

sanctionnant tous les actes individuels qui y sont conformes. Ils n'ont en un mot d'autre pouvoir que celui d'accomplir l'obligation d'employer leur force à protéger l'interdépendance sociale. Et cela entraîne une série de conséquences.



II

D'abord, une conception de la loi toute différente de la conception révolutionnaire¹. On sait que la Déclaration des droits de 1789 (art. 6) définissait la loi l'expression de la volonté générale. D'où il résultait que ce qui fait la force obligatoire de la loi, c'est qu'elle est voulue par la collectivité et qu'est loi tout ce qui est voulu par la collectivité. La loi, dit-on², a une force particulière, un caractère spécial, parce qu'elle émane d'une volonté qui a elle-même une nature particulière. C'est la volonté de la collectivité personnifiée dans l'État, d'une essence différente de la volonté des individus. Ceux-ci n'ont donc qu'à se soumettre à la loi quoi qu'elle commande, parce qu'elle a une force transcendante qui s'impose

1. Cf. *Revue du droit public*, 1908, p. 5, le très intéressant article de M. Deslandres, intitulé : *Étude sur le fondement de la loi* ; Dicey, *Le droit et l'opinion publique*, édit. franç., 1906.

2. M. Esmein, par exemple, écrit : « ... la loi (est) le commandement du souverain et elle tire sa force obligatoire de l'autorité dont elle émane » (*Droit constitutionnel*, 4^e édit, 1906, p. 38).

à eux. D'où ce fétichisme de la loi qu'a si bien mis en relief M. Édouard Berth dans un article du *Mouvement socialiste* que j'ai déjà cité : « La démocratie parlementaire, écrit-il, n'est-ce pas le droit divin de la puissance magique de l'État passée du roi aux partis chargés de traduire la soi-disant souveraineté du peuple?... La loi qui émane de nos parlements modernes est entourée d'un respect plus superstitieux que ne l'ont jamais été les rois les plus absolus et l'on peut dire que le légalitarisme moderne est plus asservissant encore que l'ancien loyalisme¹. »

La vérité c'est que la loi est l'expression non point d'une volonté générale qui n'existe pas, non point de la volonté de l'État qui n'existe pas davantage, mais de la volonté des quelques hommes qui la votent. En France la loi est l'expression de la volonté des 350 députés

1. *Mouvement socialiste*, juillet 1907, 3^e série, I, p. 11. — Herbert Spencer a écrit : « La grande superstition de la politique d'autrefois, c'était le droit divin des rois. La grande superstition de la politique d'aujourd'hui, c'est le droit divin des parlements. L'huile d'onction, semble-t-il, a glissé sans qu'on y prenne garde, d'une seule tête sur celles d'un grand nombre, les consacrant eux et leurs décrets. On peut trouver irrationnelle la première de ces croyances ; il faut admettre qu'elle était plus logique que la dernière... » (*L'individu contre l'État*, édit. française, 1885, p. 116).

et des 200 sénateurs, qui forment la majorité habituelle à la Chambre et au Sénat. Voilà le fait. En dehors de cela il n'y a que fictions et formules vaines ; nous n'en voulons plus.

Si la loi est l'expression de la volonté individuelle des députés et des sénateurs, elle ne peut s'imposer comme telle aux autres volontés. Elle ne peut s'imposer que si elle est la formule d'une règle de droit, ou la mise en œuvre de cette règle, et dans la mesure où elle est cela. Toutes les lois en effet se divisent en deux grandes catégories : celles qui formulent une règle de droit et celles qui prennent des mesures pour en assurer l'application. J'ai appelé les premières lois *normatives*, et les secondes lois *constructives*¹. Mais peu importe les mots. Ni les unes ni les autres ne contiennent à vrai dire de commandement adressé par une volonté supérieure à des volontés subordonnées. Elles sont cependant obligatoires, parce qu'elles sont la formule ou la mise en œuvre d'une règle obligatoire par elle-même.

On comprend dès lors pourquoi et comment les lois sont obligatoires même pour ceux qui les ont faites, pour les gouvernants ou, comme

1. Cf. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 551 et suiv.

on le dit habituellement, pour l'État. La loi est aussi rigoureusement obligatoire pour le Parlement qui l'a votée que pour le particulier auquel elle s'adresse. Si l'on voit dans la loi un ordre formulé par l'État-personne, et si l'on fait du Parlement le mandataire représentatif ou l'organe juridique de l'État, je mets qui que ce soit au défi d'expliquer comment le Parlement peut être lié par la loi qu'il a faite, et les Anglais sont parfaitement logiques, quand ils disent que le Parlement peut tout faire, excepté cependant changer un homme en femme.

Les juristes allemands, à la suite de Ihering, de M. Jellinek, enseignent la théorie subtile de l'*auto-limitation* de l'État. L'État, disent-ils, est lié par la loi qu'il fait, parce qu'il se limite volontairement par cette loi ; il peut le faire, ajoutent-ils, sans que sa souveraineté soit atteinte, puisque la souveraineté est la faculté d'*auto-détermination*, qu'en s'auto-limitant l'État s'auto-détermine et reste ainsi souverain quoique subordonné à sa propre loi¹.

1. Cf. Ihering, *Der Yweck im Rechte*, I, p. 241 ; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 197 ; *Allgemeine Staatslehre*, 2^e édit., 1905, p. 357. Pour la critique que j'ai essayé de faire de cette doctrine, voy. *L'État, le droit objectif...*, p. 105 et s., et *Manuel*, 1907, p. 54.

C'est très ingénieux ; mais cela ne prouve rien. En effet, dire que le Parlement, qui fait la loi et qui représente l'État, est lié parce qu'il veut, tant qu'il veut et dans la mesure où il veut être lié par la loi, c'est dire précisément qu'il ne l'est point. Cela est tellement vrai que les théoriciens de l'auto-limitation, comme M. Jellinek, enseignent que la loi n'est pas nécessairement une disposition par voie générale, qu'il peut y avoir des lois individuelles¹. C'est dire que le Parlement peut toujours apporter une dérogation individuelle à la loi générale qu'il a votée, qu'il peut toujours se soustraire à l'application de la loi.

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 232 ; *Allgemeine Staatslehre*, 2^e édit., 1905, p. 595. Rap. Laband, *Droit public*, édit. franç., 1901, t. III, p. 260.

III

La conception de la loi que j'expose a rencontré d'assez vives objections que je ne puis passer sous silence.

D'abord, a-t-on dit, c'est une théorie anarchiste ; il n'y a pas une société qui puisse vivre avec une pareille conception de la loi¹. L'obéissance passive à la loi est la condition nécessaire de toute vie sociale. La théorie précédente reconnaît à chaque individu le droit de refuser obéissance à une loi, sous le prétexte qu'elle n'est pas conforme à la notion qu'il se forme de la règle de droit ; c'est dès lors la désorganisation générale. Au moins

1. M. Esmein conclut sa longue et courtoise critique de ma doctrine en disant : « Si l'on nie la souveraineté, de deux choses l'une : ou pas de lois, ni de gouvernement, et c'est la chimère anarchiste..., ou bien les lois ne peuvent être que des transactions entre les différentes forces ou classes qui existent en fait dans la nation. » (*Droit constitutionnel*, 4^e édit., 1906, p. 40.) Je crois ne point être un anarchiste ; mais je crois et j'espère montrer dans la troisième conférence, qu'en effet nos sociétés modernes évoluent vers un état de droit reposant essentiellement sur l'accord des différentes classes sociales.

faut-il affirmer, dit-on¹, que toute loi est présumée conforme au droit et doit, jusqu'à preuve du contraire, s'imposer à l'obéissance des citoyens.

L'objection, qui paraît grave, ne me touche guère. Je puis la retourner et dire que ma théorie de la loi est au contraire essentiellement sociale, parce qu'elle astreint les gouvernants à n'édicter que des lois sur le caractère juridique desquelles il ne puisse pas s'élever de doute. Je sais bien que la vérité juridique ne s'impose point avec l'évidence d'une formule mathématique. Mais il n'en est pas moins vrai que certaines règles de droit ont à un moment donné pénétré si profondément et si généralement la conscience des hommes, que toute loi, qui n'aura d'autre but que d'assurer l'application d'une semblable norme, rencontrera certainement une adhésion quasi unanime.

Mais, dira-t-on, le nombre des lois répondant à ces conditions sera très restreint. Sans doute. Et le mal n'est pas grand. C'est à mon avis une grande erreur de croire que le progrès social se mesure au nombre des lois nou-

1. Gény, *Compte rendu de mon livre : L'État, le droit objectif...*, dans *Revue critique de législation*, 1901, p. 508.

velles qu'édicte les gouvernants. D'ailleurs dans un avenir, qui n'est peut-être pas éloigné, les gouvernants feront de moins en moins de lois, parce que les rapports des individus et des groupes seront surtout régis par des règlements conventionnels, je veux dire par des règlements résultant d'une entente entre deux ou plusieurs groupes, les gouvernants ne devant intervenir que pour leur donner une sanction, les contrôler et les surveiller.

D'autre part quand on parle de résistance à l'application de la loi, on a presque toujours en vue la résistance violente. Mais la résistance à des lois oppressives peut se manifester tout autrement. Il y a longtemps que les théologiens ont distingué la résistance passive, la résistance défensive et la résistance agressive et montré que celle-ci n'est légitime que comme dernier recours¹. Si, comme je le crois, les groupes sociaux sont en train de s'intégrer dans l'intérieur de chaque société nationale et notamment en France, au moyen de formations syndicalistes, ils pourront organiser une forte et pacifique résistance à l'application des lois oppressives. Où serait le mal que le législateur

1. Cons. Chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*, 1898, p. 16 et suiv. et mon *Manuel*, 1907, p. 677.

fût averti que toute loi qui opprimerait une classe au profit d'une autre rencontrerait de la première, dans son application, une opposition fortement organisée ? Ne serait-ce même pas le devoir de tout parlement d'organiser cette résistance légitime ? La chose, il est vrai, n'est pas aisée. Avec la conception de la loi volonté souveraine, elle était impossible. Avec notre conception de la loi elle ne l'est point. Le principe s'en trouverait dans la création d'un haut tribunal composé également des représentants de toutes les classes sociales et jugeant, si je puis ainsi dire, la légalité de la loi¹.

Une autre objection m'a été adressée par mon jeune et brillant collègue M. Pólitis, professeur à la Faculté de droit de Poitiers. Comme moi, il admet l'existence d'une règle de conduite fondée sur l'interdépendance sociale ; mais pour lui elle est une règle morale plutôt que juridique. Elle n'est point, dit-il, impérative par elle-même ; elle ne le devient que

1. Cf. propositions de MM. J. Roche et Charles Benoist, tendant à la création d'une cour suprême pour statuer sur les réclamations des citoyens pour violation de leurs droits par le pouvoir législatif, *J. off.*, doc. parl., Chambre, sess. ord. 1903, p. 97 et 99.

lorsqu'elle est formulée dans la loi positive. Ce qui le prouve, c'est qu'avant d'être formulée dans la loi positive, sa violation n'entraîne aucune répression et que les actes faits par les individus conformément à la règle ne produisent pas d'effet, ne sont pas socialement sanctionnés. La loi positive n'est donc pas, dit-il, la simple constatation de la règle sociale ; elle y ajoute quelque chose ; elle seule lui donne le caractère impératif.

Il me semble qu'en m'adressant cette objection, M. Politis a un peu confondu le caractère obligatoire de la règle et la sanction socialement organisée de cette règle. Assurément tant qu'il n'y a pas de loi écrite ou pas de coutume constatée, il n'existe pas de la règle de droit une sanction régulière et juridiquement organisée. Mais cela prouve-t-il que la règle sociale ne soit pas impérative par elle-même ? D'ailleurs l'expression *impérative* n'est pas bonne, parce qu'elle implique l'idée d'ordre donné. Or la règle de droit n'est point un ordre, mais une discipline de fait que l'interdépendance sociale impose à tout membre du groupe.

M. Politis admet le caractère impératif de la coutume et il l'explique par le consentement

volontaire des hommes à la règle qu'elle contient. La loi serait la réalisation d'un degré de plus, et son caractère impératif s'expliquerait aussi par l'acceptation volontaire des individus auxquels elle s'adresse. — Cette acceptation volontaire, je ne la nie point ; mais elle ne peut rien ajouter à la règle elle-même, qui tire toute sa valeur de l'interdépendance sociale, ou du postulat admis une fois pour toutes. L'acceptation volontaire de la règle n'en est au fond qu'une conscience plus claire et plus précise, qui en facilite l'application et qui en assure la sanction. Au surplus, que M. Politis prenne garde. Son idée de « règle obligatoire parce que voulue par les hommes » le ramène bien près de l'ornière du contrat social.

Enfin on m'a dit encore : votre conception de la loi n'est qu'un retour à la théorie des Doctrinaires sur la souveraineté de la raison, laquelle n'est qu'une édition à peine revue de la vieille et caduque théorie du droit naturel¹.

1. M. Esmein écrit : « Cette thèse qui nie la souveraineté et le pouvoir constituant n'est point d'ailleurs nouvelle, mais seulement rajeunie par l'invocation de quelques idées assez vagues d'ailleurs, qui ont aujourd'hui la faveur soit en France, soit en Allemagne, comme le principe de la solidarité humaine et la conception de la règle de droit se suffisant à elle-même. C'est la

Mon Dieu ! je sais bien que les Royer-Collard et les Guizot sont des personnages aujourd'hui un peu démodés. Et cependant ce n'était pas si... bête de dire : la loi n'est souveraine et obligatoire que dans la mesure où elle est conforme à la raison. Un homme qu'on n'accusera point, je suppose, de n'être pas

doctrinaire qui, à diverses époques, a prétendu ne reconnaître d'autre souveraineté que celle de la raison. C'est celle que Guizot défendait sous la Restauration (*Moyens d'opposition*, p. 67). C'est celle que formulait encore le parti doctrinaire par la bouche de Royer-Collard (*Discours sur la pairie*, 1831). Dans les *droits et intérêts légitimes* où celui-ci voit la base même de la société politique, on trouve l'équivalent exact de la situation juridique et de la règle de droit sur laquelle M. Duguit construit tout son système (Esmein, *Droit constitutionnel*, 4^e édit., 1906, p. 36). — Je ne nie point qu'on puisse rapprocher, au point de vue formel, ma doctrine des conceptions doctrinaires ; et je le dis au texte. Mais je tiens à faire quelques précisions. M. Esmein paraît se méprendre sur la place que je donne à la *situation juridique subjective*. Il en fait une des bases de mon système, quand je me suis attaché à montrer qu'elle en était le point d'arrivée. La situation de droit subjectif ne naît en effet que lorsqu'une déclaration de volonté individuelle s'est produite conformément à la règle de droit. Quant à la notion que je me forme du droit objectif et de la règle de droit, elle est toute différente de la conception doctrinaire *des droits et des intérêts légitimes*. Celle-ci reposait évidemment sur les droits individuels déterminés *a priori* par la raison ; mon affirmation de la règle de droit repose exclusivement sur un fait, le fait de l'interdépendance sociale, constaté par l'observation. La différence me paraît fondamentale. Rap. Barthélemy, compte rendu de mon *Manuel*, dans *Revue du droit public*, 1908, n^o 1, p. 161.

moderniste, M. Clémenceau, Président du Conseil, ne disait point autre chose dans le discours déjà cité : « Il faut bien, disait-il, que la démocratie soit d'abord le gouvernement de la raison¹. » Il suffit de s'entendre sur ce qui est conforme à la raison. Si l'on dit : une loi n'est obligatoire que lorsqu'elle est conforme à certains principes rationnels, immuables, toujours les mêmes en tous temps et en tous pays ; c'est la doctrine du droit naturel, doctrine périmée et que je repousse énergiquement. Mais si l'on dit : une loi ne s'impose que lorsqu'elle est conforme aux conditions de vie actuelles, momentanées et changeantes d'une société donnée, déterminées par l'observation et l'analyse rationnelle de son évolution et de sa structure ; c'est là, ce me semble, une doctrine tout à fait étrangère au droit naturel et aux conceptions *doctrinaires*, une doctrine d'ordre purement positif et d'inspiration vraiment scientifique. C'est celle que je défends.

1. *J. officiel*, 13 février 1908.

IV

En écartant la double notion de personnalité et de souveraineté de l'État, nous pouvons fonder le principe d'une limitation effective et étroite, négative et positive de l'action des gouvernants. Je sais bien que la doctrine de la souveraineté personnelle prétend qu'elle aussi peut limiter l'action de l'État. C'est possible, quoique, on l'a vu, les faits semblent prouver le contraire. En tous cas, elle ne peut la limiter que négativement; elle ne peut pas imposer à l'État des obligations positives. Les Déclarations des droits et les constitutions de 1789, de 1791 et de l'an III, qui contiennent l'expression la plus parfaite et la plus complète de la doctrine, ne parlent que d'une limitation négative. « Le pouvoir législatif, est-il dit, ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte à l'exercice des droits naturels de l'homme¹ », et rien de plus. D'où il suit que, quoi qu'on en ait dit², avec la souverai-

1. Const., 1791, tit 1, § 3.

2. H. Michel, *L'idée de l'État*, 1898, p. 90. V. la critique de cette proposition dans mon *Manuel*, 1907, p. 649.

neté de l'État et la doctrine individualiste, on ne peut fonder l'obligation pour les gouvernants d'assurer gratuitement à tous un minimum d'enseignement, de procurer du travail à quiconque en demande et de fournir les moyens de subsistance à tous ceux qui sont dans l'impossibilité de se les procurer par leur travail. Notre législation positive, dominée jusqu'à ces dernières années par la fausse doctrine individualiste, n'a établi la gratuité de l'enseignement primaire qu'en 1881 (loi du 16 juin 1881); elle n'a point encore reconnu ce qu'on appelle improprement le droit au travail; et elle n'impose l'obligation d'assistance que depuis 1893 pour les malades (loi du 15 juillet 1893) et depuis 1905 (loi du 14 juillet 1905, modifiée par l'article 35 de la loi fin. du 31 décembre 1907) pour les vieillards, les infirmes et les incurables. On peut dire ainsi que la reconnaissance des obligations positives des gouvernants a marché de pair avec la décroissance constante de la doctrine individualiste et de la conception régalienne de l'État qui en était connexe¹.

Que dans un régime politique fondé sur la

1. Cf. le beau livre de M. A. Schatz, *L'individualisme économique et social*, 1907.

conception du droit objectif, le devoir d'assistance, d'enseignement, d'assurance contre le chômage s'impose aux gouvernants, on le comprend aisément. Ceux-ci sont des individus comme les autres et non point les organes d'une prétendue personne collective. Comme les autres, ils sont soumis à la règle de droit, qui leur impose les obligations correspondantes à la situation qu'ils occupent dans la société et qui par conséquent les oblige à mettre la plus grande force qu'ils détiennent au service de l'interdépendance sociale. Ils ne sont pas seulement tenus de s'abstenir; ils sont tenus d'agir, et cette obligation se traduit dans le devoir juridique d'enseignement, de garantie de travail.

Mais le devoir d'assistance soulève le problème le plus troublant parmi tous ceux qui se posent à la conscience moderne. Le christianisme l'avait résolu par le devoir moral de charité dans le sens que l'on sait. La politique positive doit-elle le résoudre dans le même sens? Quelle solution découle logiquement du fait d'interdépendance qu'on a dégagé? Que les gouvernants soient obligés d'assurer l'assistance médicale à tous ceux dont la guérison est possible, ce n'est pas douteux: l'as-

sistance a pour but alors de conserver une force sociale ; elle concourt à accroître, à maintenir l'interdépendance. Mais l'assistance est-elle due aussi aux vieillards, qui consomment sans produire et doivent disparaître forcément dans quelques années, aux incurables qui non seulement sont des valeurs improductives, mais peuvent encore jeter dans la race même un germe de mort ou de décadence ? N'est-ce pas alors violer la loi même d'interdépendance sociale ?

Spencer laissait entendre que l'assistance ainsi comprise était œuvre anti-sociale¹. Niet-

1. Herbert Spencer n'entendait point interdire la bienfaisance individuelle. « Je n'ai pas l'intention, écrivait-il, de supprimer ou de condamner les secours accordés aux hommes mal doués par les hommes bien doués en leur qualité d'individus » (*L'individu contre l'État*, édit. franç., 1885, p. 98). Mais partant du principe darwinien de la lutte pour la vie et de la sélection, il estime que « la société prise dans sa totalité ne peut, sans s'exposer à un désastre immédiat ou futur », intervenir pour favoriser le développement des individus mal doués. « En concurrence avec les membres de sa propre espèce, en lutte avec les membres d'autres espèces, l'individu dépérit et meurt, ou bien prospère et se multiplie selon qu'il est bien ou mal doué. Évidemment un régime contraire, s'il pouvait être maintenu, serait avec le temps fatal à l'espèce... Y a-t-il un homme qui pense que cette vérité n'est pas applicable à l'espèce humaine ?... Voudrait-il prétendre qu'il n'en résultera aucun mal si les individus peu doués sont mis dans la possibilité de prospérer et de se multiplier autant ou plus que les individus bien doués ? Une société

zsche¹ la bannit de la société fondée sur la *volonté de puissance*. Et cependant nul d'entre nous n'entend désapprouver une loi comme celle du 14 juillet 1905, formulant pour la première fois le droit à l'assistance et imposant de lourdes charges aux contribuables pour assurer des secours ou l'hospitalisation aux vieillards, aux infirmes et aux incurables. Mais on doit l'avouer franchement, la loi d'interdépendance à elle seule est ici impuissante. Il faut quelque chose de plus ; il faut le sentiment de la pitié pour la souffrance humaine. Sentiment acquis, ou sentiment inné, peu importe, il est un des plus beaux apanages de l'homme civilisé au xx^e siècle ; il doit trouver place

humaine, étant ou bien en lutte, ou bien en concurrence avec d'autres sociétés, peut être considérée comme une espèce, ou plutôt comme une variété d'espèce, et on peut affirmer que pareillement aux autres sociétés ou variétés, elle sera incapable de rester debout dans la lutte avec d'autres sociétés, si elle avantage ses unités inférieures aux dépens de ses unités supérieures » (Herbert Spencer, *loc. cit.*, p. 97 et 98, Paris, F. Alcan).

1. Lire particulièrement : *La volonté de puissance*, édit. franç., trad. H. Albert, 1903, surtout au t. II, le livre IV intitulé *Discipline et sélection*, qui commence par ces mots : « Ma philosophie apporte la grande pensée victorieuse qui finit par faire sombrer toute autre méthode. C'est la grande pensée *sélectrice* ; les races qui ne la supportent pas sont condamnées ; celles qui la considèrent comme le plus grand des bienfaits sont choisies pour la domination » (p. 179).

dans notre régime politique positif, qui doit saisir le tout de l'homme. Il faut ajouter d'ailleurs que la vue des secours accordés aux infirmes, aux vieillards, aux incurables est un spectacle de justice qui est un encouragement pour les travailleurs sociaux et contribue ainsi à accroître leur force productive.

L'activité publique se manifeste non seulement par la loi, mais aussi par des actes individuels, qui sont ou des actes juridictionnels ou des actes administratifs et dont la distinction est un des points les plus délicats du droit public¹. D'après la théorie traditionnelle, l'acte administratif ou juridictionnel, qui en fait est l'œuvre d'un homme, administrateur ou juge, serait en droit l'œuvre de l'État lui-même. Je n'ai jamais compris ces distinctions entre la vérité de fait et la vérité de droit. Toute construction juridique qui repose sur une pareille distinction est sans valeur. Prenons donc le fait tel qu'il est. L'acte administratif ou juridictionnel émane d'une volonté individuelle, et la volonté d'un chef d'État, d'un ministre, d'un préfet ou d'un juge, qui prend une décision, n'a en elle rien qui la distingue de ma propre volonté. Je ne peux donc

1. Cons. pour cette distinction mon *Manuel*, 1907, p. 181 et suiv., 237 et suiv.

accepter qu'on parle d'actes d'autorité, de puissance publique, de délégation de la puissance publique, de fonctionnaires ayant une parcelle de la puissance publique. Autant de mots vides de sens, et de plus dangereux, car de l'acte de puissance publique à l'acte de gouvernement échappant à tout recours, il n'y a pas loin, et du régime de puissance publique au régime dictatorial et tyrannique, il n'y a qu'un pas.

Mais si nous nions la puissance publique, comment expliquer que l'acte individuel d'un agent s'impose légitimement à nous ? Par la théorie de l'acte juridique¹. L'acte de l'agent produit un effet de droit, comme tout acte de volonté individuelle, unilatéral ou contractuel, qui réunit les conditions de l'acte juridique. Sans insister sur cette délicate théorie, je veux montrer d'un mot comment elle se rattache directement à notre conception du droit objectif.

Je définis l'acte juridique une déclaration de volonté émanant d'une personne capable, ayant pour objet une chose qu'elle peut vou-

1. Pour cette théorie, cons. mon volume *L'État, le droit objectif*, 1901, le chap. III, p. 138 et suiv., et *Manuel*, p. 210 et suiv.

loir, déterminée par un but légal et faite dans l'intention de créer une situation juridique. L'effet de droit n'est point en réalité produit par l'acte de volonté. La manifestation volontaire d'un individu quel qu'il soit, simple particulier, ou empereur, roi, président de la République, ministre, préfet, maire, est impuissante par elle-même à créer un effet de droit. L'effet de droit est un fait social puisqu'il n'est autre chose que la contrainte socialement imposée à une ou plusieurs volontés de faire ou de ne pas faire quelque chose. Or une volonté individuelle ne peut pas par sa seule force produire un effet social. Mais si l'acte de volonté individuelle est déterminé par un but social, s'il est conforme à la règle de droit, s'il tend à créer une situation de droit, l'effet se produit comme conséquence directe de l'application de la règle de droit : c'est l'obligation pour la volonté, visée par l'acte, d'accomplir une certaine prestation ou de s'abstenir d'un certain agissement et cela sous la sanction d'une contrainte sociale et dans les pays civilisés d'une contrainte socialement organisée.

Ainsi les actes faits par les agents publics ne sont que des actes de volonté individuelle.

La volonté d'un administrateur, d'un juge, n'est pas une volonté d'une essence supérieure à celle des particuliers. Qu'on ne dise pas qu'ils sont les mandataires ou les organes d'une personne souveraine, l'État; ce ne serait qu'une fiction et l'on sait ce qu'il en faut penser. Si l'acte d'un agent public produit un effet, c'est seulement parce que et seulement lorsque il est un acte juridique, comme tout acte émané d'une volonté individuelle, et sous les conditions qui s'imposent à toute volonté individuelle.

Vous apercevez les conséquences pratiques d'une importance considérable qui découlent de cette proposition. Pendant longtemps on a considéré l'acte administratif comme un acte d'une nature toute spéciale, on l'entourait d'une sorte de respect superstitieux. L'administration apparaissait comme une puissance supérieure qui pouvait imposer sa volonté, comme autrefois les princes absolus, parce que telle était son bon plaisir. Elle ne reconnaissait qu'à elle-même le pouvoir d'apprécier la légalité des actes qu'elle avait faits. Elle planait comme une divinité mystérieuse et redoutable au-dessus des mortels effrayés. Je crois bien que beaucoup d'administrateurs ont

encore la croyance intime qu'ils sont d'une essence supérieure. Mais le public devient sceptique. Du jour où l'on a compris et affirmé que l'acte administratif est un acte comme un autre, un acte qui ne tire aucune force particulière de la volonté de son auteur, un acte qui ne produit d'effet que s'il est conforme à la règle de droit et dans la mesure où il lui est conforme, la force arbitraire de l'administration a été brisée, et la frayeur superstitieuse qu'elle inspirait à beaucoup a été dissipée. Le droit administratif était dès lors véritablement fondé et le particulier protégé contre l'arbitraire¹. Chaque jour l'admirable jurisprudence du conseil d'État applique, consciemment ou inconsciemment, peu importe, les conséquences de cette notion nouvelle que je résume d'un mot : l'acte administratif est un acte émané d'une volonté particulière, et il ne peut produire d'effet que dans la mesure où il est conforme à la règle de droit.

1. Je tiens à dire que c'est à M. Hauriou, le savant doyen de Toulouse, que reviennent surtout le mérite et l'honneur d'avoir affirmé le premier que l'acte administratif était un acte juridique et comme tel saisi par le droit. Cf. les six éditions du *Précis de droit administratif*.

VI

Cependant cette proposition rencontre certaines objections. On dit d'abord : la proposition qui précède est vraie pour beaucoup d'actes administratifs, pour ceux que dans une terminologie aujourd'hui admise on appelle les actes de *gestion*. Mais il y a beaucoup d'actes émanés des agents publics qui ont certainement un caractère particulier. Ce sont ceux qu'on appelle les actes d'*autorité* ou de *puissance publique*. De ceux-là l'on ne conçoit pas qu'ils puissent être faits par de simples particuliers. Il faut donc que les agents qui les font aient une qualité propre, qui leur permet de conférer à ces actes ce caractère spécial, et cette qualité propre ne peut être qu'une délégation de la puissance publique.

L'objection a été surtout formulée par mon savant collègue et ami M. Berthélemy¹. Je comprends que l'on attribue à l'acte dit d'*autorité* ou de *puissance publique* un caractère pro-

1. *Droit administratif*, 5^e édit., 1908, p. 42.

pre se rattachant à la qualité de l'agent, quand on admet la doctrine qui reconnaît la personnalité de l'État. Mais je ne le comprends plus quand, comme M. Berthélemy, on nie énergiquement la personnalité de l'État puissance publique et quand on affirme que les agents d'autorité n'agissent jamais comme mandataires ou organes d'une personne collective publique, mais expriment vraiment leur volonté individuelle¹. Comment, si M. Berthélemy admet que l'acte émane réellement de la volonté individuelle de l'agent, peut-il admettre en même temps que certains agents donnent à leurs actes un caractère particulier? Parce que, dira-t-il, la loi leur attribue cette compétence. Oui; mais la loi ne peut transformer le caractère d'une volonté, faire qu'une volonté individuelle ne soit plus une volonté individuelle et devienne supérieure à une autre volonté.

Je comprends très bien que l'on dise : l'acte administratif a un caractère particulier parce que, par l'organe de l'agent, il émane d'une personne collective, dont la volonté est par nature supérieure aux volontés individuelles.

1. *Droit administratif*, p. 42, et aussi *Préface* de l'édition française du *Droit administratif* de Otto Mayer, 1903.

C'est faux ; c'est une fiction pure ; mais c'est logique. Je ne comprends pas que l'on dise comme M. Berthélemy : l'État puissance publique n'a pas de personnalité ; les actes administratifs émanent tous de la volonté individuelle des agents, même ceux qualifiés actes d'autorité ; et cependant ceux-ci ont une force propre, une valeur que ne peuvent pas avoir les actes émanés d'une volonté particulière. C'est évidemment contradictoire.

De plus, en disant qu'il y a des actes d'autorité que l'on reconnaît à ce que l'on ne conçoit pas qu'ils puissent être faits par de simples particuliers, on tombe dans un véritable cercle vicieux. En effet, s'il y a certains actes qui nous paraissent ne pouvoir être faits que par des agents de l'État, c'est qu'ils se rattachent à une activité qui, en fait, à un moment et dans un pays donnés, est monopolisée par l'État. C'est seulement ce monopole qui nous fait attribuer un caractère particulier à ces actes. Mais en réalité ces actes n'ont rien de spécial ; ils pourraient très bien ne pas être accomplis par des agents de l'État et à certaines époques ils ne l'étaient point. On donne comme exemple les opérations de police, desquelles on dit qu'elles se rattachent certaine-

ment à l'exercice de la puissance publique, parce que l'on ne conçoit point que de pareilles opérations soient accomplies par des particuliers. Cela n'est pas exact. Rien ne s'opposerait à ce que les opérations de police fussent exécutées par des associations privées et il en a été parfois ainsi. Tous ceux qui ont lu *Don Quichotte* se rappellent les démêlés du Chevalier de la Manche avec la Sainte-Hermandad, laquelle n'était qu'une association privée faisant la police des campagnes espagnoles. Aujourd'hui l'État a monopolisé la police depuis longtemps, et c'est parce que ce monopole est ancien qu'il nous semble que seul l'État peut faire la police.

Autre exemple : la juridiction, dira M. Berthélemy, est bien l'exercice de la puissance publique, parce que l'on ne conçoit pas que les particuliers fassent des actes de cette espèce. Ce n'est point encore exact. Rien ne s'opposerait à ce que le service de justice fût assuré par des arbitres privés. La justice privée a été un moment le rêve de la Convention, malgré ses principes autoritaires. De bons auteurs estiment que presque partout le régime de justice privée a précédé le régime de justice publique.

D'une seule catégorie d'actes on peut dire qu'ils ne peuvent être faits que par les gouvernants ou au nom des gouvernants : ce sont ceux qui impliquent l'emploi d'une force matérielle supérieure à toute force matérielle se trouvant dans un pays donné. Ce sont de simples actes d'exécution, desquels il n'y a point à rechercher le caractère juridique. On ne demandera pas, je suppose, quel est le caractère juridique de l'acte du bourreau qui tranche une tête. La distinction des gouvernants et des gouvernés dans un pays est un fait de plus grande force. Les gouvernants sont ceux qui monopolisent la force. Seuls ils peuvent faire les actes qui impliquent l'emploi d'une force de contrainte supérieure à toute résistance. Mais cela ne donne point à l'acte qui est fait un caractère juridique spécial. L'acte est purement matériel ; c'est une force qui brise une autre force ; ce n'est point une volonté qui prétend s'imposer à une autre volonté en vertu d'un pouvoir juridique propre.

En réalité cette distinction des actes de gestion et des actes d'autorité se réduit à la distinction toute simple des actes unilatéraux et des actes contractuels. La déclaration de volonté produit un effet de droit, quand elle réunit les

conditions précédemment indiquées, qu'elle soit unilatérale ou contractuelle. Même la déclaration de volonté unilatérale d'un particulier peut créer un effet de droit. Disparaît peu à peu cette vieille croyance des juristes orthodoxes que seul le contrat peut donner naissance à une situation de droit. On a cru longtemps que le pouvoir de créer un effet de droit par un acte unilatéral était un privilège de l'autorité publique ; voilà pourquoi l'on a donné le nom d'acte d'autorité aux actes unilatéraux faits par des agents publics. Mais les particuliers peuvent aussi par un acte unilatéral créer une situation de droit. Il n'y a donc point de différence à faire ; que l'acte de l'agent public soit unilatéral ou contractuel, il a, comme celui d'un particulier, le même caractère ; il produit les mêmes effets de droit et aux mêmes conditions¹.

1. La diminution du rôle du contrat dans les rapports sociaux me paraît un fait incontestable ; elle est la conséquence d'une conscience chaque jour plus nette de l'interdépendance sociale. Dans un système social fondé sur le droit subjectif attaché à la personne humaine elle-même, l'étendue de la sphère juridique de chaque individu ne peut être modifiée en plus ou en moins qu'avec son propre consentement, et partant une situation juridique ne peut naître qu'avec le consentement concordant du sujet actif et du sujet passif dans cette situation. Seule une volonté supérieure, la volonté de l'État, peut modifier par

Reste à savoir quand l'agent agira par acte unilatéral, quand par contrat. A cette question

un acte unilatéral la sphère juridique d'une personne. Mais à mesure que la notion de droit subjectif disparaît pour faire place à la notion de droit objectif fondé sur l'interdépendance sociale, les choses changent. Il n'est plus question de sphère juridique d'une personne humaine ; l'acte de volonté individuelle produit un effet de droit quand il est un acte social, c'est-à-dire quand il a pour but et pour effet de coopérer à l'interdépendance sociale, et ce caractère est tout à fait indépendant de son caractère unilatéral ou contractuel. De tout temps l'on a admis que dans certains cas la volonté unilatérale pouvait faire naître des obligations entre particuliers ; on expliquait cela par une fiction ; on disait que l'obligation naissait comme d'un contrat. Ce vieux procédé de la fiction n'est plus de mise aujourd'hui : l'obligation naît parce que la déclaration de volonté, quoique unilatérale, réunit les conditions de l'acte juridique ; elle naît toutes les fois qu'il en est ainsi. C'est pour cela et seulement pour cela que l'obligation naît d'actes unilatéraux faits par les agents publics, et qu'elle naît de plus en plus fréquemment d'actes unilatéraux émanés de simples particuliers. Il importe aussi de noter que par une inexactitude de langage regrettable, on parle souvent de contrat dans des cas où il n'y a pas de contrat en réalité. Il en est ainsi par exemple dans les actes qualifiés inexactement de contrats d'association, de contrats d'adhésion, de contrats collectifs. Cf. mon *Manuel*, p. 236, et aussi *l'État, le droit objectif*, p. 53. — V. aussi Hauriou, *Droit administratif*, 6^e édit., 1907, p. 23, tout le § intitulé : *L'institution, le contrat et le commerce juridique*. Il oppose très justement au contrat proprement dit « l'adhésion à un fait se retrouvant dans tous les phénomènes de consentement propres à l'institution » (p. 23 et 552). J'ai lu et relu la théorie de l'institution développée par mon savant ami dans la dernière édition de son *Précis*. Finalement je crois qu'elle se rapproche beaucoup de la distinction que j'ai exposée dès 1901 (*L'État, le droit objectif*, p. 140 et 196) entre les situations de droit objectif et les situa-

il est impossible de faire une réponse générale. Il n'est pas de fonction de l'État qui ne puisse être remplie soit par contrat soit par acte unilatéral. Tout dépend des faits, de l'état social, de la conscience que l'on se forme à l'époque considérée du rôle des gouvernants et de leur mode d'action. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'aujourd'hui la tendance générale et certaine est la diminution constante du domaine contractuel. Beaucoup d'actes où naguère encore on voyait des contrats nous apparaissent aujourd'hui comme des actes unilatéraux. Je me borne à citer à titre d'exemple les nominations des fonctionnaires¹, les concessions de services publics², où l'on s'accorde de plus en plus à voir des actes unilatéraux, et non des contrats.

Quelques auteurs ont dit que le criterium auquel on peut distinguer l'acte unilatéral du contrat est que celui-ci seul lie l'administra-

tions juridiques subjectives. Si l'institution prend dans les sociétés modernes l'importance que met très justement en relief M. Hauriou, c'est précisément une conséquence de la substitution progressive du droit objectif au droit subjectif.

1. Cf. mon *Manuel*, p. 428 et suiv.

2. Cf. Jèze, *Revue du droit public*, 1907, p. 679, à propos de l'arrêt *Deplanque*, 31 mai 1907 ; mon article, même revue, 1907, p. 411 ; et Hauriou, *Droit administratif*, 6^e édit., 1907, p. 694.

tion, quand au contraire l'acte unilatéral ne l'oblige point et peut toujours être rapporté¹. Il y a là une erreur contre laquelle je tiens à protester. Assurément certains actes unilatéraux peuvent être rapportés comme certains actes contractuels peuvent être résiliés par la volonté d'une seule des parties. Mais cela ne prouve point que l'acte unilatéral ne puisse créer une obligation à la charge de l'administration. C'est une conséquence même de la transformation politique que nous étudions que l'acte unilatéral fasse naître une situation de droit obligatoire, comme l'acte contractuel lui-même. Par exemple de ce que la nomination des fonctionnaires, la concession des services publics sont des actes unilatéraux, il ne suit point que l'administration ne soit pas obligée à l'égard du fonctionnaire nommé, à l'égard du concessionnaire. Ces obligations la jurisprudence du conseil d'État les reconnaît chaque jour. Dire que le contrat seul oblige l'administration, c'est maintenir la conception régaliennne, c'est dire que l'État est au-dessus du droit, c'est méconnaître cette conquête de la conscience moderne, qui ne voit dans

1. V. notamment Hauriou, *Droit administratif*, 5^e édit., 1903, p. 557, note 1.

l'acte administratif qu'un acte soumis aux conditions de tout acte juridique¹.

Mais cela nous conduit à une objection qui, au premier abord, peut paraître grave. Comment, nous disent les juristes orthodoxes, si vous niez la personnalité de l'État, pouvez-vous dire que l'État soit obligé? Il ne peut pas y avoir d'obligation s'il n'y a pas une personne sujet de cette obligation. L'objection a d'ailleurs une portée générale et touche au vaste problème du sujet de droit que je ne veux point examiner ici². En restant dans le domaine particulier de l'acte administratif, il est aisé de repousser l'objection. Il suffit de montrer comment se traduisent en fait les obligations nées, pour l'administration, d'un acte administratif. Quand on dit que l'administration, que l'État sont obligés, cela ne veut pas dire qu'une obligation est née pour cette prétendue personne, création de l'imagination scolastique des juristes, la personne collective État; cela veut dire seulement que les agents publics, qui eux sont des êtres concrets et réels, sont tenus de s'abstenir d'un certain

1. Cf. mon *Manuel*, p. 236.

2. V. le livre, déjà cité, de M. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906.

agissement ou tenus d'accomplir une certaine prestation. Quand on dit par exemple que l'État ne peut pas révoquer tel fonctionnaire, retirer telle concession, dans la réalité des choses, en éliminant toutes les fictions, cela ne veut pas dire autre chose que ceci : aucun agent de l'État n'est compétent pour révoquer tel fonctionnaire, pour retirer telle concession, et tout acte de révocation serait nul et pourrait entraîner une responsabilité. La dette d'argent elle-même n'implique point une personnalité patrimoniale de l'État. Quand on dit que l'État est débiteur d'une certaine somme, cela veut dire tout simplement que les agents compétents sont obligés de délivrer un mandat de paiement à telle personne sur la caisse publique et que le comptable des deniers de l'État est obligé de payer au porteur du mandat la somme indiquée. Voilà les faits ; ils sont très simples, et je ne sais pourquoi on veut coûte que coûte les faire rentrer dans les cadres étroits et vermoulus de la vieille technique juridique.

VII

Ces obligations apparaissent d'une manière particulièrement saillante dans ce que l'on appelle la responsabilité de l'État, pour laquelle s'élabore sous nos yeux un droit nouveau, création de notre conseil d'État, qui laisse bien loin derrière elle l'œuvre si vantée du préteur romain. Nous devons nous y arrêter quelques instants ; cette jurisprudence est en effet une manifestation notable de la transformation qui s'accomplit dans la notion de l'État.

Pénétrés de la vieille conception régaliennne, nos juristes, il n'y a pas longtemps encore, affirmaient comme un dogme intangible l'irresponsabilité de l'État puissance publique. Dans leur pensée l'État est une personne d'essence supra-terrestre ; il peut se tromper ; il peut commettre des fautes, mais il est irresponsable. La puissance publique ne peut être soumise à la grande loi de la responsabilité ; elle est au-dessus de cette loi qui n'est point faite pour elle.

M. Berthélemy, que je m'excuse de prendre si souvent à partie, parle, encore dans la dernière édition de son *Traité de droit administratif* (1908), de l'irresponsabilité des administrations publiques à raison des actes d'autorité. Il écrit : « Les administrations n'ont à répondre des actes d'autorité des fonctionnaires que dans les hypothèses d'ailleurs nombreuses où la loi a prévu et organisé cette responsabilité¹. »

A peine les juristes faisaient-ils une exception pour le cas où, même en dehors d'une expropriation proprement dite, il y avait un déplacement de richesse d'un patrimoine privé dans le patrimoine public. Alors on fondait la responsabilité de l'État, non pas sur l'idée d'une responsabilité générale de l'État agissant dans l'exercice de la puissance publique, mais sur l'inviolabilité du droit de propriété consacrée par l'article 17 de la Déclaration des droits².

Aujourd'hui au contraire une jurisprudence s'affirme de plus en plus qui admet le prin-

1. P. 77.

2. C'est à cette idée que se rattachent de nombreux arrêts du Conseil d'État qui depuis longtemps accordent des indemnités, pour dommages causés aux propriétés par l'exécution de travaux publics. Cf. Hauriou, *loc. cit.*, p. 668.

cipe général de la responsabilité de l'État. On reconnaît cette responsabilité dans des hypothèses chaque jour plus nombreuses, où les partisans de la notion classique de puissance publique ne peuvent méconnaître que l'État intervient comme puissance. A la vérité on maintient l'expression consacrée de puissance publique, mais on donne des solutions qui en sont en réalité la négation. Le temps est déjà loin, quoi qu'en dise M. Berthélemy, où l'on ne reconnaissait la responsabilité de l'État puissance que dans les cas où la loi la consacrait expressément, aux cas par exemple d'expropriation, de réquisitions militaires, d'erreurs judiciaires d'après la loi 1895 sur la revision des procès criminels, ou au cas où il y avait un déplacement de valeur d'un patrimoine privé dans le patrimoine public. Le conseil d'État n'hésite plus à déclarer l'État responsable dans presque tous les domaines de son activité. Il est responsable par exemple lorsqu'ils'abstient de prendre les mesures de police nécessaires pour assurer la sécurité de la navigation¹, la pro-

1. Deux arrêts du conseil d'État (22 mars 1907, *Recueil*, p. 292, *Fournier et Desplanches*) décident que l'État doit être déclaré responsable de la perte d'une gabarre et de la mort des

tection des personnes et des choses lorsque sont accomplies des opérations matérielles de police irrégulières ou insuffisantes¹, lorsqu'il est procédé *témérairement* à une exécution préalable². En outre vous connaissez certai-

marins qui la montaient, résultant de l'abordage dans le chenal de la Gironde d'une épave de navire abandonnée en vertu de l'art. 216 du code de commerce et que l'administration avait négligé d'éclairer.

1. Pour établir que la jurisprudence du conseil d'État est conforme à la proposition d'après laquelle l'État n'est pas responsable à l'occasion des actes d'autorité, M. Berthélemy cite l'arrêt *Lepreux*, 13 janvier 1900, où on lit : « Considérant qu'il est de principe que l'État n'est pas en tant que puissance publique et notamment en ce qui touche les mesures de police responsable de la négligence de ses agents... » Depuis 1899 le conseil d'État a complètement abandonné cette jurisprudence. La remarquable note publiée par M. Hauriou sous cet arrêt (S., 1900, III, p. 1) n'a point été étrangère à ce changement. Dans une espèce identique à celle de l'arrêt *Lepreux*, le conseil d'État (arrêt *Thomaso Grecco*, 10 février 1905, *Recueil*, p. 139) a reconnu le principe de la responsabilité de l'État au cas où les agents chargés de la police n'ont pas pris les mesures suffisantes pour assurer la sécurité des personnes. Cf. les remarquables conclusions de M. Romieu, *Recueil*, 1905, p. 139 et la note de M. Hauriou sous l'arrêt S., 1905, III, p. 113. Rapp. les deux arrêts du 22 mars 1907 (voir la note précédente) reconnaissant la responsabilité de l'État à l'occasion de la police de la navigation. Ainsi on peut considérer comme établie la jurisprudence d'après laquelle l'État est responsable du préjudice causé à des particuliers par la négligence ou l'imprudence de ses agents en matière de police. On ne saurait opposer l'arrêt *Ginière* du 5 février 1904 (*Recueil*, p. 88), qui est antérieur aux décisions qui précèdent et qui est motivé en fait.

2. Arrêt *Zimmermann*, 27 février 1903, *Recueil*, p. 178. « Considérant, est-il dit dans l'arrêt, que si le préfet a exercé un

nement les remarquables conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Teissier, à la suite desquelles dans l'affaire Leberre le conseil d'État a reconnu la responsabilité de l'État au cas de révocation illégale et même simplement injustifiée d'un fonctionnaire¹.

droit qui lui était conféré par l'art. 69 de la loi du 22 juillet 1889, il n'a pu l'exercer qu'*aux risques et périls de l'administration*. » V. l'intéressante note de M. Hauriou sous l'arrêt, S., 1905, III, p. 17, et au *Recueil*, les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu.

1. Sur les très remarquables conclusions de M. Teissier, le conseil d'État par l'arrêt *Leberre* (29 mai 1903, *Recueil*, p. 414) reconnaît qu'un sous-officier qui a été l'objet de deux cassations successives de son grade irrégulièrement prononcées comme contraires aux lois des 23 juillet 1881 et 18 mars 1882, est recevable à demander à l'État une indemnité pécuniaire à raison du préjudice moral ou matériel que cette mesure lui a causé. Aujourd'hui, le conseil d'État décide que les fonctionnaires *municipaux*, révoqués même régulièrement, sont fondés, lorsqu'aucune faute ne peut leur être reprochée, à demander une indemnité de licenciement. Cette jurisprudence ébauchée par l'arrêt *Villeneuve contre ville d'Alger*, 11 décembre 1903 (*Recueil*, p. 767 et S., 1904, III, p. 121, note de M. Hauriou) a été très nettement affirmée par l'arrêt *Lacourte contre la ville du Cateau*, 15 février 1907 (*Recueil*, p. 156). La révocation est régulière, mais le conseil d'État accorde l'indemnité « considérant que la révocation, dans les circonstances où elle est intervenue, a causé au sieur Lacourte un préjudice dont il est fondé à demander la réparation ». Nul doute que le conseil d'État n'étende cette jurisprudence aux fonctionnaires de l'État qui seraient révoqués sans cause. Cf. la note de M. Jèze, *Revue du droit public*, 1907, p. 236. Sur la responsabilité de l'État à l'occasion de l'exercice de la puissance publique, cons. Teissier, *Répert. droit admin.*,

Ce n'est pas tout. L'irresponsabilité de l'État paraissait incontestable lorsqu'il agissait par voie d'acte réglementaire parce que, disaient les uns, la souveraineté se manifeste alors à un degré éminent¹ (ce qui d'ailleurs était contradictoire, car si la souveraineté existe elle est un droit absolu, elle n'est susceptible ni de plus ni de moins). L'État, disaient les autres (et je l'ai moi-même écrit²), est irresponsable parce que, le règlement étant une disposition par voie générale, il n'entre pas alors en relation, en commerce juridique, suivant l'expression de M. Hauriou, avec une personne déterminée et par conséquent ne peut être déclaré responsable à l'égard de qui que ce soit. Eh bien ! cette irresponsabilité de l'État agissant par voie réglementaire est elle-même sur le point de disparaître. Dans un arrêt récent (6 décembre 1907) d'une importance capitale, rendu sur les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Tardieu et le rapport de M. le conseiller Romieu, le conseil d'État, par un

v^o *Responsabilité*, publié en volume séparé ; Tirard, *La responsabilité de la puissance publique*, 1906.

1. Teissier, *conclusions* pour l'arrêt Leberre, 29 mai 1903. *Recueil*, p. 415.

2. *Manuel*, p. 667.

considérant curieux, reconnaît en principe que la responsabilité de l'État peut être engagée, même à l'occasion d'un règlement, quand l'application de cet acte accroît directement les charges qui pèsent sur un patrimoine déterminé¹.

Il s'agissait du règlement d'administration publique du 1^{er} mars 1901, qui a notablement augmenté les charges des compagnies de chemin de fer, telles qu'elles résultaient de l'ordonnance du 15 novembre 1846 et de leurs cahiers des charges. Les grandes compagnies attaquaient ce règlement par le recours pour excès de pouvoir, recours déclaré recevable, mais mal fondé². Seulement dans l'un des considérants, le conseil d'État déclare que, si les compagnies établissent que le nouveau règlement, fait par l'État dans la plénitude de ses droits, ou plus exactement le règlement fait régulièrement par des agents compétents, a pour effet d'augmenter les obligations résultant pour elles de leurs cahiers des charges, elles sont fondées à obtenir devant le juge du contrat (c'est-à-dire le conseil de préfecture)

1. V. le texte de l'arrêt et les conclusions de M. Tardieu, S., 1908, III, p. 1; la note de M. Jèze, *Revue du droit public*, 1908, n° 1, p. 38 et suiv.

2. Cf. *Manuel*, p. 1023 et suiv.

une indemnité. On est là bien loin de l'ancienne notion de puissance publique irresponsable, puisque l'on reconnaît cette responsabilité à l'occasion d'un règlement d'administration publique déclaré légal, considéré comme fait sur délégation du Parlement et paraissant ainsi une manifestation par excellence de la souveraineté. N'est-ce pas la négation même de *l'imperium* ?

On dira peut-être que le conseil d'État reconnaît la responsabilité de l'État parce que dans l'espèce il y a violation même du contrat qui lie l'État. — Que la haute juridiction ait eu cette idée-là, ce n'est point douteux. Mais s'il y avait réellement violation d'un contrat, l'acte réglementaire serait nul, le conseil aurait dû prononcer cette nullité et non point reconnaître la validité du règlement et le principe de l'indemnité. La vérité c'est que la situation des compagnies concessionnaires est une situation réglementaire, que le gouvernement peut à tout moment modifier par un règlement. Mais si le nouveau texte accroît dans l'intérêt collectif les charges du concessionnaire, la caisse collective doit indemniser le patrimoine de celui-ci.

VIII

Ira-t-on plus loin encore ? Arrivera-t-on à reconnaître la responsabilité de l'État en matière législative proprement dite ? La question en ce moment même soulève un conflit entre la Chambre et le Sénat à propos du projet de loi tendant à interdire l'emploi du blanc de céruse pour les travaux intérieurs. Le Sénat saisi du projet de loi voté par la Chambre y a inscrit le principe de l'indemnité au profit des fabricants de céruse. La Chambre saisie à nouveau a repoussé l'indemnité et la question est en ce moment pendante devant la Chambre haute¹. Il faut d'ailleurs poser la

1. M. Viviani, ministre du travail, a demandé à la commission sénatoriale de proposer au Sénat de se déjuger et de repousser comme la Chambre le principe de l'indemnité. Il a insisté sur cette idée que le projet de loi n'impliquait pas une expropriation, puisqu'il prohibait l'emploi de la céruse seulement pour les travaux intérieurs. Il invoque le précédent de la loi sur la saccharine (L. 30 mars 1902, art. 49) (*Le Matin*, 11 février 1907). Le 7 avril, M. Pédebidou, rapporteur, a déposé sur le bureau du Sénat un rapport concluant au maintien du projet tel qu'il avait été voté une première fois par la haute Assemblée, c'est-à-dire au paiement d'une indemnité aux cérusiers (*Le Matin*, 8 avril 1908.)

question d'une manière générale et se demander si le législateur qui fait une loi, dont l'application entraînera pour certains individus un préjudice particulier, est tenu, en vertu de la règle de droit, d'inscrire dans la loi le principe d'une indemnité due à ceux-ci.

Je réponds sans hésiter : non ; et cette réponse est la conséquence logique du caractère que nous avons reconnu à la loi. Celle-ci, ai-je dit, est la constatation du droit objectif, la formule ou la mise en œuvre de la règle de droit. Si le législateur faisant une loi nouvelle accordait une indemnité à ceux qui subissent un préjudice de ce fait, il reconnaîtrait que la loi qu'il édicte ne formule pas le droit, est elle-même, au moins pour certains, contraire au droit. Ce qui est contradictoire avec la notion même de la loi ¹.

Il est des cas où cette solution est évidente. Si l'on suppose par exemple que dans un pays comme l'Angleterre, qui ne punit pas le recel, soit faite une loi nouvelle le punissant, on ne soutiendra pas, je pense, que les individus ou les sociétés, qui ont organisé ostensiblement à Londres des maisons de recel, pour-

1. Cf. Barthélemy, *Revue du droit public*, 1907, p. 92 ; mon *Manuel*, p. 667 et 1113, contre l'indemnité.

raient légitimement prétendre que la loi nouvelle devait reconnaître leur droit à une indemnité. De même s'il est scientifiquement établi que l'emploi du blanc de céruse dans les travaux intérieurs est mortel pour les ouvriers, les fabricants de cette substance ne peuvent prétendre à une indemnité, car le législateur ne fait qu'édicter une règle conforme au droit en prohibant l'emploi d'un produit toxique. De même que si un jour, prochain je l'espère¹, la loi interdit la fabrication et la vente de l'absinthe en France, les fabricants de ce poison ne pourront demander aucune indemnité² : ce sont des empoisonneurs publics, dont très légitimement le législateur prohibera la coupable industrie.

1. On a pu lire dans le *Matin* du 25 mars 1908 : « M. Bérenger a appuyé devant le groupe antialcoolique du Sénat, la proposition que M. de Lamarzelle a l'intention de déposer pour prohiber la vente de l'absinthe. Le groupe a approuvé cette mesure. »

2. Cependant en Suisse la commission du Conseil national pour l'initiative contre l'absinthe a décidé de proposer au Conseil national le rejet de la demande d'initiative ; et elle a été unanime à penser que dans le cas où l'interdiction de la fabrication serait prononcée, il faudrait accorder aux fabricants des indemnités équitables (*Le Journal de Genève*, 25 mars 1908, 1^{re} édition). Le conseil fédéral a décidé de fixer au dimanche 5 juillet 1908 le vote populaire sur la demande d'initiative tendant à la prohibition de l'absinthe en Suisse (*Le Temps*, 2 mai 1908).

Aussi j'approuve entièrement M. Viviani, ministre du travail, quand il demandait récemment à la commission du Sénat de proposer à la Haute assemblée d'adopter la solution de la Chambre et de rejeter le principe de l'indemnité.

Une autre question se pose, différente de la précédente. Une loi prise comme telle n'entraîne pour personne aucun préjudice spécial; elle autorise seulement l'autorité administrative à prendre certaines mesures individuelles laissées à sa libre appréciation. Par hypothèse la loi ne contient point le principe d'une indemnité. Dans ces conditions les tribunaux peuvent-ils accorder une indemnité à ceux qui subissent un préjudice dérivant pour eux de l'application individuelle à eux faite de la loi par une décision administrative? Si l'on adopte l'idée qui paraît avoir inspiré le conseil d'État dans l'arrêt précité des grandes Compagnies (6 décembre 1907), je ne vois pas pourquoi les tribunaux refuseraient l'indemnité. On reconnaît la responsabilité de l'État pour le préjudice causé par l'application individuelle d'un règlement. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour l'application individuelle de la loi? On ne peut pas dire que la loi est une manifestation plus

complète de la souveraineté que le règlement, puisque si l'on admet la souveraineté elle n'est pas susceptible de degrés, et qu'au surplus nous ne l'admettons point¹.

Toutefois la responsabilité de l'État ne serait certainement pas engagée, si la loi autorisait le Gouvernement à prononcer par mesures individuelles la fermeture de certains établissements, en raison de la nocivité des produits qui y sont fabriqués, par exemple les établissements où l'on fabrique de l'absinthe pour reprendre l'exemple de tout à l'heure. On ne devrait pas plus d'indemnité à ces fabricants dont l'usine serait fermée qu'on n'en devrait aux souteneurs ou aux apaches dont une loi nouvelle autoriserait l'arrestation par voie administrative.

Ainsi à mesure que disparaît la notion romaine, régaliennne et jacobine de l'État, le principe de la responsabilité publique s'affirme plus énergiquement et son domaine s'élargit. Mais ne peut-on pas dire : reconnaître la res-

1. C'est ainsi que très justement la loi du 14 mars 1904, relative aux bureaux de placement, décide qu'une juste indemnité sera payée aux tenanciers de bureaux supprimés par voie administrative (art. 1). Le principe de l'indemnité n'aurait-il pas été inscrit dans la loi, j'estime que les tribunaux, régulièrement saisis, auraient dû légalement en attribuer une.

ponsabilité de l'État, c'est reconnaître sa personnalité, puisque la responsabilité implique une obligation fondée sur une faute ; or l'État ne peut être obligé que s'il est une personne et ne peut commettre une faute aussi que s'il est une personne.

L'objection, qui au premier abord paraît sérieuse, au fond ne porte pas. Je ne veux point ici étudier en détail le fondement de la responsabilité de l'État, ce qui m'entraînerait beaucoup trop loin. Mais il est facile de montrer en quelques mots que ce que nous appelons la responsabilité publique n'implique nullement la personnalité de l'État.

Cette responsabilité ne se rattache pas toujours au même principe. Dans certains cas elle a pour cause la nécessité de réparer avec les fonds de la caisse collective le préjudice particulier subi par un individu dans l'intérêt collectif. Elle est alors fondée uniquement sur le risque : la caisse publique est une caisse d'assurance mutuelle des individus contre les dommages à eux occasionnés dans l'intérêt public. Il en est ainsi toutes les fois que l'État est responsable sans qu'il y ait aucune violation du droit, aucune irrégularité commise, par exemple au cas d'expropriation, de réquisi-

tion, de dommages résultant de travaux publics.

Dans d'autres cas au contraire, le service public a mal fonctionné ; il y a eu violation de la loi de service ; il y a eu faute, et c'est pour cela que l'État est responsable. Mais cette faute c'est le fonctionnaire qui l'a commise, ce n'est point l'État, simple abstraction. Si l'on parle d'une faute de l'État, ce n'est qu'une métaphore¹. Pour soutenir que l'État lui-même peut commettre une faute il faut revenir aux doctrines métaphysiques de personnalité collective, d'âme nationale dont je crois avoir fait justice. Le fait, c'est une faute commise par des hommes, les agents d'un service public. Alors se pose la question de savoir quel patrimoine supportera définitivement les conséquences de cette faute. Si elle est personnelle au fonctionnaire², c'est-à-dire si celui-ci a agi dans un but étranger au fonctionnement du service

1. Si l'on veut se rendre compte des solutions artificielles auxquelles conduit la scolastique juridique chère à quelques juristes, on pourra lire le livre d'ailleurs très remarquable de M. Mestre, *Les personnes morales et le principe de leur responsabilité morale*, 1899.

2. Pour la détermination de la faute personnelle, cf. *Libres entretiens*, mars 1908 ; et mon volume *L'État, les gouvernements*, 1903, p. 773 et *Manuel*, p. 457 et s.

public, c'est sur son propre patrimoine que le préjudice devra être réparé. Si au contraire il y a une faute de service, c'est-à-dire si le fonctionnaire, tout en commettant une faute, a agi dans le but d'assurer le fonctionnement du service, l'indemnité due à la victime de la faute sera prise dans la caisse publique. M. Hauriou a dit qu'alors l'État était responsable pour faute¹. Il faut s'entendre. L'État n'est pas responsable d'une faute qu'il ne peut pas commettre, pour cette bonne raison qu'il n'est pas une personne. Mais la caisse collective assure l'administré contre le préjudice provenant pour lui du mauvais fonctionnement d'un service public dû à la faute d'un ou plusieurs fonctionnaires. Cette assurance est de droit puisque c'est dans l'intérêt collectif qu'est établi le service public.

Ainsi par ces notions nouvelles de la loi, des obligations négatives et positives s'imposant aux gouvernants, de l'acte administratif, de la responsabilité de l'État, on voit comment s'élabore un régime politique nouveau duquel

1. Note sous l'arrêt *Tomaso Grecco*, 10 février 1905, S., III, p. 113. — Cf. mon *Manuel*, p. 670.

seront définitivement éliminés les concepts métaphysiques de personnalité et de souveraineté, dont je me suis attaché d'abord à montrer le néant et le danger.

Il me reste à étudier le second élément de la transformation politique, la décentralisation ou le fédéralisme syndicaliste. Ce sera l'objet de la prochaine et dernière conférence.

TROISIÈME CONFÉRENCE

- I. Critique du syndicalisme révolutionnaire. — II. La vraie notion de classe sociale. — III. Le vrai caractère du mouvement syndicaliste. — IV. Comment il se coordonne avec la transformation du régime politique. — V. Le syndicalisme *fonctionnariste*. — VI. La décentralisation par services publics. — VII. Conclusions générales.

MESDAMES, MESSIEURS,

En même temps que le gouvernement central se transforme et s'organise sur le fondement du droit objectif, apparaît un autre arrangement social d'une importance considérable, et que j'ai appelé la *décentralisation* ou le *fédéralisme syndicaliste*. Les différentes classes sociales prennent conscience à la fois de leur autonomie et de leur interdépendance. Elles se donnent par le syndicalisme une structure juridique définie ; elles tendent même à acquérir la direction de la besogne sociale qui en fait leur incombe ; elles viennent limiter l'ac-

tion du gouvernement central, devant la réduire dans un avenir, peut-être prochain, à un simple rôle de contrôle et de surveillance. Ainsi, j'en ai la conviction, le mouvement syndicaliste, après une période plus ou moins longue de troubles et peut-être de violences, pourra donner à la société politique et économique de demain une cohésion et une intégration que n'a point connues depuis des siècles notre société française.
