



HAL
open science

Les disciples administrativistes d'Hauriou

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Les disciples administrativistes d'Hauriou. *Revista Opinião jurídica*, 2005, 3 (6), pp.373-392. halshs-00009801

HAL Id: halshs-00009801

<https://shs.hal.science/halshs-00009801v1>

Submitted on 29 Mar 2006

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

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

Les disciples administrativistes de Maurice Hauriou

(Communication au Colloque *A propos de Maurice Hauriou*, Toulouse, mars 1997)

Un élémentaire souci de réalisme et d'honnêteté me conduit en préalable à vous prévenir que je ne pourrai pas traiter l'intégralité des questions qu'un intitulé peut-être un peu rapidement arrêté m'impose. Reprenant à mon compte la formule générale du colloque, j'essaierai de parler *A propos de disciples administrativistes d'Hauriou*, me demandant plus précisément s'ils perpétuent une Ecole dont Hauriou serait le fondateur et dont sa pensée serait le ciment.

A bien y réfléchir d'ailleurs, pareille reformulation n'est pas nécessairement illégitime : on vient toujours trop tard et l'état des lieux en droit administratif a déjà été longuement et patiemment dressé, notamment par Lucien Sfez qui, dans une thèse classique analysant *la Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, consacre un long chapitre (plus de 130 pages) à la diffusion de la pensée administrative d'Hauriou dans la doctrine¹ : thèmes après thèmes, sans laisser de côté quelque auteur important que ce soit, Lucien Sfez montre et mesure les relations entre doctrines, interroge les disciples pour voir le degré de fidélité et les écarts éventuels, bref : cerne la question. Certes, la thèse de Lucien Sfez a maintenant plus de trente ans ; mais si elle doit être complétée, s'il y a éventuellement un renouveau de l'intérêt administrativiste pour Hauriou, il est probable que les enseignements généraux que Lucien Sfez a pu tirer sur ces points de l'influence doctrinale n'ont pas à être radicalement modifiés.

La première constatation qu'il faut faire en approchant ce sujet est celle de son ampleur : nul en droit administratif n'échappe à Hauriou ; si ce n'est sur la globalité de l'analyse, chacun trouvera, qui dans tel développement des précis, qui dans telle note d'arrêt, matière à enrichir sa réflexion, et chacun doit reconnaître que, sur telle ou telle question, il est ou peut être disciple d'Hauriou.

Mais la seconde remarque tient à l'appréhension même de cette pensée : elle est évolutive, parfois contradictoire, en tout cas *a priori* rétive à se figer dans une doctrine qui serait celle d'une Ecole clairement identifiable. On se souvient par exemple de la dialectique entre la puissance publique et le service public : dialectique dans le temps, pour savoir lequel de ces deux éléments caractérise le droit administratif ; mais dialectique dans la structure aussi car la priorité donnée à l'une (la puissance) ne se conçoit que dans une relation dialectique à l'autre (le service). A quoi dès lors s'attacher ? Jean Rivero déjà le notait, qui à l'unité sous-jacente de la pensée préférerait son mouvement².

Ne pouvant reprendre ici tous les thèmes, tous les auteurs, tous les écrits, il m'a paru que je pouvais ne tenter qu'éclairer quelques pistes : parler à propos de disciples, m'interroger à propos de l'Ecole, dégager les relations entre Hauriou et le droit administratif.

Car si nous sommes réunis ici, sous l'égide de la Société française pour la théorie et la philosophie politiques et juridiques, c'est pour débattre essentiellement de la

¹ L. Sfez, *Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966, p. 333-478.

² *Maurice Hauriou et le droit administratif*, ann Toulouse, 1968, p. 140 et s.

théorie et de la philosophie juridiques d'Hauriou, et il peut surprendre qu'une communication s'en tienne au droit administratif.

C'est pourtant au premier abord la matière qu'Hauriou a le plus marquée de son empreinte (au point d'être souvent présentée comme l'un de ses fondateurs³), et la masse documentaire qu'il y a consacrée (les 11 éditons du précis de droit administratif, les 3 volumes de notes d'arrêts) en témoigne.

Oeuvre de technicien du droit ? Oeuvre de philosophe du droit ?

Il y a là tout de suite une ambiguïté à lever : le droit administratif que conçoit Hauriou est, pour reprendre la belle expression de Jean Rivero, « un droit sans frontière, discipline de synthèse qui se nourrit de toutes les branches de la connaissance juridique et non juridique »⁴.

Et si je vais m'attacher à suivre des disciples administrativistes d'Hauriou, c'est d'abord dans cette volonté de comprendre le droit administratif comme une matière non détachée de la construction d'un système juridique et explicatif global.

Puisque, pour apprécier s'il y a Ecole, s'il y a disciples — c'est-à-dire s'il y a une volonté de la part d'administrativistes de faire leur une part significative de la pensée d'Hauriou —, il faut définir un élément de cohésion et de référence, il me semble que celui qui caractérise évidemment la démarche du fondateur, réel ou hypothétique, n'est pas moins bien fondé qu'un autre.

J'espère qu'en avançant dans la communication les enseignements qu'une telle grille dévoilera lui confirmeront une légitimité qui lui fait peut-être défaut à la simple affirmation, mais que je ne peux, ici, rechercher plus avant, sans risquer de traiter une autre communication : celle sur la notion d'Ecole.

Cette difficulté levée en fait aussitôt surgir d'autres. Elles peuvent se concentrer autour d'une question de légitimité/vérité théoriques.

L'exercice auquel je vous convie tend finalement à rapprocher des théories ou des doctrines des plus diverses — puisque par définition ici, la réception en droit positif, notamment en jurisprudence, est exclue de l'analyse —, dont les seuls points communs sont, peut être, de se rattacher, d'une manière restant encore pour l'essentiel à dévoiler, à la pensée d'Hauriou, et de porter, plus ou moins évidemment, sur le droit administratif.

Il faudra comparer ces doctrines entre elles, afin d'apprécier leur points communs, ce qui permettra de parler d'Ecole.

Il faudra estimer leur degré de parenté avec la pensée d'Hauriou — ou peut être les pensées, car le pluriel rendrait mieux compte du caractère évolutif et éveillé de celle-ci — afin de voir s'il y a lieu de parler de disciples.

Voilà beaucoup d'interprétation à mener, de mesures à effectuer, de jugements à porter...

Et voilà qu'il faut le faire — dans un temps réduit — en s'abstenant finalement (ou en essayant de s'abstenir) de tenir compte de la valeur intrinsèque de ces théories et doctrines. L'analyse qui nous retient ne porte pas en effet sur la valeur des théories étudiées en tant que telles, mais bien sur leur niveau de parenté ou de relation avec une autre théorie, celle d'Hauriou, dont il faut convenir pour le moins que sa pertinence demeure en débat.

³ Berthélémy, Discours à l'occasion de l'inauguration du monument élevé à Hauriou par la faculté de droit de Toulouse, 22/4/1931 (plaquette Sirey).

⁴ *op. cit.* p. 146.

Or les disciples éventuels d'Hauriou n'ont évidemment pas cherché à reproduire de quelque manière que ce soit une vérité révélée : la pensée d'Hauriou. Ils ont voulu mener leur propre réflexion, dans les termes qu'ils jugeaient pertinents, et en retenant d'Hauriou, comme d'autres, ce qui leur semblait juste et utile.

Il en résulte à l'évidence des difficultés dès lors que nous nous proposons, comme je l'ai dit, de mener sur le terrain du droit administratif une investigation prenant ses fondements dans la philosophie juridique d'Hauriou : ici, les filiations ne seront pas toujours avouées ; comme les recherches en paternité ne seront pas toujours recevables ; il faudra parfois bousculer les textes, s'attacher à ce qui peut apparaître question de détail (les citations, les références, etc.)...

L'aveu de ces difficultés ne relève pas de la simple politesse rhétorique. Je veux ainsi préciser clairement qu'il n'est pas question de constructions définitives, ni de jugements de valeur. La réflexion — dans tous les sens du mot — sur les disciples administrativistes d'Hauriou ne me semble avoir d'intérêt que pour nous renvoyer les conceptions, sans doute diverses, peut-être contradictoires, en tous les cas imprécises, que nous nous faisons de sa pensée.

Cela étant posé, il reste à préciser comment saisir ces questions, déployer la grille proposée.

Il me semble que dans un premier temps, on ne peut que constater, comme un fait objectif, qu'une partie de la doctrine se réclame assez consciemment d'Hauriou, et fait usage de certains de ses concepts — tout comme une autre partie se déclare ouvertement hostile —.

L'analyse montre alors que ces disciples se retrouvent essentiellement pour tenter de défendre sur le terrain du droit administratif des concepts que par ailleurs ils utilisent de manière différenciées dans leurs analyses, sans les rattacher toujours au système juridique global d'Hauriou, introduisant ainsi une distorsion.

Cette double caractérisation (disciples/défenseurs - disciples/administrativistes) oblige à rechercher si l'approche fragmentée (limitée au droit administratif) de l'oeuvre d'Hauriou permet réellement une fidélité à sa démarche, et partant conduit à douter que puissent exister, ainsi définis, des disciples administrativistes d'Hauriou.

I - Un fait : l'existence en droit administratif d'une Ecole défendant Hauriou

Au-delà des emprunts épars d'analyses techniques proposées par Hauriou, on peut mettre en évidence, à partir des derniers écrits d'Hauriou, puis au sein de la littérature de droit administratif qui lui est postérieure, un courant relativement homogène, bien que minoritaire, qui paraît pouvoir constituer une Ecole.

Cette Ecole se caractérise davantage par réaction que par construction : elle entend défendre la validité des concepts essentiels proposés par Hauriou, qui sont contestés par la doctrine administrative dominante, sans chercher nécessairement à dégager une approche commune à divers juristes qui se réclameraient identiquement d'Hauriou.

L'angle de la défense, ainsi caractéristique, constitue seul l'élément d'homogénéité qui réunit des auteurs ayant par ailleurs une pensée tout à fait propre. Ces faits et motivations ne sont pas sans conséquences sur l'image qui est forgée de la pensée d'Hauriou, puis diffusée et reprise.

Que l'on se place d'abord sur le terrain de la défense lorsque l'on aborde Hauriou ne doit pas étonner : les propositions qu'il formule, son système aussi bien que son vocabulaire et ses concepts ont provoqué de vives critiques, au point que Jean Rivero voyait dans la violence des hostilités qu'il suscitait l'ultime « signe de la survie d'Hauriou »⁵.

Et l'on peut croire que l'ampleur de ces critiques a servi de ciment à une *Ecole Hauriou* en droit administratif.

Deux concepts clés de la pensée d'Hauriou peuvent permettre de se faire une idée du mécanisme fédératif ainsi proposé.

Le premier est celui de la **puissance publique**.

Hauriou est pour les administrativistes français le fondateur d'une Ecole, celle de la puissance publique, qui s'opposerait à une autre Ecole, celle de Bordeaux, celle du Service public. Qu'Hauriou se soit opposé à l'Ecole du service public, cela est aisément admissible, et il suffit de le lire sur ce point : il n'est pas tendre à l'égard notamment d'un Jèze⁶, même s'il n'adresse pas les mêmes reproches à Duguit.

Pourtant, cette opposition lui est dénié, ou plus exactement, elle est marginalisée par Jèze qui la prétend sans influence, qualifiant la puissance publique de vieille théorie dont les tenants disparaissent un à un⁷. Il faut alors à Hauriou se défendre⁸. Et Georges Vedel enregistre et relaie cette résistance lorsque, quelques années plus tard, il insiste sur le fait que « seul le Doyen Hauriou avait maintenu fortement l'idée de la puissance publique »⁹.

C'est ici une défense tenant à l'existence même de la pensée d'Hauriou : face à l'impérialisme de l'Ecole de Bordeaux, dire et rappeler qu'une autre pensée s'était déployée, que l'on ne peut ignorer.

L'Ecole de la puissance publique tient d'abord à ce qu'elle conteste le monopole de l'Ecole du service public ; davantage, nous le dirons, qu'à une adhésion des disciples à une théorie positive de la puissance publique.

Une seconde illustration peut être tirée du concept de **décision exécutoire**.

Selon Hauriou, il s'agit de « *toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis à vis des administrés, émise par une autorité administrative dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office* »¹⁰.

Ce concept clé de la pensée d'Hauriou, en ce qu'il procède d'une déclinaison dogmatico-doctrinale (au droit administratif) d'une théorie globale du droit (l'Institution) a été vivement critiqué notamment par Prosper Weil¹¹ & Charles Eisenmann¹².

⁵ *op. cit.*

⁶ Préface à la 11^e éd. du *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1927.

⁷ *Revista de drept public*, 1926.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE 1954, p. 21 et s.

¹⁰ *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, p. 356.

¹¹ AJDA 1956 p. 267.

¹² *Cours de doctorat*, LGDJ 1982, not. t. II, p. 743 et s.

Ce dernier reproche à Hauriou soit d'avoir confondu dans la terminologie (*exécutoire, exécution d'office*) le caractère *obligatoire* de l'acte unilatéral (normativité de l'acte : sa force juridique) avec son exécution (régime de l'acte), soit même d'avoir généralisé l'hypothèse extrême de l'exécution forcée à l'ensemble des actes unilatéraux. Hauriou commettrait donc soit une erreur théorique (l'unilatéralité confondu avec l'exécutoire), soit une erreur sur le droit positif (privilège général d'exécution forcée reconnu à l'administration). Au final, et avec une ironie certaine, Eisenmann estime que les vues d'Hauriou sont touffues et surprenantes, et conclut au rejet de la notion.

Ici encore l'analyse de la doctrine révèle les disciples d'Hauriou qui le défendent. Certains (Georges Vedel¹³, Jean Rivero¹⁴, etc.) le font simplement, en continuant, malgré ces fortes critiques, à utiliser le terme, et en précisant clairement le sens qu'ils lui donnent (et c'est en général le sens d'Hauriou : le privilège du préalable, la décision étant normative et devant être exécutée préalablement au recours au juge).

D'autres s'attaquent directement à la critique d'Eisenmann pour faire justice à Hauriou et tenter de rétablir le bien-fondé de sa pensée : notamment Lucien Sfez¹⁵ et Roger Gérard Schwartzberg¹⁶ qui démontrent que le reproche de confusion entre le privilège du préalable et l'exécution forcée est irrecevable, Hauriou ayant clairement séparé dans ses études les deux questions — ce qui ne serait pas le cas d'auteurs postérieurs, comme Rolland, qui les auraient eues confondues sous le terme *exécutoire*, obscurcissant à rebours, davantage, la pensée d'Hauriou—.

Ainsi, une unité se fait autour d'Hauriou, qui identifie des attaques violentes et mal fondées à l'encontre de sa pensée, et unit une partie de la doctrine administrativiste dans sa défense : une Ecole apparaît.

Le vocabulaire employé, à la proportion des attaques subies, permet sans doute de mettre en évidence cette modalité constitutive de l'Ecole, fédérative de certains auteurs. Hauriou lui-même, répondant à Jèze, écrivait : « la défense est aisée, surtout si l'on passe à la contre-attaque »¹⁷ ; Lucien Sfez, revenant sur la décision exécutoire, parle de « l'hostilité de Charles Eisenmann »¹⁸ ; et Roger Gérard Schwartzberg sur le même sujet évoque les « censeurs d'Hauriou »¹⁹, constatant qu'il y a « erreur de cible » et « balles perdues »²⁰.

Si Hauriou a ainsi été le premier à se défendre, il ne nous semble pas néanmoins que ses « disciples » procèdent toujours à une défense du même type.

Hauriou parle très clairement dans sa préface à la 11^{ème} édition du *Précis de droit administratif (Puissance publique et service public)*²¹ de « contre-attaque ». Devant l'exposé des thèses jéziennes, il répond par une mise en perspective dialectique de sa pensée. Là où Jèze annonce l'exclusive du service public et critique l'analyse de la puissance publique, Hauriou reprend les deux termes pour définir le rapport dialectique qui s'institue entre eux, et qui oblige à voir un terme premier (la puissance publique) et un terme second (le service public) ; et il s'emploie à préciser pourquoi la puissance doit primer (le propre du droit, ce sont

¹³ *Droit administratif*, PUF.

¹⁴ *Droit administratif*, Dalloz.

¹⁵ *op. cit.*, p. 406-428.

¹⁶ *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, 1969.

¹⁷ *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, Préface.

¹⁸ *Op. cit.* p. 410.

¹⁹ *Op. cit.* p. 110.

²⁰ *Id.* p. 113.

²¹ *Op. cit.*

les moyens), et pourquoi le service public, quoique second, doit être pris en compte de manière essentielle (autolimitation objective de la puissance). La défense ici est constructive de la pensée de l'auteur, en ce qu'elle en décline une synthèse ; même si dans le même temps elle la simplifie, en ramenant, au moins en apparence, la puissance publique aux seuls moyens.

On trouverait, antérieurement à ce célèbre exemple, d'autres textes d'Hauriou dans lesquels, face aux critiques qui lui sont adressées — ou qu'il s'adresse lui-même d'ailleurs —, il reformule ses pensées, en abandonne des éléments qui ne le satisfont plus, en revoit les articulations... La méthode n'est donc pas nouvelle, et tout au plus peut-on dire qu'en 1927, dans cette préface, Hauriou se défend peut-être davantage qu'auparavant, que les attaques soient devenues plus vives ou que sa pensée ait atteint l'équilibre qu'il recherchait.

Mais cette défense constructive, ses disciples ne peuvent évidemment pas toujours la pratiquer, sauf à adopter complètement et reproduire l'ensemble de la pensée d'Hauriou. Et parce qu'ils ont leur propre thématique, la défense qu'ils font des concepts d'Hauriou ne peut être qu'une défense figée et figeante, ce qui ne va pas sans quelques inconvénients.

Lorsque l'on se défend, on n'est pas totalement maître du discours. Et c'est avec raison qu'Hauriou en 1927 parlait de contre-attaque : ne pas se laisser enfermer par les tenants de l'École du service public dans une alternative *service public* contre *puissance publique*, but contre moyen, mais déplacer le débat sur le terrain de la relation entre les deux éléments, aussi indispensables l'un que l'autre, mais dans une nécessaire subordination intellectuelle.

Les défenseurs administrativistes d'Hauriou n'ont pas fait, me semble-t-il, pareille démarche et ont été obligés d'intervenir, consciemment ou non, je n'en sais rien, sur un terrain et par rapport à des thématiques qu'ils n'avaient pas choisis.

Et si sur la question de la puissance publique, finalement, Hauriou s'était lui-même défendu et avait précisé sa pensée, par rapport aux théories qui lui étaient antérieures ou contemporaines, offrant une référence aux analyses futures, il n'en va pas de même pour la question de la décision exécutoire. Pourtant, c'est sur cette question qu'il a été clairement attaqué après sa mort, notamment comme on l'a dit par Charles Eisenmann, en référence à une analyse du droit, le normativisme, à laquelle Hauriou à l'évidence n'avait rien compris²².

Ceux qui ont défendu Hauriou dans cette opposition doctrinale ont donc dû le faire sur le terrain balisé par Charles Eisenmann, selon les attaques et les arguments que celui-ci avait avancés, sans se référer à une inexistante argumentation d'Hauriou sur ces critiques.

Je voudrais l'illustrer, puis m'arrêter sur les conséquences qui en résultent.

Eisenmann avait contesté que l'on puisse parler d'*exécutoire* de manière générale pour les actes normatifs. Selon lui, le recours à une telle terminologie procéderait d'une analyse qui lierait la sanction à toute décision, et ferait fi d'une division fondamentale entre les actes impératifs et les actes permissifs.

Lucien Sfez s'oppose à la critique d'Eisenmann et veut défendre Hauriou²³. Il indique que pour Hauriou, la décision exécutoire ne serait pas confondue avec l'acte unilatéral : il existerait des actes unilatéraux permissifs, et des actes

²² V. par exemple les pages qu'il consacre à Kelsen dans le *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.

²³ *Op. cit.*

unilatéraux impératifs (seuls ces derniers constituant la catégorie de la décision exécutoire).

Cette affirmation de Lucien Sfez comporte deux éléments :

a - *la décision exécutoire n'est pas confondue avec l'acte unilatéral*. Lucien Sfez tire cet argument davantage des écrits des disciples d'Hauriou (qui précisent sa pensée) que de ceux d'Hauriou. Il s'appuie sur les distinctions proposées par Jean Rivero et Georges Vedel pour qui la décision exécutoire est une catégorie des actes unilatéraux qui s'oppose aux actes unilatéraux non normatifs (ne faisant pas grief).

b - *La décision exécutoire serait l'acte unilatéral impératif*. Or cela procède d'une confusion entre *normatif* et *impératif* : un acte normatif peut être impératif ou peut être permissif. Un acte non normatif ne peut pas l'être. Impérativité et permissivité sont deux caractères qui s'attachent à la notion d'obligatoire. Si chez Hauriou, comme chez Georges Vedel et Jean Rivero, *décision exécutoire* signifie *décision obligatoire*, ou normative, la décision exécutoire est aussi bien la décision impérative que permissive.

Ici, clairement, Lucien Sfez défend Hauriou sur le terrain balisé par Eisenmann : il ne le défend pas avec les arguments d'Hauriou mais par rapport aux arguments d'Eisenmann. Mieux, il défend un Hauriou tel que se l'imagine Eisenmann. Celui-ci, reprochant, de manière mal distinguée, deux choses totalement différentes et contradictoires à Hauriou (*exécutoire* = exécution forcée ; *exécutoire* = obligatoire), fait apparaître ainsi un Hauriou qui mêlerait ces deux sens et qui, s'il n'a pas retenu purement et simplement le sens d'exécution forcée derrière l'exécutoire, aurait tout au moins réservé le sens *exécutoire* à des actes normatifs sanctionnés (soumis à obligation d'exécution).

C'est une lecture critiquable à laquelle procède Eisenmann : un acte permissif est obligatoire parce qu'il est normatif, c'est-à-dire simplement parce qu'il modifie le droit (en créant des droits comme l'on crée des obligations) et que l'on doit respecter la modification intervenue ; pas parce qu'il y aurait une sanction particulière.

Prise dans la logique de l'attaque eisenmanienne, la défense de Sfez s'éloigne considérablement de la pensée d'Hauriou : elle tend plutôt à valider la lecture de son contradicteur.

Or, par ricochet, et ce n'est pas la moindre des conséquences, cette défense par Sfez de la décision exécutoire conforte les présupposés qu'Eisenmann déniche et critique chez Hauriou : Lucien Sfez en a d'ailleurs conscience lorsqu'il indique que Charles Eisenmann « a voulu considérer *a priori* que l'image qu'Hauriou se faisait de l'administration était une image d'administration puissance publique, et seulement puissance publique, impérative et maniant la foudre »²⁴.

Assurément, la puissance publique occupe une place centrale chez Hauriou ; moins sans doute, j'y reviendrai, que chez certains de ses disciples. Mais moins également que ce que prétend Eisenmann. Parce que la puissance n'est pas seule.

A se défendre contre l'École du Service public — mais pouvait-il faire autrement ? — Hauriou a pris le risque de voir sa pensée enfermée dans l'idée de *puissance publique*, et ses analyses ramenées à ce *seul* concept. Au point que ses disciples (Jean Rivero²⁵, Paul Couzinet²⁶, etc.) doivent périodiquement rappeler que l'idée de service public est loin de lui être étrangère et qu'il en a vraisemblablement été « l'inventeur ».

²⁴ *Op. cit.* p. 415.

²⁵ *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, in *Mélanges Mestre*, Sirey, 1956.

²⁶ Ann. Toulouse 1968.

Pourtant, Eisenmann, comme la majeure partie de la doctrine et même certains disciples d'Hauriou (Georges Vedel notamment), ont la conviction que ce qui caractérise Hauriou, c'est la seule puissance publique.

Jean Rivero, a qui ce reproche ne peut être adressé, le dit d'ailleurs « docteur officiel de la puissance publique »²⁷. Et lorsqu'Eisenmann compare le système des *bases constitutionnelles* de Georges Vedel à la pensée d'Hauriou, il écrit que ce dernier pensait que, comparée au service public, « la puissance publique était la notion vraiment fondamentale des deux » : contresens ou plutôt réduction, qui s'explique, nous y reviendrons, par le parti pris d'une analyse simplement administrativiste ; mais parti pris qui fige la pensée d'Hauriou autour de la figure que ses contradicteurs en ont dessinée ; glissement qui reconstruit la pensée d'Hauriou sur des bases qui ne sont plus exactement les siennes.

Et bien sûr ce glissement tend à dévaloriser cette pensée, la simplifiant et la caricaturant.

Là encore, le vocabulaire est révélateur. C'est un lieu commun désormais de dire qu'Hauriou employait une terminologie confuse et qu'il ne faut pas trop faire grief à ses contradicteurs de ne l'avoir pas compris. Et ce sont ses disciples, c'est-à-dire ceux qui l'ont défendu, les premiers, qui viennent le dire : Lucien Sfez parle du dédain d'Hauriou pour la rigueur dans le choix des mots²⁸ ; Roger Gérard Schwartzberg place la vertu de l'étymologie et de la rigueur de la langue du côté de Charles Eisenmann, regrettant les « écarts de langage d'Hauriou »²⁹.

Je ne dirai pas contre eux qu'Hauriou était un linguiste parfaitement rigoureux.

Mais le choix qu'il avait des mots n'était pas, comme nous le verrons, totalement aléatoire.

Et je crois que céder devant la terminologie eisenmanienne revient, implicitement, à céder devant son analyse, c'est-à-dire à ne plus défendre la pensée d'Hauriou, mais à tenter simplement d'excuser ses éventuelles erreurs devant un normativisme eisenmanien triomphant, qui fixe les termes du débat.

Pierre Delvolvé recommande ainsi, afin de lever l'ambiguïté sur la notion d'*exécutoire*, de renoncer à recourir à l'expression *décision exécutoire*, et de lui préférer celle d'*acte unilatéral*³⁰ ; et Roger Gérard Schwartzberg semble vouloir, avec Charles Eisenmann, réserver l'emploi du concept *exécutoire* au cas d'exécution forcée³¹. De manière générale, on s'aperçoit en effet que les termes *exécutoire*³² et surtout *exécution d'office* sont pris et utilisés par la doctrine³³ davantage dans les sens proposés par Eisenmann que dans ceux que les disciples d'Hauriou leur donnent.

Que dans l'absolu, le débat Eisenmann-Hauriou sur la question de l'acte administratif puisse se résoudre à l'avantage du premier — pour autant qu'il y ait réellement lieu à débat —, voilà une chose possible, encore qu'Eisenmann ne l'ait

²⁷ Ann. Toulouse 1968.

²⁸ *Op. cit.*, p. 428-429.

²⁹ *Op. cit.* p. 110.

³⁰ *L'acte administratif*, Sirey.

³¹ *Op. cit.*

³² V. notamment R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, n° 557.

³³ On peut lire ainsi que l'action d'office est l'exécution forcée (De Laubadère, Venezia, Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 1, n° 977).

jamais posée dans les termes d'Hauriou, sans procéder d'abord à une reconstruction du discours sur la décision exécutoire.

Mais ne pas défendre le vocabulaire d'Hauriou ici revient purement et simplement à ne pas défendre sa pensée, car finalement, le concept proposé par Hauriou est, du fait de cette reconstruction et de ce repositionnement par rapport à la lecture d'Eisenmann, totalement vidé de sa substance.

Hauriou est ainsi condamné, y compris par certains de ses disciples, sans que sa pensée soit justifiée et réellement confrontée à la critique eisenmanienne. A cet égard, le choix théorique qu'ont fait par exemple Georges Vedel et Jean Rivero, de continuer à parler de décision exécutoire, sans devoir nécessairement s'en justifier, sinon par une explication du sens et par un usage logique et rigoureux au regard d'une analyse globale, en tout cas, sans se référer à la « fausse querelle »³⁴ d'Eisenmann, constitue la meilleure réponse.

Il demeure de tels débats, forgée par ses détracteurs et confortée par certains de ses disciples, l'image d'un Hauriou peu rigoureux, qui aurait confondu dans des verbiages brumeux la nature et le régime de l'acte.

La défense montre bien que l'erreur ne serait que sémantique et non pas conceptuelle : soit ; mais on ne fait que l'excuser, en reconnaissant qu'il y a eu erreur. On ne rétablit pas sa pensée, qui exonérerait de l'erreur, en établissant les connexions qui en dévoilent la logique.

Hauriou est alors enfermé, figé, sur un terrain d'où ses disciples ne cherchent pas vraiment à le dégager, et qui n'est pas le sien mais celui de ses contradicteurs.

Ce terrain est celui de la dogmatique du droit administratif. Et c'est alors la possibilité de demeurer fidèle à Hauriou sur le seul terrain administrativiste qui est en question.

II - Une interrogation : peut-on être disciple « administrativiste » d'Hauriou ?

L'interrogation qui se fait jour est donc la suivante : est-il possible de considérer qu'on puisse être fidèle à la démarche d'Hauriou à un degré suffisamment élevé pour entraîner la qualification de disciple, et permettant d'isoler une Ecole fondée par Hauriou, dès lors que la filiation s'effectue sur le seul terrain dogmatico-doctrinal du droit administratif, et que la pensée foisonnante d'Hauriou :

a - d'une part se déploie au moins autant sur les terrains de la philosophie du droit, de la théorie du droit, de la sociologie du droit

b - d'autre part est toute fondée sur l'idée de connexion entre diverses approches et ne sépare jamais la technique du droit administratif d'autres considérations, et notamment de la théorie de l'institution

Autrement dit, la démarche dogmatico-doctrinale d'Hauriou que défendent des administrativistes, et à laquelle ils se rattachent, dont ils se réclament, est-elle isolable au sein de la pensée de notre auteur : existe-t-elle dans ses écrits comme corps séparé, bénéficiant de sa propre logique et se suffisant à elle-même ? Ou est-

³⁴ L'expression est de RG Schwartzberg, *op. cit.*

elle une reconstruction de la pensée d'Hauriou, fruit d'une coupure artificielle, objet d'un réductionnisme ?

La réponse ne peut être que nuancée.

S'il s'agissait d'exclure purement et simplement la dogmatique juridique héritée d'Hauriou au profit de la seule approche institutionnelle, l'interrogation déboucherait évidemment sur un contresens. Bien des considérations de droit administratif d'Hauriou demeurent valables, et peuvent se comprendre sans référence obligée au système d'analyse qui les inspire. Sans doute de là vient la permanence de l'influence de l'arrêviste. Et Charles Eisenmann lui-même affirmait dès 1930 que les aspects techniques de l'oeuvre d'Hauriou — comme de Duguit — resteraient « l'apport le plus durable et le plus précieux au progrès des sciences juridiques »³⁵.

Mais dès lors que la mise en relation des approches dogmatique et théorique permet d'éclairer des concepts qu'utilise l'une (l'analyse du droit administratif) par des constructions que propose l'autre (la théorie de l'institution), et qu'il n'est pas besoin de forcer la lecture pour effectuer ce rapport puisqu'Hauriou lui-même transcende ces séparations, alors, on peut sinon contester *a priori* à ceux qui négligent ces connexions la qualité de disciple d'Hauriou, du moins interroger cette qualité.

Je dois préciser davantage de quoi il est ici question : il est certain que les disciples d'Hauriou ne s'en tiennent que rarement au droit administratif *stricto sensu*, et se préoccupent fortement d'autres disciplines juridiques (droit constitutionnel, libertés publiques, etc.) ; on pourrait croire alors que ce droit administratif sans frontière, tel que le concevait Hauriou, finalement, est le droit public au sens large, et même plus simplement le droit ; et dire que les disciples administrativistes d'Hauriou procèdent comme lui d'une vision large du droit administratif.

Il ne faut pourtant pas s'arrêter à cet élargissement sans pousser plus loin l'investigation.

Pourquoi ? Parce que ce qui caractérise l'approche d'Hauriou n'est pas seulement la globalité d'une approche juridique qui transcende les frontières des disciplines techniques : c'est bien la connexion qu'il établit entre le droit et ce que l'on considère, généralement, comme n'étant pas du domaine du droit ; la connexion entre une théorie qui tient compte de la sociologie, et d'autres données non juridiques, et le droit : la connexion entre la théorie de l'Institution et le droit administratif.

Savoir si cette connexion relève de la science du droit ou au contraire exclut une telle approche parce qu'elle fait intervenir du *métajuridique* est un débat qui ne relève pas du propos de cette intervention ; constater en revanche qu'Hauriou procède à cette connexion est une évidence élémentaire.

Dès lors, lorsque nous disons que les disciples administrativistes procèdent à une réduction d'Hauriou, c'est dans la mesure où ils revendiquent l'héritage purement juridique sans revendiquer, dans le même temps, les éléments de la théorie institutionnelle qui y sont connectés et qui l'expliquent.

La première démarche consiste à montrer qu'il n'est nullement question de connexion chez les disciples administrativistes d'Hauriou. Les preuves sont

³⁵ *Deux théoriciens du droit : Hauriou et Duguit*, Revue philosophique 1930 p. 278.

nombreuses. On se contentera, pour une question purement matérielle de temps et de place, d'exemples et d'indices.

Les références bibliographiques sont souvent éclairantes.

Et l'on constate que la théorie de l'institution, sous ses diverses formes, est généralement absente. Quand elle est présente, ce n'est que comme citation de la définition de 1925³⁶, le texte de 1906 sur le droit statutaire étant ignoré³⁷. Il en va de même d'autres ouvrages clés, notamment des *Principes de droit public*, dont la 1^{ère} édition³⁸ n'est guère fréquentée alors qu'elle contient des passages fondamentaux pour la compréhension de l'idée institutionnelle.

L'ouvrage de référence pour les administrativistes reste — outre la compilation des notes d'arrêts — le *Précis de droit administratif*, surtout dans sa 11^{ème}³⁹ ou 12^{ème} édition (revue par André Hauriou), supposées présenter « le terme »⁴⁰ de la pensée d'Hauriou.

Georges Vedel dans ses écrits sur les bases constitutionnelles, Lucien Sfez et Roger Gérard Schwartzberg à propos de la décision exécutoire, ne se réfèrent jamais aux écrits directement consacrés à l'institution. Voilà pour les indices.

Quant aux exemples, il faut les chercher directement dans les discours. Et là non plus, dans les démonstrations, dans les argumentations en défense contre ceux qui attaquent Hauriou, dans les constructions qu'il inspire — notamment dans la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif —, l'existence ou l'influence de la théorie de l'Institution n'est ni prise en compte matériellement, ni évoquée formellement. Là encore, l'avertissement de Lucien Sfez est éclairant : « le droit administratif nous intéresse seul ici »⁴¹ ; tout procède d'une croyance que les écrits de droit administratif d'Hauriou se suffisent à eux-mêmes.

Cela ne relève pas du hasard mais reflète parfaitement la coupure que les administrativistes ont introduite dans la pensée d'Hauriou.

Que cette non prise en compte de la connexion ne constitue en rien un élément de validité ou d'invalidité objective des argumentations présentées — au moins quand elles ne prétendent pas reproduire la pensée d'Hauriou —, qui doivent être jugées et défendues pour elles-mêmes, c'est un fait évident. Mais dès lors que l'on tend à mesurer l'écart qui existe entre Hauriou et ses disciples, cette coupure est essentielle

Car la deuxième démarche oblige à rappeler qu'Hauriou, quant à lui, procédait bien à cette connexion.

Là encore, on peut revenir sur les deux exemples que nous avons déjà utilisés : la puissance publique et la décision exécutoire.

La décision exécutoire est un terme omniprésent dans la Théorie de l'institution, et cela dès le départ. C'est donc un thème central.

Il n'est pas question ici de rendre compte précisément de toute sa construction institutionnelle ; mais je voudrais insister sur plusieurs points.

Hauriou part d'une séparation qu'il propose entre l'acte et le fait juridique ; il introduit la dimension temporelle, dont on sait qu'elle est essentielle à son

³⁶ *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23, 1925 (réimprimé Université de Caen, 1990).

³⁷ *L'institution et le droit statutaire*, Cahier de législation 1906, p. 134 et s.

³⁸ *Principes de droit public*, Sirey, 1910.

³⁹ *Op. cit.*

⁴⁰ J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?*, RDP 1953, p. 285.

⁴¹ *Op. cit.*

appréhension de l'institution, et distingue ainsi le *fait* (ce qui est arrivé) de l'*acte* (ce qui n'est pas encore arrivé, ce qui est en acte) ⁴².

Il poursuit à propos de la décision exécutoire : « en droit administratif, la manifestation de volonté doit être exécutoire... L'acte juridique, c'est la décision exécutoire... Cela signifie d'abord que la décision va commencer à s'exécuter, qu'elle a tout ce qu'il faut pour s'exécuter (elle s'oppose aux projets préparatoires)... Cela signifie aussi qu'elle n'est pas encore exécutée, qu'elle cesse d'être exécutoire quand elle est exécutée » ⁴³.

La notion d'exécutoire ne renvoie donc pas à l'exécution mais bien au privilège du préalable décliné dans la durée : la décision obligatoire qui n'a pas encore été exécutée.

Hauriou ensuite intègre cette notion dans sa conception de la séparation des pouvoirs. On sait qu'il distingue là encore les pouvoirs sur une ligne temporelle :

a - un pouvoir exécutif, qui a la compétence intuitive de l'idée d'oeuvre, et qui commence sa réalisation par la décision exécutoire

b - le pouvoir délibérant qui a la compétence discursive de la délibération

c - le pouvoir de suffrage, qui a la compétence de l'assentiment

Dans un système donc où l'idée cohésive est centrale, où la représentation est celle de l'idée d'oeuvre, et où le pouvoir s'organise pour servir cette idée, la décision exécutoire est clairement isolée par Hauriou du côté du pouvoir exécutif, en liaison avec la réalisation de l'idée. Elle unit non pas l'administration à un tiers, mais le groupe à ses membres, laissant place à une forme de consentement que l'unilatéralité ne peut saisir.

Quand Hauriou parle ensuite de décision exécutoire en droit administratif, il ne rappelle pas toujours cette construction, mais il la décline au droit positif, où la décision exécutoire (procédé exorbitant que l'administration tient de la puissance publique) est l'acte administratif par excellence, moyen au service du but (le service public).

On peut contester la construction d'Hauriou. Il est même souhaitable que l'on en débattenne. Mais refuser d'en percevoir la cohérence n'est pas faire justice à Hauriou. A cet égard, les disciples d'Hauriou le défendent mal et Eisenmann a réussi « le hold-up parfait » en imposant sa lecture, sa coupure :

a - *Premier temps* : La théorie de l'institution est ramenée à un élément de doctrine sociale qui n'est pas « caractéristique de la pensée proprement juridique d'Hauriou » ⁴⁴. C'est la logique positiviste d'Eisenmann ; pas celle d'Hauriou. Mais une coupure est posée, qui sépare le social du juridique. Et cette coupure ne sert pas à invalider totalement Hauriou (à discuter SA pensée globale sur le droit) mais bien à faire la partition entre ses écrits juridiquement discutables et discutés, et ses théories *métajuridiques*, rejetées hors du débat de droit. D'ailleurs Eisenmann ajoute pour être tout à fait clair : « cette philosophie générale une fois posée, Hauriou ne l'utilise plus pour l'explication d'aucune règle concrète » ⁴⁵ et conclut qu' « il est nécessaire d'exclure de l'étude de la solution des problèmes de la théorie juridique toute doctrine politique ou sociale » ⁴⁶.

b - *Second temps* : on étudie alors la pensée proprement juridique — entendons bien : la dogmatique de droit administratif, celle qui se trouve dans les écrits consacrés au droit administratif et qui porte sur les seules questions de droit

⁴² *L'institution et le droit statutaire, op. cit.* p. 142.

⁴³ *Id.* p. 143.

⁴⁴ *Deux théoriciens du droit : Hauriou et Duguit, op. cit.*, p. 256 note 1.

⁴⁵ *Ibid.* p. 259.

⁴⁶ *Id.* p. 278.

administratif —, par rapport à elle-même, donc sans l'éclairer par la théorie de l'Institution ; ces écrits sont alors largement inexplicables, peu clairs, car partiels (en fait) et incohérents (selon Eisenmann). On peut souligner les erreurs, regretter le vocabulaire ; et les disciples d'Hauriou de reconnaître la rigueur eisenmanienne et de dévaloriser celui qu'ils défendent

Qu'Eisenmann fasse cette démarche, cela doit être dénoncé pour reposer le débat sur ce qu'est le Droit. Mais que les disciples d'Hauriou le fassent également, alors qu'il devrait défendre l'intégrité de la pensée d'Hauriou est plus problématique et pose question, montrant spécialement l'impossibilité d'être disciple administrativiste d'Hauriou (c'est-à-dire de s'en tenir au terrain du droit administratif sur lequel Eisenmann assigne Hauriou).

Une analyse comparable pourrait être menée à propos de la **puissance publique**, et particulièrement à propos de l'usage qu'en fait Georges Vedel.

L'idée de puissance est toute entière liée à la théorie de l'institution, où elle représente l'élément dynamique, le pouvoir qui anime l'institution et, qui s'organise pour la réalisation de l'idée.

Or, quand on a retenu chez Hauriou la notion de puissance, il semble bien que le lien dialectique entre puissance et service public, entre le pouvoir et l'idée, ait été oublié, au moins parfois. Et que l'on ait réduit la puissance publique aux procédés de la puissance publique.

C'est encore une fois vrai des adversaires d'Hauriou (Ecole du service public, etc.). Mais cela l'est également de certains de ses disciples, dont Georges Vedel.

La démonstration devrait être menée longuement et minutieusement ; je ne peux ici en dire que quelques mots trop rapides.

En construisant autour de la seule notion de *pouvoir exécutif* (au sens synthétique : maintien de l'ordre juridique, fonctionnement des services publics, etc.) les bases constitutionnelles du droit administratif, le doyen Vedel s'éloigne considérablement, me semble-t-il, d'Hauriou. En effet, il indique que « l'administration est l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif »⁴⁷ ; plus précisément, « la puissance publique est la détention de compétences exorbitantes de droit commun »⁴⁸, « le corollaire du pouvoir exécutif »⁴⁹, puis « un régime juridique caractérisé à la fois par les prérogatives et par les sujétions exorbitantes du droit commun reconnues ou imposées à ceux qui agissent dans l'exercice de la souveraineté nationale »⁵⁰.

Charles Eisenmann avait, assez justement, constaté qu'était mise en avant ici une logique renvoyant en réalité à Jèze : la logique des procédés de droit public⁵¹.

Deux autres éléments au moins peuvent être avancés pour situer l'utilisation par Georges Vedel de la puissance publique :

a - le principal est que la *puissance publique* chez Hauriou, *ce n'est pas que le pouvoir exécutif*, mais bien le pouvoir dans l'Etat : la puissance est une domination ; au service de l'idée, certes, qui en constitue l'autolimitation objective : un pouvoir qui s'organise, qui se discipline, qui s'équilibre avec des obstacles juridiques pour faire durer l'institution ; et donc qui est limité par l'idée d'oeuvre...

Mais c'est tout de même la problématique du pouvoir dans l'institutions et de sa juridicité qui est en jeu, pas celle du seul pouvoir exécutif.

⁴⁷ *Les bases constitutionnelles du droit administratif, op. cit.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Droit administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 1961.

⁵¹ *La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif*, RDP 1972, p. 1345 et s.

Et c'est une relation de l'administration au pouvoir et à l'institution qui est construite, autour de la compétence intuitive (l'insistance sur le pouvoir minoritaire), et de la décision exécutoire. C'est encore une vision du collectif qui s'incarne : comment se fonde-t-il ? comment dure-t-il ? quelle est la place de la domination et du consentement ?

Et en droit administratif, comme l'a montré Paul Couzinet⁵², cela renvoie à une approche « volontariste et organique » : à un organe qui agit à *titre de puissance publique*, dans la dynamique du pouvoir institutionnel — et notons à cet égard que peu importe que l'organe soit public ou privé : ce qui importe, c'est sa relation au pouvoir d'Etat et à l'idée d'oeuvre, au vitalisme institutionnel —.

b - Dès lors, le second élément est évident : *la puissance publique ne peut être réduite aux procédures exorbitantes du droit commun* (ces fameux procédés de droit public : l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif) ou confondue avec elles. C'est un pouvoir de volonté, l'élément politique de l'institution, et non les simples procédés juridiques, qui sont, eux, statiques car ils ne peuvent constituer que des limites.

Bien sûr, l'accent mis sur les moyens en 1927 par Hauriou lui même (pour se défendre, rappelons le, contre l'impérialisme du but qu'entraînait l'analyse de Jèze) a sans doute prêté à confusion et ouvert la voie à ce réductionnisme⁵³.

Le texte s'ouvrait sur ces phrases : « Puissance publique et service public sont les deux notions maîtresses du droit administratif français. Le service public est l'oeuvre à réaliser par l'administration publique, la puissance publique le moyen de réalisation ». Et plus loin « l'idée de service entraîne l'autolimitation objective de la puissance ».

Mais il demeure que ce réductionnisme — qui fait de la puissance un moyen, un simple régime juridique —, amplement répandu, ne montre pas l'essentiel : que les moyens exorbitants du droit commun, l'administration les tient de la puissance publique et qu'ils ne sont pas confondus avec elle ; que la puissance est une force d'action, non de réaction.

*

* *

Au total, s'il y a bien une influence d'Hauriou en droit administratif, s'il y a peut-être des disciples, on voit qu'il est difficile de parler d'une Ecole, au sens de regroupement d'administrativistes partageant une doctrine qui soit d'abord fidèle à Hauriou, et qui leur soit ensuite commune.

L'essentiel de ce qui caractérise la pensée d'Hauriou n'est en effet pas réductible au droit administratif : c'est davantage une méthode d'analyse ; et une Ecole « Hauriou » ne pourrait donc être, éventuellement, qu'une Ecole institutionnaliste ; ce serait alors nécessairement non pas une Ecole administrativiste, mais bien une Ecole de théorie du droit et de l'Etat.

Celle-ci trouverait certes à appliquer en droit administratif une réflexion institutionnaliste : d'une certaine manière, c'est ce qu'a su faire, et faire comprendre à ceux qui travaillent avec lui, Jean-Arnaud Mazères.

⁵² P. Couzinet, *op. cit.*

⁵³ *Ibid.*

Pourrait-on pour autant parler de disciples, d'Ecole ? Ce n'est certes pas à moi de le dire. Mais l'écart avec Hauriou pourrait ne pas être moins important, pour d'autres raisons bien sûr, que celui que nous venons de rencontrer entre Hauriou et ses disciples administrativistes.

Et est-ce bien grave ? est-ce bien important ?

Sans doute pas ; et la force d'une pensée comme celle d'Hauriou, qui garantit sa postérité, comme l'ont déjà noté tous ceux qui se sont penchés sur elle, et notamment Jean Rivero ⁵⁴, est bien de stimuler la réflexion, non d'imposer des cadres.

En droit administratif comme ailleurs.

Eric Millard
Université de Perpignan

⁵⁴ Ann. Toulouse *préc.*