

L'idée de codification
dans la construction du droit administratif
français au XIXe siècle

-o-0-o-

par Gilles J. GUGLIELMI

Professeur de droit public

« Quand tu posséderas un psautier, tu auras envie d'un bréviaire, et quand tu auras ton bréviaire, tu t'assiéras en chaire comme un prélat et tu diras à ton frère : "apporte-moi le bréviaire" ».

Frère LÉON, *Miroir de la Perfection du Bienheureux François d'Assise*, Paris, Plon, 1911, p. 15.

Résumé

Sans chercher à définir en tant que telle la notion de codification, l'article tente de montrer quelle a été la fonction de l'idée de codification dans l'émergence du droit administratif français contemporain, c'est-à-dire la manière dont les théoriciens du droit du XIXe siècle ont utilisé la codification comme outil ou comme argument dans leur construction du système de droit public.

Il n'existe pas, sous l'Ancien Régime, de codification officielle et générale du droit public. Au total, à la veille de 1789, aucune des tentatives de codification, publique ou privée, totale ou partielle ne réunit les lignes directrices d'une démarche à la fois volontaire, exhaustive et conceptualisée en droit. Mais les différentes méthodes, le foisonnement des initiatives, la multiplicité des buts assignés à la codification fixent déjà les caractéristiques des projets et des débats du XIXe siècle.

Partis d'une initiative publique, vite abandonnée, de codification d'ensemble des lois et règlements, les théoriciens du droit agissant à titre privé en ont dévié le sens vers la codification du droit administratif. Ils ont construit le droit administratif sur ce plan idéal qu'est la fiction de la codification. Puis, une fois l'œuvre achevée, ils ont critiqué eux-mêmes l'outil programmatique qu'ils avaient forgé et l'ont abandonné parce qu'il est apparu trop visiblement qu'un code administratif fondé sur un droit administratif déjà structuré pourrait être très contraignant pour le pouvoir exécutif. La notion de codification ne réapparaît, transformée, dans le débat théorique à la fin du XIXe siècle que pour expliquer ou justifier des oppositions disciplinaires ou doctrinales.

SOMMAIRE

I. Promenade

II. Les jalons de l’Ancien Régime

III. Les initiatives publiques au XIXe siècle

IV. Les initiatives privées au XIXe siècle (1800-1860)

La nécessité pratique

La méthode

Les finalités

Les explications

La codification, schéma idéal de construction du droit administratif

V. La reconnaissance d’une impossibilité (1860-1900)

VI. Un outil de la théorie juridique

VII. Retour à la crypte

I. Promenade

Un juriste visitant l'Église du Dôme des Invalides, s'il descend dans la crypte où repose Napoléon Ier, peut découvrir parmi les bas-reliefs hagiographiques deux scènes proches d'à peine quelques mètres mais séparées par un abîme de sens. La première, analogie à peine voilée de Moïse au mont Sinaï, décrit l'Empereur remettant le Code civil, Tables de la Loi laïque, aux français reconnaissants. Gravée dans le marbre, l'explication vient ainsi : "Mon seul Code par sa simplicité a fait plus de bien en France que la masse de toutes les lois qui m'ont précédé". La seconde représente un groupe de vieillards vénérables et barbus, dans des postures studieuses ou actives, tournés vers Napoléon. Un cartouche porte l'inscription : "Conseil d'État, 3 nivôse An VIII, Coopérez aux desseins que je forme pour la prospérité des peuples".

Le contraste entre les deux scènes est riche d'enseignements. L'œuvre juridique de l'Empire n'a pas donné au peuple français les Tables de la loi administrative ou du droit public. Elle a simplement confié à un corps intermédiaire, chenu et expérimenté, la charge de coopérer, sans doute par sa fonction de conseil, peut-être grâce à sa magistrature morale, aux buts politiques du chef de l'État. Pourtant, malgré l'absence lapidaire de code dans les rapports entre la production normative et le Conseil d'État, aucune notion n'est plus présente que celle de codification dans les écrits des différents commentateurs ⁽¹⁾ du droit public de l'époque.

Une étude visant proprement à définir la notion de codification nécessiterait un travail de grande ampleur, tant en droit positif que dans l'évolution des deux derniers siècles ⁽²⁾. Il n'est pas possible de la mener ici, tout au plus peut-on tenter de montrer quelle a été la fonction de l'idée de codification dans l'émergence du droit administratif contemporain, c'est-à-dire la manière dont les théoriciens du droit du XIX^{ème} siècle ont utilisé la codification comme outil ou comme argument dans leur construction du système de droit public.

1 D'aucuns diraient la "doctrine", nous préférons les appeler des théoriciens du droit.

2 Sur le second champ, V. par ex. VANDERLINDEN (J.), *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^{ème} au XIX^{ème} siècle. Essai de définition*, Bruxelles, Éd. de l'Université, 1967; CAUVIERE, *L'idée de codification en France*, Paris, 1910; OLIVIER (D.), *La codification administrative*, thèse droit, Paris, 1958; VAN KAN (J.), *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*, Paris, Rousseau, 1929; VAN KAN (J.), "Le rôle de l'initiative privée dans l'œuvre de la Révolution en matière de codification et de constitution", *RHD*, 1921, t. 3, 2^{ème} fasc., p. 223. Sur le premier, V. par ex. décrets n° 48-800 du 10 mai 1948 instituant une commission supérieure de codification et n° 89-647 du 12 septembre 1989 la réactivant; TUNC (A.), "La codification des textes législatifs et réglementaires", *Rev. adm.* 1954, p. 147; ETTORI (C.), "Les codifications administratives", *EDCE* 1956, n° 10, p. 41; VEDEL (G.), "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", *EDCE* 1979-80, n° 31, p. 31; SOURIOUX (J.-L.), "Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle", *Rev. internat. dr. comp.* 1988, p. 145; ROBINEAU (Y.), "Droit administratif et codification", *AJDA n° spécial cinquantième*, juin 1996, pp.110-116.

II. Les jalons de l'Ancien Régime

Dès avant la Révolution, la question de la codification du droit public avait été posée sans recevoir de réponse unique ou cohérente. La première constatation d'évidence est qu'il n'existe pas, sous l'Ancien Régime, de codification officielle et générale du droit public. Cet état de fait justifie, selon les époques et les nécessités, des codifications partielles réalisées à l'initiative du roi, ou même des codifications privées.

On a pu voir dans quelques tentatives une volonté d'établir des codes réunissant l'ensemble de la législation nationale, y compris le droit public, sur une matière donnée (ordonnance du 25 mai 1413, Code Henri IV préparé par Charondas Le Caron, Code Louis par le chancelier Séguier). Quoi qu'il en soit, le mot "codification" n'apparaît pas, celui d'Administration non plus.

Ces tentatives se soldent par des échecs pour deux raisons principales. Premièrement, il n'y a pas d'uniformité du droit public sur l'ensemble de la France. C'est l'époque des privilèges de territoire. Les Provinces se divisent en pays d'Élection, administrés par les intendants au nom du Roi, et pays d'État, administrés selon des modalités variables par une assemblée locale. Le régime communal est également très dispersé. Certaines villes ont conquis des chartes d'affranchissement, ce sont de véritables communes. Les autres villes sont administrées par les officiers du roi. Deuxièmement, il y a confusion des pouvoirs et des autorités : le Conseil du roi, les intendants, les Parlements, ont des attributions à la fois administratives et judiciaires.

Les deux obstacles ne furent levés qu'à la Révolution. Le premier par la loi des 4-11 août 1789, portant abolition du régime féodal et les privilèges de territoire. Le second par la loi des 16-24 août 1790, qui consacre le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Pour remédier aux problèmes pratiques posés dans des secteurs "stratégiques" quelques codifications furent réalisées, que l'on peut qualifier de partielles et spéciales. La plus connue porte sur la matière des "eaux et forêts". Les premières dispositions législatives relatives aux "eaux et forêts" étaient souvent spéciales et visaient un intérêt domanial. Puis, au XVIème siècle, elles avaient été prises en vue de l'intérêt public (crainte du manque de bois : pour le chauffage -édit de janvier 1583-, la construction -règlement de 1597-, la marine). L'ordonnance de 1669 de Colbert mit un point final à cette parenthèse : elle vise à faire cesser le défrichement sauvage et à améliorer l'exploitation des forêts. Enregistrée le 13 août 1669, dans un lit de justice par le Parlement de Paris, elle est divisée en 32 titres. Elle innove peu mais clarifie beaucoup. Le titre I est significativement consacré à la compétence juridictionnelle, comme si une codification en droit public devait déjà attirer une attention toute particulière à ce point. L'ordonnance de 1669 fixe également les attributions des autorités administratives en la matière, et les règles de police spéciale ainsi que les peines encourues (dans le dernier titre).

D'autres tentatives de codification sont plus tardives et moins étudiées, notamment celles qui concernent l'armée. "La nécessité de réunir les éléments [de législation militaire], de les coordonner pour en former un tout régulier, se fit sentir à diverses époques et le Conseil de la Guerre fut chargé en 1788 de travailler à un projet de constitution et de code militaire" ⁽³⁾.

3 BERRIAT (H.), *Législation militaire, ou Recueil méthodique et raisonné des lois, décrets, règlements, et instructions actuellement en vigueur sur toutes les branches de l'art militaire*, Alexandrie, Capriolo, 1812, p. xv. Selon le même auteur, Napoléon en avait prolongé l'idée en scellant la rénovation de l'armée "par la rédaction d'un Code depuis longtemps projeté. Un comité fut réuni dans cet objet en l'an 13..." *ibid.*

Indépendamment de ces initiatives publiques, un certain nombre de personnes privées - le plus souvent investies, il est vrai, de fonctions publiques - ont entrepris de réaliser des codes dans des domaines où l'utilité s'en faisait sentir, notamment celui de la Police, dans le sens très large d' "Administration" donné à ce terme au XVIII^{ème} siècle. Ainsi, le *Traité de la police* de De la Mare fut exécuté par celui-ci à la demande du président du Parlement de Paris, De Lamoignon. Il commence à paraître en 1705, mais la mort empêche son auteur de l'achever ⁽⁴⁾. Le propos de De la Mare est de composer "une espèce de code politique". Le but de la police selon lui, est de conduire l'homme à la plus parfaite félicité dont il puisse jouir en cette vie, et comme le bonheur dépend de trois sortes de biens, ceux-ci donnent le plan de l'ouvrage : les biens de l'âme (religion et mœurs), les biens du corps (santé, vivres, voirie et tranquillité publique), les biens de la fortune (sciences et arts libéraux, commerce, domestiques, pauvreté).

Ultérieurement, nombre de traités de police interviennent sous forme de code ⁽⁵⁾. Certains auteurs considèrent de toute façon comme codification privée l'ensemble de ces répertoires prenant pour objet la police "dans l'attente, formulée parfois expressément d'une codification officielle" ⁽⁶⁾.

Au total, à la veille de 1789, aucune des tentatives de codification, publique ou privée, totale ou partielle ne réunit les lignes directrices d'une démarche à la fois volontaire, exhaustive et conceptualisée en droit. Mais les différentes méthodes, le foisonnement des initiatives, la multiplicité des buts assignés à la codification fixent déjà les caractéristiques des projets et des débats du XIX^{ème} siècle.

III. Les initiatives publiques au XIX^{ème} siècle

La première intervention d'une autorité publique à préconiser une codification générale est celle d'une assemblée révolutionnaire. La Convention nationale, par un décret du 11 prairial an II ordonna la composition d'un code complet des lois ⁽⁷⁾. Il faut toutefois remarquer qu'il ne s'agissait pas d'une codification tournée spécialement vers le droit public et administratif, bien que la plupart des publicistes partisans de ce travail la présentent comme telle.

Dans la lignée de cette tentative de codification purement législative, des commissions furent successivement instituées au ministère de la Justice en 1813, 1818 et 1824. On saura gré à Dupin d'avoir publié les collections de textes résultant des travaux de ces commissions et d'avoir tenté d'étudier le régime juridique des lois en tant qu'actes normateurs et non pas en raison de la matière qu'elles contiennent. Pourtant, malgré le peu d'originalité de l'ensemble, la prudence s'impose en

4 Cette œuvre fut reprise par un collaborateur, Leclerc du Brillet, qui ne parvint pas non plus à la mener à son terme.

5 DU CHESNE, *Code de la police ou analyse des règlements de police*, Paris, Prault père, 1757 (paru sous les initiales M. D., Lieutenant de Police à Vitry en Champagne).

6 MESTRE (J.-L.), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985, p. 165, citant l'exemple du *Dictionnaire ou traité de la police générale des villes, bourgs, paroisses et seigneuries de la campagne* de LA POIX DE FRÉMINVILLE (E.), 1758, présenté par ordre alphabétique.

7 On peut d'ores et déjà soupçonner que cette décision n'eut guère d'effet, puisque le projet d'un "Code universel et uniforme pour toute la République française" fut à nouveau soutenu par Merlin dans un mémoire du 27 germinal an VIII, S.1.2.239.

raison du but assurément politique de l'entreprise, vu la date et les préoccupations traduites par le titre de ces ouvrages ⁽⁸⁾.

Après un long silence qui couvre la tourmente révolutionnaire, les apports de l'Empire et la stabilisation de la seconde Restauration, une seconde initiative relance la codification officielle. Une ordonnance royale du 20 août 1824 confie à une commission le soin de "colliger et de vérifier les arrêtés et autres décisions réglementaires rendues sous les gouvernements antérieurs". Est-ce parce que l'origine appartient à l'exécutif ? - cette volonté affichée de codification administrative se limite déjà à une codification réglementaire et non législative. Là encore, cette particularité n'est pas souvent soulignée par les divers auteurs de codes privés, qui présentent le plus souvent cette ordonnance comme la continuation pure et simple du décret de la Convention.

Le premier résultat tangible de cette commission fut, selon un auteur ⁽⁹⁾, une codification réglementaire partielle donnant naissance au code forestier de 1827. Issue d'une volonté de Villèle en 1822, cette œuvre avait pour but de remédier aux conséquences de la liberté de défrichement proclamée à la Révolution et à la reconstitution des Bois de l'État ⁽¹⁰⁾. Ce code minutieusement élaboré, réalisant une transaction entre l'ordonnance dirigiste de 1669 et la législation révolutionnaire libérale (loi du 29 septembre 1791), dura un siècle. La dernière et la plus célèbre codification réalisée sous le régime de l'ordonnance de 1824 fut sans doute l'exemplaire règlement général sur la comptabilité publique, promulgué le 31 mai 1838 ⁽¹¹⁾.

Dans un troisième temps, devant des résultats aussi encourageants, une ordonnance du 18 septembre 1839 (relative à l'organisation du Conseil d'État) substitue à cette commission le comité de législation du Conseil d'État (art. 17 § 3), qui est "chargé de continuer les travaux de la Commission instituée par l'ordonnance du 20 août 1824, à l'effet de colliger et classer les lois et règlements encore en vigueur et de les réunir en recueil". Comme on peut le remarquer, le domaine de compétence de l'organe élaborant les codes est donc élargi aux textes législatifs - ce que regrettera plus tard Aucoc - mais le terme de codification n'est toujours pas prononcé : il s'agit officiellement de réunir et de classer.

Le comité de législation du Conseil d'État n'en poursuit pas moins l'œuvre codificatrice. De ses travaux, quelques recueils sortirent sur des matières spéciales : code ecclésiastique, administration des affaires maritimes, règlement du 1er mars 1854 sur la gendarmerie (645 articles). Il y eut en 1851 un projet de Code de l'administration intérieure, dit projet Raudot, rapporté au Conseil d'État par Vuitry, Boulatignier et Vivien, et à l'assemblée législative par de Vatimesnil et Barrot, mais il n'eut pas de suite.

Le travail du comité de législation a certainement pâti de l'ambiguïté sur l'ambition initiale et sur la nature législative ou réglementaire de la codification, et l'objectif d'une codification d'ensemble fut perdu de vue. C'est probablement pour cela qu'à partir de la fin des années 1850,

8 DUPIN, avocat, *De la nécessité de réviser toutes les lois promulguées depuis 1789 jusqu'en 1814, d'abroger formellement celles qui ne conviennent plus à notre gouvernement ni à nos mœurs, et de classer par ordre de matières toutes celles qui seront conservées*, Paris, impr. Veuve Jeunehomme, 1814. Cet auteur reprend la matière dans un ouvrage appelé *Lois sur lois* (1817).

9 OLIVIER (D.), *La codification administrative*, thèse droit, Paris, 1958.

10 Sur la méthode de codification utilisée, OLIVIER, *op. cit.*, p. 102-107.

11 695 articles, ultérieurement modifié le 31 mai 1862 pour atteindre 883 articles.

furent tentées, auprès de quelques autorités publiques les dernières sollicitations d'une codification générale du droit administratif.

Ce fut le cas notamment dans le sud-ouest, en raison de la position particulière occupée par Adolphe Chauveau, Professeur à la Faculté de Toulouse et investi de nombreuses fonctions électives. En 1858, il adresse au Sénat une pétition portant projet de code administratif. L'idée est chère à son auteur, qui avait déjà intitulé son programme de cours de 1838 "Programme d'un cours de droit administratif, soumis à M. le ministre de l'instruction publique, ou *Les cinq codes de l'Administration publique*". Le Conseil général de la Dordogne adopte dans sa séance du 27 août 1858 un vœu quasiment identique à la pétition, en faveur de la codification des lois administratives ⁽¹²⁾. Le vœu fut renouvelé dans une séance du 11 mars 1864. Le Sénat renvoya le tout au ministre de la Justice, mais le comité de législation ne fut pas saisi. Après cette date, quelques codifications réglementaires eurent lieu, mais l'abandon du projet officiel de codification d'ensemble est certain. Il coïncide d'ailleurs avec la contestation, par les théoriciens du droit, du réalisme de ce projet.

IV. Les initiatives privées au XIX^{ème} siècle (1800-1860)

Les tentatives de codification les plus connues peuvent être immédiatement citées, puis écartées : il s'agit des projets de Code conçus par des parlementaires dans le dessein de soutenir leurs propositions d'organisation constitutionnelle. Ces travaux, fort nombreux, ont déjà été étudiés et relèvent d'un objectif plus immédiatement politique que celui des théoriciens du droit, c'est pourquoi ils ne sont pas intégrés au présent propos ⁽¹³⁾.

D'autres entreprises de codification, moins visibles, ont certainement eu une influence plus durable sur la constitution du droit public et administratif. Dans un premier temps, face à une inflation législative et réglementaire inédite et concentrée sur la dizaine d'années précédant l'Empire, paraissent des ouvrages de pure circonstance, destinés à la pratique juridique courante. De 1800 à 1808, outre la compilation Rondonneau, les juristes peuvent ainsi disposer d'un code consacré à l'administration militaire ⁽¹⁴⁾, de projets de Code administratif ⁽¹⁵⁾, d'un premier Code

12 Cette démarche déclencha d'ailleurs la réponse de J. MALLEIN, Cf. *infra*.

13 Le lecteur intéressé peut se reporter à VAN KAN (J.), "Le rôle de l'initiative privée dans l'œuvre de la Révolution en matière de codification et de constitution", *RHD*, 1921, t. 3, 2ème fasc., p. 223, qui rappelle, outre les codifications "toutes prêtes sous la forme de projets de Constitution" émanant d'un grand nombre de députés, au moins trois tentatives dignes de retenir l'attention : celle de Le Prince (*ECNIRP'EL, Essai sur la formation d'un code public national*, Paris, 1789), une esquisse du Comte Raynaud de Montlosier (représentant de la noblesse d'Auvergne) et un plan synthétique de codification émanant de Ch. F. Bouche, député du Tiers-Etat de la sénéchaussée d'Aix.

14 QUILLET (P. N.), *État actuel de la législation sur l'administration des troupes et particulièrement sur la solde et les traitements militaires*, Paris, Bailleul, 1803 (an 12). L'auteur, chef du bureau de la solde du Département de la Guerre, répond à une urgence du moment.

15 BONNIN (C.-J.), *Principes d'Administration Publique pour servir à l'étude des lois administratives, et Considérations sur l'importance et la nécessité d'un Code administratif suivies du Projet de ce Code*, Paris, Clament frères, 1809; 3ème éd., 1812. Le fondateur de la science administrative avait fait paraître une première édition en forme d'essai, *De l'importance et de la nécessité d'un Code administratif*

administratif à vocation générale⁽¹⁶⁾. Puis pendant un demi-siècle, de 1808 à 1860, l'idée de codification joue un rôle central dans la construction théorique du droit administratif. Admettant universellement que la codification est une nécessité technique pour les utilisateurs du droit administratif, les publicistes transforment cette tâche en schéma idéal de construction. Enfin, de 1860 à la fin du siècle, la codification du droit administratif, même si elle est reconnue majoritairement comme impossible ou inopportune, demeure un thème explicatif par rapport auquel les différents théoriciens du droit se sentent l'obligation de prendre position.

La nécessité pratique

Dès le début de l'Empire, les tentatives privées de codification justifient leur propre existence par le nombre, la complexité et la superposition des textes utilisés par les autorités administratives.

Dans cet ordre d'idées, la gestion des armées napoléoniennes est à la fois déterminante et exemplaire, elle impose une clarification des textes applicables. C'est ainsi que naissent les deux ouvrages de référence en la matière : celui de Quillet, *État actuel de la législation sur l'administration des troupes*⁽¹⁷⁾ et celui de Berriat, *Législation militaire*⁽¹⁸⁾. Tous deux partent de la même constatation : "le nombre prodigieux de lois, de règlements etc. dont se compose la législation militaire en rend l'étude extrêmement épineuse"⁽¹⁹⁾. Tous deux arrivent à la même conclusion, à savoir que, au-delà de la chose militaire, la codification concerne tout type d'administration : "Peut-être nous sera-t-il un jour permis de nous étendre davantage et de donner sur un même plan un traité complet d'administration, ouvrage qui manque, dont l'instruction qui fait suite à la loi du 28 nivôse an III n'a donné qu'un aperçu et dont l'utilité serait appréciable"⁽²⁰⁾.

De fait, les théoriciens de la première période s'accordent sur le caractère indispensable de la codification pour l'amélioration de la connaissance directe des matières et des textes administratifs. Portiez de l'Oise, Premier professeur et directeur de l'École de droit de Paris, dans son *Cours de*

(juin 1808), qui semble aujourd'hui introuvable.

16 FLEURIGEON, *Code administratif, ou recueil par ordre de matières de toutes les dispositions des lois nouvelles et anciennes encore en vigueur jusqu'en germinal an IX, relatives aux fonctions administratives et de police des préfets, sous-préfets, maires et adjoints, commissaires de police et aux attributions des conseils de préfecture, de département, d'arrondissement communal et de municipalité, contenant les instructions et décisions des autorités supérieures, et la solution des principales difficultés, ou des doutes, relatifs à l'exécution des lois et aux actes du gouvernement*, Paris, Garnery-Fantin, 1806. Cet ouvrage avait donné lieu, sous le titre *Manuel administratif, ou (id.)*, mais avec le même contenu, à une première édition, publiée par Rondonneau en 1801.

17 QUILLET (P. N.), *État actuel de la législation sur l'administration des troupes et particulièrement sur la solde et les traitements militaires*, Paris, Bailleul, 1803 (an 12).

18 BERRIAT (H.), *Législation militaire, ou Recueil méthodique et raisonné des lois, décrets, règlements, et instructions actuellement en vigueur sur toutes les branches de l'art militaire*, Alexandrie, Capriolo, 1812, où l'on apprend que son auteur était Capitaine Quartier-maître Trésorier du 4ème régiment d'artillerie à pied.

19 BERRIAT (H.), *op. cit.*, p. v.

20 QUILLET (P. N.), *op. cit.*, p. XII; V. aussi BERRIAT (H.), *op. cit.*, p. XIX : "Ces remarques s'appliquent également aux administrateurs, dont toutes les opérations se rattachent à l'exécution des lois".

législation administrative paru en 1808 ⁽²¹⁾, avoue avoir été inspiré par le travail de Fleurigeon, et avoir “cité cet auteur avec d’autant plus de confiance, que, placé près le Ministre de l’Intérieur, dépositaire des correspondances journalières des autorités administratives, il est plus à portée de connaître l’administration pratique”. Charles-Jean Bonnin, fondateur de la science administrative, dans un sens plus critique remarque que “si l’on trouve surtout dans les lois consulaires et impériales des dispositions très sages sur cette matière [administrative], il y règne cependant encore une telle confusion, résultante de l’amalgame des lois nouvelles avec les anciennes, que ce seul motif rend la confection d’un Code administratif indispensable. L’administration manque, le plus souvent, de règles fixes et de lois précises qui la dirigent” ⁽²²⁾.

Le principal apport de Bonnin est certainement d’avoir recherché, au delà de la structuration globale de la matière administrative, la connaissance distincte mais indispensable de l’état du **droit** applicable ⁽²³⁾. Il sera suivi par les publicistes ultérieurs. Les uns se contentent d’insister sur les besoins d’autres utilisateurs du droit, praticiens ⁽²⁴⁾, étudiants ⁽²⁵⁾, ou justiciables ⁽²⁶⁾, amenés à se trouver en contact avec les autorités administratives. D’autres auteurs y voient une nécessité interne aux services et proposent une méthode pour y parer : “Le premier besoin qu’on éprouve

21 PORTIEZ (de l’Oise), *Cours de Législation administrative, dans l’ordre correspondant à l’harmonie du système social, et à tous les points de l’existence civile et politique des individus, contenant l’exposé de l’organisation des diverses fonctions publiques, le tableau des attributions inhérentes à chacune de ces fonctions, leur compétence, le dispositif des lois qui leur sont particulières, sous le double rapport de l’état civil et du régime administratif*, Paris, Fantin, 2 t., 1808, p. VIII; Sur cet ouvrage, Cf. MESTRE (J.-L.), "Aux origines de l’enseignement du droit administratif : le *Cours de Législation administrative* de Portiez de l’Oise (1808)", *RFDA* 1993, pp. 239 ss. que nous remercions ici de nous avoir fait parvenir une copie de ce cours.

22 BONNIN (C.-J.), *Principes d’Administration Publique*, p. 12.

23 “J’ai essayé de bien déterminer quelles sont les lois qui sont proprement les matières du Code administratif, de les distinguer des autres lois administratives” BONNIN (C.-J.), *op.cit.*, p. 6.

24 Grâce aux codes, “un élève de notaire ou d’avoué peut en quelques mois devenir aussi savant que les jurisconsultes les plus renommés. Beaucoup de gens qui jugent de ce qu’ils n’entendent point, et le nombre en est grand, pensent que ce n’est point un mal que la jurisprudence ne soit pas proprement une science” BERNARDI (J. E. D.), *Observations sur l’ancienne Constitution française et sur les Lois et les Codes du gouvernement révolutionnaire*, Paris, Michaud frères, 1814, p. 42. L’auteur (1751-1824), lieutenant général au siège du Comté de Sault avant la Révolution, membre du Conseil des Cinq cents après Thermidor, chef de la division des affaires civiles au ministère de la justice sous Napoléon, est l’archétype d’une haute fonction publique émergente. Affichant dans cet ouvrage des sentiments anti-napoléoniens, il accède en 1816 à l’Académie des inscriptions et belles lettres.

25 DESENNE (J.), *Code général français, contenant les lois et actes du gouvernement publiés depuis l’ouverture des États généraux au 5 mai 1789, jusqu’au 8 juillet 1815, classés par ordre de matières et annotés des arrêts et décisions de la Cour de cassation*, Paris, Ménard et Desenne, 1818, p. 1 : “La rareté et la cherté de ces Recueils, la masse énorme de volumes dont ils se composent empêchent souvent les personnes auxquelles ils sont le plus nécessaire de se les procurer et obligent surtout à s’en priver un grand nombre de jeunes gens qui s’appliquent à l’étude du droit et de l’administration”.

26 MALLEIN (J.), *Faut-il codifier les lois administratives. Examen de cette question*, Paris, Durand, 1860, p. 3 : “de façon que le justiciable ne soit pas obligé de rechercher péniblement son droit dans des textes épars; que la procédure à suivre et que la juridiction à laquelle il doit s’adresser soient clairement définies et déterminées”.

dans un ministère, c'est de connaître les lois et les règlements qui en régissent les diverses branches (...) Il faut pour cela une méthode, car [l'employé] ne saurait réunir toutes ces dispositions dans sa mémoire. Il faut que cette méthode soit claire et uniforme (...) Il faut enfin qu'elle soit perpétuelle et ne s'arrête jamais à une époque donnée" (27).

La méthode

Sur ce dernier point qu'est la méthode, d'ailleurs, l'unanimité des auteurs cède la place à d'assez nettes divergences de vues.

Une première tendance, consistant à imiter la composition du Code civil, peut être identifiée dans les ouvrages couvrant la période de 1800 à 1808. La méthode consisterait pour certains théoriciens à conserver la législation existante, même antérieure à l'Empire, mais à codifier l'ensemble tout en simplifiant le fond du droit. Une telle proposition suppose donc implicitement une réforme législative d'envergure. Elle a également la particularité de favoriser un certain conservatisme législatif et réglementaire. L'idée alors développée est que "c'est moins de lois nouvelles dont nous devons nous occuper que de l'exécution des anciennes. Un code qui contiendrait dans un ordre méthodique toutes les lois sur l'administration, qui simplifierait leurs dispositions et ferait disparaître leur incohérence, serait beaucoup plus utile que les nouveaux systèmes" (28).

Une seconde tendance, qui coexiste avec la précédente et qui la supprime à partir de 1808, est de préconiser une codification "méthodique" (c'est-à-dire thématique) : "on a pensé qu'un recueil méthodique des différentes parties qu'embrasse cette législation pourrait être de quelque utilité s'il réunissait l'exactitude à la clarté, si des observations placées à propos dans le cours d'un tel ouvrage indiquaient le rapport des dispositions entre elles, les changements et les modifications qu'elles ont éprouvées, ainsi que les instructions et décisions ministérielles rendues dans l'objet d'éclaircir les points douteux" (29). Une telle méthode a pour elle de réunir les caractéristiques de la codification avec refonte et d'y ajouter une interprétation permettant la réappropriation du droit existant.

Une attention particulière doit être réservée à cet égard à Desenne, auteur d'un Code général français classé par thème et complété par des décisions de jurisprudence (30), qui illustre typiquement la méthode dominante de cette époque.

Selon ce juriste, le gouvernement avait ordonné en 1812 la formation d'un extrait du Bulletin des lois renfermant les dispositions réputées en vigueur et d'application usuelle. La commission qui en était chargée "avait adopté le classement des dispositions qui devaient y entrer, par ordre de matières, dans leur rapport avec les diverses branches de l'administration publique" (31). Puis, en

27 JULLIEN (A.), *Essai sur l'ordre considéré dans l'administration publique et dans les sciences*, Paris, Baudoin frères, 1818, p. 16.

28 QUILLET (P. N.), *op. cit.*, p. IX.

29 BERRIAT (H.), *op. cit.*, p. XIX

30 DESENNE (J.), *Code général français, contenant les lois et actes du gouvernement publiés depuis l'ouverture des États généraux au 5 mai 1789, jusqu'au 8 juillet 1815, classés par ordre de matières et annotés des arrêts et décisions de la Cour de cassation*, Paris, Ménard et Desenne, 1818.

31 DESENNE (J.), *op. cit.*, p. v.

conséquence du décret du 11 prairial an II ⁽³²⁾ ordonnant la composition d'un code complet des lois, divisé en autant de matières particulières qu'il y avait d'attributions aux douze commissions exécutives (remplaçant les ministères), Desenne suit ce dernier principe. Il réunit "dans un même chapitre sous le titre de chacun des départements du ministère actuel, toutes les lois dont l'exécution est ou aurait été confiée au ministre de ce département" et il subdivise ce chapitre "en autant de paragraphes qu'il y a de subdivisions ou de branches d'administration publique dans les attributions du ministère" ⁽³³⁾

Du Caurroy dans sa notice sur cet ouvrage ⁽³⁴⁾ rappelle l'obligation de consulter trois collections, le Bulletin des Lois, la collection dite du Louvre et le Moniteur pour connaître l'état du droit applicable. De ce point de vue, il préfère la codification de Desenne, qu'il qualifie de méthodique, à celle de Rondonneau, simplement chronologique. De fait, le Code général français est à la fois thématique et organique et de plus, il s'ouvre sur un premier chapitre bien moins anodin que le plan général ne l'aurait laissé penser : "Constituants — Assemblées législatives — Assemblées électorales — Conseil d'État — Ministères — Administration générale". Le commentateur ne manque pas de le remarquer. Il s'agit pour lui de "toutes les lois dont l'influence agit d'une manière générale sur le système administratif (...) ce sont les lois constitutionnelles et organiques".

Sans que ces termes correspondent à la rigueur actuelle des définitions du droit constitutionnel, on ne peut que noter le caractère fondamental pour les libertés publiques des textes en question. Le premier cité est, piste de réflexion insuffisamment explorée en droit administratif, le décret de l'assemblée constituante relatif à la responsabilité des ministres et en général de tous les agents civils et militaires de l'autorité (13 juillet 1789 - 23 février 1791). Le second est un autre décret de la même assemblée portant abolition du régime féodal (4 août - 3 novembre 1789). Et le troisième, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (26 août - 3 novembre 1789). Autant de sujets qu'il n'était pas prévisible de voir figurer dans des codes à vocation instrumentale.

Les finalités

Il est donc possible de percevoir, derrière les arguments premiers, des nécessités de la pratique et de la technique juridique, des finalités assignées à la codification par les publicistes du début du XIX^{ème} siècle. Le point remarquable de ces finalités, qu'elles soient empreintes d'ambition intellectuelle ou plus tournées vers la gestion administrative ⁽³⁵⁾, est qu'elles dépassent très largement le propos initial des "codificateurs spontanés" et donnent au projet de codification une portée inattendue.

Dans l'ordre des finalités scientifiques, chaque théoricien du droit public de l'époque privilégie la finalité qui correspond à sa préoccupation disciplinaire. Par exemple, dans son commentaire sur l'ouvrage de Desenne, Du Caurroy ne manque pas de souligner, dans une réserve de principe, qu'une tentative de codification à finalité exclusivement pratique ne lui paraît pas suffisante. Il y ajoute aussi, on ne s'en étonnera pas, une exigence historique : "La science du Droit et celle de la

32 Cf. *supra*.

33 DESENNE (J.), *op. cit.*, p. VI.

34 *La Thémis*, t. II, 1821, p. 240.

35 L'œuvre de codification "sera doublement utile en guidant d'une manière sûre l'homme chargé d'exécuter, et en donnant à celui qui veut étudier la marche de la législation le moyen de comparer toutes les variations qu'elle a éprouvées", JULLIEN (A.), *op. cit.*, p. 28.

législation ne se bornent pas au présent. S'il est indispensable d'avoir ce qui est aujourd'hui (...) il est encore utile de connaître ce qui était hier (...) et même ce que la rouille d'un temps plus éloigné commence à obscurcir" (36). De même, Bonnin, tout à son œuvre de construire une science administrative, regarde "la confection d'un Code administratif comme la base de toute la science" (37) tout comme d'autres, moins célèbres, voient dans la codification l'étape de traitement et de croisement des données absolument nécessaire à la réflexion théorique (38).

Quant aux finalités de gestion administrative, elle sont bien souvent empreintes d'une véritable vision politique. Bonnin, fut probablement le premier à exposer aussi fortement la nécessaire soumission des autorités administratives à la décision politique. Son œuvre est tout entière marquée par les moyens de contraindre ces autorités à marcher uniment : "Un code seul peut rendre uniforme et invariable l'action de l'administration, diriger sa marche et faciliter même l'autorité suprême dans le Gouvernement de l'État" (39). C'est pourquoi un code administratif semble tout indiqué, surtout si, comme le préconise ce publiciste, ce code de 708 articles, officiel, public et issu d'un pouvoir suprême, régit à la fois l'organisation administrative, le droit administratif et la procédure contentieuse. "Pourrait-il ne pas être dans la grande pensée de l'Empereur de donner un jour à l'État un code administratif, règle invariable des agents de l'administration, des rapports des citoyens avec l'État et de leur recours à l'autorité ?" (40). Un tel code personnifiera, dans l'unicité et la cohérence, le corps de règles qui s'impose aux autorités administratives, comme l'Empereur représente le pouvoir politique auquel ces autorités sont subordonnées.

L'idée d'une codification administrative stabilisante comme moyen de contrôle préventif de l'action administrative est une constante de la période. Depuis Fleurigeon qui y fait allusion dès 1801 (41), jusqu'à tel auteur plus ingénu qui l'affirme crûment presque vingt ans plus tard : les codes administratifs "doivent être les seuls guides de l'administration, les seuls livres qu'il lui soit nécessaire de consulter"(42). Ici, la codification doit permettre de limiter l'imprévisibilité des administrateurs, d'autant plus efficacement que l'administrateur, contrairement à d'autres acteurs du système juridique, n'a pas pour fonction d'interpréter. En conséquence, "on pourrait exiger [des agents de l'administration] l'exactitude la plus soutenue. On rendrait leur responsabilité plus réelle et plus juste à la fois, puisqu'il leur serait impossible d'alléguer pour excuse la confusion et la

36 *La Thémis*, t. II, 1821, p. 241.

37 BONNIN (C.-J.), *op. cit.*, p. 11.

38 La codification permettrait de "combiner ensemble les mêmes objets sous différents points de vue (...) pour perfectionner, à l'aide de ces combinaisons nouvelles, la théorie de l'administration", JULLIEN (A.), *op. cit.*, p. 34.

39 BONNIN (C.-J.), *op. cit.*, p. 13. V. aussi le chapitre II qui s'intitule "De la nécessité d'un code sous le rapport de l'administration".

40 BONNIN (C.-J.), *op. cit.* p. 108. Les bas-reliefs des Invalides ont répondu négativement à la question.

41 "L'uniformité d'exécution indispensable, puisqu'elle constitue par le fait l'unité du régime républicain, sous lequel les français ont juré de vivre, a spécialement déterminé l'auteur de cet ouvrage à l'entreprendre", FLEURIGEON, *Code administratif*, p. 9.

42 JULLIEN (A.), *op. cit.*, p. 21.

multiplicité des règlements” (43). Cette finalité rejoint l’observation sur la méthode consistant à insérer dans le code administratif de lois organiques et constitutionnelles parmi lesquelles figure la responsabilité des fonctionnaires (44).

Les explications

La question centrale que pose la période de 1800 à 1818 est celle des causes de l’absence de codification administrative. La première explication donnée par les commentateurs ultérieurs est classiquement l’impossibilité de codifier un droit en formation (45). Elle ne retiendra guère l’attention, en raison de l’inversion possible de cet argument : le meilleur moment pour codifier est peut-être celui où naissent les normes puisqu’il est aisé de les insérer, en même temps qu’elles sont conçues, dans un édifice logique (46). En réalité, il vaudrait mieux invoquer l’impossibilité de codifier le droit administratif en raison de son mode particulier de formation.

La seconde explication, émergeant de l’analyse des rapports entre pouvoirs et organes constitutionnels, est que la codification avait surtout été jugée nécessaire en droit civil en raison de la défiance extrême, manifestée d’abord par les représentants du peuple français à la fin de l’Ancien Régime, vis-à-vis des juges. “Cette défiance convertie en défense d’interprétation allait poser son empreinte sur l’œuvre de la codification qui, de loin, touchait à son accomplissement (...) Cette conviction gagna bientôt les esprits et elle perce à travers les doléances de 1789 signalant l’interprétation arbitraire des lois (...) réclamant des codes « non susceptibles de la moindre explication » (...) « invariables dans l’interprétation » (47). Dans un tel contexte social et politique, c’est la conception d’une codification rigide qui guide la plupart des projets ultérieurs. Les membres des assemblées Constituante et Législative n’ont pas de mots assez durs pour décrire l’office du juge. “La fonction des juges n’est que d’appliquer la loi, et leur devoir est de se conformer au sens littéral, sans s’en écarter ni se permettre de l’interpréter” (48). La volonté de limiter les pouvoirs du juge était manifeste dès les premiers travaux des législateurs révolutionnaires. Ses excès

43 JULLIEN (A.), *op.cit.*, p. 33.

44 Cf. *supra* l’exemple du *Code général français* de DESENNE.

45 “La différence de situation était profonde en effet, lorsque s’ouvrit au commencement du XIX^{ème} siècle, la période de codification de nos lois entre le droit administratif et le droit civil et les autres branches codifiées du droit français. Pour ces dernières et pour le droit civil spécialement, la Révolution n’avait apporté que des changements partiels sur des points déterminés, à un droit préexistant (...) Pour le droit administratif au contraire, au commencement du XIX^{ème} siècle, les matériaux manquaient (...) De 1803 à 1810, la codification du droit administratif était donc impossible. On ne peut codifier un droit en formation”, DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du Droit public*, Paris, Fontemoing, 1897, p. XV-XVI.

46 “Lorsqu’il se révèle une profonde altération dans les éléments constitutifs de l’État, une réforme analogue, prompt, générale du droit en est la conséquence nécessaire. C’est ainsi que naissent les codes, lorsque, au lieu d’être une imitation de l’étranger ou un caprice du pouvoir, ils sont une œuvre nationale”, ROSSI (P. L.), cité par GINOULHIAC (C.), *De la codification et de son influence sur la législation et sur la science du droit*, Paris, Durand, 1862, p. 16.

47 VAN KAN (J.), *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*, Paris, Rousseau, 1929, p. 383-384.

48 Projet THOURET, sect. IV, art. 12, *A.P. 1ère série*, t. VIII, p. 331. Les mêmes opinions sont émises sans ambiguïté lors de diverses interventions en séance publique, Cf. VAN KAN (J.), *op. cit.*, p. 307.

constituaient d'ailleurs une menace de sclérose et d'étouffement pour des institutions juridiques nécessairement évolutives. "Tel était le point de vue de la première génération révolutionnaire appelée à faire des codes. Si cette génération, c'est-à-dire la génération de 1789-1790 avait réellement exécuté la codification projetée, nul doute que son œuvre n'eût présenté des traces visibles de cette défiance" (49).

Or la pratique systématique des référés législatifs encouragée par le Tribunal de cassation ne manqua pas d'apparaître en peu d'années comme un inconvénient de beaucoup supérieur à l'éventuelle liberté laissée aux juges. Très rapidement, l'abus de cette procédure fut dénoncé par divers juristes comme aboutissant à un déni de justice. C'est pourquoi, dès 1800, la défiance précédente laissa la place à une neutralité bienveillante. La réintégration d'une dose d'interprétation ne sembla pas déraisonnable, à tel point que "lorsque fut déposé le projet de l'an VIII et qu'eurent lieu les délibérations sur le projet, la doctrine de la séparation des pouvoirs ne parut plus mettre d'obstacle au libre exercice de la tâche assignée au juge. L'histoire de ce revirement est intéressante, de même que l'influence qu'il a eue sur l'esprit dans lequel les codes furent composés et dans lequel ils doivent être compris au moment de leur composition" (50). Ainsi, au moment où se pose chez les théoriciens du droit la question de l'éventuelle codification du droit public et administratif, la nécessité en droit civil d'un code rigide, machine de guerre du législateur contre le juge, a déjà disparu. Si l'on ajoute que le système de contrôle juridictionnel du droit administratif n'est pas encore établi, c'est-à-dire que l'on ne peut pas identifier dans les matières administratives, un juge analogue à celui qui officie en droit commun, il apparaît clairement que ni le pouvoir exécutif, ni le pouvoir législatif n'ont de raisons d'inscrire un code administratif à l'ordre du jour de leurs travaux.

Tout au plus ont pu subsister pendant quelque temps des tentatives d'utiliser la défiance passée pour justifier au moins, mais à l'inverse, une codification souple.

Tel auteur, rappelant que "la Cour de cassation, si elle ne veut saper les fondements de son institution, et violer elle-même les lois qu'elle est chargée de conserver, doit maintenir sans exception toutes celles qui existent, quoiqu'incohérentes et injustes qu'elles puissent paraître. Les modifier, les changer, c'est exclusivement l'office du législateur" (51) préconise une codification permanente. Cette opération, intellectuellement séduisante (52), serait assurée par une commission nationale qui observerait les codes et les lois, mais aussi les arrêts des cours, les réclamations et les observations des procureurs, qui rédigerait les projets de modification ou d'abrogation et dont les travaux seraient discutés "en forme constitutionnelle" (53). Tel autre auteur, magistrat lui-même,

49 VAN KAN (J.), *op. cit.*, p. 313.

50 VAN KAN (J.), *op. cit.*, p. 315.

51 AGRESTI (M.), *Idées sur le perfectionnement de la législation positive*, Paris, Rondonneau, 1804, p. 13 (ouvrage dédié à Cambacérès). Cet auteur demeure typiquement méfiant vis-à-vis des magistrats : "on abuse du mot interpréter, et par le fait, le magistrat crée une loi qui sera nécessairement rétroactive" (p. 7); "dans le silence ou l'obscurité des lois [la jurisprudence de la Cour de cassation] deviendrait alors une loi de rigueur pour tous les magistrats et cette assemblée se transformerait en quelque sorte en assemblée législative" (p. 15).

52 Reprise au XX^{ème} siècle, Cf. ARDANT (G.), "La codification permanente des lois, règlements et circulaires", *RDJ* 1951, p. 35.

53 AGRESTI (M.), *op. cit.*, p. 15.

préfère avertir le lecteur de la pureté de ses sentiments : “je me suis sévèrement interdit toute réflexion, toute dissertation, toute opinion personnelle sur les questions souvent très importantes qui naissent du silence ou de l'imperfection des lois”, mais ce n'est qu'une prétention, car il mène bien son analyse des “dispositions législatives impériales et judiciaires [sic]” au moyen “tant de la collection des lois que des journaux de jurisprudence concernant la compétence et les attributions de tous les fonctionnaires de l'Empire français”⁽⁵⁴⁾. La codification envisagée, si elle n'a pas la souplesse de la permanence, possède pourtant celle du contenu⁽⁵⁵⁾.

La codification, schéma idéal de construction du droit administratif

Un instrument de divulgation

La codification, placée au centre des préoccupations des plus éminents théoriciens du droit administratif du XIX^{ème} siècle, est aussi considérée comme un instrument de développement de l'audience de cette nouvelle discipline.

C'est un fait connu que le premier traité de droit administratif se présente comme un projet de code⁽⁵⁶⁾. Le fondateur de cet enseignement à la Faculté de droit de Paris donne au premier ouvrage que l'on peut qualifier de traité, la forme et le titre d'un code regroupant 80 000 textes : *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du Code administratif réunis et mis en ordre*⁽⁵⁷⁾. Or, il est peu probable que Gérando et ses successeurs aient réellement espéré qu'un Code administratif résulterait de leurs travaux : “nombre de ces ouvrages ont vu le jour à un moment peu favorable à la réalisation de ce projet, ce que leurs auteurs ne pouvaient ignorer : ainsi de la période 1830-1848”⁽⁵⁸⁾.

En réalité, le but principal de Gérando est la divulgation de la matière, non seulement en direction des juristes, mais plus largement auprès des administrateurs, des hommes politiques et même de tout citoyen en général. “Ce tableau servira à faciliter et à répandre les connaissances de notre droit administratif (...) En éclairant l'opinion publique, il aura aussi l'avantage de dissiper les fausses préventions, de réduire à leur juste valeur des accusations exagérées”⁽⁵⁹⁾. C'est dire que le

54 JOURDAIN (Yves-Claude), *Code de la compétence des autorités constituées de l'Empire français, ou Collection des dispositions constitutionnelles, législatives, administratives et judiciaires en ce qui concerne les attributions de l'Empereur des Français, des autorités administratives, judiciaires, civiles, militaires et de tous les fonctionnaires de l'Empire*, Paris, Garnery, 1811, p. v.

55 Sous réserve que ce contenu soit de droit positif. “Le Code ne doit se composer que des dispositions actuellement en vigueur.” GÉRANDO (J. M.), *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du Code administratif réunis et mis en ordre*, Paris, Nève, t. I, 1829, p. 8.

56 HAURIOU (M.), “De la formation du droit administratif depuis l'an VIII”, *Rev. gén. d'adm.*, t. II, 1892, p. 385 ss., t. III, 1892, p. 15 ss.; MESTRE (A.), “L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919”, *Bull. Société de Législation comparée*, 1922, p. 247-262; FORTSAKIS (T.), *Empirisme et conceptualisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987, p. 70.

57 Première éd., 1829-1836; seconde éd., 1842-1846, achevée par BLANCHE et BOULATIGNIER.

58 FORTSAKIS (T.), *Empirisme et conceptualisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987, p. 70.

59 GÉRANDO (J. M.), *op. cit.*, pp. 5-6.

droit administratif, en tant que champ de connaissances, a, dans l'esprit de ses promoteurs, une vocation à s'étendre à l'ensemble du corps social et du débat politique ⁽⁶⁰⁾.

Outre cette place centrale dans un mouvement de divulgation qui constitue, selon des analyses postérieures, la première époque du droit administratif, la codification assure chez les théoriciens une fonction unificatrice de la matière, elle traduit un idéal de construction du droit administratif.

Un idéal du droit administratif

Dès les premières tentatives, et malgré les arguments techniques et pratiques invoqués, la plupart des publicistes reconnaissent et même affichent clairement que la codification ne constitue qu'une opération préliminaire, fondatrice et déterminante d'un ordre juridique. Le plus remarquable est certainement que cet ordre juridique soit à la fois celui du droit public et administratif, révélé par la technique de codification, et celui du droit tout entier, conçu comme un ensemble cohérent de principes et de règles hiérarchisés ⁽⁶¹⁾. Une réflexion poussée sur cette question empreint l'œuvre de l'un des premiers théoriciens considérés. "J'ai toujours pensé que c'était moins de rassembler les dispositions qui se trouvent dans les lois existantes, qu'il fallait s'occuper d'abord, que de fixer avant tout les principes généraux sur la matière et leur ordre puisque ces principes en sont des éléments comme source des dispositions législatives..." ⁽⁶²⁾. Bonnin, qui se situe en pleine connaissance de cause dans la pensée de son époque, reproche explicitement à ses prédécesseurs Fleurigeon et Portiez de ne pas avoir structuré leur codification de cette manière.

La construction d'un nouveau droit, le droit administratif, dans un nouvel ordre juridique, n'exclut pas, d'ailleurs, les références au mode de constitution d'anciens droits. Ainsi, pour soutenir l'opportunité d'un projet de code, un publiciste n'hésite pas à invoquer à la fois l'ordre juridique supérieur que révélera la codification et l'analogie avec le droit romain. "Les recueils, les dictionnaires, les répertoires qui ont paru jusqu'à ce moment, par ordre alphabétique, sont insuffisants pour la science de l'administration. Elle ne peut sortir que de l'ensemble et de l'ordre des objets qu'elle embrasse et des lois qui y sont relatives, comme la science du droit romain est née du Digeste et du Code" ⁽⁶³⁾.

Quoi qu'il en soit, la thèse selon laquelle la codification est le principal moyen méthodique et

60 Dans cette tradition, persistent de manière récurrente des ouvrages comme celui de BLANCHET (S. A.), *Code administratif, ou Recueil méthodique des lois et ordonnances actuellement en vigueur sur l'Administration et le contentieux*, Paris, Dupont, Joubert, Treuttel et Wurts, 1839.

61 Malgré le peu d'illusions que se fait l'auteur sur l'effectivité de son code, il le lie très fondamentalement à la notion de droit. "Le Code ne doit s'emparer que [des dispositions des lois ou des règlements] qui fondent un droit ou qui règlent l'exercice d'un droit, c'est-à-dire de celles qui concernent les obligations mutuelles de l'administration et des administrés." GÉRANDO (J. M.), *op. cit.*, p. 9. Encore doit-on se dispenser ici d'étudier ce que les autres publicistes de l'époque entendent par "exercice d'un droit".

62 BONNIN (C.-J.), *Principes d'Administration Publique*, p. 5. Le chapitre Premier s'intitule "Du Code administratif". "Le code administratif a pour objet spécial l'organisation, la compétence et les attributions de l'autorité publique secondaire dans chaque partie du territoire", *op. cit.*, p. 32.

63 LALOUETTE (M.), ex-sous-préfet et ex-député, *Classification des lois administratives depuis 1789 jusqu'au 1er avril 1814, précédée d'un Essai sur les principes et sur les règles de l'administration pratique*, Paris, Bavoux, 1817, p. 1. Les deux parties (classification et essai) sont strictement séparées. L'essai parut en 1812 sous le titre *Éléments de l'administration pratique*.

scientifique de construire le droit administratif comme discipline, en révélant des principes externes et supérieurs, susceptibles d'harmonisation par les théoriciens du droit, est communément admise par les auteurs de l'époque à partir de 1808, notamment par Gérando, qui déclare "l'ordre qui sera observé dans un code administratif en éclairera le système entre les diverses parties. Si l'on réussissait à le rendre aussi régulier que possible, la science en retirerait le plus heureux fruit" (64).

Les publicistes ultérieurs ne manqueront pas de rappeler que la codification administrative est par essence un projet de la théorie juridique. "La science, à l'égard de ces collections de textes, s'est ouvert une carrière dans laquelle l'autorité publique n'a jamais manifesté la pensée de s'engager. La science seule le pouvait sans se faire accuser d'imprévoyance" (65). La ligne de force constituée par l'idée de codification est ainsi d'une importance considérable. "L'absence de codification a naturellement obligé les interprètes [du droit administratif] à rechercher, suivant les conceptions et les tendances de chaque esprit, le plan et la méthode leur paraissant les mieux appropriés et les plus judicieux" (66). Adjointe à la défiance initiale poussant à l'édiction de codes contre le juge, la référence permanente à un ordre supérieur non écrit (67) a pour effet d'installer la théorie juridique dans une fonction d'interprétation légitime.

Cette position, qui lui donne une prééminence certaine par rapport aux organes de contrôle du contentieux administratif (68), est même suffisamment forte pour que, à partir du Second Empire, la codification ne soit plus considérée comme nécessaire (69).

64 GÉRANDO (J. M.), *op. cit.*, p. 9; V. aussi le lien de la codification avec la conception systémique et systématique de cet auteur, GUGLIELMI (G. J.), "Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif", *Le Droit administratif en mutation*, CURAPP-PUF, 1993, p. 44 et notes 14 à 17.

65 MALLEIN (J.), *Faut-il codifier les lois administratives. Examen de cette question*, Paris, Durand, 1860, p. 43.

66 DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du Droit public*, Paris, Fontemoing, 1897, p. XXVII.

67 "Parmi cette multitude de règles nées ainsi dans des circonstances de temps et de lieu différentes, il est d'ailleurs sinon impossible du moins très difficile qu'il n'y en ait pas de contradictoires (...) Il faut, pour nous servir des expressions de M. de Savigny, résoudre les oppositions au sein d'une unité supérieure pour que le peuple soit régi par une loi unique, la même pour tous", GINOULHIAC (C.), *De la codification et de son influence sur la législation et sur la science du droit*, Paris, Durand, 1862, p. 13 (soulignement ajouté).

68 C'est par une évolution parallèle, mais indépendante, que l'affirmation, sous le même régime, d'un véritable juge administratif et l'avènement de la justice déléguée en 1872, préparent la fin de la situation dominante des théoriciens du droit dans l'interprétation.

69 Le dernier ouvrage d'envergure théorique prenant position sans nuance en faveur d'un Code administratif officiel est celui de TROLLEY (A.), *Traité de la hiérarchie administrative, ou De l'organisation et de la compétence des diverses autorités administratives*, Paris, Plon frères, 1844 (2ème éd. 1854), préface, p. 1-2.

V. La reconnaissance d'une impossibilité (1860-1900)

Dès 1860, plusieurs ouvrages dénoncent l'impossibilité de continuer à soutenir l'idée d'une codification générale du droit administratif, soit incidemment dans une préface ou une présentation d'ensemble de la matière ⁽⁷⁰⁾, soit à titre principal ⁽⁷¹⁾.

Les positions de principe sont dès lors assez tranchées. Certains théoriciens qualifient même très durement les projets de codification, tel Denis Serrigny, Professeur de droit administratif à Dijon, qui règle ainsi d'un trait la question dès l'introduction de son traité : "si je n'avais pas été convaincu de la chimère caressée par ceux qui rêvent un Code administratif, mon nouveau travail serait venu me révéler la fausseté de cette idée, qui ne peut prendre naissance que dans le cerveau de gens complètement étrangers à cette branche de droit" ⁽⁷²⁾. La conviction dominante, exprimée en des termes parfois plus mesurés, est de toute façon que la codification générale du droit administratif est impossible.

Pour Léon Aucoc, l'idée même d'un code administratif général est impensable en raison de l'ampleur du travail nécessaire. La codification qu'il envisage est explicitement une codification partielle. "Me permettra-t-on de dire ici quelques mots de l'idée d'un code administratif ? Il y a là bien d'autres obstacles. Je n'ai pas besoin de répéter l'adage « qui trop embrasse mal étreint » (...) Il est évident qu'il faudrait diviser en un certain nombre de codes, les matières très variées que l'on comprend sous le nom de droit administratif" ⁽⁷³⁾. Plus encore, selon Jules Mallein, Professeur de droit administratif à Grenoble, l'impossibilité de composer un code administratif n'est ni factuelle ni matérielle, elle tient à une raison bien plus profonde. "Ce n'est pas [dans sa réalisation] que je rencontre l'impossibilité. Je la vois dans l'inutilité du résultat (...) Sans cesse ébréché, ce vase de science n'offrirait bientôt que des débris" ⁽⁷⁴⁾. Très logiquement, plusieurs publicistes sont alors amenés à rechercher comme arguments non pas les causes objectives d'une absence de codification, mais les raisons de son inutilité ou de son impossibilité, c'est-à-dire des déterminants absolus.

Pour soutenir la thèse de l'impossibilité du Code administratif, les différents théoriciens du droit évoquent plusieurs types d'objections à la codification administrative. La première est l'étroit

70 SERRIGNY (D.), *Traité de l'organisation et de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Durand, 1865; LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887; DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du Droit public*, Paris, Fontemoing, 1897

71 MALLEIN (J.), *Faut-il codifier les lois administratives. Examen de cette question*, Paris, Durand, 1860; GINOULHIAC (C.), *De la codification et de son influence sur la législation et sur la science du droit*, Paris, Durand, 1862; AUCOC (L.), "Observations sur la codification des lois", *Bull. sté de législ. comparée*, Paris, Cotillon, 1874.

72 SERRIGNY (D.), *op. cit.*, p. IX.

73 AUCOC (L.), "Observations sur la codification des lois", *Bull. sté de législ. comparée*, Paris, Cotillon, 1874, p. 6. L'image était déjà utilisée par MALLEIN (J.), *Faut-il codifier les lois administratives. Examen de cette question*, Paris, Durand, 1860 p. 46, "la compilation imaginée ne serait pas un code et loin d'obvier au désordre des dispositions que le droit administratif compte par matière, elle l'accroîtrait en y jetant une prétendue loi générale aussi incomplète que difficile à concilier avec les textes épars qu'elle n'aurait pas embrassés".

74 MALLEIN (J.), *op. cit.*, p. 6.

rapport entre, d'une part, politique et droit constitutionnel et d'autre part, droit administratif. Les lois "de l'ordre administratif" qui sont liées aux lois "de l'ordre politique" et "correspondent à des situations plus mobiles [que les lois de droit privé] dont elles ne suivent les différentes phases qu'au moyen de l'intervention fréquente du pouvoir législatif (...) ne doivent pas faire l'objet d'un travail de ce genre" (75). La codification même partielle sur des matières sensibles (impôts, servitudes d'utilité publique, cultes) pourrait déclencher des revendications politiques.

La deuxième objection est le caractère très fluctuant du droit administratif. L'argument est valable pour le fond du droit : "à la mobilité que lui imprime le droit constitutionnel, vient se joindre pour le droit administratif, celle qui résulte de sa nature propre, et qui est indépendante des ébranlements politiques. L'administration est un domaine sans cesse fouillé, dans tous les sens, à des profondeurs indéterminées. On y procède souvent par voie d'essai..." (76). Mais il vaut aussi pour les modifications de l'organisation et des institutions administratives (77).

La troisième objection, majeure et ancienne, qui pose les questions juridiques les plus délicates, est l'hétérogénéité de valeur des normes codifiées. Cette caractéristique avait déjà fait naître chez les théoriciens du droit de la période précédente des points de vue divergents. Gérando s'opposait dès l'origine à Bonnin. La codification administrative devait, selon le premier, s'étendre aux "règlements administratifs qui sont comme une continuation et un complément de la législation elle-même (...) mais il ne doit leur emprunter que les dispositions qui ont un caractère de généralité et de durée" (78), alors que, pour le second, "il est de toute nécessité de ne pas confondre les dispositions législatives qui sont la matière propre du Code administratif, avec les lois réglementaires qui servent à leur exécution, comme développant leurs principes, ni avec les lois d'administration publique, lesquelles règlent des choses qui ne peuvent jamais faire partie d'un recueil de lois tel qu'est un Code" (79).

Cette opposition persistante devient dès lors un argument récurrent. Aucoc n'admet pas l'idée de codifier le droit administratif par voie législative en regroupant à la fois les lois et leurs règlements d'application. "Ce serait, selon lui, enlever aux règlements leur caractère propre et leurs avantages", mais il admet pourtant que "si l'on codifie les lois sans les règlements, le Code n'atteint pas son but. Aussi l'on a songé pour certaines matières administratives à faire l'inverse; c'est dans les règles du pouvoir exécutif que l'on a encadré la collection de lois et de règlements sur une même matière" (80). Il s'agit d'une codification spéciale à certaines matières, donc partielle au regard du droit administratif, et elle est en quelque sorte inversée, puisque ces règlements généraux

75 *ibid.*

76 MALLEIN (J.), *op. cit.*, p. 9.

77 "Au point de vue le plus général que puisse offrir l'administration publique, je veux parler de l'organisation du pouvoir administratif aux trois degrés de la hiérarchie descendante : l'État, le département, la commune" (MALLEIN, *op. cit.*, p. 26) les fluctuations sont telles que la codification est inutile : "L'organisation n'est-elle pas la base de l'édifice ? On bâtirait donc sur du sable mouvant et on le ferait avec des matériaux tout aussi dépourvus de solidité", *op. cit.*, p. 40.

78 GÉRANDO (J. M.), *Institutes du droit administratif français*, p. 7.

79 BONNIN (C.-J.), *Principes d'Administration Publique*, p. 67.

80 AUCOC (L.), "Observations sur la codification des lois", *Bull. sté de législ. comparée*, Paris, Cotillon, 1874, p. 7.

englobent des dispositions législatives. Aucoc cite l'exemple du règlement général sur la comptabilité publique du 31 mai 1838 (695 articles), modifié le 31 mai 1862 (883 articles), le règlement du 1er mars 1854 sur la gendarmerie (645 articles).

Immédiatement, Aucoc attire l'attention des juristes sur le fait que, même si elle a “rendu de grands services”, la codification partielle inversée “place des collections de textes d'origine aussi diverses sous la signature du chef de l'État, qui ne doit faire que des actes d'autorité”. Or il existe un risque. “Ne peut-on pas craindre qu'oubliant l'origine des textes tirés des lois antérieures, il ne soit entraîné à les modifier s'il les trouve défectueux ? (...) Pour que ce mode de procéder fût légitime, il faudrait que le législateur ait donné à cet effet une délégation expresse au pouvoir exécutif”⁽⁸¹⁾. Reste que cette habilitation ne peut pas avoir pour effet de transformer la valeur des dispositions réglementaires codifiées avec les parties législatives. C'est pourquoi Aucoc réserve sa préférence à une méthode plus souple, plus discrète et plus aisément corrigible par le juge administratif. “On éviterait complètement ces empiétements du pouvoir exécutif sur le domaine du pouvoir législatif si des codifications officieuses se faisaient par voie d'instructions ministérielles”⁽⁸²⁾.

Au contraire, Ducrocq s'emploie à réfuter les objections faites à la codification des lois administratives. Pour cela, il préconise une codification exclusivement législative, ce qui répond aux deux objections classiques relatives au nombre de textes à réunir et à leur extrême instabilité. D'une part, la multiplicité des textes à réunir n'est qu'une apparence. Le plus grand nombre de textes est de valeur réglementaire, or la codification administrative devrait s'en tenir aux seuls textes de lois, bien moins nombreux. “La rédaction d'un code est une œuvre législative. Elle s'applique à des lois éparses” alors que “les règlements émanent du pouvoir exécutif. Ils sont actuellement en dehors, à côté et au-dessous des lois administratives isolées. Ils doivent rester en dehors de la codification...”⁽⁸³⁾. L'avantage de cette manière de procéder serait aussi de condenser les lois administratives, dont par ailleurs le caractère récent et cohérent rendrait le travail plus aisé qu'il ne fut pour le droit civil. D'autre part, la mobilité et l'instabilité des textes est moindre s'agissant des lois. De plus, “dans chaque branche de la législation il y a deux éléments : l'un plus fixe, l'autre plus mobile, suivant le progrès des idées et les transformations sociales. La législation administrative ne présente aucun caractère particulier à cet égard”⁽⁸⁴⁾.

81 AUCOC (L.), *op. cit.*, p. 8. “C'est ce qui est arrivé, mais je ne connais que cet exemple, pour la législation sur les servitudes militaires autour des places fortes. La loi du 10 juillet 1851 dispose en son article 8 qu'un Règlement d'Administration publique [Règlement du 10 août 1853] réunira et coordonnera dans leur ensemble toutes les dispositions des lois concernant les servitudes imposées à la propriété autour des fortifications et précisera les mesures d'exécution”. Et encore, une disposition excluant le droit à indemnité pour fait de guerre et mesure de défense prise par l'autorité militaire introduite dans ce décret fut contestée parce qu'elle ne figurait pas dans une loi antérieure mais dans une jurisprudence qu'elle exagérait. Étant donné l'enjeu (réparations de la guerre de 1870), le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont été amenés à en atténuer les effets inéquitables.

82 AUCOC (L.), *op. cit.*, p. 9. Il rappelle la loi du 21 mai 1838 [sur les chemins vicinaux] qui avait “dans son dernier article confié aux préfets le soin de régler un grand nombre de détails (...) C'est à nos yeux une très utile manière de suppléer à la codification législative pour les matières d'administration”.

83 DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du Droit public*, Paris, Fontemoing, 1897, p. xx.

84 DUCROCQ (T.), *op. cit.*, p. XXI.

De même, un publiciste et historien du droit, moins proche que Ducrocq des aspects disciplinaires et institutionnels, était arrivé pour une raison externe, la considération des objectifs respectifs de la théorie du droit et de la casuistique, à la même conclusion. “Un code n’étant pas un traité didactique, il en résulte qu’il ne doit contenir que ce qui est susceptible de faire l’objet d’une disposition législative”⁽⁸⁵⁾. Mais il ne manque pas de confirmer ce point de vue par le caractère de généralité et d’efficacité sociale de la norme législative confirmée par l’histoire : “les Codes ne doivent pas être confondus avec les lois particulières et considérés seulement comme une collection de ces lois. Avant de passer de l’état de loi à celui de Code, il faut que la législation soit éprouvée et développée par la doctrine et la jurisprudence qui seules peuvent en révéler les avantages et les inconvénients”⁽⁸⁶⁾. C’est d’ailleurs ce caractère d’auxiliaire de la théorie juridique, que la codification a progressivement, et surtout publiquement, acquis entre 1860 et 1900.

VI. Un outil de la théorie juridique

Même si l’on recherche les éléments stables pour les codifier, le travail de sélection des normes est inévitablement un travail théorique. “Les principes de justice souveraine qui ne doivent pas moins décider le droit administratif que le droit commun; les principes spéciaux et dominants dont le droit administratif est la déduction ou le développement; la définition des matières dont le régime peut changer, mais qui elles-mêmes ne changent pas pour cela de nature; les règles fondamentales à l’abri du mouvement que subissent les détails, tout cela formerait (...) un corps de doctrine ? Soit. — Un code de lois ? Non”⁽⁸⁷⁾. Car la théorie juridique et la codification sont, par essence, différentes. “La doctrine (...) associe, elle extrait (...) en insistant sur les définitions, sur le lien qui rattache les systèmes (...). Un code tout au contraire est exclusivement un recueil méthodique de textes”⁽⁸⁸⁾, et même, pourrait-on ajouter, de tous les textes pertinents. La plupart des théoriciens du droit concluent alors que la codification et la théorie juridique doivent être distinguées parce que ces deux activités ne sont pas de la même nature. La première relève des techniques juridiques et, même si elle s’exerce sur des normes, elle doit se borner à présenter à exposer le droit positif en conservant un caractère de neutralité ou d’objectivité. La seconde, en revanche, possède une vocation universelle de connaissance des déterminants et des mécanismes du droit. Les deux activités ont pour but de mettre de l’ordre, mais il ne s’agit pas du même ordre : ordonnancement des textes d’une part, ordre juridique de l’autre.

Pour assurer cette subordination de la codification à la théorie du droit, plusieurs publicistes sont partisans de codifier, du droit administratif, au moins la compétence et la procédure en matière administrative et juridictionnelle. Il est ainsi proposé d’ “extraire des lois existantes et coordonner méthodiquement les cas auxquels s’étend la juridiction de l’administrateur ou du juge administratif”⁽⁸⁹⁾. Et là, curieusement, les scrupules sur le mélange des genres entre, d’un côté, réflexion théorique sur l’ensemble du droit et, de l’autre, compilation méthodique des seuls textes

85 GINOULHIAC (C.), *De la codification et de son influence sur la législation et sur la science du droit*, Paris, Durand, 1862, p. 56.

86 GINOULHIAC (C.), *op. cit.*, p. 56.

87 MALLEIN (J.), *op. cit.*, p. 45.

88 MALLEIN (J.), *op. cit.*, p. 46.

89 MALLEIN (J.), *op. cit.*, p. 51.

disparaissent, puisque ce résultat sera obtenu par “un travail pour lequel on aura besoin de consulter outre les lois qui n’ont pas tout prévu, la jurisprudence du Conseil d’État qui les a souvent interprétées et les auteurs qui les ont quelquefois critiquées”⁽⁹⁰⁾. Suivant cette ligne directrice, paraissent divers codes de procédure dont le plus diffusé fut celui de Chauveau⁽⁹¹⁾. Dans ce projet, limité à une partie du droit administratif, mais pour cela exemplaire de la démarche, la codification est clairement affichée comme instrumentation de la théorie juridique.

Ce caractère instrumental est également repris par d’autres interprètes du droit qui revendiquent clairement, pour leur activité d’ensemble, et non à titre personnel, un rôle de théoriciens du droit et le disputent au monopole supposé des universitaires et publicistes qui écrivent. Il est impossible de ne pas citer intégralement la position de Laferrière : “Pour le droit codifié [civil et commercial], l’exégèse des textes est la méthode dominante et la jurisprudence ne peut être qu’un auxiliaire; pour le droit administratif, c’est l’inverse; l’abondance des textes, la diversité de leurs origines, le peu d’harmonie qu’ils ont souvent entre eux risquent d’égarer le commentateur qui voudrait leur appliquer les mêmes méthodes qu’au droit codifié. La jurisprudence est ici la véritable source de la doctrine, parce qu’elle seule peut dégager les principes permanents des dispositions contingentes dans lesquelles ils sont enveloppés, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité ou à leur insuffisance, en ayant recours aux principes généraux du droit ou à l’équité”⁽⁹²⁾. C’est ainsi que, plus largement, la codification du droit administratif ou son absence prennent une valeur symbolique, celle d’un emblème pour la théorie du droit, d’une valeur-pivot autour de laquelle les différents interprètes du droit développent leur propre représentation du système de droit public.

Deux publicistes marquent bien, au début et à la fin de la période, les données du débat en termes de rapport scientifiques et disciplinaires.

Le premier, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, écrit un ouvrage entier pour rappeler que la question de la codification est au cœur du débat entre l’école historique du droit de Savigny et l’École de l’Exégèse⁽⁹³⁾, et pour tenter de dépasser cette controverse⁽⁹⁴⁾. Il souhaite clairement

90 *ibid.*

91 CHAUCHEAU (A.), *Code d'instruction administrative, ou lois de la procédure administrative, contenant, dans l'ordre du Code de procédure civile, avec des rubriques correspondant aux titres de ce Code, les règles de l'instruction devant les tribunaux administratifs, Ministres, Préfets, Conseil d'État, Conseils de Préfecture, et les règles particulières à l'instruction en matière de conflits, d'élections, d'autorisations de plaider, de contributions directes, suivi d'un formulaire annoté de tous les actes d'instruction administrative*, Paris, Cosse et Marchal, t. I, 1860; t. II, 1861. L’ambiguïté est patente, car il s’agit plus d’un manuel que d’un code.

92 LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887, t. I, préface.

93 GINOULHIAC (C.), *op. cit.*, p. 7 : “La question fut d’abord posée au siècle dernier, à l’occasion du code prussien; et, depuis lors, renouvelée plusieurs fois, elle a soulevé les plus vives controverses, donné naissance à deux écoles rivales, et s’est même élevée à la hauteur d’une question politique et nationale.”

94 “Je n’ai point voulu faire un traité complet ou une histoire de la codification, encore moins proposer un système nouveau. J’ai seulement essayé de combattre les erreurs et de rectifier les fausses notions qui ont généralement cours en cette matière, et qui font méconnaître les avantages de la codification ou qui ne lui permettent pas de produire, à l’égard de la législation et de la science, tous ses résultats”, *ibid.*

abandonner cette opposition de circonstance non seulement au profit d'une étude purement théorique, car "il est permis, selon lui, d'étudier la question de la codification au seul point de vue de la législation et de la science, abstraction faite des circonstances qui l'ont vu naître" ⁽⁹⁵⁾, mais aussi au bénéfice d'une étude détachée du fond du droit : "je ne veux point appliquer ici à telle ou telle partie du droit ce qui me paraît être la conséquence logique des principes que j'ai posés en matière de codification" ⁽⁹⁶⁾. La réussite de son entreprise dépasse le présent propos et ne peut être appréciée qu'à la lecture de l'ensemble de l'ouvrage ⁽⁹⁷⁾.

Quant au véritable enjeu de la notion de codification, Ginoulhiac développe ensuite la constatation que son résultat, à savoir le Code et son exégèse, dans ses acceptions les plus courantes, "proscrit l'intervention" de la science du droit. "Comment veut-on que la science du droit soit possible, enserrée comme elle le serait dans ces formules immuables qui composent le Code ? (...) La science ne peut se développer dans de telles conditions, il lui faut plus de liberté dans ses mouvements; et surtout il faut qu'elle ne soit pas condamnée à se mouvoir dans le domaine des pures abstractions, sans produire jamais aucun résultat pratique" ⁽⁹⁸⁾. Pour cet auteur, qui réagit à l'activité exclusive des tenants de la méthode exégétique, une codification du droit administratif ne devrait même pas affecter le raisonnement des théoriciens du droit public. Il aboutit en effet à "la condamnation formelle de cette manière d'envisager la codification" en montrant que "la nécessité de la science est expressément reconnue, même quand il y a des codes" ⁽⁹⁹⁾.

Au tournant du siècle, les réflexions d'un autre publiciste ⁽¹⁰⁰⁾ montrent rétrospectivement que les débats ont évolué et que la différence s'est accentuée entre les disciplines du droit ayant vécu une longue période de limitations exégétiques ⁽¹⁰¹⁾, et celles qui se sont développées en l'absence

95 GINOULHIAC (C.), *op. cit.*, p. 8.

96 GINOULHIAC (C.), *op. cit.*, p. 57.

97 Le résultat est en tout cas assez proche de nos conceptions actuelles. "Les codes ne nous apparaissent plus comme une œuvre révolutionnaire, comme le produit d'une volonté arbitraire ou d'un système philosophique; mais bien comme le résultat du développement progressif du droit qui se manifeste sous une forme nouvelle pour être en rapport avec des besoins nouveaux, un nouvel état dans la société. La codification est une transformation dans le droit qui correspond d'ordinaire à une transformation sociale. Par les codes le législateur ne crée pas un droit nouveau, il les soumet à un travail de révision et d'épuration, il les coordonne, il les met en harmonie les uns avec les autres, il en forme une loi unique", GINOULHIAC (C.), *op. cit.*, p. 46.

98 GINOULHIAC (C.), *op. cit.*, p. 58.

99 GINOULHIAC (C.), *op. cit.*, p. 61.

100 DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du Droit public*, Paris, Fontemoing, 1897, 7ème éd. La préface de ce traité est intitulée : "De l'absence de codification du droit administratif. Ses causes historiques disparues et ses conséquences". De manière frappante, elle commence par un tableau général de l'histoire du droit administratif. "A l'étranger comme dans notre pays, il n'existe pas de codification des lois administratives. La grande étendue du droit administratif n'explique pas seule ce phénomène. Il a d'autres causes, et surtout des causes historiques, absolument déterminantes pour la France." *op. cit.*, p. VII-VIII.

101 Il ne paraît pas possible de suivre M. FORTSAKIS, dans la qualification d' "interprétation exégétique desséchante et sclérosante" (*op. cit.*, p. 92) appliquée aux théoriciens du droit civil et commercial. Le Professeur Jean HILAIRE, décrivant les critiques doctrinales adressées à la codification du

de Code. Certes, il s'agit plutôt de constatations institutionnelles, liées à l'organisation politique et constitutionnelle, sans souci particulier d'étude du contenu de la pensée juridique dans la période. Elles ont cependant l'avantage de montrer assez clairement la différence profonde qui se marque entre le droit civil et le droit administratif. Ducrocq étudie surtout la codification pour désapprouver certains enseignants, tels J. Laferrière, Dufour, et Batbie qui "ont appliqué au droit administratif les divisions du Code civil, les personnes, les choses et les manières d'acquérir. Nous avons toujours considéré que c'est dans le droit administratif lui-même et non dans des analogies plus spécieuses que fondées, puisées dans le droit privé, qu'il convient de chercher les bases du plan général du droit administratif" (102).

Là est donc le fin mot de la position de Ducrocq. La codification comme enjeu d'une opposition public/privé a remplacé la codification comme enjeu de l'opposition école historique/école de l'exégèse. "Le droit public, dont le droit administratif fait partie, a des principes qui lui sont propres, distincts de ceux du droit privé. Par leur objet et leur nature, ces principes sont réfractaires aux cadres du droit civil" (103).

VII. Retour à la crypte

Partis d'une initiative publique, vite abandonnée, de codification d'ensemble des lois et règlements, les publicistes en ont dévié le sens vers la codification du droit administratif. Ils ont construit le droit administratif sur ce plan idéal qu'est la fiction de la codification. Puis, une fois l'œuvre achevée, ils ont critiqué eux-mêmes l'outil programmatique qu'ils avaient forgé et l'ont abandonné parce qu'il est apparu trop visiblement qu'un code administratif fondé sur un droit administratif déjà structuré deviendrait très contraignant pour le pouvoir exécutif. La notion de codification ne réapparaît dans le débat théorique à la fin du XIX^{ème} siècle que pour expliquer ou justifier des oppositions disciplinaires ou doctrinales.

Au terme de cette promenade dans la crypte du droit administratif, un retour s'impose peut-être au fondateur de l'œuvre codificatrice. Un auteur quelque peu critique et désinvolte a pu écrire qu' "il importait au reste fort peu à Bonaparte que ses codes fussent bien ou mal faits : il suffisait pour lui qu'ils existassent" (104). En raison d'une part du rôle particulier joué par l'idée de codification dans la construction du droit administratif, et d'autre part de la certitude progressivement acquise que les autorités publiques n'avaient aucun intérêt à promouvoir un projet d'envergure, il faut se

droit commercial, montre que la préoccupation des auteurs dès avant 1840 est de "dépasser le seul cadre du Code pour 'exposer — et discuter au besoin — les lois et les règlements de toute nature qui plus ou moins directement atteignent le commerce'. Pour faire le tour de cette législation, il ne suffit pas de traiter 'des commerçants pris en masse'; il faut encore aborder les 'institutions publiques qui veillent sur le commerce', particulièrement l'administration commerciale et les rapports du ministère de l'intérieur avec le commerce, ce qui pose la question de l'utilité d'un ministère spécial", HILAIRE (J.), *Le Droit, les Affaires et l'Histoire*, Economica, 1995, p. 21, citant VINCENS (E.), *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, 1821.

102 DUCROCQ (T.), *op. cit.*, p. XXVIII.

103 *ibid.*

104 BERNARDI (J. E. D.), *Observations sur l'ancienne Constitution française et sur les Lois et les Codes du gouvernement révolutionnaire*, Paris, Michaud frères, 1814, p. 49.

demander si, pour la codification du droit administratif, la formule ne devrait pas être inversée : peu importe que le code administratif ait été d'un contenu ou d'un autre : il était nécessaire qu'il n'existât point.