



HAL
open science

Doctrines “juridictionnelles” et doctrines “méta-conceptuelles” du service public

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Doctrines “juridictionnelles” et doctrines “méta-conceptuelles” du service public. AFDA - Gabriel Eckert. Le service public, Dalloz, pp.23-41, 2014, coll. Thèmes et commentaires, 9782247139439. halshs-01956645

HAL Id: halshs-01956645

<https://shs.hal.science/halshs-01956645>

Submitted on 16 Dec 2018

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.

Doctrines « juridictionnelles » et doctrines « méta-conceptuelles » du service public

Pierre Brunet

*Professeur à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense,
dir. UMR 7074, Centre de théorie et analyse du droit, membre de l'IUF*

I. Les doctrines de la doctrine et la doctrine des juridictions

Parmi les nombreuses questions que les juristes en général et ceux de droit administratif en particulier ne peuvent éviter de se poser lorsqu'il s'agit pour eux de réfléchir sur leur pratique, celle des relations entre le droit positif et la doctrine occupe une place de choix. Par habitude ou par convenance, à moins que ce ne soit par diplomatie ou légitimisme, ces relations sont présentées sous la forme d'une séparation des fonctions clairement établie : les sources du droit (les textes) imposent des comportements ou attribuent des droits, le juge dit le droit que ces textes posent et, conformément à lui, tranche les litiges tandis que la doctrine, de son côté, commente, inventorie, systématise, voire « dégage les principes » qui fondent les solutions ou encore élabore des constructions théoriques qui permettent de saisir le passé et, dans le meilleur des cas, de prévoir l'avenir¹.

À cette vision des choses, certains ne manquent pas d'opposer une « réalité » qui pourrait sembler moins harmonieuse et bien plus complexe. Cela tient d'abord au fait que ce que l'on appelle les « sources du droit » (et que l'on tient pour telles) sont indéterminées et parfois inexistantes. L'expression est elle-même largement trompeuse : la jurisprudence ne peut se contenter d'appliquer le droit existant mais contribue largement à l'inventer et toujours à le compléter. Et quand elle continue de ne pas être tenue pour une source officielle du droit, chacun reconnaît qu'elle est une source officieuse. Ensuite, contrairement à ce qu'elle prétend parfois, « la » doctrine ne se borne pas, loin de là, à décrire en toute neutralité le droit positif, ni à le systématiser

¹ V., J.-L. de Corail, « Une question fondamentale : la doctrine du service public, de la définition et de la nature du droit administratif et de la compétence du juge administratif », *Rev. adm.* 1997, vol. 50, p. 24-35.

pour en restituer la cohérence interne². À cette description et systématisation, les auteurs ajoutent bien souvent tout un ensemble de jugements de valeur et d'évaluations du droit positif, alternativement fondés sur des prescriptions plus ou moins explicites ou leur servant de fondement. Et c'est d'ailleurs à associer description du droit et promotion de certaines valeurs que servent les « théories » doctrinales. Leur statut logique s'avère difficile à identifier tant est complexe leur feuilleté où des termes du droit lui-même se mêlent à d'autres plus spécifiques que la doctrine juridique forge sous l'empire de la nécessité. C'est aussi ce qui explique que la genèse comme la filiation de ces « théories doctrinales » soient parfois si délicates à établir³.

Ces théories participent donc d'une description du droit positif autant qu'elles en résultent. Elles finissent par constituer une interprétation quasi officielle de ce dernier. On en veut pour seule preuve le fameux arrêt *Blanco*. D'un côté, la science du droit administratif s'accorde encore largement aujourd'hui pour en faire l'arrêt initial du droit administratif moderne en se fondant sur l'interprétation qu'en ont proposée les partisans de ce que l'on a appelé la « doctrine » ou « l'École » du service public ». De l'autre, les historiens du droit administratif sont unanimes pour dire que l'arrêt *Blanco* ne consacre pas du tout une solution nouvelle et qu'il pourrait fort bien être remplacé par d'autres⁴. La remarque ne vise nullement à réclamer le rétablissement de la vérité historique mais à souligner combien, loin de le décrire et le systématiser, la doctrine juridique contribue à fabriquer une certaine représentation du droit⁵.

Dans ce contexte, ce que l'on a coutume d'appeler la doctrine du service public occupe une place très singulière qui tient à la pluralité des protagonistes ainsi qu'à la grande variété des constructions doctrinales que la notion de service public a suscitées⁶, conférant au terme une épaisseur qu'on n'envisageait pas au départ. Il est en

² V., R. Guastini, « "Juristenrecht". Inventing Rights, Obligations and Power », in J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso et D. M. Papayannis (dir.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 147-160.

³ V., C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. droit*, t. XI, 1966, p. 25-43.

⁴ V., F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, p. 132 ; G. Bigot, *Introduction au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 148 s. au profit de *Rothschild, Gloxin, Dekeister*.

⁵ V., M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994. La situation n'est évidemment pas propre à la doctrine française. Pour ne prendre qu'un exemple, la décision *Marbury vs Madison* reste emblématique de l'avènement du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis alors même qu'une analyse scrupuleuse permet de montrer que le contrôle existait bien avant cet arrêt et avait donné lieu à des invalidations de la loi du Congrès par la Cour suprême, v. K. E. Whittington, « Judicial Review of Congress Before the Civil War », *Georgetown Law Journal* 2009, vol. 97, n° 5, p. 1257-1332.

⁶ Pour prendre la mesure de cette diversité : J.-C. Vénézia, « Gaston Jèze et le service public », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 1991, n° 12, p. 93-103 ; L. Bézie, « Louis Rolland : théoricien oublié du service public », *RD publ.* 2006. 847 s. ; D. Maslarski, « La conception de l'État de Gaston Jèze », *Jus Politicum* 2009, n° 3 [<http://www.juspoliticum.com/La-conception-de-l-Etat-de->

effet établi, et ce depuis longtemps, que cette diversité n'est pas le seul fait des auteurs de doctrine, autrement dit des universitaires car, par l'intermédiaire de certains de ses membres, la juridiction administrative a joué un rôle considérable dans l'élaboration de cette construction doctrinale⁷. On se fourvoierait donc en continuant de parler de « la » doctrine du service public comme d'un tout homogène, une « École », dont un seul auteur, aussi talentueux qu'il puisse être, serait le « père fondateur⁸ ». Et c'est ce qui explique que l'on ait si longtemps dit que la notion de service public était vague, mal définie, indéterminée⁹... pour reconnaître ensuite que l'obscurité alléguée ou le halo d'indétermination qui l'entourait n'avaient rien d'exceptionnel ni même de dramatique¹⁰ : parce qu'elle était employée dans des contextes différents, pour des finalités diverses, l'expression ne pouvait conserver le même sens. De même, enfin, on ne saurait réduire « la doctrine du service public » à la seule affirmation, bien connue — mais aujourd'hui fautive et qui, si elle a jamais été vraie, ne l'est restée que quelques années — selon laquelle le droit administratif est « l'ensemble des règles spéciales applicables aux services publics », ou encore, que le service public est « le » critère d'application du droit administratif, voire, que dans toute société civilisée, il y a des services publics, et partout où il y a des services publics, il y a un droit administratif dérogatoire ou exorbitant du droit commun¹¹, de sorte que le service public serait la notion susceptible de servir de fondement ultime au droit administratif¹².

Gaston.html] ; M. Grienberger-Fass, « André de Laubadère et la chronique juridique. Une approche doctrinale de l'actualité juridique », *RFDA* 2010. 1228-1239 ; D. Paiva de Almeida, *L'École du service public. Contribution à l'étude de la pensée juridique en France*, Sarrebruck, Éd. univ. européennes, 2011 ; O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, 2013, n° 11 [<https://www.juspoliticum.com/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t.html>].

⁷ On pense par exemple à Cornudet, Boulatignier, Teissier ou Latournerie.

⁸ On pense évidemment aux travaux récents de Fabrice Melleray et à ceux dont il assure le prolongement, tels ceux notamment de Charles Eisenmann, François Burdeau et Grégoire Bigot.

⁹ M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges Dabin*, 1963, 1, p. 355 s. ; L. Nizard, « À propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », *D.* 1964. 1. Chron. XXI.

¹⁰ J. Chevallier, « Essai sur la notion juridique de service public », *CURAPP*, 1977, p. 137-161.

¹¹ V., G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, I, *La technique juridique du droit public français*, 3^e éd., Paris, Giard, 1925, p. 1 : « Le droit public et administratif est l'ensemble des règles relatives aux services publics. Tout pays civilisé a des services publics, et, pour le fonctionnement régulier de ces services, il existe nécessairement des règles juridiques spéciales. On peut donc affirmer, que dans tout pays qui est arrivé à la notion du service public [...], c'est-à-dire dans tout pays civilisé, il y a un droit administratif. » Sur les rapports du droit administratif et de l'exorbitance du droit commun, il faut bien évidemment consulter F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question*, Paris, LGDJ, coll. de la Fac. de droit de Poitiers, 2004.

¹² A. de Laubadère, « Réflexions sur la crise du droit administratif français », *D.* 1952, II. Chron. 5899 : « Aujourd'hui, qui peut dire exactement ce qu'est un établissement public, un organisme public, un service public ? "Crise", "déclin" sont des expressions qu'emploient tous les jours à leur sujet les meilleurs auteurs ; aux yeux de beaucoup, ces notions appartiennent au passé.

Il ne s'agit donc nullement ici de reprendre les développements mémorables d'Eisenmann qui, en la confrontant au droit positif, a su tordre le cou à une définition réductionniste du droit administratif comme un ensemble de règles autonomes et spéciales fondées sur le service public, tout en soulignant au passage l'absence de rigueur dans l'usage du terme « service public¹³ ». Il n'est désormais pas non plus nécessaire de dénoncer « les mythes fondateurs du droit administratif », ni « les faillites conceptuelles de la notion de service public »¹⁴.

Il reste que ces critiques s'adressaient à « la » doctrine, celle qu'on peut dire *universitaire*, du service public (une doctrine de la Doctrine en quelque sorte) et non à celle que l'on peut retrouver dans les contributions des membres de la juridiction administrative. Or, si cette doctrine-là est sans doute difficile à circonscrire avec rigueur, elle contient toutefois les « conditions de possibilité » de l'autre doctrine, celle qu'Eisenmann qualifiait de « moniste ». En un mot, la doctrine semble avoir pris pour un critère du droit administratif ce qui n'en était qu'une justification.

D'autre part, sans contester les distinctions fines et pertinentes entre les « écoles » du service public, il convient toutefois de revenir un peu sur la place singulière de Duguit et sur sa conception téléologique de la notion de service public.

II. Une doctrine « juridictionnelle » du service public ?

Peut-on, doit-on, identifier une doctrine « juridictionnelle » du service public ? La question semble d'autant plus pertinente que l'on n'a jamais cessé d'insister sur le rôle de certains commissaires du gouvernement dans la construction du « critère » du service public. Ainsi, selon une thèse largement répandue, c'est Georges Teissier dans ses conclusions sous l'arrêt *Fentry* — et non Jean Romieu dans celles sous l'arrêt *Terrier* — qui aurait fait de la notion de service public un critère de la compétence du juge administratif susceptible de se substituer à celui de la puissance publique ; il aurait

Rien de très solide n'est cependant proposé pour occuper leur place » [...] « En faisant, en effet, de la notion du service public, le critère de la compétence des tribunaux administratifs, la jurisprudence française a donné, quoi qu'on en ait dit, à notre droit administratif une assise commode et solide » (reproduite dans *Pages de doctrine*, t. 2, LGDJ, 1980, ici p. 177 et 178). Ou encore : « Par cette présence et ce rôle joué dans les divers éléments (définitions, principes, règles de compétence), dont l'ensemble forme le droit administratif, le service public s'affirme, non comme “la clef de voûte” du droit administratif (expression qui, dans la terminologie de l'École de Duguit, évoquait une fonction universelle et exclusive) mais, pour changer d'image [...] comme l'un des plus importants, sinon le plus important, des carrefours où se rencontrent les données de base du droit administratif français. » A. de Laubadère, « Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français », *AJDA* 1961. 591 s. (article reproduit dans les *Pages de doctrine*, t. 2, LGDJ, 1980, p. 228).

¹³ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, vol. 1, LGDJ, p. 15-152 et 526-763.

¹⁴ G. Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA* 2000. 527-536 ; *idem*, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », *RFDA* 2008. 1-7.

transformé la notion de service public en critère de l'acte administratif en cessant de raisonner selon l'opposition entre les moyens de la gestion publique et ceux de la gestion privée¹⁵.

À l'examen, cependant, si le rôle de Teissier n'est nullement négligeable, il mérite d'être quelque peu relativisé car ce dernier s'exprimait en reprenant une structure argumentative déjà ancienne. Or cette argumentation se met en place au milieu du XIX^e siècle et trouve à s'exprimer dans l'arrêt *Rothschild* et ses suites.

Revenons donc un peu en arrière. Sous l'arrêt *Rothschild*, le recueil *Lebon* fait référence à un article paru à la *Revue critique de jurisprudence* en 1852, signé de Joussetin¹⁶. D'ambition modeste, ce texte fait très clairement état de l'opposition de plus en plus forte à l'époque entre la Cour de cassation et le Conseil d'État en matière de contentieux de la responsabilité extracontractuelle. On sait qu'en l'espèce la juridiction judiciaire et l'autorité administrative s'opposent d'autant plus nettement qu'aucun texte ne soumet l'administration à un juge spécial¹⁷.

La Cour de cassation, quant à elle, a observé deux attitudes dit Joussetin. Avant 1833 elle tend à reconnaître sans difficulté la compétence de l'autorité administrative. Ensuite, au contraire, elle se fonde sur les articles 1382 et 1384 du Code civil et reconnaît la compétence de la juridiction judiciaire pour engager la responsabilité de l'État du fait « des dommages causés par ses agents » et aux « administrations publiques » lorsque ces dernières agissent comme des personnes privées ordinaires et ne font donc pas usage de la puissance publique ou, dirait-on aujourd'hui, de prérogatives de puissance publique. Ainsi, dans l'arrêt *Depeyre*, elle affirme que « les tribunaux ordinaires sont seuls compétents pour statuer sur la réparation des dommages commis par le fait et la négligence des entrepreneurs de transports par terre

¹⁵ Cette thèse est bien exposée par R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, 1954, p. 91 s. qui ajoute que c'est cette doctrine que Duguit aurait exploitée par la suite. V. aussi J. Chevallier, art. cit.

¹⁶ Joussetin, « À quelle autorité appartient-il de prononcer sur les actions qui tendent à faire déclarer l'État débiteur ? », *Revue critique de jurisprudence*, 1852, p. 428-448. L'argumentation développée dans ce texte n'est pas de Joussetin lui-même, comme il le reconnaît d'ailleurs, mais il reproduit fidèlement les arguments discutés par du Martroy (commissaire du gouvernement dans l'affaire *Rothschild*) dans une séance publique du Conseil d'État en févr. 1852 et par Cornudet dans une séance publique du Tribunal des conflits le 13 mai 1850 (probablement ses conclusions dans l'affaire *Manoury* du 20 mai 1850, *Rec. T. confl.* 477).

¹⁷ G. Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration*, LGDJ, 1999, p. 480 : « les magistrats ordinaires, en matière de responsabilité, continuent d'avancer le caractère exceptionnel de la juridiction administrative. Ils ne reconnaissent l'intervention de celle-ci que dans la mesure où une loi d'attribution précise prévoit de priver les particuliers du recours à la justice ordinaire. Or, en ce qui concerne le contentieux de la responsabilité, cette condition n'est pas remplie : il n'existe aucune disposition législative qui soit en mesure de tenir en échec les termes des articles du code, interprétés de façon tout à fait extensive par l'autorité judiciaire ».

et par eau » et « Qu'aucune loi ne soustrait à cette compétence les administrations publiques autorisées à exploiter des entreprises de cette nature, il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier, dans les cas prévus par les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente, de règlements et ordres administratifs¹⁸ ».

De son côté, le Conseil d'État cherche à tirer parti du silence des textes pour identifier une règle générale de la compétence administrative à laquelle seule une règle spéciale pourrait déroger. Il n'a aucun mal à justifier la compétence de principe de l'autorité administrative en se fondant sur la loi du 22 décembre 1789, la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III dès lors qu'une demande, formée par un particulier et tendant à faire déclarer l'État débiteur, suppose au préalable que des actes administratifs soient interprétés¹⁹. En revanche, si aucun acte administratif n'est en cause, mais que l'action est dirigée contre l'État agissant « comme puissance publique » (État gouvernement ou administration), le Conseil d'État reconnaît la compétence administrative en se fondant sur des textes généraux relatifs à la liquidation de la dette publique. Mieux, le Conseil d'État se place aussi souvent qu'il le peut sur le terrain de la liquidation de la dette publique pour justifier la compétence de l'autorité administrative, et ce « même dans les cas où l'État [paraît] agir comme *individu* et à titre de simple *personne privée*²⁰ ». Enfin, lorsqu'une action en garantie ou en responsabilité est dirigée contre l'État, le Conseil d'État refuse de la reconnaître comme connexe à une action civile mais la considère comme une sorte d'action principale.

Autrement dit, le Conseil d'État et la Cour de cassation suivent exactement la même argumentation : ils prétendent à la fois se fonder sur une règle générale et constater l'absence de règle spéciale qui dérogerait à cette même règle générale.

Mais, dans cette bataille, le Conseil d'État ne dispose pas de ce fondement textuel unique que la Cour de cassation lui oppose ; il peine à justifier d'un monopole d'interprétation des actes administratifs au profit de l'administration car les « actes » de l'administration sont entendus comme des actes juridiques et non des actes matériels : des actes, non des actions.

¹⁸ Civ., 1^{er} avr. 1845, *Depeyre*. La Cour de cassation reproduit l'arrêt *Depeyre* dans un arrêt du 19 déc. 1854, *Veune Brun* : les tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer sur des dommages causés par le fait d'autrui ; compétence générale, l'administration peut être responsable ; la responsabilité administrative est la conséquence du droit commun ; les administrations publiques comme représentant l'État ne sont pas à l'abri de poursuites judiciaires.

¹⁹ CE 5 mars 1852, *Compagnie d'assurance le Phénix, Lebon* 18-19 à propos d'une convention entre la ville de Bourges et le ministère de la Guerre par laquelle la première met à disposition du second des écuries pour le logement des chevaux.

²⁰ Jousselin, p. 430.

Jousselin se fait également l'écho des controverses doctrinales qui s'expriment au sein des « juridictions » dans les conclusions de l'époque. On y voit très nettement leurs auteurs chercher à unifier le fondement de la compétence du Conseil d'État et pour cela privilégier la notion de « service public ».

C'est particulièrement net au sein du Tribunal des conflits lequel, dans cette bataille, observe une « position intermédiaire ». Alors même qu'il lui arrive d'être sollicité par les commissaires du gouvernement et les arrêtés de conflits qui lui sont présentés²¹, il refuse de trancher la question de principe et continue de fonder la compétence de l'autorité administrative sur les lois révolutionnaires et l'argument de l'interprétation des actes administratifs²².

Ainsi, dans l'affaire *Asnif-Loufityan* en 1850²³, à propos de l'établissement des paquebots à vapeur sur la Méditerranée, Cornudet explique que « *ce service a été organisé dans le but d'imprimer un plus grand développement à nos relations commerciales, à notre marine, à notre influence politique ; c'est un service essentiellement d'intérêt public : [...] Si c'est un service public, un service administratif, l'État ne peut pas l'accomplir à titre privé ; et la conséquence, c'est que, s'il y a une condamnation à prononcer contre l'État à raison de ce service, à l'autorité administrative seule il appartiendra de le faire, car seule elle a qualité pour apprécier les actes accomplis par l'État dans l'exécution d'un service public [...] la responsabilité du droit commun en cette matière, c'est celle dont les éléments constitutifs sont appréciés et les*

²¹ Jousselin évoque l'affaire *Manoury et autres* du 20 mai 1850, *Rec. T. confl.* 477 (concl. Cornudet) ; l'affaire *Leclerc* du 28 nov. 1850 et *Caillau* du 7 avr. 1851, *Rec. T. confl.* 255 (concl. Rouland). On peut ajouter l'arrêt *Letellier*, 17 juill. 1850, *Rec. T. confl.* 693 (concl. Cornudet).

²² Jousselin note que la prudence des motifs que cette jurisprudence avance ne se traduit pas dans le dispositif, lequel tranche implicitement la question de droit dans un sens plus affirmé car si la juridiction judiciaire avait pu être reconnue compétente dans les affaires mettant en cause la responsabilité de l'État mais supposant une appréciation des actes administratifs, le Tribunal aurait très bien pu décharger la juridiction judiciaire de cette partie-là pour en faire une question préjudicielle. En ne procédant pas ainsi, le Tribunal des conflits a apporté une réponse de principe à une question qui l'est elle aussi.

²³ T. confl. 26 juin 1850, *Asnif-Loufityan*, *Rec. T. confl.* 614 qui reprend l'idée de Cornudet : « Considérant que la loi du 4 juin 1841 et l'ordonnance réglementaire du 19 août 1845, reproduit en exécution de cette loi, en autorisant l'administration des Paquebots à vapeur de l'État sur la Méditerranée à transporter certaines marchandises chargées par des particuliers, *ont entendu subordonner cette opération aux nécessités et aux règles qui affectent le service public objet de cet établissement ;* que c'est pour se conformer à ce principe que l'art. 6 de la loi précitée a déclaré inapplicables à l'État et à ses agents les dispositions du Code de commerce et des lois maritimes qui règlent la responsabilité des armateurs et des capitaines de navire envers les chargeurs. » La juridiction civile avait, quant à elle, repris le motif de l'arrêt *Depeyre* et affirmé qu'« il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier, dans les cas prévus par les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente, de règlements et ordres administratifs ».

règles appliquées par *l'autorité administrative*, qui *seule connaît des contestations intéressant les services publics*²⁴ ».

En apparence c'est la nature de l'activité qui justifie la compétence de l'administration. Mais on sait bien que la « nature » d'une activité est ce que l'on en dit. On sait aussi qu'il en va des finalités comme des causes : elles sont nombreuses et le tri entre elles résulte d'un choix de valeurs. L'identification d'une activité comme « service public » dépend donc elle-même d'une prémisse que le droit positif ne fournit pas. Cette prémisse résulte ici de l'interprétation finaliste que Cornudet fait de l'activité en question — le but pour lequel elle a été organisée — et le choix de cette interprétation finaliste est lui-même déterminé par un autre but qui est de créer une sphère de compétence autonome et exclusive au profit de l'administration elle-même. Les qualifications de « service public » et « d'actes accomplis dans l'exécution du service » servent donc à soustraire un ensemble d'actions à la compétence de la juridiction judiciaire et à créer une relation d'évidence entre deux propositions : « si telle activité prise en charge par l'État a été organisée dans un but d'intérêt public, alors c'est un service public ; si c'est un service public, alors la responsabilité de l'État doit être engagée par l'autorité administrative ». Mais ces propositions apparemment descriptives cachent une prescription selon laquelle on doit considérer que ces actes ne sont pas des actes ordinaires. On mesure ainsi que la fameuse distinction entre actes de puissance et actes de gestion est déjà menacée puisque le raisonnement adopté consiste à introduire de la puissance dans la gestion ou à rattacher la gestion à la puissance.

La même tentative consistant à rattacher les actions des agents de l'administration aux actes des autorités administratives ressort assez clairement non de l'arrêt *Manoury* rendu par le Tribunal des conflits, mais du déclinatoire de compétence présenté par le préfet de la Seine qui affirme, entre autres motifs susceptibles de justifier la compétence de l'autorité administrative qu'« il n'appartient [aussi] qu'à l'autorité administrative de déclarer l'État débiteur à raison des services publics qu'il accomplit²⁵ ».

Autrement dit, la notion de service public paraît remplir une fonction d'agrégation des actes juridiques et des actions matérielles dont on présume ou dont on suggère qu'elles sont la mise en œuvre de ces actes.

Ce faisant, on prolonge un discours doctrinal déjà bien ancré dans les esprits. Comme l'a fort bien relevé Maryse Deguerge, Adolphe Chauveau rejette sans

²⁴ V. aussi M. Deguerge, *op. cit.*, p. 75 s. qui ne cite cependant que la première moitié des conclusions Cornudet.

²⁵ *S.* 1850. 619.

hésitation, dès 1841, l'application du Code civil en matière de responsabilité de l'État. S'interrogeant sur ce qui devra être décidé « pour tous les cas où la négligence générale de l'autorité administrative, prise comme être moral, ou son impéritie occasionneront un dommage matériel à un ou à plusieurs individus ? » il répond : « au fond chacune des espèces de dommage direct et de responsabilité doit être soumise à des règles particulières. Pour les décider, il faut concilier les droits et obligations de l'État-gouvernement avec les devoirs de l'État-administration »²⁶. De là, il tire une règle de compétence qu'il justifie par l'idée d'intérêt général qui s'attache à la liquidation d'une créance contre l'État : « Quant à la compétence, elle ne peut pas appartenir à l'autorité judiciaire ; jamais questions ne se sont rattachées plus intimement à *l'intérêt général*, à l'État *unité nationale*, en ce qui concerne le trésor public, car le résultat de l'action doit être la liquidation d'une créance contre l'État : ou la solution est incontestable, ou tous les principes que j'ai posés [...] sont évidemment erronés²⁷. »

Cette façon de voir les choses se retrouve dans les arrêtés de conflit comme l'illustrent les affaires *Dupart* de 1844²⁸ ou *Manoury*²⁹. On mesure ainsi qu'en quelques années, on passe de la seule idée de la liquidation de la dette ou de la créance contre l'État à la mise en cause d'actes accomplis dans le cadre d'un service public.

La suite des événements ou de l'histoire est bien connue. En 1855, les arrêts *Rothschild* et *Gloxin* du Conseil d'État reconnaissent à l'administration une compétence exclusive pour « régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours³⁰ » et le Conseil d'État réitère la solution *Rothschild* avec l'arrêt

²⁶ A. Chauveau, *Principes de compétence de la juridiction administrative*, t. 1, Paris, Cotillon Durand, 1841, § 712, p. 202-203, v. aussi Deguegue, p. 93.

²⁷ A. Chauveau, *ibid.*, § 713. Les italiques sont les siennes. Un peu avant, il affirmait : « J'en ai dit assez pour établir l'intérêt général que je recherchais dans les questions concernant le trésor public. Je serai absolu : je déciderai que tout ce qui de près ou de loin touche le trésor public, ses dépenses et ses recettes, rentre dans la règle dont la rigueur devrait être inflexible. Je dis, devrait être, car en matière d'enregistrement, de douanes et de contributions indirectes, le législateur a renvoyé la connaissance des contestations aux tribunaux civils ordinaires », § 342, p. 97-98.

²⁸ CE 8 août 1844, *Dupart*, *Lebon* 464-465 : « en admettant avec les juges du tribunal civil de Montpellier que les administrations publiques ou leurs agents soient susceptibles, comme les simples particuliers, d'être poursuivis pour des faits dommageables envers des tiers, il ne s'ensuit pas que la responsabilité de ces agents ou de l'administration soit générale et absolue ; et qu'on puisse invoquer contre eux les principes posés au livre 3, titre 4, chap. 2 du code civil ; – Que la responsabilité de l'administration ou de ses agents ne se présume pas ; qu'elle doit se renfermer dans les exceptions précises et étroites, et résulter enfin de textes positifs ».

²⁹ Cité *supra*.

³⁰ Et la suite : « Cons. que c'est à l'administration seule qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours ; qu'il lui appartient de déterminer les rapports qui s'établissent à l'occasion de ces services entre l'État, les nombreux agents qui opèrent en leur nom et les particuliers qui profitent de ces services ; et, dès lors, de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et obligations réciproques qui en doivent naître ; que ces rapports, ces droits et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil

Dekeister, 6 août 1861. C'est cet arrêt qui tisse le lien si l'on peut dire causal entre les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III et la compétence exclusive de l'autorité administrative pour connaître des actes³¹.

Il faut cependant s'intéresser un peu à l'argument des juges judiciaires dans l'affaire *Dekeister* : contestant fermement l'existence même de la règle de l'État débiteur, ils affirment que « cette règle générale n'est écrite dans aucune loi » mais qu'en revanche, en matière de postes, il y a un texte spécial — l'article 3 de la loi du 4 juin 1859 — qui attribue la compétence aux tribunaux judiciaires pour engager la responsabilité de l'État du fait de la perte d'une lettre chargée avec déclaration de valeurs et qu'en outre cette loi nouvelle a vocation à mettre fin à la controverse sur la compétence... Or, ce que fait la juridiction judiciaire en l'espèce, c'est étendre la disposition de la loi de 1859 en disant que cette loi « doit s'appliquer au cas de l'action en responsabilité pour perte d'une lettre simplement chargée comme à celui d'une lettre chargée avec déclaration de valeur ».

On retrouve de nouveau, tant au Conseil d'État qu'à la Cour de cassation, la même stratégie argumentative consistant à proposer une interprétation extensive des rares normes applicables. Dans ces conditions, le Conseil d'État impérial cherche moins à créer une doctrine du service public, comme on l'a dit³², qu'à imposer un fondement non textuel de la compétence des juridictions administratives ou, mieux encore, à imposer une certaine lecture du seul fondement textuel dont il dispose.

Quelques années plus tard, Aucoc pourra s'opposer fermement à l'allégation selon laquelle la compétence de la juridiction administrative est une dérogation spéciale à une règle générale de la compétence judiciaire³³ : « Non, la juridiction administrative

et comme ils le sont de particulier à particulier ; que, notamment, ce qui touche la responsabilité de l'État en cas de faute, de négligence ou d'erreur commises par un agent de l'administration, cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service ; que, dès lors, l'administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure. » Je souligne.

³¹ *Lebon* 672 : les lois « ont établi *comme un principe constitutionnel* que les fonctions judiciaires sont distinctes et doivent toujours demeurer séparées des fonctions administratives ; [...] comme une conséquence de ce principe [...] la juridiction a été donnée à cette autorité en vue de constituer, en dehors de l'autorité judiciaire, des juges pour prononcer sur les litiges qui s'élèveraient entre l'État et des particuliers *à l'occasion des actes faits par l'administration pour l'exécution des services publics* ». Je souligne. Grégoire Bigot parle de « justification stupéfiante de sa compétence » par le Conseil d'État « métamorphosant une interdiction en règle de dévolution » (*Introduction au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 148, § 103).

³² V., R. Chapus, *op. cit.*, p. 85-90.

³³ L. Aucoc, concl. sous CE 20 févr., 1869, *Pinard*, *Lebon* 188-191 : « Cette thèse, messieurs, présentée comme une règle générale, renferme une grave erreur qu'il nous paraît utile de relever. Non, il n'est pas nécessaire, en principe, qu'un texte exprès, spécial à une question déterminée, attribue compétence à la juridiction administrative, à l'exclusion de l'autorité judiciaire. Le partage entre les juridictions doit être ordinairement opéré, dans le silence des textes, en vertu du principe

n'est pas une juridiction exceptionnelle et d'attribution, *elle est la juridiction ordinaire et normale, quand il s'agit de statuer sur les droits et les obligations qui dérivent pour les citoyens et pour l'administration des lois et règlements qui ont organisé les services publics et des actes d'autorité faits par l'administration en exécution de ces lois.* Il faudrait un texte exprès pour dessaisir la juridiction administrative d'un débat de cette nature. » Où l'on voit que la distinction entre les actes de gestion et ceux d'autorité ne tombe pas sous le sens mais est toujours affaire d'appréciation au cas par cas et que l'invocation des services publics comme un ensemble d'activités et d'institutions homogènes permet de rattacher au juge administratif tout ce qui s'y rapporte.

Revenons à Teissier. Dans ses fameuses conclusions *Fentry*, il pose le problème de la responsabilité administrative en partant des fonctionnaires. Il doit donc distinguer deux choses : la personne physique et la personne morale ou juridique, la responsabilité individuelle et la responsabilité de l'entité au nom de laquelle les agents sont censés agir. Et il donne le nom de service public à cette dernière. Le service public c'est pour lui l'autre nom de l'État au sens de gouvernement *lato sensu* : l'État comme un ensemble d'organes agissant juridiquement.

Cela ressort très clairement de son ouvrage sur la responsabilité. Rendant compte de la Déclaration de 1789, il écrit : « En même temps qu'elle fondait l'inviolabilité de la propriété privée, la Constituante proclamait la souveraineté de la nation qu'elle substituait à la souveraineté du droit divin, elle établissait la séparation des pouvoirs et reconnaissait aux citoyens des droits individuels que la puissance publique avait l'obligation de respecter. Enfin, elle posait en règle que la *charge des services publics* devait être également répartie entre tous les citoyens à raison de leurs facultés » (§ 12). Or, comme l'on sait, l'article 13 de la Déclaration est ainsi rédigé : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les *dépenses d'administration*, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés. » La transformation que Teissier fait subir au texte est révélatrice de son idée que l'administration est une machine qui ne se limite pas à l'État central, qui ne correspond plus au gouvernement au sens strict mais qu'elle constitue le point d'imputation d'un ensemble d'activités diverses que l'on peut faire tenir ensemble en les rapportant à cette entité abstraite. Ainsi, par exemple : « Ce n'est pas, en effet [...] la faute en un mot d'un fonctionnaire de tel ou tel service qui peut causer un dommage, ce peut être la mauvaise organisation de ce service, son fonctionnement

constitutionnel de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative, consacré par les lois de 1790 et de l'an III, que vous avez tant de fois invoquées. C'est là, messieurs, votre doctrine constante, et combien de conflits n'avez-vous pas validés, en vous fondant exclusivement sur ces lois, sur le principe de la séparation des pouvoirs ? » V. aussi F. Burdeau, *op. cit.*, p. 133.

défectueux, sans qu'on allègue la moindre faute à rencontre d'un agent. *C'est le service public, c'est la machine gouvernementale ou administrative elle-même qui, dans ces divers cas, est la cause du dommage*³⁴. »

On retrouve la même idée dans ses conclusions où il écrit : « *La vérité, c'est que tous les actes accomplis par la puissance publique ou ses agents, pour assurer la gestion des services publics, sont tous des actes administratifs au même titre, que tous les faits d'exécution de ces services constituent des applications de lois ou de règlements administratifs, des exécutions d'ordres donnés par des autorités administratives. Et il n'est pas possible de juger les questions de responsabilité, relatives à ces faits de service, sans apprécier ces règlements, ces actes et ces ordres.* On peut donc dire que jamais la puissance publique et ses agents, sauf en ce qui concerne la gestion du domaine privé, n'agissent dans les mêmes conditions que les particuliers. *La police et la gestion ne sauraient être ventilées, elles se pénètrent sans cesse, tout fonctionnement d'un service public implique l'exercice de pouvoirs de police et, inversement, un très grand nombre d'actes de commandement, pris en forme d'arrêtés de police, n'ont d'autre objet que d'assurer la gestion d'un service*³⁵. »

Sans négliger le rôle que joue Teissier dans la condition de possibilité d'une « doctrine » du service public, on semble en mesure de relativiser un peu la nouveauté de son propos qui, par bien des aspects, prolonge une doctrine qui avait déjà cours et dont on trouve une expression chez Aucoc. Il ne faudrait en effet pas faire participer Teissier à un débat qui n'est pas le sien. S'il met en avant la notion de service public, il ne cherche nullement à substituer cette notion à celle de puissance publique et à revenir sur les conclusions David dans *Blanco*. En revanche, il est certain qu'il cherche à abandonner définitivement la distinction entre les actes de puissance et ceux de gestion car cette distinction lui semble justifier une conception restrictive de la compétence du juge administratif. En le lisant attentivement, on a donc plutôt le sentiment que Teissier a formalisé ce que d'autres avaient fait avant lui sans peut-être s'en rendre compte, à savoir, hisser la notion de service public au rang de critère alternatif de la compétence administrative en matière de responsabilité extracontractuelle afin de pouvoir dépasser une conception formaliste et nécessairement restrictive de l'acte administratif et de la compétence de la juridiction administrative tout en circonscrivant de façon plus actuelle les diverses activités

³⁴ G. Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Paul Dupont, 1906, § 53 (initialement publié au *Répertoire Béquet*). Il ajoute : « La conséquence logique et naturelle de cette déclaration de principe était que tout dommage causé à une personne privée par le fonctionnement d'un service public devait être mis à la charge de la collectivité dans l'intérêt de laquelle le service avait été établi et non point demeurer à la charge du particulier lésé. »

³⁵ Teissier, concl. *Feutry, Lebon* 216 ; v. aussi G. Teissier, *op. cit.*, p. 172 s.

désormais rattachées aux personnes publiques³⁶. Il faut d'ailleurs insister sur ce point : si Teissier généralise la notion de service public comme critère de compétence, c'est d'abord pour rattacher le domaine de la responsabilité administrative à celui des actes administratifs, car en la matière il n'y a justement pas d'actes juridiques à interpréter, pas de puissance à découvrir qui se manifesterait par des signes extérieurs d'autorité, pas de lois non plus, bien évidemment. Par ailleurs, la notion de puissance publique est inopérante quand il s'agit de justifier que soit engagée la responsabilité des agents ou personnels des personnes publiques devant le juge administratif. Au fond, la notion de service public lui sert, comme à d'autres, à créer une entité au nom de laquelle certains individus sont réputés agir, entité qui dépasserait et réunirait toutes les personnes publiques. Car il est peu contestable que, dans l'esprit de Teissier, les services publics soient toujours gérés par des personnes publiques et rattachés à elles. Il y a donc moins une doctrine qu'une nécessité argumentative.

Quant à Romieu, si ses conclusions *Terrier* sont bien connues, on doit aussi mentionner celles prononcées dans l'affaire *Cames* dans lesquelles il ne cesse de justifier la compétence du Conseil d'État pour connaître du litige par l'invocation du service public précisément en l'absence de textes³⁷. Là encore, c'est cette absence de textes qu'il faut combler et c'est à cela que sert la notion de service public.

Il reste que ce qui semble n'avoir été qu'une justification de la compétence de la juridiction a par la suite, ou parallèlement, été compris comme un critère d'application et de définition du droit administratif. À l'exception, toutefois, de Duguit dont la position singulière mérite d'être examinée car il est le seul à avoir fait du service public une théorie juridique de l'État.

III. Une doctrine « métaconceptuelle » du service public

On sait que le rôle de Duguit dans la genèse de la « doctrine » du service public est aujourd'hui encore très discuté. Les principaux arguments en faveur de la thèse selon laquelle Duguit n'aurait nullement créé une « École » du service public, et n'aurait pas

³⁶ V., L. Mannori et B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2011, p. 400 s. et P. Napoli, « Le service public au prisme du discours gestionnaire », in A. Stanziani (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit*, LGDJ, 2007, p. 249-257.

³⁷ Romieu, concl. *Cames*, *Lebon* 509 s. : « Il est incontestable qu'en l'absence de texte contraire les opérations faites par l'administration de la guerre dans l'intérêt de la défense nationale constituent, quelle que soit leur nature, un véritable service public. Si des doutes peuvent s'élever, quand l'État dirige une industrie dans un but exclusivement financier, aucune hésitation n'est permise quand les établissements industriels exploités par lui sont, comme dans l'espèce, spécialement affectés à la préparation des engins nécessaires à l'administration militaire. Nous sommes en présence d'un service public proprement dit » ou encore « Nous estimons, quant à nous, qu'en l'absence d'un texte qui s'y oppose, la justice veut que l'État soit responsable vis-à-vis de l'ouvrier des dangers que lui fait courir sa coopération au service public ».

non plus été un inspirateur des arrêts *Terrier*, *Fentry*, *Théron* ont été très soigneusement exposés par Fabrice Melleray³⁸. Selon lui, la notion de service public chez Duguit serait utilisée comme un « élément de sa théorie générale de l'État » et dans une perspective de théorie politique et non comme une notion technique³⁹. On aurait donc tort de faire de Duguit un chef de file de l'École du service public à la recherche d'un critère du droit administratif et tout aussi tort de penser que le service public aurait justifié, pour Duguit, l'existence d'un droit administratif autonome et spécial, lui qui rejetait même la distinction entre droit public et droit privé⁴⁰. En réalité, si Duguit a certes étudié la notion de service public dans son étude sur l'arrêt *Croix de Seguey-Tivoli*, il n'aurait théorisé la notion de service public qu'en 1913 et donc bien après les arrêts qui, de *Terrier* (1903) à *Théron* (1910), sont censés avoir consacré le critère du service public. Enfin, la notion de service public qu'adopte Duguit serait moins « indéterminée » qu'« évolutive » sans que l'on puisse pour autant y voir la trace d'un militantisme en faveur d'une étatisation de la vie économique.

Il n'est en effet pas douteux que Duguit, à la différence de bien d'autres auteurs, n'a de cesse de penser le service public dans le cadre d'une théorie de l'État selon laquelle ce dernier n'est plus et ne doit plus être vu comme doté d'une puissance qu'il aurait le droit d'exercer mais se voit imposé un ensemble de finalités qu'il a le devoir de satisfaire⁴¹. Il est également tout à fait exact que Duguit n'a jamais proposé une doctrine du « service public comme fondement du droit administratif » : il ne se soucie guère de fonder ou justifier une quelconque autonomie du droit administratif⁴². L'existence du Conseil d'État est une donnée qu'il ne discute pas et il ne cherche pas à lui donner un fondement spécifique. Ce qui l'intéresse, c'est « le droit objectif » lequel ne se réduit pas à la loi mais recouvre ces règles sociales (toutes les règles juridiques ont une origine sociale et s'enracinent dans la société) qui ont pénétré dans la conscience des individus qui composent la société⁴³.

³⁸ F. Melleray, « École de Bordeaux, École du service public et école duguiste. Proposition de distinction », *RD publ.* 2001. 1887-1905 et ainsi que F. Melleray, « Que sont devenues les écoles de Duguit ? », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, *op. cit.*, p. 373-386.

³⁹ F. Melleray, « Léon Duguit », in F. Melleray et N. Hakim (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009, p. 215-262.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 251 : « caractériser le droit administratif n'a tout simplement pas de sens pour Duguit ».

⁴¹ On pourrait à cet égard multiplier les citations allant toutes dans le même sens à partir de 1913.

⁴² V., L. Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966, p. 372 s. et P. Gonod, « L'actualité de la pensée de Léon Duguit en droit administratif », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, *op. cit.*, p. 333-348, not. p. 343.

⁴³ Car, pour Duguit, une règle sociale devient juridique quand pénètre « dans la conscience générale des individus composant une nation cette idée qu'il est légitime que cette règle soit socialement sanctionnée. Il n'est pas nécessaire pour que la norme soit une règle de droit que cette sanction sociale soit organisée ; mais il faut qu'il apparaisse à tous qu'il est légitime et désirable qu'elle le soit » : *Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars*

Le prolongement de cette théorie de l'État a toutefois des conséquences sur la conception du droit administratif selon Duguit. En 1913, il affirme haut et fort sinon une « autonomie juridictionnelle » du droit administratif, du moins un fondement spécifique qui ne saurait conduire au monisme qu'il revendique par ailleurs. Il écrit : « Le fondement du droit public, ce n'est plus le droit subjectif de commandement, c'est la règle d'organisation et de gestion des services publics. Le droit public est le droit objectif des services publics⁴⁴. » L'idée ne disparaîtra jamais puisqu'elle sera inscrite dans sa définition même de l'État : « l'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté ; *il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants*. Il importe donc de préciser cette notion de service public, qui est capitale, et *autour de laquelle gravite tout le droit public moderne*⁴⁵ ».

Cette idée est en réalité plus ancienne. On la trouve déjà exprimée dans son étude de 1907 sur *Croix de Seguey-Tivoli*. Elle mérite un peu d'attention, d'une part, parce que Duguit y fait la démonstration de sa capacité ou de sa puissance de glossateur et, d'autre part, parce qu'on y trouve les éléments de cet alliage entre théorie de l'État et conception du droit administratif qui lui est propre. Duguit commente en effet bien moins l'arrêt du Conseil d'État (et dont on sait qu'il est à l'origine) qu'il ne se sert de lui pour construire ou monter de toutes pièces une théorie de l'État comme service public qui trouvera à s'épanouir par la suite.

Il écrit : « Pour résoudre ce problème⁴⁶, il n'est pas d'autre moyen que de déterminer, par la seule observation des faits, la nature interne du service public, le

1926, De Boccard, 1926, p. 46, on retrouve cette idée dans le *Traité*, t. 1. Ce qui laisse certains commentateurs plus que sceptiques : « Surely this is very dubious sociology ; it is even more certainly not helpful jurisprudence », W. Y. Elliott, « The Metaphysics of Duguit's Pragmatic Conception of Law », *Political Science Quarterly*, 1922, vol. 37, n° 4, p. 639-654, p. 648 ; v. aussi W. Y. Elliott, « Review of *Traité de droit constitutionnel. La Théorie générale de l'État (suite et fin)* by Léon Duguit », *Political Science Quarterly*, 1924, vol. 39, n° 4, p. 678-683.

⁴⁴ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, chap. II, « Les services publics », p. 52. Dans ce volume, Duguit ne s'intéresse pas du tout aux arrêts *Blanco* ou *Terrier* mais à l'affaire *Seguey-Tivoli* (qu'il connaissait très bien, et pour cause).

⁴⁵ *Traité*, II, 2^e éd., p. 54 et 3^e éd., p. 59. Cette définition vient un peu après : « On aperçoit dès lors la notion de service public : c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé, et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être assurée complètement que par l'intervention de la force gouvernante » (*Traité*, II, 2^e éd., p. 55 et 3^e éd., p. 61). Pour un prolongement de cette définition, v. R. Bonnard, « La conception juridique de l'État », *RD publ.* 1922. 5-57 et R. Bonnard, « Notions générales sur les fonctions et les attributions de l'État et sur les services publics », *RD publ.* 1925. 5-63.

⁴⁶ Le problème tel que le posait Romieu dans ses conclusions, *i.e.* : « Dans le cas d'une concession de service public à une personne privée par une personne publique, quelles sont les sanctions des obligations dans l'intérêt du public par les actes constitutifs du service, et qui a qualité pour les requérir ? »

caractère de l'acte qui le constitue ou l'organise. *Aussi bien cette notion de service public est-elle à la base de tout le droit administratif moderne. En déterminant ce qu'il y a de réalité derrière cette expression de service public, si souvent employée et souvent si vague dans l'esprit de ceux qui l'emploient, on aura fixé le principe de solution pour la plupart des questions controversées du droit administratif*⁴⁷ »

Sans doute Duguit ne fait pas une utilisation technique de la notion de service public mais son but est bien de fonder le droit public — et peut-être pas seulement lui d'ailleurs — sur la notion de service public. La grande différence qui le sépare d'un Gaston Jèze⁴⁸ ou d'un Louis Rolland⁴⁹ vient de ce que son concept de service public est bien plus large et qu'il l'inscrit dans une perspective historique assez déconcertante afin de lui conférer toute l'objectivité à laquelle il est viscéralement attaché.

En témoigne la construction historico-théorique qu'il propose. Partant de l'affirmation qu'une notion juridique « n'a de valeur que dans la mesure où elle exprime en langage abstrait une réalité sociale, fondement d'une règle de conduite et d'une institution positive », il part justement à la recherche « des faits dont elle sera la synthèse », susceptibles de constituer la réalité sociale que la notion de service public exprime ou reflète. Et ces faits sont au nombre de deux : la distinction entre gouvernants et gouvernés, d'une part ; l'apparition d'une mission qu'il appartient aux gouvernants d'exercer dans l'intérêt des gouvernés ou encore le fait que les gouvernants sont les serviteurs des gouvernés. Pour identifier ces deux « faits », notamment le second, Duguit s'appuie sur des citations extraites de l'ouvrage d'Achille Luchaire dont celle-ci : « Ce n'est pas seulement l'Église qui fait avant tout du roi un grand justicier. La féodalité laïque a reconnu elle-même, [par la bouche du comte de Blois, Eude II] “que la racine et le fruit de l'office royal, c'est la justice et la paix”⁵⁰. »

En lisant Duguit citant Luchaire et invoquant ces « faits » qui lui semblent permettre de fonder sa théorie, on ne peut pas ne pas penser à l'objection que lui adressait William Jethro Brown : « Mr. Duguit professes an allegiance to facts ; in reality he is obsessed by some facts to the exclusion of others⁵¹. » Ce n'est certes pas

⁴⁷ L. Duguit, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics. (À propos d'un récent arrêt du Conseil d'État, 21 décembre 1906, *Syndicat Croix de Seguey-Tivoli*) », *RD publ.* 1907. 411-437.

⁴⁸ D. Maslarski, art. cit. et O. Beaud, art. cit.

⁴⁹ V., L. Bézie, art. cit.

⁵⁰ A. Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens (987-1180)*, vol. 1, Paris, Picard, 1891, p. 43. Et Luchaire de conclure : « La conséquence directe de cette obligation si impérieuse pour le roi de maintenir la justice et les droits de tous, c'est qu'il doit user de son pouvoir pour défendre les faibles et les opprimés. »

⁵¹ W. J. Brown, « The Jurisprudence of M. Duguit », *Law Quarterly Review*, 1916, vol. 32, p. 168-183, ici p. 176. Ce texte remarquable est heureusement rappelé par C. Harlow, « The Influence of Léon Duguit on Anglo-American Legal Thought », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit, op. cit.*, p. 227-254.

ici le lieu de reprendre l'historiographie de la formule « la justice et la paix sont la racine et le fruit de ton office » que le comte Eudes de Blois — d'ailleurs bien peu pacifique — faisait écrire par l'évêque Fulbert de Chartres à son seigneur le roi Robert⁵². Il convient toutefois de remarquer que Duguit croit voir un fait là où il n'y avait qu'une doctrine ou une idéologie par laquelle le roi tentait d'exercer et d'étendre son pouvoir qui se trouvait contesté de toutes parts. Qui plus est, « justice » et « paix » semblent être pris, chez Duguit, dans un sens très général dont on peut douter qu'ils correspondent à celui qu'ils avaient au XI^e siècle.

On est donc très loin de pouvoir attribuer à ce « fait » la signification que Duguit y voit — cette transformation des gouvernants en serviteurs des gouvernés. Ou plutôt, on ne pourrait s'autoriser à le faire qu'au prix d'un usage méta-conceptuel du concept de service public qui, pour être rigoureux, devrait être ouvertement assumé comme tel. Par ailleurs, ce méta-concept de service public pourrait au mieux prétendre décrire (ou traduire) des pratiques anciennes dans des termes modernes afin de nous les rendre plus lisibles ou mieux compréhensibles. Mais en aucun cas ce méta-concept ne peut prétendre rendre compte de la réalité de ces pratiques anciennes comme

⁵² V., Y. Sassier, *Royauté et idéologie au Moyen Âge. Bas Empire, monde franc, France (IV^e-XII^e siècle)*, Armand Colin, 2002, p. 290 s. (« L'idéologie de la paix royale ») qui s'appuie sur F. Salaün, *La notion de paix dans le royaume capétien à l'époque de Louis VII (1108-1137)*, Univ. Paris-Sorbonne, 1995. « La formule, écrit Yves Sassier, est bien le signe qu'en dépit du déclin monarchique la conscience d'un rôle spécifique du roi en la matière n'avait pas disparu et l'on sait bien que dans les zones d'influence royale, la paix de Dieu en pleine expansion fut souvent [...] une paix du roi prenant appui sur la législation ainsi que sur les structures — judiciaires notamment — de l'Église. Et cependant, cette omniprésence de l'Église, et l'exiguïté croissante des zones dans lesquelles le roi intervenait effectivement, semblent avoir au fil du temps fait sombrer jusqu'à l'idée d'une *pax regni*, d'une paix du royaume dont le roi aurait été l'unique garant. » V. aussi Y. Sassier, « L'utilisation du concept de "Res Publica" en France du Nord au X^e, XI^e et XII^e siècle », in *Structures du pouvoir, royauté et Res Publica (France, IX^e-XII^e siècle)*, Rouen, Publ. de l'Université de Rouen, 2004, p. 191-217, qui relève que l'usage du concept connaît une évolution en dent de scie durant cette période et que les intellectuels du IX^e siècle en font une utilisation finaliste qui leur permet d'affirmer d'une part que « le seul principe fondateur de la cité et la seule norme de vie sociale résident dans le respect de la volonté de Dieu : c'est dans le respect de la loi divine que se réalisent entre les hommes la justice et la *concordia pacis* sans lesquelles il ne saurait exister de *populus*, de *res populi*, de *res publica* » et d'autre part qu'« est digne de la *res publica* celui-là seul qui se préoccupe du bien-être de son peuple » (p. 196-197). La *res publica* est « conçue comme une entité supérieure à la personne du prince, à l'utilité de laquelle, tous, gouvernants comme gouvernés, doivent contribuer » mais on reste loin d'une *res publica* dotée d'un plein statut juridique, d'une *persona ficta*. Bien que supérieure, elle demeure une « entité passive, sans force propre », « mais à travers elle, écrit Yves Sassier, c'est bien l'accent qui est mis sur une finalité précise — le bien-être de la communauté des gouvernés — et c'est donc un espace de légitimité de la puissance et de l'action du prince qui se trouve circonscrit, au-delà duquel le prince cesse d'être prince pour devenir tyran et destructeur de la *res publica* » (p. 199). On aurait cependant tort d'y voir le point de départ d'une évolution nouvelle ou une quelconque rupture avec le passé. « Cet espace de légitimité n'est pas né avec la réappropriation du concept de *res publica* par les intellectuels et les gouvernants du IX^e siècle : il appartient à la tradition gallo-franque [...]. L'un des traits essentiels de l'héritage est le principe de légalité ; un principe qui est omniprésent dans les textes mérovingiens [...] » (p. 199). V. aussi « Les progrès de la paix et de la justice du roi sous le règne de Louis VII », *ibid.*, p. 177-190.

correspondant aux nôtres ni servir à décrire la réalité juridique ou un état du droit positif du passé.

Or, Duguit ne s'embarrasse guère de telles précautions et si son concept de service public est un méta-concept, l'usage qu'il en fait se veut tout à la fois historique, juridique, politique et sociologique. Il ne se contente pas de traduire en termes modernes des institutions du passé en sachant pertinemment que son méta-concept est anachronique. Au contraire, il soutient que sa théorie de l'État comme ensemble de services publics est la formalisation de pratiques et de conceptions anciennes et qu'elle met au jour ce qui a toujours existé.

On ne s'étonnera donc pas de l'entendre, dans ses conférences aux États-Unis de 1920, affirmer que l'idée de service public a déjà « fortement pénétré la conscience américaine, et c'est celle qu'exprimait éloquemment le Président Wilson quand il disait en s'adressant aux ouvriers américains, dans son message [...] du 1^{er} septembre 1918 : « Tant que la grande guerre ne sera pas gagnée, les hommes ne pourront nulle part vivre sans crainte et respirer librement en accomplissant leur besogne quotidienne et se dire que les gouvernants sont leurs serviteurs et non pas leurs maîtres » ». Et Duguit de gloser : « *Le mot service public ne se trouve pas dans ce texte ; mais l'idée y est tout entière. Les gouvernants sont les serviteurs des gouvernés, c'est-à-dire qu'ils sont obligés de créer, d'organiser et d'assurer tous les services qui sont indispensables pour réaliser le système des besoins, c'est-à-dire le maintien et le développement de la solidarité sociale sous ses deux formes*⁵³. »

On l'aura compris, le service public chez Duguit ne renvoie pas à une mission ou une fonction spécifique ni même un ensemble de missions ou de fonctions. Autrement dit, comme l'idéologie de la paix et de la justice chez les intellectuels et juristes médiévaux, le concept (ou méta-concept) de service public de Duguit lui sert à deux usages : elle justifie la limitation du pouvoir que détiennent les gouvernants et elle oriente l'exercice de ce pouvoir vers des fins qui ne dépendent pas d'eux mais qui s'imposent à eux⁵⁴.

⁵³ L. Duguit, *Souveraineté et liberté ; leçons faites à l'université Columbia (New York) en 1920-1921*, Paris, Félix Alcan, 1922, p. 164. Je souligne.

⁵⁴ « Dans le domaine social, le juriste manque à sa mission s'il n'indique pas au législateur quel est le droit s'il ne détermine pas, suivant l'expression de Gény, le donné social, c'est-à-dire la norme juridique que le législateur ne fait que constater et mettre en œuvre. La norme juridique, quand il s'agit de service public, est précisément celle qui impose aux gouvernants l'accomplissement d'une certaine activité », *Traité de droit constitutionnel*, II, 3^e éd., 1927, Paris, Fontemoing, p. 74-75. Ce qu'Eisenmann avait évidemment très bien vu, dans « Duguit et Hauriou. Deux théoriciens du droit », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1930, p. 231-279, not. p. 245-246. V. aussi C. Didry, « Léon Duguit, ou le service public en action », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, vol. 52, n° 3, p. 88-97, ici p. 92 : « le service public désigne à la fois une obligation générale et permanente et une extension constante des obligations des gouvernants vis-à-vis des gouvernés ».

En se reportant aux premiers écrits de Duguit, on comprend d'ailleurs assez bien comment s'est opéré l'avènement de la notion de service public : ce qu'il finit par appeler « services publics » n'est rien d'autre que le revers des ordres (obligations) imposés aux gouvernés par les gouvernants et qui sont obéis tant qu'ils satisfont les « besoins communs »⁵⁵. En aucun cas, la démarche n'est purement descriptive du droit positif mais elle mêle description, interprétation et prescription. Encore faut-il aussitôt nuancer : la description ne l'est pas non plus du droit positif *stricto sensu* mais d'un ensemble de valeurs, de pratiques et de règles que Duguit tire de son propre système de préférences et qu'il considérait comme désirables pour la société tout entière⁵⁶. Mais à la lecture de la préface de 1927, on peut douter que Duguit ait été conscient de son étrange rapport aux faits, lui qui repoussait vigoureusement toutes les critiques qui lui avaient été adressées⁵⁷.

En dépit de toute l'énergie déployée, il faut bien reconnaître que la qualification du contrat de concession comme « loi du service » pour les relations entre le

⁵⁵ L. Duguit, « Des fonctions de l'État moderne », *Revue internationale de sociologie*, 1894, n° 2, p. 161-197 : « Donc, d'après son origine même, dans sa définition simple et irréductible, l'État est un organe social, constitué par un ou plusieurs individus, qui donnent des ordres à tous les autres membres de l'association ; les ordres sont acceptés et obéis, parce que ceux qui les reçoivent ont conscience des besoins qu'implique l'existence commune, et de la nécessité qui s'impose d'assurer la satisfaction de ces besoins communs » (ici, p. 165) ; ou encore : « L'État est né du jour où un ou plusieurs individus ont donné des ordres aux autres membres de la collectivité, qui leur ont obéi par suite de la nécessité consciente d'assurer la satisfaction des besoins communs. Du jour où l'État est né, sa fonction essentielle a été de donner aux membres du corps social des ordres obéis » (p. 168). On comprend également qu'il affirme que « le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là ma théorie de l'État se trouve achevée. » (*Traité*, II, 2^e éd., 1923, p. 56 ; 3^e éd., 1927, p. 61). V. aussi L. Fonbaustier, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *RFDA* 2008. 1053 s. et D. Espagno, *Léon Duguit : de la sociologie et du droit*, Le Mans et Toulouse, L'Épitoge, 2013, p. 182 s.

⁵⁶ D'où le sophisme naturaliste justement dénoncé par Laski : « L'insistance avec laquelle il accentue la solidarité sociale en qualité de fondement de la pensée juridique, est, sans nul doute, d'une valeur réelle, car elle met en lumière les origines sociales du droit par opposition à des racines individuelles. Mais ce postulat ne conduit pas nécessairement au système de préférences qu'il en déduit. Ce ne sont, à tout prendre, que des interprétations personnelles de choses qu'il considérait comme désirables dans la société au sein de laquelle nous vivons. Si la règle de droit n'est qu'un fait, elle ne peut engendrer un système de valeurs, elle ne peut que décrire un système de causalité sociale sans avoir la prétention de fonder des obligations » (H. J. Laski, « La conception de l'État de Léon Duguit », *Arch. Phil. droit*, 1932, p. 121-134, ici p. 127-128).

⁵⁷ *Traité*, 3^e éd., *op. cit.*, p. XV-XVII, « constater les faits, n'affirmer comme vrai que ce que l'on constate par l'observation directe et bannir du domaine juridique tous les concepts *a priori*, objets de croyance métaphysique ou religieuse, qui prêtent à des développements littéraires, mais qui n'ont rien de scientifique. [...] Il est vrai qu'on m'a reproché de tomber à chaque pas dans la contradiction, de déclarer que j'écarte tout concept *a priori* et d'y faire appel à chaque page de mon livre, notamment de nier le concept *a priori* de droit subjectif et de lui substituer le concept *a priori* de règle de droit. Le reproche ne me paraît pas fondé. Je crois avoir montré qu'en affirmant l'existence d'une règle sociale, d'une norme juridique, je ne fais pas autre chose que constater le fait social qui implique une loi d'interdépendance, loi qu'on peut appeler une règle parce qu'elle s'applique à des volontés conscientes ».

concessionnaire et l'utilisateur restera longtemps lettre morte⁵⁸, au moins dans le sens que Duguit en donnait en 1907 lorsqu'il voyait la détermination des « garanties données aux particuliers pour obtenir le fonctionnement régulier des services publics » comme le problème fondamental du droit public et qu'il écrivait que « ces garanties se trouvent essentiellement dans la loi du service, c'est-à-dire dans la loi qui détermine le mode de fonctionnement de ce service, loi formelle ou règlement »⁵⁹.

Si Duguit est certainement le plus éloigné des données jurisprudentielles de tous les représentants de la doctrine et si l'on est contraint de reconnaître que d'autres — tels Jèze, Rolland ou de Laubadère — n'ont pas autant que lui lié le concept de service public à une théorie de l'État, il n'en demeure pas moins que leur concept de service public reste un méta-concept car aucun d'entre eux n'a admis de s'en tenir à la fonction de pure justification de sa compétence par la juridiction administrative que remplissait le concept « juridictionnel » de service public.

⁵⁸ Si la jurisprudence *Cayzele* (CE, Ass., 10 juill. 1996) peut être ici évoquée — tout comme la théorie de l'acte mixte — il est frappant de constater que ce n'est pas à Duguit que se réfèrent les premiers commentateurs : v. par ex. *AJDA* 1996. 732, chron. Chauvaux et Girardot et P. Delvolvé, « Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat », *RFDA* 1997. 89.

⁵⁹ *Traité*, II, 2^e éd., *op. cit.*, p. 64. Sur ce point, et après l'apparition des services publics industriels et commerciaux, v. M. Waline, « De la situation juridique de l'utilisateur d'un service public », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, LIII, n° 3-4, p. 236-256.