandon du principe d'irresponsabilité de l'Administration, dont la responsabilité peut désormais être engagée pour fait de service – fût-ce devant une instance dont la nature de juridiction demeure suspecte aux yeux de l'auteur. Il ne considère donc la question de la responsabilité découlant des dommages causés par les agents administratifs qu'à travers la responsabilité personnelle⁶¹.

Dicey met également en cause l'impartialité du Tribunal des conflits dans sa fonction d'aiguillage de la compétence juridictionnelle, au motif qu'il est paritairement composé de membres du Conseil d'État⁶². Il confère d'ailleurs un poids particulier à cette critique, en affirmant qu'il s'agit là du « trait [saillant] [...] le plus remarquable de tous pour [son] étude⁶³ ». Pourtant, à supposer que les trois membres du Conseil d'État siégeant au Tribunal des conflits aient un biais en faveur de la compétence administrative, la même supposition peut être faite s'agissant des trois membres de la Cour de cassation (dont la voix n'a pas moins de valeur), en faveur, cette fois, de la juridiction judiciaire.

Les erreurs commises par Dicey sont, en partie au moins, dues à une connaissance du droit administratif français issue de sources datant bien souvent de plusieurs dizaines d'années. Il en va ainsi de la référence aux *Études administratives* de Vivien⁶⁴, parues (pour la première fois) en 1845, ou encore de celle à *De la Démocratie en Amérique*, de Tocqueville, dont la première édition date de 1835. Or, le

⁶⁰ Pour une affirmation de la règle, dans l'arrêt ayant donné lieu aux conclusions contenant la célèbre formule de Lafferrère sur les caractères différenciant la faute personnelle de la faute de service, voir T.C., 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*, *Rec.*, p. 437 : « Laumonnier-Carriol n'allègue aucune faute personnelle que puisse engager la responsabilité des fonctionnaires assignés ; que l'action intentée par Laumonnier-Carriol est en réalité portée contre l'État dans la personne de ses agents, afin d'obtenir la réparation du préjudice causé par des mesures prises par les deux ministres exerçant la puissance publique, et exécutées par le préfet en vertu de leurs instructions ; qu'une telle action est de la compétence de l'autorité administrative ».

⁶¹ A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 301 : « Dans le système français, aucun agent du gouvernement ne peut être rendu civilement responsable de sa conduite s'il exécute sans malveillance ni corruption les ordres de ses supérieurs. Il échappe à la juridiction des tribunaux judiciaire parce que l'acte qu'il a accompli est administratif ; il est à l'abri d'une condamnation administrative parce qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions administratives ».

⁶² *Ibid.*, p. 296 : « Un observateur peut affirmer avec quelque assurance que le Tribunal des Conflits est un corps pour le moins autant administratif que judiciaire. Il s'ensuit que la compétence des tribunaux judiciaires, dans toutes les affaires intéressant des fonctionnaires, est déterminée par des personnes qui, si elles ne font pas effectivement partie de l'exécutif, sont influencées par des sympathies administratives et sont portées à considérer l'intérêt de l'État ou du gouvernement comme plus important que le respect strict des droits légaux des individus ».

⁶³ *Ibid.*, p. 295.

⁶⁴ M. VIVIEN, *Études administratives*, Paris, Guillaumin, 1845. Sur la foi de cet ouvrage, Dicey affirme notamment, aux p. 289-290 que le droit administratif permet aux personnes publiques

droit administratif français tel qu'il existe quinze à trente ans après le début de la III^e République n'a plus tout à fait les caractères de celui qui existait sous la Monarchie de Juillet. Son perfectionnement à partir de la fin du Second Empire a même été considérable, que ce soit sur le plan du régime de responsabilité, sur celui de la création d'un organe répartiteur des compétences, et encore davantage avec la fin du système de justice administrative retenue, comme avec l'apparition du recours pour excès de pouvoir sous sa forme moderne. Ayant publié sept éditions de son *Introduction* au moment où l'ouvrage est traduit en France, Dicey a déjà reçu un certain nombre de remarques de juristes français – dont, sans doute, ses traducteurs – au sujet du manque d'actualisation dont souffre son analyse comparatiste. On pourra ainsi s'étonner de ce que, dans la préface de la version française, après avoir reconnu ses approximations⁶⁵, Dicey aille presque jusqu'à les revendiquer, en tant qu'elles lui permettent d'établir un contraste suffisant entre les droits anglais et français. Il affirme ainsi :

Il importe d'ajouter ici que, pour une comparaison avec le Droit anglais, le Droit administratif français, tel qu'il existait au milieu du XIX^e siècle, convient tout autant que le Droit administratif plus développé de nos jours. À la vérité, mon exposé du Droit français fondé, comme il l'était sur bien des points, sur les écrits d'Alexis de Tocqueville ne correspond pas complètement, ainsi que me l'ont fait remarquer plusieurs critiques estimables, avec le Droit administratif actuel ; mais le Droit français, tel qu'il existait, par exemple, en 1850, est une illustration admirable, par voie d'opposition, du Droit Constitutionnel anglais. C'est pourquoi j'ai pensé qu'il n'y avait pas lieu de modifier matériellement les pages publiées pour la première fois en 1885⁶⁶.

On ne saurait mieux dire afin d'ôter toute valeur scientifique à une étude « comparative » dont l'importance avait pourtant été opiniâtrement martelée par l'auteur.

Il faut ajouter à la méconnaissance du droit administratif français – ou au refus de l'exposer tel qu'il existe à la fin du XIX^e siècle – une connaissance insuffisante de ce qui, dans le système juridique anglais, relève matériellement du droit administratif. Cette lacune conduit le *Vinerian Professor* à l'affirmation, aussi outrancière qu'erronée, selon laquelle le système juridique anglais ignore tout du droit administratif⁶⁷. Selon le professeur Sabino Cassese, non seulement Dicey « sous-estime

contractantes de violer leurs obligations contractuelles, sans qu'elles aient pour autant à indemniser intégralement leur cocontractant, à la différence de ce qui adviendrait dans pareille situation sous l'empire du droit civil. J'èze insère un commentaire en note de bas de page pour souligner le caractère erroné de cette affirmation : « La thèse de Vivien est aujourd'hui unanimement repoussée par la jurisprudence française ».

⁶⁵ A.V. DICEY, *Introduction...*, p. XXXI-XXXII : « Je tiens à affirmer tout particulièrement qu'une étude attentive de la *jurisdiction administrative* de Laferrière et d'autres ouvrages récents et autorisés, m'a convaincu non seulement que je suis tombé dans quelques erreurs de détail qui sont peut-être pardonnables à un anglais qui écrit sur le Droit français, mais encore que le Droit administratif a subi en France, pendant les cinquante ou soixante dernières années, une évolution remarquable dont, en 1885, je ne m'étais pas rendu un compte suffisant ». Sur ce point, on se reportera également aux remarques introductives formulées par J. Allison : A.V. DICEY, *The Law of the Constitution, The Oxford Edition of Dicey*, éd. J.W.F. Allison, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. XXVI-XXXVII.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 286 : « Les mots *administrative law*, qui sont la traduction la plus naturelle, n'ont aucun sens pour les juges et les avocats anglais ; ils sont, en eux-mêmes, à peine intelligibles sans

le « corpus » de droit administratif qui existait déjà à son époque en Angleterre⁶⁸ », mais il fonde de surcroît ses analyses à propos du droit anglais sur les représentations que s'en faisaient les auteurs libéraux individualistes français du XIX^e siècle⁶⁹. Pourtant, si les juristes britanniques contemporains de Dicey se sont peu intéressés au droit administratif anglais, plusieurs auteurs étrangers, qu'il a eu l'occasion de lire, ont été attentifs à son évolution à la fin du XIX^e siècle. On pense en particulier à l'Allemand Gneist, à l'Américain Garner, ou au Français Laferrière⁷⁰. Ce dernier, pour ne parler que de lui, consacre pas moins de soixante-dix pages de son traité à une présentation de l'évolution du droit administratif anglais. Il démontre notamment l'encadrement accru de l'action des organes publics par des textes législatifs de plus en plus nombreux⁷¹, mais aussi la justiciabilité des actes des organes publics, au travers de *writs*, selon un modèle qu'il n'hésite pas à comparer au recours pour excès de pouvoir⁷², ou encore le caractère résiduel de la responsabilité des agents publics, qui n'est dû qu'au principe d'irresponsabilité de la Couronne⁷³. Surtout, les travaux entrepris depuis la seconde moitié du XX^e siècle démontrent l'ancrage historique profond du droit administratif anglais⁷⁴. Le professeur Paul Craig affirme ainsi que la paternité des *remedies* du droit administratif anglais actuel, tels que l'*order of mandamus* ou le *certiorari* revient aux grands juges que furent « Coke,

autre explication. Cette absence, dans la langue anglaise, d'une expression qui rende pleinement celle de droit administratif est significative ; cette absence de synonyme provient au fond de ce que les Anglais ignorent la chose elle-même. En Angleterre et dans les pays, comme les États-Unis, qui puisent, leur civilisation aux sources anglaises, le système du droit administratif et même les principes sur lesquels il repose sont réellement inconnus » ; ou encore p. 454 : « le droit administratif, par conséquent, n'a point été reconnu en Angleterre » ; « il n'existe pas, en Angleterre, un véritable droit administratif ».

⁶⁸ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 61 ; P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law, Foundations and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, Hamlyn Lectures, 2015, p. 26 : « Dicey not only misunderstood the Continental regime, but he also ignored the body of UK case law dealing with the subject ».

⁶⁹ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 63 : « Dicey [...] prend comme éléments caractérisant le système anglais ceux-là même qu'avaient indiqués les libéraux français pour alimenter leur polémique, tandis qu'il néglige ou passe sous silence d'autres éléments comme la grande masse de lois administratives, les nouvelles compétences de l'État central, le développement des pouvoirs locaux, l'insuffisance du contrôle de l'administration par les tribunaux ordinaires, etc. On va donc choisir le droit de l'administration anglais sur des bases limitées, choisies sans critères scientifiques, en regardant, pour utiliser une métaphore – ce qu'avaient discerné les yeux d'autrui, mais à des fins différentes ».

⁷⁰ R. VON GNEIST, *La constitution communale de l'Angleterre, son histoire et son état actuel, ou le Self-Government*, 3 tomes, trad. de Th. Hippert, Bruxelles, Lacroix, Verboeckhoven et C^{ie}, 1867 ; J.W. GARNER, « La conception anglo-américaine du droit administratif », in *Mél. M. Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 337-385 ; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., Berger-Levrault, 1896, p. 97-117.

⁷¹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 99-103.

⁷² *Ibid*, p. 106-113, en part. p. 108.

⁷³ *Ibid*, p. 113-115.

⁷⁴ E.G. HENDERSON, *Foundations of English administrative law: certiorari and mandamus in the seventeenth century*, Cambridge, Harvard University Press, 1963 ; P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law, Foundations and Challenges*, *op. cit.*, p. 25-62.

Holt, Abbott, Blackstone, Mansfield et Kenyon⁷⁵ », dans les jugements qu'ils rendirent entre le XVI^e siècle et a fin du XVIII^e siècle.

L'énoncé de la critique « dicéyenne » du droit administratif français, fondée sur les négligences, voire les omissions volontaires précédemment évoquées, a été reçu de diverses manières par la doctrine contemporaine de son auteur.

B. La réaction : une réception doctrinale contrastée

La compréhension approximative voire erronée qu'avait Dicey à la fois du droit administratif français et du droit administratif anglais était flagrante aux yeux des savants de son époque. Par conséquent, la plupart des réactions doctrinales suscitées, au début du XX^e siècle, par le chapitre de l'*Introduction* consacré au droit administratif français furent, pour le moins, sceptiques. Il n'y eut guère qu'Hauriou pour recevoir de façon relativement accommodante les considérations de Dicey.

1. La réception sceptique

La plupart des auteurs français et américains spécialistes de droit administratif, qui entreprirent de commenter le Chapitre XII de l'*Introduction*, le firent pour souligner les erreurs commises par Dicey, aussi bien sur le plan du droit français que sur celui du droit anglais. L'un premiers critiques publics du *Vinerian Professor* fut sans doute Jèze, qui inséra, au fil de sa traduction, un nombre important de commentaires en notes de bas de page, afin de souligner erreurs et imprécisions⁷⁶. Il consacra également les premiers développements (en note de bas de page) des *Principes généraux du droit administratif* à réfuter les conceptions de « son savant ami », notamment en évoquant l'étroitesse de l'idée qu'il se faisait du droit administratif, trop souvent résumé à la question de la responsabilité personnelle des agents, et en ne manquant pas de souligner le caractère « complaisant » avec lequel il opposait l'« arbitraire » du droit administratif au *rule of law*⁷⁷. On trouve des réserves de même ordre sous les plumes de Bonnard et Berthélémy⁷⁸, mais parmi

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 26-27.

⁷⁶ Voir par exemple, celui qui a été inséré dès le début du chapitre consacré au droit administratif français : « Un jurisconsulte français trouvera dans ce chapitre un exposé qui n'est pas toujours conforme au droit en vigueur aujourd'hui. L'auteur a beaucoup exagéré l'irresponsabilité des fonctionnaires ainsi que l'incompétence des tribunaux judiciaires en matière de procès intéressant l'État » (A.V. DICEY, *Introduction...*, p. 285, note de bas de page 1, commentaire de G. Jèze).

⁷⁷ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif. La technique du droit public français*, Paris, Giard, 3^e éd., 1925, p. 1-2, n° 1.

⁷⁸ R. BONNARD, « Les principes du droit administratif des États-Unis, par Franck J. Goodnow », *RDJ*, 1907, p. 776-784, en part. p. 777 : « C'est en partant d'une définition très étroite que [Dicey] est amené à dire que les pays anglo-américains n'ont pas de droit administratif ». Plus loin : « M. Dicey définit le droit administratif par les différences qui séparent les droits administratifs anglais et français » ; H. BERTHÉLÉMY, « Comparaison des principes du droit administratif français aux pratiques administratives des pays anglo-saxons », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n°51, 1931, p. 59-70, en part. p. 61 : « On est surpris [...] quand on entend affirmer en certains pays que le droit administratif « n'existe pas », qu'il constituerait, s'il existait, une brèche regrettable au droit tout court, qu'il instituerait, au profit du gouvernement, un privilège abusif, qu'il aboutirait au despotisme de la bureaucratie ! C'est pourtant ainsi, pendant fort longtemps, que notre droit administratif français a été considéré par les juristes anglo-saxons – et surtout par l'un d'entre les plus éminents, le professeur Dicey ». Plus loin : « La nouvelle école

les contemporains de Dicey, ce furent sans doute les Américains Goodnow et Garner qui développèrent les jugements les plus critiques. Le premier insista sur l'erreur commise par l'auteur oxonien en adoptant une définition trop réductrice du droit administratif, recroquevillée sur la garantie des fonctionnaires⁷⁹. Le second consacra de longs développements à la réfutation de la conception du droit administratif véhiculée par Dicey, dans un article publié dans les *Mélanges Hauriou*⁸⁰, dont il résuma quelques années plus tard les lignes de force dans une publication aux *Mélanges Lambert*⁸¹. Le premier de ces deux articles est particulièrement remarquable, en ce qu'il consiste entièrement à démonter, point par point, l'argumentaire « dicéyien⁸² ». Garner, qualifie la thèse du *Vinerian Professor* de « manifestement inexacte », et il identifie précisément la plupart des causes ayant concouru à son aveuglement. Il relève notamment le caractère anachronique de ses analyses, conséquence d'une connaissance du droit administratif français fournie

anglaise a perdu les illusions de Dicey ; le vent a tourné, les savants anglais sont revenus à une plus claire intelligence des conceptions législatives ».

⁷⁹ F.J. GOODNOW, *Les principes du droit administratif des États-Unis*, trad. M. Boucard et G. Jèze, Paris, Giard et Brière, 1907, p. 4 : « Le refus opposé par M. Dicey, de reconnaître la possibilité de l'existence du Droit administratif dans les pays ayant le système juridique anglais est cependant du à une conception erronée. D'après lui, ce terme [...] a été à l'origine, est aujourd'hui employé par les français pour désigner les règles de droit en vertu desquelles les fonctionnaires administratifs ne sont pas individuellement responsables devant les tribunaux ; en conséquence, ces règles sont incompatibles avec l'esprit des institutions anglaises [...]. Mais il convient de remarquer que ce droit administratif a un champ beaucoup plus vaste qu'il ne le semblait d'après la description qu'en fait M. Dicey ». Du même auteur, voir également, *Comparative Administrative Law*, New York, Putnam's Sons, 1893, p. 6-7, pour une critique empruntant des arguments similaires à ceux de la citation précédente, et p. 223, pour une réfutation de la partialité que Dicey prêtait aux membres du Conseil d'État statuant au contentieux.

⁸⁰ J.W. GARNER, « La conception anglo-américaine du droit administratif », in *Mélanges M. Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 337-385.

⁸¹ J.W. GARNER, « La justice administrative en France et aux États-Unis », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Sirey et LGDJ, 1938, t. 2, p. 79-84.

⁸² Par exemple, à propos de la garantie des fonctionnaires, après avoir présenté la distinction faute personnelle-faute de service et les conséquences qui en découlent pour la responsabilité des agents publics, Garner conclut qu'« il est par conséquent très clair que l'opinion M. Dicey que, dans les pays de régime administratif, les fonctionnaires publics sont en fait des privilégiés de la liberté (« chartered libertines »), affranchis de la responsabilité devant les tribunaux judiciaires ordinaires pour la violation de la loi commise par eux, n'a aucun fondement réel », in J.W. GARNER, « La conception anglo-américaine du droit administratif », art. cité, p. 345.

par des références périmées sur le plan du droit positif (il cite Tocqueville et Vivien)⁸³, ainsi que sa méconnaissance des droits administratifs anglais et américain⁸⁴.

2. La réception accommodante

La quasi-unanimité avec laquelle la doctrine, française et américaine, puis anglaise, bat en brèche, au moyen d'arguments imparables, les théories « dicéyennes » sur le droit administratif, invite à s'interroger sur les raisons pour lesquelles Dicey continue d'être régulièrement cité dans les travaux de droit administratif (anglais et français) – bien davantage que ses contemporains anglo-saxons (Goodnow et Garner, par exemple) ayant une compréhension beaucoup plus fine de la matière. Pour les mêmes raisons, il est curieux que l'opposition entre les systèmes anglais et français relative au droit administratif conserve, dans la représentation commune, un caractère antagonique à peu près aussi puissant que celui qu'avait bâti Dicey. Au fond, tout se passe comme si, plutôt que de retenir les rectifications et réflexions sur le droit administratif fournies jusque dans les années 1930, par des auteurs plus savants en la matière que le professeur oxonien (et auxquels l'histoire a donné raison, si l'on en juge par l'évolution des droits administratifs anglais et français depuis la seconde moitié du XX^e siècle), la mémoire de la doctrine publiciste des XX^e et XXI^e siècles s'était au contraire cristallisée autour des théories « dicéyennes ».

La réception qui leur a été réservée par Hauriou n'est sans doute pas étrangère à l'orientation de la mémoire collective. Dans *La construction du droit administratif*, le professeur Sabino Cassese émet en effet l'hypothèse selon laquelle « l'histoire aurait pu s'arrêter là, sans l'intervention de Maurice Hauriou [...] qui, au lieu de faire un examen critique de Dicey, va le prendre au sérieux, et va s'employer à le contredire⁸⁵ ». Il explique que la théorie du « régime administratif », fondée sur la puissance publique et ses prérogatives, qu'Hauriou expose dès la huitième édition

⁸³ *Ibid.*, p. 338 : « C'est seulement tout récemment que les juristes anglais et américains découvrirent que [l'exposé de Dicey] était manifestement inexact, étant fondé sur une conception erronée propre à l'auteur et sur une information tirée de vieux auteurs français comme Tocqueville et Vivien, qui eux-mêmes ne comprenaient pas le fonctionnement du droit administratif et qui de plus écrivaient à une époque où il n'était pas devenu le corps de jurisprudence libérale pour la protection des particuliers contre l'arbitraire et la conduite illégale du gouvernement qu'il est aujourd'hui ». Voir également « La justice administrative en France et aux États-Unis », art. cité, p. 81-82.

⁸⁴ J.W. GARNER, « La conception anglo-américaine du droit administratif », art. cité, p. 339 : « Si [Dicey] entendait dire, comme il semble bien, qu'aucun des principes du droit administratif ne peut se trouver dans le droit anglais (et américain), on ne peut admettre la vérité de son assertion. Comme il a déjà été constaté, le principe de la responsabilité de l'État en matière de contrats a été depuis longtemps établi dans les droits anglais et américain et une responsabilité limitée en matière de délits civils (« torts ») a été aussi récemment introduite dans les deux pays [...]. Dans les deux pays, les fonctionnaires jouissent maintenant d'une immunité partielle contre les poursuites relatives à leur activité officielle et dans les deux pays, divers corps administratifs [...], qui ne sont pas reconnus comme tribunaux judiciaires, exercent aujourd'hui des fonctions qui sont en fait judiciaires ou au moins quasi-judiciaires. Ce sont là justement des traits caractéristiques de ce droit administratif français que Dicey maintient être inconnu en Angleterre et en Amérique et être étranger à l'esprit et aux traditions des droits anglais et américains ».

⁸⁵ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, op. cit., p. 57-58.

du *Précis de droit administratif*, en 1914, est développée « en opposition à Dicey⁸⁶ ». Dans la dernière édition de l'ouvrage, qui s'ouvre sur un chapitre consacré au régime administratif, le Doyen de Toulouse commence précisément l'exposé de sa théorie par l'opposition des « États sans régime administratif », dont « le type le plus achevé est l'Angleterre », aux « États à régime administratif, dont la France est le type le plus achevé⁸⁷ ». Les développements qu'Hauriou consacre à cette forme de comparaison, qui sont plutôt une juxtaposition destinée à établir un contraste, ne sont pas sans rappeler l'entreprise de Dicey précédemment exposée. À cette différence près, évidemment, qu'Hauriou rétablit les mérites qu'il reconnaît à la justice administrative française pour « protéger les intérêts des administrés⁸⁸ ». C'est sans doute ce qui conduit le professeur de la Sapienza à voir dans l'exposé d'Hauriou une forme de contradiction à Dicey, car pour le reste, le propos corrobore résolument l'opposition des droits anglais et français décrite par ce dernier. Le maître toulousain affirme ainsi que « l'Angleterre et la France réalisent [...], chacune en son genre, leur *type spécifique*⁸⁹ ». Le vocable utilisé, proche du concept d'« idéal-type » inventé par Weber, est révélateur des rôles joués respectivement par Hauriou et Dicey dans la fabrication doctrinale des deux types-idéaux opposés de droit administratif que sont le modèle anglais et le modèle français⁹⁰. Le professeur de la Sapienza affirme ainsi qu'« Hauriou souligna surtout les différences [entre le droit administratif français et le droit anglais], contribuant ainsi à la création de deux types idéaux⁹¹ ».

Au fond, il semble que si le théoricien du droit administratif français qu'était Hauriou a « pris au sérieux » – ou feint de le faire – les conceptions de Dicey sur les systèmes anglais et français, et qu'il a les confortées, c'est parce qu'elles nourrissaient son œuvre de conceptualisation du droit administratif en tant que droit « autonome » relativement au droit « ordinaire » ou privé. L'expression de « régime administratif », et l'acception empreinte d'exorbitance que lui confère Hauriou, ressemble ainsi à s'y méprendre à celle d'« *administrative law scheme* » utilisée par Dicey dans la version anglaise de son *Introduction*⁹² pour désigner le droit administratif français. Le terme de « *scheme* », qui peut être traduit en français par « système », s'approche beaucoup, dans ce contexte, de celui de « régime » juridique⁹³. En outre, présentant, dans son *Précis*, la « valeur pratique du droit administratif français », Hauriou se réfère à une citation de Dicey (sans en indiquer la

⁸⁶ *Ibid.*, p. 59.

⁸⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933 ; rééd. Paris, Dalloz, 2002, p. 1-2.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁸⁹ *Ibid.* Nous soulignons.

⁹⁰ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 66 : « on en arrive [...] à formuler des modèles relativement vides de contenu empirique, en ce sens que ce sont des constructions étrangères à la réalité ou des "types idéaux", dans l'acception que donne à ce terme Max Weber ».

⁹¹ *Ibid.*, p. 65.

⁹² A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 4^e éd., 1889, p. 303.

⁹³ « Scheme », in *Harrap's Unabridged*, t. 1, Chamber-Harrap, 2007, p. 1024 -1025.

référence), selon laquelle « le droit administratif français est fondé “sur la prérogative de l’administration” ». Le *Vinerian Professor* formulait-il ainsi une comparaison avec les *prerogative powers* britanniques ? Ou faisait-il simplement référence à l’exorbitance du droit administratif au regard du droit civil ? Nous l’ignorons. Il faudrait, pour le déterminer précisément, savoir de quel passage de l’ouvrage Hauriou a extrait la citation. Il demeure que l’emploi de cette formule prêtée à Dicey corrobore de façon très à propos la théorie d’un droit administratif « autonome » car fondé sur un pouvoir administratif constitué de prérogatives. Hauriou a donc instrumentalisé les théories de l’auteur oxonien, y compris dans ce qu’elles ont de plus contestable, pour réaffirmer l’autonomie et l’exorbitance du droit administratif français. Il a ainsi favorisé la propagation de ses thèses. Leur influence sur la pensée du droit administratif n’a finalement prospéré que parce qu’elles ont reçu, en France, l’écho puissant d’un savant de l’autorité scientifique d’Hauriou. Le « moment Dicey » apparaît ainsi comme une espèce – purement doctrinale – de « chœur à deux voix⁹⁴ ».

Le moment Dicey a donc été celui de la différentiation paroxystique et outrancière des modèles anglais et français relatifs au droit de l’Administration, par le biais d’une déformation presque revendiquée des droits positifs des deux systèmes juridiques. La conception du droit administratif français comme un droit de prérogatives a néanmoins été confortée par Hauriou, puisque, purgée de ses erreurs grossières, elle corroborait sa conception de la matière.

III. L’ACTUALITÉ DU « MOMENT DICEY »

Se demander si le « moment Dicey » a des répercussions sur la pensée actuelle du droit administratif ou si, au contraire, il ne conserve qu’un caractère purement anecdotique et symbolique, doit conduire à rechercher les traces des conceptions scientifiques de l’auteur dans les débats relatifs au droit administratif, ainsi que dans la comparaison des droits de *common law* et du droit français.

A. L’actualité des conceptions « dicéyiennes » dans les débats relatifs au droit administratif

Les idées de Dicey sur le droit administratif n’ont pas véritablement imprégné les conceptions et débats actuels, du moins en France. On peut néanmoins émettre l’hypothèse d’une filiation entre ses théories et certaines tendances doctrinales britanniques contemporaines.

1. Une influence absente des débats français

Le « moment Dicey » a résulté de l’exhumation de la critique libérale individualiste du modèle français de droit administratif, trouvant un écho dans l’entreprise d’autonomisation du droit administratif d’Hauriou. Ainsi considéré, on peut dire que le moment Dicey pèse peu sur les débats contemporains. Cette faible influence s’observe, d’abord, s’agissant de l’évolution de la matière, aussi bien sur le plan de sa conception doctrinale que sur celui du droit positif, depuis la fin du siècle der-

⁹⁴ J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 29. Dans cet article, Rivero emploie la métaphore au sujet du Conseil d’État et de la doctrine.

nier. Elle se déduit, ensuite, de la ténuité du lien entre les arguments libéraux brandis par Dicey contre la justice administrative, et les débats persistants, en France, au sujet de la dualité de juridiction.

Le droit administratif est de plus en plus rarement considéré comme un corpus véritablement autonome par rapport au droit privé, et depuis les travaux d'Eisenmann sur cette question⁹⁵, les études conduisant à réfuter son autonomie se sont multipliées⁹⁶. Si le droit administratif demeure original au regard du droit privé, cette originalité n'est que partielle, en tant que le droit privé « est inapplicable de plein droit à l'Administration⁹⁷ ». Néanmoins, cette singularité du droit administratif est elle-même de plus en plus atténuée, et on assiste, depuis les années 1980, au phénomène, souvent décrit, de sa banalisation, au contact d'une idéologie d'inspiration néolibérale, qui infuse dans le droit administratif français, notamment à partir du droit européen⁹⁸. Ce phénomène a largement réduit l'image d'un droit d'exception, empreint d'arbitraire, que pouvaient en avoir les libéraux individualistes et Dicey lui-même. Aurait-on pu imaginer, au début du XX^e siècle, l'Administration soumise au droit de la concurrence, ou encore que les règles qui régissent les rapports qu'elle entretient avec ses agents soient en partie le fruit de directives européennes applicables indifféremment au secteur public et au secteur privé ? L'inspiration comparatrice de Dicey en eut sans doute été affectée...

La postérité du « moment Dicey » est également à rechercher, en France, dans les débats actuels autour du modèle français de justice administrative, et sur la protection qu'il offre aux droits et libertés. Néanmoins, là encore, les arguments du *Vinerian Professor* contre le modèle français de droit administratif ne semblent guère avoir influencé la doctrine contemporaine. Il y a à cela plusieurs raisons. La première, importante – au moins en apparence⁹⁹ – sur le plan du droit positif, mais

⁹⁵ Ch. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques », *JCP G*, 1949, I, 742 et 751 ; « Droit public, droit privé en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle », *RDJ* 1952, p. 903 ; « L'autonomie du droit administratif : un dogme faux », in *Perspectivas del derecho publico in la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, Madrid, 1969, t. IV, p. 417, in *Écrits de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2013, p. 452.

⁹⁶ À propos du degré d'autonomie du droit administratif général au regard du droit privé, voir notamment ; Ch. DEBBASCH, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mél. Chapus*, Paris, Monchrestien, 1992, p. 127 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001 ; J.-C. VÉNÉZIA, « Le droit administratif français est-il encore un droit dérogatoire au droit commun ? », in *État-loi-administration, Mélanges en l'honneur d'Epaminondas Spiliotopoulos*, Athènes et Bruxelles, Sakkoulas et Bruylant, 1998, p. 453. Pour des études plus sectorielles, voir notamment R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1953 ; N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Paris Dalloz, 2009 ; F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Paris, LGDJ, 1981 ; J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse Paris II, 2008.

⁹⁷ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 667.

⁹⁸ Voir notamment J.-B. AUBY, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et les limites de celui-ci », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 5 ; *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010.

⁹⁹ Voir à ce propos D. TRUCHET, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », *Justices* 1996, n° 3, p. 53. Le professeur Didier Truchet affirme ainsi que le principe du monopole de la juridiction administrative en matière d'annulation ou de réformation des

sans doute beaucoup moins sur le plan de la pensée juridique, est la constitutionnalisation du monopole de compétence de la juridiction administrative en matière d'annulation et de réformation des décisions administratives, en dehors « des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire » à la suite de la décision *Conseil de la concurrence*¹⁰⁰. Au-delà du symbole que peut constituer la consécration constitutionnelle de la juridiction administrative en tant que juge naturel de l'Administration, c'est plutôt l'évolution de la justice administrative et des règles qui l'encadrent, qui ont réduit à peu de choses les contestations. Dans le cadre de son office de conciliation entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, le juge administratif a en effet joué, depuis le « moment Dicey », un rôle croissant dans la protection des droits et libertés. Sur ce point, la critique doctrinale, prenant parfois la forme de « réquisitoires »¹⁰¹ contre des insuffisances de la justice administrative¹⁰² a porté ses fruits : la loi du 8 février 1995 confère un pouvoir d'injonction au juge de l'excès de pouvoir¹⁰³, et celle du 30 juin 2000 confie au juge des référés administratifs le pouvoir de statuer en urgence, notamment pour faire cesser l'atteinte grave portée par l'Administration à une liberté fondamentale¹⁰⁴. Par ailleurs, la protection des droits et libertés individuels n'est plus l'apanage des juridictions administrative et judiciaire, et le débat portant sur le point de savoir laquelle des deux juridictions est la plus digne de confiance pour les défendre s'en trouve encore tempéré. Jean Rivero se demandait ainsi, en 1990, avant même que les réformes précédemment décrites et qu'il a appelé de ses vœux ne soient adoptées, si le débat sur la dualité de juridictions en matière de protection des libertés n'était pas déjà dépassé, du fait du degré supplémentaire de protection des droits et libertés que constitue le système de la Convention européenne des droits de l'Homme, ainsi qu'en raison de l'existence du contrôle de constitutionnalité des lois par une juridiction spécialisée¹⁰⁵. Sur ces deux points, l'évolution du droit lui a encore donné raison, puisque la constitutionnalisation et surtout l'internationalisation des régimes

décisions administratives exige uniquement la spécialité du juge de l'Administration, mais pas l'existence d'une juridiction administrative à proprement parler. Les juridictions administratives et judiciaires pourraient être fusionnées, ou à tout le moins la juridiction administrative telle qu'elle existe pourrait être supprimée, sans qu'une réforme constitutionnelle ne soit nécessaire. Cette position est également adoptée *in R. DRAGO et M.-A. FRISON-ROCHE*, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *APDE*, t. 41, 1997, p. 135-48, en part. p. 138-139.

¹⁰⁰ CC, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, *GAJA*, 19^e éd., n° 88, 2013, p. 634 ; *AJ*, 1987, p. 345, note J. CHEVALLIER ; *JCP* 1987. II. 20854, note J.F. SESTIER ; *LPA* 12 février 1987, note V. SÉLINSKY ; *Gaz. Pal.* 1987. Doct. 1. 209, comm. C. LEPAGE-JESSUA ; *RFDA* 1987, p. 287, note B. GENEVOIS ; *RFDA* 1987, p. 301, note L. FAVOREU ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. GAUDEMET ; *D.* 1988, p. 117, note F. LUCHAIRE ; *Rev. adm.* 1988, p. 29, note G. SOREL.

¹⁰¹ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 482-484.

¹⁰² Voir notamment J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », art. cité.

¹⁰³ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

¹⁰⁴ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

¹⁰⁵ J. RIVERO, « Dualité de juridiction et protection des libertés », *RFDA*, 1990, p. 734-738, en part. p. 738 : « En matière de libertés [...] le dilemme dualisme ou unité de juridiction n'est-il [...] pas déjà dépassé, dans une certaine mesure [...] pour les États qui ont ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme, et qui, au-dessus de leurs juridictions nationales, unique ou double, trouvent, dans les instances de Strasbourg, un nouvel ordre de juridiction ? Ne l'est-il

de droits et libertés, opérées depuis la seconde moitié du XX^e siècle ont, d'une part, multiplié les juridictions devant lesquelles les individus peuvent faire valoir leurs droits et défendre leurs libertés et, d'autre part, elles ont renforcé les contraintes pesant sur l'Administration et son juge. Sur le fondement du droit au procès équitable, la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi condamné la France pour le défaut – simplement apparent – d'impartialité de la procédure devant le juge administratif, en raison de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré¹⁰⁶. Sa jurisprudence n'est d'ailleurs pas étrangère aux réformes de la justice administrative entreprises depuis une décennie. Si l'on ajoute au dispositif européen de protection des droits et libertés celui que la question prioritaire de constitutionnalité offre au justiciable pour les faire valoir, il n'est guère surprenant que les débats sur l'impropriété d'une justice administrative se soient presque taris.

Les critiques actuelles, lorsqu'elles existent, portent exclusivement sur l'intérêt du maintien de la dualité de juridiction¹⁰⁷, mais pas sur celui du modèle français de droit administratif. Or, Dicey et, avant lui, les libéraux individualistes ne remettaient en cause la justice administrative que dans la mesure où elle constituait un rouage de ce modèle. Ce qui leur paraissait inacceptable était que l'État s'octroie le pouvoir de déterminer ce que doit être l'intérêt général, et qu'un organe administratif ait pour office de trancher les litiges opposant les particuliers à l'État en prenant en compte cet intérêt, en le faisant prévaloir, si nécessaire, sur les intérêts particuliers. Le droit administratif est désormais davantage perçu comme ayant pour objet la conciliation entre l'intérêt général et les intérêts particuliers (ainsi que l'indiquait déjà l'arrêt *Blanco*)¹⁰⁸ que comme moyen d'assurer la primauté du premier sur les seconds. Les juridictions administratives ne sont, de surcroît, plus considérées comme des organes administratifs, mais bien comme des juridictions à part entière. Le modèle de droit administratif français n'est plus véritablement une source de crispation, et il n'y a guère que la concentration des fonctions de conseil

pas pour tous ceux qui, au-dessus des ordres traditionnels, ont confié la protection des libertés contre la loi au juge constitutionnel, dont les décisions ne restent pas sans effets sur celles du juge ; qu'il soit judiciaire ou administratif ? »

¹⁰⁶ Cour EDH, G^{de} Chambre, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, *AJDA*, 2001, p. 675, note F. ROLIN ; *D.* 2001, chron. 261, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA ; *JCP* 2001, II, 10578, note F. SUDRE ; *RFDA* 2001, p. 991, obs. B. Genevois ; p. 1000, obs. J.-L. AUTIN et F. SUDRE ; *RTDE*, 2001, p. 727, obs. BENOIT-ROHMER ; *RDP*, 2001, p. 983, pbs. X. PRÉTOT ; *RTDH*, 2002, p. 223, note L. SERMET.

¹⁰⁷ À propos des critiques récentes du maintien de la dualité de juridiction, voir notamment E. CARTIER, « Repenser le dualisme juridictionnel de notre système », propos recueillis par J. Vayr, *LPA* 2017, n° 57, p. 3 ; P. CASSIA, « Autorité judiciaire – juge administratif : match nul pour les libertés individuelles », *Le blog de Paul Cassia* (Médiapart) ; R. DRAGO, M.-A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », art. cité ; D. TRUCHET, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », art. cité ; « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 2005, p. 1769 ; A. VAN LANG, « Le dualisme juridictionnel pourrait-il disparaître ? », in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la Summa divisio droit public-droit-privé*, Paris, Dalloz, 2010, p. 275-283 ; « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA*, 2005, p. 1760. Pour une synthèse récente sur la question, voir M. JORAT, « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats », *RFDA*, 2008, p. 456-467, en part. p. 461-467.

¹⁰⁸ On trouve l'idée de la conciliation des intérêts publics et privés dès l'arrêt *Blanco*, dans lequel le Conseil d'État évoque la détermination des règles du droit administratif en fonction « de la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ».

du gouvernement et de juge de l'Administration au sein d'un même organe qui prête encore le flanc à une critique, qui demeure toutefois modérée¹⁰⁹.

Il faut toutefois signaler que certaines évolutions récentes dans le partage de la compétence en matière de défense des libertés, entre le juge administratif et le juge judiciaire, au profit du premier, ont été à l'origine de nouveaux débats sur la légitimité du juge administratif en tant que juge des libertés¹¹⁰. D'abord, la jurisprudence constitutionnelle a limité, en 1999, la compétence judiciaire en matière de protection des libertés en restreignant le domaine de la liberté individuelle au droit de ne pas être détenu arbitrairement¹¹¹. En 2013, la limitation du champ de la voie de fait, à la suite de la décision *Bergoend*, puis l'abandon, l'année suivante, de la théorie de l'emprise irrégulière dans l'arrêt *Panizzon* ont ensuite contribué à amoindrir la compétence judiciaire dans le domaine de la protection des libertés¹¹². Enfin, en 2015, les lois sur le renseignement¹¹³ et sur l'état d'urgence¹¹⁴ ont laissé le juge judiciaire à l'écart du contrôle des mesures individuelles prises sur leur fondement.

¹⁰⁹ E. CARTIER, « Repenser le dualisme juridictionnel de notre système », art. cité ; P. CASSIA, « Autorité judiciaire – juge administratif : match nul pour les libertés individuelles », art. cité ; D. TRUCHET, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », art. cité ; « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », art. cité La séparation des fonctions de conseil et de juge administratif a, au demeurant, été renforcée par le décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État. Ce texte introduit dans le code de justice administrative un article R. 122-21-1 aux termes duquel « les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'État, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis ».

¹¹⁰ À propos du point de vue des magistrats, voir B. LOUVEL, discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Cassation, le 14 janvier 2016 ; « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation, prononcé le 2 février 2016, disponible sur le site de la Cour de cassation ; B. LOUVEL, « Pour l'unité de juridiction », Tribune publiée sur le site internet de la Cour de cassation le 25 juillet 2017 ; J.-C. MARIN, discours prononcé lors de l'Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le jeudi 14 janvier 2016. À propos du point de vue de la doctrine, voir notamment O. LE BOT, « État d'urgence et compétence juridictionnelle », *RFDA*, 2016, p. 436 ; D. MAUS, « *Habeas Corpus*, liberté individuelle et contrôle du juge : quel juge ? », *D.* 2016, p. 671 ; P. WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 473.

¹¹¹ CC, 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *Rec. Cons. const.* 75 ; *AJDA*, 1999, p. 694, note J.-E. SCHOETTL. À propos de la limitation du champ de la liberté individuelle et plus généralement de celui des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, voir G. ÉVEILLARD, « Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », *AJDA*, 2017, p. 101.

¹¹² TC, 17 juin 2013, *Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman*, *AJDA*, 2013, p. 1568, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *AJDI*, 2014, p. 124, étude S. GILBERT ; *RFDA*, 2013, p. 1041, note DELVOLVÉ ; *Dr. adm.* 2013, n° 12, comm. 86, note S. GILBERT ; *JCP G*, 2013, 1057, note S. BIAGINI-GIRARD ; doct. 1359, chron. G. Eveillard ; *JCP A* 2013, 2301, note C.-A. DUBREUIL ; *RJEP* 2013, n° 712, comm. 38, note B. SEILLER ; TC, 9 déc. 2013, *Époux Panizzon c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, *AJDA* 2014, p. 216, chron. A. BRETONNEAU et J. LESSI ; *RDI* 2014, p. 171, note N. FOULQUIER ; *RFDA* 2014, p. 61, note P. DELVOLVÉ ; *JCP G* 2014, act. 102, obs. L. ERSTEIN et doct. 1355, note M. MARTIN ; *Dr. adm.* 2014, comm. 25, note S. GILBERT ; *Dr. adm.* 2015, étude 4, note S. TRAORÉ ; *RJEP*, 2014, n° 719, comm. 19, note J. LEBON.

¹¹³ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

¹¹⁴ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

Fidèle à sa jurisprudence limitant le champ de la liberté individuelle à l'absence de détention arbitraire, et estimant que les mesures de perquisitions administratives ou d'assignations à résidence étaient des mesures de police administrative, le Conseil constitutionnel a jugé cette solution conforme à l'article 66 de la Constitution¹¹⁵. La controverse a été menée par le Premier président de la Cour de cassation et par son Procureur général, inquiets de la réduction de la compétence judiciaire en matière de protection des libertés au profit de la juridiction administrative¹¹⁶. Néanmoins, les arguments « dicéyiens » sur la justice administrative sont à nouveau restés extérieurs aux débats, les questions soulevées ne concernant en rien l'impartialité du juge administratif¹¹⁷. Il est en revanche essentiellement question de deux types d'inconvénients : le premier est celui souligné notamment par le professeur Patrick Wachsmann, de l'absence de pouvoir d'autorisation, par le juge administratif, de mesures attentatoires aux libertés telles que les perquisitions administratives, qui permettrait d'effectuer un contrôle préventif¹¹⁸. Cette lacune limite d'autant la protection que le juge administratif offre aux libertés, au regard de celle que peut garantir le juge judiciaire. Elle a été partiellement comblée – du moins en apparence – par l'article 4 de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure. Ce texte, qui fait entrer les perquisitions administratives visant à lutter contre le terrorisme dans le droit commun, les soumet au contrôle préalable du juge des libertés du Tribunal de grande instance de Paris¹¹⁹. Le second inconvénient, relevé avec instance par le Premier président Bertrand Louvel, est celui de la concurrence des deux ordres juridictions dans le domaine de la protection des libertés¹²⁰. On imagine, une nouvelle fois, derrière elle, celle de leur regroupement, ou de leur fusion, sujet de réflexion qui semble inépuisable.

¹¹⁵ À propos des perquisitions administratives, Cons. const. 19 février 2016, n° 2016-536 QPC, *AJDA*, 2016, p. 340 ; *AJCT*, 2016, p. 202, étude J.-C. JOBART ; *JCP G*, 2016, n° 477, note C. RIBEYRE ; *JCP A*, 2016, n° 2139, note M. VERPEAUX ; à propos des assignations à résidence : Cons. const. 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, *AJDA*, 2015, p. 2463 ; *D.* 2016, p. 79, et les obs. ; *RFDA*, 2016, p. 123, note A. ROBLOT-TROIZIER ; *Dr. adm.* 2016, comm. 25, note G. EVEILLARD ; *JCP A*, 2016, n° 2039, note M. VERPEAUX.

¹¹⁶ B. LOUVEL, J.-C. MARIN, discours précités.

¹¹⁷ P. WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », art. cité : « Le dessaisissement du juge judiciaire ne signifie nullement un crépuscule des libertés publiques. Les garanties offertes par les deux ordres de juridiction sont en effet équivalentes au regard des normes définissant l'équité du procès ».

¹¹⁸ P. WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », art. cité.

¹¹⁹ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, *JORF* n° 0255 du 31 octobre 2017, texte n° 1. Parmi les nombreux commentaires de ce texte, qui dénoncent généralement l'introduction des pouvoirs de police administrative relevant jusqu'alors de l'état d'urgence dans le droit commun, ainsi que l'efficacité du contrôle *a priori* des perquisitions administratives – fût-il l'œuvre du juge judiciaire –, on mentionnera en particulier P. CASSIA, « Sortie de l'état d'urgence temporaire, entrée dans l'état d'urgence permanent », *Le blog de Paul Cassia* (Médiapart) ; et O. LEBOT, « Un état d'urgence permanent ? », *RFDA*, 2017, p. 1115 sq.

¹²⁰ B. LOUVEL, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », discours précité, p. 8 ; B. LOUVEL, « Pour l'unité de juridiction », tribune précitée.

2. L'hypothèse d'une incidence persistante sur les débats anglais

En Angleterre, le moment Dicey a pu avoir une double incidence. En premier lieu, l'affirmation selon laquelle le système juridique anglais ne connaissait aucune forme de droit administratif a été identifiée, nonobstant son caractère erroné, comme une entrave durable au développement du droit administratif britannique¹²¹. En second lieu, on peut se demander dans quelle mesure la forme d'ethnocentrisme, voire de chauvinisme, dont faisait preuve l'auteur oxonien, n'a pas contribué, ne serait-ce que de façon marginale, à orienter la représentation qu'a une partie de la doctrine britannique de sa propre culture juridique. La perception de sa singularité face aux cultures juridiques de tradition civiliste a pu, de ce point de vue-là, être renforcée. Un certain nombre d'auteurs et de juges britanniques se sont en effet montrés, à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci, inquiets de la « continentalisation » du droit anglais notamment sous l'influence des droits européens¹²², ou sceptiques face à une distinction croissante entre les aspects publics et privés de la *common law* anglaise¹²³. Sans en avoir aucune certitude, il est tentant de faire l'hypothèse que la conception du droit anglais véhiculée par Dicey a pu avoir une postérité sur ce point. Il faut néanmoins relativiser cette impression, en précisant que le courant doctrinal évoqué n'est représentatif que d'une partie, sans doute minoritaire, de la doctrine anglaise. Nombreux sont les auteurs dont les conceptions s'éloignent considérablement de celles du *Vinerian Professor*, et qui ont, depuis les années 1980-1990, contribué au développement de la pensée du droit administratif anglais, notamment en mêlant aux conceptions traditionnelles de la *common law* celles du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹²¹ S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, op. cit., p. 53 : « L'œuvre de Dicey, par sa diffusion et son influence, bloquera pendant au moins un demi-siècle l'évolution de la réflexion scientifique anglaise sur le droit administratif et l'essor même du droit administratif ».

¹²² À propos de l'incidence de l'appartenance du Royaume-Uni à l'Union européenne sur la souveraineté du Parlement, voir notamment H.W.R. WADE, « Sovereignty. Evolution or Revolution? », *Law Quarterly Review*, n° 112, 1996, p. 568. Pour une recension des réserves publiquement émises par plusieurs juges sur l'eupéanisation du droit anglais, voir S. BOYRON, « The Judiciary's Self-Determination, the Common Law and Constitutional Change », *European Public Law*, 2016, p. 149.

¹²³ Les auteurs les plus emblématiques de ce courant sont C. Harlow, (C. HARLOW, « Public and Private Law : Definition without Distinction », *Modern Law Review*, n° 43, 1980, p. 241), D. Oliver (D. OLIVER, *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths, 1999 ; « Public Law Procedures and Remedies. Do We Need Them ? », *Public Law*, 2002, p. 91 ; « What, If Any, Public-Private Divides Exist in English Law? », in M. RUFFERT (dir.), *The Public-Private Divide : Potential for Transformation ?*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 1), M. Taggart (M. TAGGART, « The Peculiarities of the English Law: Resisting the Public/Private Law Distinction », in P. CRAIG, R. RAWLINGS (dir.), *Law and Administration in Europe, Essays in Honor of Carol Harlow*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 107). Il faut réserver une mention particulière à une partie de ce courant doctrinal, que l'on peut qualifier d'« École de Cambridge », pour la raison que les principaux auteurs qui s'y rattachent, disciples de Sir William Wade, sont professeurs au sein de la prestigieuse université. On citera en particulier, en sus de Sir William Wade, Christopher Forsyth et Mark Elliott. Leur réserve quant à la pertinence de la distinction entre droit public et droit privé au sein du système juridique anglais est notamment exprimée dans l'ouvrage collectif dirigé par Christopher Forsyth : Ch. FORSYTH (dir.), *Judicial Review and the Constitution*, Londres, Hart Publishing, 2000.

B. L'incidence du moment Dicey sur la comparaison *common law*-droit français

La postérité la plus importante du « moment Dicey » concerne le droit comparé, et en particulier la comparaison des droits de *common law* et des droits français. Dans ce domaine, l'influence actuelle de Dicey est double. Elle s'exerce, d'une part sur le rapport qu'entretient la doctrine française à la comparaison entre les droits administratifs de *common law* et le droit administratif français et, d'autre part, plus généralement, sur l'objet de la comparaison entre les droits de *common law* et les systèmes de tradition civilistes. La conception des droits anglais et français en tant que deux types idéaux que tout oppose semble avoir eu une incidence, en France, sur la recherche en droit administratif. On ne peut que constater une forme de désintérêt pour l'étude des droits administratifs des systèmes de *common law*. Les travaux doctrinaux de droit administratif comparant les régimes français et anglais ou américain sont d'une extrême rareté, surtout si l'on rapporte leur nombre à celui des travaux comparatistes de droit constitutionnel portant sur des systèmes de *common law*. Pourtant, tel n'a pas toujours été le cas. Il suffit pour s'en convaincre de repenser aux importants travaux consacrés à l'étude des droits administratifs anglo-saxons, ou à leur comparaison au droit administratif français par Lafférière, Larnaude, Duguit, Berthélémy, Bonnard et, à sa manière – c'est à dire en tant que traducteur –, par Jèze, au tournant du XX^e siècle¹²⁴. La disparition ou à tout le moins l'extrême raréfaction de l'intérêt de la doctrine française pour les droits administratifs anglo-saxons s'explique peut-être en partie par le « moment Dicey ». En faisant du droit administratif français le modèle absolu et du droit anglais son incomparable opposé, le dialogue entre Dicey et Hauriou a pu décourager les velléités de comparaison, d'une part, en raison de la difficulté que l'on a ainsi pu prêter à l'entreprise, d'autre part, parce que si le modèle français est perçu comme le parangon du régime de droit administratif abouti, à quoi bon s'intéresser à des systèmes juridiques dans lesquels le droit administratif passe pour moins développé ?

Par ailleurs, la démarche de Dicey, qui visait, au fond, à recourir au droit comparé moins pour parfaire son explication du *rule of law* que pour affirmer la supériorité du modèle juridique anglais sur le modèle français conserve une actualité. L'instrumentalisation du droit comparé à des fins idéologiques et ethnocentriques se retrouve notamment dans les rapports « *Doing business* » de la Banque mondiale, qui visent à démontrer, opiniâtement, la supériorité des systèmes juridiques de *common law* sur les systèmes de droit civil dans la création d'un environnement juridique favorable à l'activité économique. Une telle logique, qui dénature le sens profond de l'exercice de comparaison des droits, n'est pas fondamentalement différente de celle qui semblait habiter Dicey.

Le « moment Dicey », construit de concert par le *Vinerian Professor*, et (jusqu'à un certain point) par Hauriou, n'a pas eu pour effet de projeter jusqu'au XXI^e siècle la critique libérale individualiste du droit administratif, née deux siècles plus tôt. Pas plus que la conception, qui n'en est pas si lointaine, selon laquelle il ne serait

¹²⁴ À propos de l'intérêt des publicistes en général pour le comparé à la fin du XIX^e et au tournant du XX^e siècle, on se reportera avec grand intérêt à la riche communication prononcée par Jean-Jacques Bienvenu dans le cadre d'un colloque sur le droit public comparé, organisé en hommage à Roland Drago : J.-J. BIENVENU, « Une brève histoire du droit public comparé », 27 févr. 2014, conférence organisée par le Conseil d'État sur le thème *La comparaison en droit public. Hommage à Roland Drago*. La retransmission de la conférence est disponible sur le site internet du Conseil d'État.

qu'un droit de prérogatives et d'exorbitance. Les idées et la méthode de Dicey ont néanmoins eu des conséquences délétères sur le droit administratif comparé, et en particulier sur l'intérêt que la doctrine française porte au droit administratif anglo-saxon. Fleurissant au début du XX^e siècle, il a été presque réduit à néant après la Seconde Guerre mondiale. À ce titre, il ne serait pas mauvais que le *Brexit* renforce l'intérêt de la doctrine française pour le droit administratif anglais, plutôt qu'il ne l'amenuise. L'évolution de ce droit au cours des prochaines années, après plus de quarante ans de réception de l'influence juridique continentale, apparaît comme un champ de recherche aussi passionnant que foisonnant. Il n'en faudrait peut-être pas plus pour tourner définitivement la page du « moment Dicey ».

Nicolas Gabayet

Nicolas Gabayet est maître de conférences en droit public à l'Université Paris-Est Créteil (Paris XII), il est l'auteur de plusieurs travaux en droit anglais, notamment *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, Paris, LGDJ, coll. Bibl. de droit public, 2015, 440 p., et « Les mutations du droit administratif anglais sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP*, 2017, n° 2, p. 295.