

# RODOLPHE DARESTE OU LE DROIT ADMINISTRATIF VU PAR UN AVOCAT AUX CONSEILS ÉRUDITS AU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE

Évoquer Rodolphe Dareste (1824-1911), c'est évoquer une figure singulière de la doctrine publiciste française. Mais encore faut-il déterminer où réside précisément sa singularité. D'un premier abord, Dareste semble appartenir à cette longue lignée de juristes non universitaires qui ont contribué à l'élaboration d'une doctrine juridique, qui ont laissé derrière eux une production littéraire sur le droit, et plus précisément en l'espèce sur le droit administratif. Or, il n'y a là rien de très original. La participation de praticiens aux activités d'enseignement et de recherche en droit administratif est bien connue, surtout à une époque comme le XIX<sup>e</sup> siècle où le droit administratif, discipline fondamentalement inférieure à un groupe, suscita chez ceux qui le pratiquaient quotidiennement le besoin et l'envie de le synthétiser et de le commenter. On ose à peine rappeler ici le rôle bien connu des conseillers d'État, de Macarel à Raymond Odent, en passant par Laferrière ou Roger Latournerie, dans la formation d'une puissante doctrine administrativiste en France. Mais, rétorquera-t-on, Rodolphe Dareste n'était pas conseiller d'État, seulement avocat aux conseils. Ce à quoi l'on répondra que le rôle des avocats aux Conseils d'État et à la Cour de cassation dans la formation, tant du droit administratif lui-même, par les solutions et évolutions qu'ils suggèrent dans leurs requêtes au juge administratif suprême, que d'une littérature doctrinale sur le droit administratif est une tradition bien ancrée<sup>1</sup>, et qui se poursuit toujours avec la même intensité et la même pertinence<sup>2</sup>. S'agissant de

---

<sup>1</sup> A. Morillot, « La collaboration de l'ordre avec le Conseil d'État », in *Le Conseil d'État. Livre jubilaire pour commémorer son 150<sup>e</sup> anniversaire (4 nivôse an VIII-24 déc. 1949)*, Paris, Sirey, 1952, p. 367-373 ; J. Barthélémy, « Rôle de l'avocat devant la juridiction administrative », *Rev. adm.*, 1999, n° spécial n° 7 « Les juridictions administratives dans le monde. France-Allemagne », p. 117-122 ; « Le rôle de l'avocat au Conseil d'État », *Rev. adm.*, 1999, n° spécial n° 8, p. 127-131 ; B. Odent, « La jurisprudence du Conseil d'État dans l'élaboration du droit administratif vue par un avocat aux Conseils », *Rev. adm.*, 1999, n° spécial n° 5, « Les juridictions administratives dans le monde. France-Liban », p. 89-93.

<sup>2</sup> Parmi de nombreux exemples, D. Foussard, « Le juge et la doctrine, le regard d'un avocat aux conseils », *Droits*, n° 20, 1994, p. 133-142.

la participation des avocats aux conseils à l'élaboration du droit administratif, il y aurait, du reste, une étude à faire sur le rôle exact de Rodolphe Dareste, grâce à l'analyse de ses très nombreux mémoires et plaidoiries devant le Conseil d'État, dont on peut encore trouver trace, notamment dans les fonds de la Bibliothèque Nationale. On pourrait analyser également la contribution exacte de Dareste à la construction même du droit administratif lorsqu'il fut, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, vice-président du Tribunal des conflits, ce qui serait une entreprise plus périlleuse, tant il est délicat, dans notre conception nationale du jugement collégial et en l'absence de tout système d'opinions dissidentes, de déterminer avec certitude l'apport précis de tel magistrat dans l'élaboration d'une décision juridictionnelle. Mais, en tout état de cause, tel ne pouvait pas être l'objet des développements qui vont suivre : une commémoration de la doctrine publiciste française invite à s'interroger en priorité, non sur ceux qui firent le droit administratif, mais sur ceux qui l'enseignèrent, ou le synthétisèrent et le théorïsèrent, et sur la manière dont il le firent. Rodolphe Dareste, qui fut pourtant à la fois praticien et théoricien, n'échappera pas, ici, à cette inévitable restriction.

Si Rodolphe Dareste mérite attention, c'est qu'il ne fit pas au XIX<sup>e</sup> siècle du droit administratif comme tout le monde. Praticien, il avait un goût prononcé pour la théorie ; non universitaire, il fit bien plus de recherches que certains de ses contemporains des Facultés de droit. La seule chose qu'il ne fit pas, c'est enseigner le droit public<sup>3</sup>. Si bien qu'il ne nous laisse, ni des ouvrages pratiques à l'attention d'auditoires formés de jeunes administrateurs en herbe, comme en livrèrent tant les conseillers d'État, de Macarel à Aucoc, ni ces monumentaux traités universitaires de droit public et administratif que nous a laissés un auteur comme Théophile Ducrocq, ces compilations besogneuses et sans âme de textes législatifs et réglementaires, où la description de la vie des cours d'eau était préférée à l'analyse des derniers arrêts du Conseil d'État. Certes, l'œuvre administrativiste de Rodolphe Dareste ne doit pas être surestimée, car elle demeure empreinte des archaïsmes de son temps, néglige encore trop souvent la jurisprudence du Conseil d'État, et de ce fait n'égale pas, selon nous, le *Traité* d'Édouard Laferrière, seule véritable rupture dans la doctrine publiciste du XIX<sup>e</sup> siècle, et seul véritable point de départ du droit administratif moderne. Mais la singularité de l'approche de Dareste mérite au moins que l'on redécouvre un auteur aujourd'hui largement oublié. Seule la présente étude dira rétrospectivement s'il était utile de le faire.

Né à Paris le 26 décembre 1824, Rodolphe Madeleine Cléophas Dareste de la Chavanne, qui se fit appeler toute sa vie et dans tous ses écrits Rodolphe Dareste,

<sup>3</sup> Mais il fut membre du jury du Concours d'agrégation devant les Facultés de droit en 1879.

était le descendant d'une vieille famille d'origine italienne installée dans la région lyonnaise<sup>4</sup>. Après de brillantes études secondaires au Lycée Henri IV, il entra à l'École des Chartes et obtint le diplôme d'archiviste-paléographe le 10 décembre 1846. Licencié en droit dès cette époque, il se fit recevoir avocat à Paris, poursuivit ses études juridiques et obtint le grade de docteur en droit le 21 août 1847<sup>5</sup>. Sans doute déjà insatisfait par l'esprit étriqué des études juridiques de son temps, il poursuivit également et peut-être plus passionnément ses études littéraires à la Sorbonne. Conformément au décret du 17 mars 1808 et au statut du Conseil de l'Université de 16 février 1810 modifié par le règlement du 17 juillet 1840<sup>6</sup>, il dut soutenir deux thèses, l'une en latin, l'autre en français, pour obtenir le 20 juillet 1850 le grade de docteur ès lettres. Ses deux thèses littéraires sont déjà le témoignage de son érudition et de sa vision personnelle du droit. La première était une description de la province romaine latine<sup>7</sup>. Par la seconde<sup>8</sup>, il réussit le pari, sans doute grâce à l'ouverture d'esprit du doctorat ès lettres de cette époque, de rédiger une thèse sur le jurisconsulte et humaniste François Hotman, mélangeant habilement philosophie et histoire du droit, et livrant ainsi une œuvre originale pour son temps, qu'il n'eût jamais pu réaliser dans le cadre du doctorat en droit<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Rodolphe Dareste n'est à confondre, ni avec son frère, ni avec son fils.

Son frère, Cléophas Élisabeth Antoine Dareste de la Chavanne (1820-1882), fut professeur d'histoire en lycée puis en faculté avant de finir sa carrière comme recteur de l'Académie de Lyon. La confusion avec son frère Rodolphe est souvent faite dans la mesure où il est notamment l'auteur d'une *Histoire de l'administration en France et des progrès du pouvoir royal depuis le règne de Philippe Auguste jusqu'à la mort de Louis XIV*, 2 vol., Paris, Guillaumin, 1848. Mais c'est l'œuvre d'un historien des lettres, non du droit. Il fut par ailleurs célèbre pour son *Histoire des classes agricoles en France depuis Saint-Louis jusqu'à Louis XVI*, Paris, Guillaumin, 1854, 2<sup>e</sup> éd., 1858, pour son *Histoire de la Restauration*, 2 vol., Paris, Plon, 1880, et surtout pour sa monumentale *Histoire de France*, Paris, Plon, 1<sup>ère</sup> éd., 1865-1879, 9 vol., 3<sup>e</sup> éd., 1884, 8 vol.

Rodolphe Dareste eut un fils, Pierre, qui reprit la charge d'avocat aux conseils de son père, de 1877 à 1900, avant de devenir avocat à la Cour. Son apport au droit administratif ne doit pas non plus être confondu avec celui de son père. Pierre Dareste de la Chavanne est notamment l'auteur d'une thèse innovante sur les contrats administratifs (*Des contrats passés par l'État en droit romain et en droit français*, Thèse droit, Paris, 1875, Paris, Derenne, 1875) ainsi que d'un ouvrage qui eut en son temps un succès non négligeable, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, Paris, A. Challamel, 1914. Mais il fut aussi l'auteur d'un *Traité de droit colonial*, Cannes, Robaudy, 1931 et l'éditeur avec François-Rodolphe Dareste de la Chavanne d'un recueil des *Constitutions modernes. Europe, Afrique, Asie, Océanie, Amérique*, 2 vol., Paris, A. Challamel, 1<sup>re</sup> éd., 1883, qui fut au tournant du XX<sup>e</sup> siècle un recueil de référence, au point qu'il fit l'objet de quatre éditions, dont la dernière fut entièrement refondue par Joseph Delpech et Julien Laferrière (Paris, Sirey, 4<sup>e</sup> éd., 1929-1934, 6 vol.).

<sup>5</sup> R. Dareste, *De possessoriis interdictis. De la possession, des actions possessoires et de la prescription à l'effet d'acquérir*, Thèse droit, Paris, 1847, Paris, Lacour, 1847.

<sup>6</sup> Sur ce point, voir A. Mourier, *Notice sur le doctorat ès lettres*, Paris, Dupont, 1852, où l'auteur recense les thèses de Dareste et encense le doctorat de lettres par rapport à celui de droit, les juristes étant critiqués de continuer à imposer la soutenance en latin à des étudiants de faible niveau parlant une langue qui n'a de latin que la consonance.

<sup>7</sup> R. Dareste, *De forma et conditione Siciliae provinciae romanae*, Paris, Durand, 1850.

<sup>8</sup> R. Dareste, *Essai sur François Hotman*, Paris, Durand, 1850.

<sup>9</sup> Il reviendra plus tard sur cet auteur : R. Dareste, *François Hotman. Sa vie et sa correspondance*, 2 vol., Nogent-le-Rotrou, Imprimerie de Gouverneur, 1876 ; *Hotman, d'après de nouvelles lettres des années 1561-1565*, Paris, 1908.

Comme le raconta Paul Fournier dans l'une des rares nécrologies qui lui furent consacrées<sup>10</sup>, toute la vie et l'œuvre de Dareste furent alors à l'image de son lieu d'habitation, un hôtel du quai Malaquais : à la fois jurisconsulte et savant, à mi-chemin entre le Palais de Justice et l'Institut. Juriste praticien, il acquit une charge d'avocat aux conseils le 1<sup>er</sup> février 1851 avant de la céder à son fils en mai 1877. Entre temps, il mena une brillante carrière, fut deux fois membre du conseil de l'Ordre avant d'en devenir le président entre 1871 et 1874. Un décret du maréchal Mac-Mahon en date du 17 avril 1877 le nomma conseiller à la Cour de cassation en remplacement de Charles Rau, fonction qu'il exerça jusqu'à la fin de l'année 1899, lorsqu'il fut atteint par la limite d'âge. Pendant ces 23 années de magistrature judiciaire à la Chambre des requêtes, on peut noter que Dareste fut appelé à siéger au Tribunal des conflits et à en devenir même un temps son vice-président. On peut aussi souligner, pour l'anecdote, qu'il fut accusé par Joseph Reinach d'avoir signé avec le Président Mazeau et le Conseiller Voisin l'avis qui fournit au gouvernement une sorte de caution à la loi de dessaisissement de la chambre criminelle du 1<sup>er</sup> mars 1899, énième rebondissement procédural dans le processus de révision du procès de Dreyfus.

Savant, Rodolphe Dareste incarna, jusqu'à sa mort le 24 mars 1911, la figure parfaite de l'érudit. Comme l'écrivit Paul Fournier, « Dareste réunissait en lui les qualités de l'élite de la génération française du XIX<sup>e</sup> siècle, mûrie par la culture classique et l'exercice des hautes charges<sup>11</sup> » ; « il entra dans la vie muni de cette forte culture qui fut le privilège des classes éclairées au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>12</sup> ». Son intense production littéraire lui valut d'être élu membre de l'Académie des sciences morales et politiques le 6 juillet 1878. Il en fut un membre et président particulièrement actif, multipliant études et rapports. Ce qui frappe à l'observation de la production savante de Dareste, c'est l'incroyable diversité des sujets qu'il traita au cours de sa vie. On pourrait très exactement appliquer à Dareste la formule qu'il employa pour décrire l'esprit de son fidèle ami Édouard de Laboulaye : « esprit sagace et curieux, [il] n'était pas homme à se renfermer dans un sujet pour y passer sa vie. Tout l'intéressait, tout l'attirait, et on peut dire que son horizon n'avait pas de limites<sup>13</sup> ». Rien d'étonnant à ce que cette citation puisse servir simultanément à ces deux juristes, dont les vies et les œuvres furent si proches. Avec Laboulaye, Dareste

<sup>10</sup> P. Fournier, « Nécrologie de Rodolphe Dareste », *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1911, p. 420-427.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 426.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>13</sup> R. Dareste, préface à É. de Laboulaye, *Trente ans d'enseignement au collège de France (1849-1882)*, Paris, Larose et Forcel, 1888, p. V.

fonda en 1855 la *Revue historique de droit français et étranger* qu'ils dirigèrent pendant plusieurs décennies ; ils éditèrent également *l'Institution au droit français* de l'abbé Claude Fleury<sup>14</sup> et le *Grand coutumier de France* de Jacques d'Ableige<sup>15</sup>. Cette volonté d'étudier le droit de tous les temps et de tous les pays résume toute l'œuvre de Rodolphe Dareste : il fut historien du droit et comparatiste, ce qui, pour lui, était la même chose. Ses études concernèrent certes les droits grec et romain ; mais, au fil des pages du *Journal des savants*, de la *Revue Historique* ou des *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, il fut surtout l'un des premiers en France à étudier l'Égypte, le droit israélite, le droit musulman, les anciens codes brahmaniques, le Code d'Hammurabi, les wisigoths, les burgondes, l'ancien droit slave, l'ancien droit scandinave, les anciennes coutumes albanaises, la Chine, le Japon, l'Inde, la Mongolie et Madagascar<sup>16</sup>. Il traduisit également un texte islandais, la *Saga de Nial*<sup>17</sup> ; en tant que membre du Comité de législation étrangère au ministère de la Justice, il supervisa, après en avoir assuré la traduction, la publication du Code civil du Monténégro<sup>18</sup>. Parmi cette œuvre érudite, son travail sur le droit grec est impressionnant, soutenu par une connaissance particulièrement aiguë de la langue hellénique<sup>19</sup>. Il a tout vu, le droit privé dans tous ses aspects (famille, responsabilité du fait des esclaves, propriété, successions, ventes d'immeubles) comme le droit public ; il traduisit et publia notamment les plaidoyers d'Isée et de Démosthène<sup>20</sup> avant de composer un remarquable ouvrage sur la science du droit en Grèce<sup>21</sup>. De cet inventaire à la Prévert, il ne faudrait pas en déduire que Dareste se complût dans les évocations stériles du passé. Si son érudition force l'admiration, c'est qu'il excella aussi dans l'analyse du droit positif, y compris dans ses aspects les plus techniques : études de droit civil<sup>22</sup> et de droit colonial<sup>23</sup>, édition et annotations, de 1854 à 1876,

<sup>14</sup> C. Fleury, *Institution au droit français*, 2 vol., publié par É. Laboulaye et R. Dareste, Paris, Durand, 1858.

<sup>15</sup> J. d'Ableige, *Le grand coutumier de France*, publié par É. Laboulaye et R. Dareste, Paris, Durand, 1868.

<sup>16</sup> Toutes ces études éparpillées ont été heureusement réunies dans trois recueils : R. Dareste, *Études d'histoire du droit*, Paris, Larose et Forcel, 1889 ; *Nouvelles études d'histoire du droit*, Paris, Larose et Forcel, 1902 ; *Nouvelles études d'histoire du droit*, Paris, Larose et Forcel, 1906.

<sup>17</sup> R. Dareste, *La Saga de Nial*, Paris, Leroux, 1896.

<sup>18</sup> Code général des biens pour la principauté de Monténégro de 1888, traduit par R. Dareste et A. Rivière, Paris, Imprimerie Nationale, 1892.

<sup>19</sup> Sur cet aspect de son œuvre, voir B. Haussoullier, « Rodolphe Dareste et les études de droit grec en France », *RHD*, 1918, p. 5-42.

<sup>20</sup> R. Dareste, *Du prêt à la grosse chez les Athéniens. Études sur les quatre plaidoyers attribués à Démosthène*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1867 ; *Les Plaidoyers civils de Démosthène*, 2 vol., Paris, Plon, 1875 ; *Les Plaidoyers politiques de Démosthène*, 2 vol., Paris, Plon, 1879 ; *Les Plaidoyers d'Isée*, Paris, Larose, 1898.

<sup>21</sup> R. Dareste, *La science du droit en Grèce : Platon, Aristote, Théophraste*, Paris, Larose et Forcel, 1893.

<sup>22</sup> R. Dareste, *De la prescription en droit civil*, Paris, Picard, 1894.

<sup>23</sup> R. Dareste, *De la propriété en Algérie. Loi du 16 juin 1851*, Paris, Durand, 1852, Paris, Challamel, 2<sup>e</sup> éd., 1864.

de sept éditions du Code des pensions civiles et continuation du *Manuel des contributions indirectes et des octrois* de Girard et Fromage<sup>24</sup> tout en présidant aux destinées des *Annales des contributions indirectes*.

Enfin, alors même que sa production savante fut quantitativement bien plus faible en droit administratif<sup>25</sup>, il laissa son nom attaché à l'étude de cette matière, à travers un *Traité* de contentieux administratif qui fit l'objet de deux éditions, la première en 1862, la seconde en 1897, revue par son fils Pierre Dareste de la Chavanne<sup>26</sup>. Vision d'ensemble du droit administratif sous le second Empire, le *Traité* de Dareste retient l'attention. Ouvrage synthétique de 700 pages, il ne constitue ni une monographie ou un pamphlet sur le Conseil d'État, ni un répertoire pratique de contentieux administratif, ni un traité monumental répertoriant, parfois par ordre alphabétique, parfois selon l'ordre adopté par les tables du *Recueil Lebon*, les différentes matières administratives. De sorte qu'il diffère des ouvrages alors en vogue de Gérando, Macarel, Cormenin, Foucart, Chauveau, Dufour, Batbie ou Ducrocq. Doté d'un esprit de synthèse innovant, le *Traité* de Dareste est à part dans le paysage doctrinal français du XIX<sup>e</sup> siècle. Cette qualité scientifique est la conséquence de la méthode choisie par l'auteur, dont il fait état dans la préface de son livre : « Cette vue d'ensemble, écrit-il, sans laquelle il n'y a pas de véritable science, a été précisément le but de tous nos efforts. Pour y atteindre, il ne suffit pas de commenter des textes et d'analyser des arrêts. Cette étude, toujours un peu étroite et aride, quelque sagacité qu'elle exige, ne peut être qu'un point de départ. Si elle pourvoit aux besoins journaliers de la pratique, elle ne satisfait pas l'esprit qui réfléchit, et qui veut comprendre et juger. [...] Ainsi l'étude de l'histoire, la comparaison des législations étrangères, l'exposition du droit administratif dans l'ordre habituellement suivi pour le droit civil : voilà par où le travail que nous publions aujourd'hui peut se recommander encore, après tant d'autres, à l'attention des lecteurs.<sup>27</sup> » Voici définie par l'auteur lui-même la méthode choisie pour synthétiser et analyser le droit administratif, et avan-

<sup>24</sup> *Manuel des contributions indirectes et des octrois*, par MM. Girard et Fromage, Paris, Dupont, 1860.

<sup>25</sup> Il a d'abord publié trois importantes études historiques : R. Dareste, « Étude sur les origines du contentieux administratif en France », *RHD*, 1855, p. 24-68 à 1857, p. 97-141. Elles furent réunies dans un ouvrage paru à Paris chez Durand, 1857. Mais ces articles ont été introduits dans la première partie de son *Traité*, de sorte qu'ils n'en constituent pas des œuvres distinctes et différentes.

<sup>26</sup> R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, Paris, Durand, 1862, Paris, Larose, 2<sup>e</sup> ed., 1897. Seule la première édition a retenu notre attention, car elle témoigne d'une analyse du droit administratif sous le second Empire, tandis que la seconde comporte fort peu de changements, en dépit de l'introduction de rares arrêts du Conseil d'État, ce qui de surcroît en fait, au moment de sa publication, une œuvre dépassée.

<sup>27</sup> R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, op. cit., p. V-VII.

cée la justification des innovations comme aussi des imperfections de son travail. Au vrai, son approche, malgré les trois composantes exposées, comprend deux méthodes bien distinctes. La première vise à replacer le droit administratif dans le temps et dans l'espace afin d'en mieux faire sortir les singularités nationales : c'est la méthode comparatiste au sens large, et plus précisément, chez Dareste, la méthode historique. La seconde méthode, loin de comparer droit administratif et droit civil, vise à organiser la présentation du droit administratif à travers le prisme du droit civil : c'est la méthode de l'utilisation du droit civil. Tel est l'apport de Rodolphe Dareste à l'histoire de la doctrine et des formes juridiques en droit administratif : avoir osé faire le choix d'une méthode historique (I) et utiliser le droit civil (II).

### I. Le choix d'une méthode historique

L'École historique française n'a pas attendu Rodolphe Dareste pour exister. Dans la lignée d'Augustin Thierry, de Guizot et de Michelet, des juristes du XIX<sup>e</sup> siècle, tels Lerminier ou Laboulaye, s'étaient déjà mis à faire de l'histoire du droit. Mais on néglige souvent de dire que la naissance du droit administratif français moderne est liée dans ses racines à l'École historique : pour preuve, les nombreux articles de droit administratif jalonnant les numéros de l'éphémère mais célèbre revue *Thémis*. Le phénomène, du reste, se comprend assez aisément : à la différence du droit civil, l'absence de codification faisait du droit administratif un terrain privilégié pour renouveler l'étude des sources et démontrer tour à tour l'historicisme, le relativisme et le nationalisme du droit français. Pourtant, ces juristes-historiens ne furent pas si nombreux en droit administratif, car, au XIX<sup>e</sup> siècle, la mode fut rapidement, soit de fabriquer des ouvrages techniques à vocation pratique, soit de prendre part au grand débat contemporain qui accapara tant les esprits, celui de la légitimité et de l'avenir du Conseil d'État et de sa justice retenue<sup>28</sup>. De telle sorte qu'il n'est pas exagéré de considérer que Rodolphe Dareste fut bien, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, le seul véritable théoricien du droit administratif à avoir recours à l'histoire pour bâtir une vue d'ensemble du droit administratif.

Recourir à l'histoire, et non à l'École historique : la nuance est de taille et elle permet de mettre en avant le véritable intérêt de l'œuvre de ce juriste oublié. Dareste partage avec son grand ami Laboulaye le privilège d'avoir mis

---

<sup>28</sup> Sur les péripéties de la justice administrative au XIX<sup>e</sup> siècle, voir désormais l'utile synthèse de B. Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003.

au point une méthode historique à la française, préfigurant celle que formalisera définitivement Raymond Saleilles au début du XX<sup>e</sup> siècle. Les rapprochements, on y reviendra, sont parfois saisissants. Or cette méthode, en dépit de l'admiration que les deux hommes affichèrent pour Savigny mais qui n'était que l'expression de la dette que contractent toujours des innovateurs envers celui qui leur a simplement ouvert la voie, n'est pas un prolongement national de l'École historique du droit. Les origines de la méthode historique à la française sont liées à la conception politique des hommes qui la conçurent. Aussi tout ce que M. Pierre Legendre a écrit à propos d'Édouard de Laboulaye<sup>29</sup> s'applique-t-il à Dareste. Ses travaux historiques, sa passion pour l'histoire des sources du droit, sa savante ferveur, sa conviction pour prendre parti contre l'exégétisme en faveur dans les Facultés de droit françaises depuis le Code civil ont une signification politique : argumenter pour le libéralisme. Non le libéralisme économique, défini comme le refus de l'interventionnisme économique de l'État, et qui resta assez étranger aux préoccupations des publicistes ; mais bien le libéralisme politique, et plus précisément ce libéralisme à la française, celui de Benjamin Constant, de Tocqueville, de Laboulaye et de Dareste, qu'une limpide lignée unit, comme en témoignent leurs écrits. C'est donc la défense de la cause du libéralisme (A) qui explique, chez Dareste, le choix d'une méthode historique pour renouveler totalement la présentation du droit administratif français (B).

### *A) La cause du libéralisme*

Comme l'a fort bien observé M. Legendre, « la France, pays industriellement retardé, rebelle au Capitalisme comme l'ont montré les sociologues classiques de Spencer à Sombart, s'est inventée une forme très intellectuelle de libéralisme, dans l'élaboration duquel les juristes ont joué un rôle de premier plan<sup>30</sup> ». La culture politique française, éprise d'étatisme et d'unité, mit notamment les publicistes au défi : celui de concilier la liberté et la loi. D'où, chez certains juristes, respectueux de la tradition et du droit positif, la volonté d'élaborer un libéralisme à la française, prenant acte de la primauté de l'État et, de ce fait, montrant « davantage de confiance dans l'État que dans l'individu<sup>31</sup> ». Dareste appartient sans conteste à ce courant libéral, qu'il s'efforça de traduire exclusivement dans son travail savant, à la différence de Laboulaye qui eut quelques velléités d'engagement politique.

<sup>29</sup> Dans un article fondamental : P. Legendre, « Méditation sur l'esprit libéral. La leçon d'Édouard de Laboulaye, Juriste-témoin », *RDP*, 1971, p. 83-122.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>31</sup> L. Jaume, « Libéralisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy et PUF, 2003, p. 940.

Peut-être même est-ce, chez Dareste, une vision purement littéraire du libéralisme, une adhésion au jugement des romantiques sur leur siècle. S'il serait abusif de voir dans son *Traité* de contentieux administratif l'expression d'une confession, Dareste est bien un enfant de son siècle, dont il partage le prénom. Si sa méthode historique est le témoignage de son esprit libéral, elle est peut-être aussi plus primitivement la traduction de la pensée d'un homme qui, comme l'écrivait Alfred de Musset, était petit-fils de l'Ancien Régime, orphelin de la Révolution et fils de l'Empire, un de ces hommes pour qui il y avait « dans ce mot de liberté quelque chose qui leur faisait battre le cœur à la fois comme un lointain et terrible souvenir et comme une chère espérance, plus lointaine encore<sup>32</sup> ». La méthode historique est alors, pour Dareste comme pour son co-fondateur Laboulaye, le moyen de traduire sur un plan scientifique la situation si politiquement troublée de la société du XIX<sup>e</sup> siècle, d'exorciser le mal du siècle. On songe à cette formule de Laboulaye : « Dans un pays où les Révolutions accumulant ruines sur ruines ont toujours eu pour but de faire table rase et de rompre avec le passé, ce n'est plus sur la tradition, c'est sur la science et la science seule que reposent les sociétés<sup>33</sup> ». Tout est dit dans cette phrase qui allie méthode historique, esprit du siècle et engagement libéral. La méthode historique de Dareste est le reflet de la pensée d'un jeune homme de la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, d'un de ces jeunes hommes pour qui Musset dressa si magnifiquement ce diagnostic : « Trois éléments partageaient donc la vie qui s'offrait alors aux jeunes gens : derrière eux un passé à jamais détruit, s'agitant encore sur ses ruines, avec tous les fossiles des siècles de l'absolutisme ; devant eux l'aurore d'un immense horizon, les premières clartés de l'avenir ; et entre ces deux mondes [...] le siècle présent, en un mot, qui sépare le passé de l'avenir, qui n'est ni l'un ni l'autre et qui ressemble à tous les deux à la fois, et où l'on ne sait, à chaque pas qu'on fait, si l'on marche sur une semence ou sur un débris. ». De cette pensée, Dareste en hérite trois convictions scientifiques.

1) Petit-fils de l'Ancien Régime, il adopte à l'égard de l'absolutisme monarchique le jugement de ce courant libéral à la française auquel il appartient. On sait que la réprobation libérale des excès de la Révolution n'a pas conduit à la contre-révolution, de sorte que les libéraux ont fait leurs principes de 1789 : « un clivage s'est opéré, sur l'échiquier politique, isolant la droite royaliste de cette intelligentsia libérale, très informée d'histoire institutionnelle et qui sous la direction morale de Benjamin Constant modernise le

<sup>32</sup> A. de Musset, *La confession d'un enfant du siècle*, Paris, Folio, p. 23.

<sup>33</sup> É. de Laboulaye, *Trente ans d'enseignement au collège de France (1849-1882)*, *op. cit.*, p. 5.

légalisme le plus traditionnel<sup>34</sup>». Dareste fait très exactement partie de ces libéraux qui ne se firent pas des apologistes des temps révolus, des nostalgiques de l'absolutisme. En revanche, de son libéralisme, il hérite l'idée que l'Ancien Régime fournit les éléments d'une sédimentation historique ; plus précisément, il a la conviction de la continuité du droit public français, et notamment de la justice administrative, qu'il considère fondamentalement liée à l'étatisme et à la centralisation<sup>35</sup>. Dans la droite ligne de Tocqueville et de son *Ancien Régime et la Révolution*, il est de ceux qui vont alors chercher, comme le prônait la Charte de 1814, à renouer la chaîne des temps et établir la généalogie d'institutions comme le Conseil d'État, la Cour des comptes, les préfets ou le Conseil des prises. D'où la méthode historique ; d'où cette conviction que, « pour comprendre une institution quelle qu'elle soit, il faut avant tout en considérer l'origine et le développement historique<sup>36</sup> » car « elle peut se transformer selon les temps, mais il y a toujours un fond qui reste, et ce fond apparaît d'autant plus nettement qu'on le voit persister sous les transformations de la surface<sup>37</sup> » ; d'où l'existence, dans son *Traité de droit administratif*, d'une partie entière consacrée à retracer l'histoire de la justice administrative. Pour autant, il ne voue aucun culte aux institutions de l'Ancien Régime et ne pense pas davantage que la Révolution et l'Empire n'auraient en définitive rien inventé, incapables qu'ils auraient été d'égaliser le génie institutionnel des anciens monarques. Tout au contraire, si Dareste est si préoccupé de décrire l'histoire de la justice administrative, c'est pour montrer comment la Révolution a transformé « *une invention du despotisme en une garantie de la liberté*<sup>38</sup> ».

2) Orphelin de la Révolution, Dareste est de ces libéraux qui pensent, comme l'écrivit Musset, qu'on a coupé les ailes à l'esprit de liberté qui émanait de 1789. Mais il ne développe pour autant aucune hostilité envers la Révolution et fait siens les grands principes de 1789. Évoquant la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, après avoir dénoncé l'arbitraire et le bon plaisir qui régnaient sous l'Ancien Régime<sup>39</sup>, il approuve et perçoit fort bien le caractère fondateur de la loi des 16-24 août 1789 tout en discernant admirablement le gage de sa longévité dans l'avenir institutionnel français, quel qu'il puisse

<sup>34</sup> P. Legendre, « Méditation sur l'esprit libéral. La leçon d'Édouard de Laboulaye, Juriste-témoin », art. cité, p. 90.

<sup>35</sup> R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, op. cit., p. 6.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. VI.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 6 (c'est nous qui soulignons).

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 160.

être : « C'est ainsi que la justice administrative sortit, transformée et agrandie, du renouvellement de 89. Son ressort était peut-être moins étendu qu'autrefois, mais les limites en étaient mieux marquées. Elle avait surtout ce qui lui avait manqué jusqu'à là, une théorie et, si l'on peut parler ainsi, une formule, formule vague et souple sans doute, mais merveilleusement appropriée par là même à une institution dont le premier caractère est de se transformer constamment.<sup>40</sup> » En revanche, en tant que libéral français, la Révolution inspire à Dareste deux critiques majeures, que la méthode historique permet de combattre. D'une part, il ne partage pas l'idéologie révolutionnaire de la table rase parce qu'il croit au développement historique des institutions, mélange unique de traditions héritées et de nouveautés inventées. La méthode historique est précisément mise au point pour montrer à quel point était présomptueuse la philosophie de ceux qui croyaient qu'on pouvait décréter solennellement l'ouverture de temps nouveaux. D'autre part, son ascendance libérale le conduit à condamner le système de l'administrateur-juge retenu par la Constituante. Sur fond de comparatisme avec l'Angleterre et les États-Unis, l'indépendance des magistrats et la manière dont la justice est rendue furent la grande affaire des libéraux du XIX<sup>e</sup> siècle. Dareste n'échappe pas à ses préférences politiques. Dénonçant le système de la Constituante, il perçoit fort bien que « l'Assemblée considérait l'ordre judiciaire comme un ennemi. Elle ne chercha qu'à l'abattre sous prétexte de l'organiser. [...] De crainte de ressusciter les Parlements, elle décapita l'ordre judiciaire, car le nouveau tribunal de cassation se trouvait trop restreint dans ses attributions pour donner de l'ombrage au législateur. Or, la première condition pour que l'administration puisse plaider devant les tribunaux, c'est que les tribunaux soient ce qu'ils doivent être, un des grands pouvoirs de l'État. S'il n'y a qu'une justice en Angleterre, c'est que les grands juges des Cours de Westminster sont les premiers fonctionnaires du pays. Un gouvernement légal peut accepter le contrôle d'une compagnie judiciaire aussi haut placée que la Cour du banc de la reine, il ne saurait se soumettre à la décision d'un tribunal de district<sup>41</sup> ». Achévant l'histoire de la Révolution, Rodolphe Dareste peut alors diagnostiquer, en des termes très libéraux, ce qui manque à la justice administrative : « des formes plus judiciaires, une organisation plus indépendante qui lui permît d'assurer aux droits des particuliers une garantie réelle, et d'exercer sur l'administration un contrôle sérieux<sup>42</sup> ».

3) Enfin, fils de l'Empire, Dareste fait indiscutablement partie de ces libéraux qui n'adhèrent pas à l'héritage consulaire et impérial. Et ce, pour deux

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 169.

raisons principales. D'une part, Dareste est de ceux qui pensent que l'Empire a sclérosé le droit : rejetant par principe l'idée qu'on puisse décréter une société nouvelle, adhérant au jugement de Portalis selon lequel on écrit les lois mais on ne les fait pas, il se bat contre l'idée selon laquelle le droit privé français commencerait et s'achèverait en 1804. Mais il ne s'agit pas tant de penser comme Savigny que la codification a tué la science du droit en France ; en juriste et libéral français, il s'agit simplement de démontrer que le droit civil a un passé, que le Code civil lui-même est le produit d'une histoire et que le droit, parce qu'il ne s'identifie pas à la loi, continue d'évoluer en dépit de la codification. D'où cette volonté de Dareste et Laboulaye de lutter contre la méthode exégétique, suspectée de figer l'étude du droit ; et d'où, fort logiquement, la nécessité d'une méthode historique ainsi que le choix d'étudier le droit administratif, terrain ô combien privilégié pour renouveler l'étude des sources et démontrer le sens des sédimentations historiques. D'autre part, Dareste est opposé au césarisme du régime napoléonien, qu'il rapproche sans complaisance de l'Ancien Régime<sup>43</sup>. La méthode historique remplit alors parfaitement son office : faire prendre conscience de la parenté juridique entre l'ancien et le nouveau système, et dénoncer la reprise des errements institutionnels. Notamment, Dareste développe dans son *Traité* des thématiques chères aux libéraux du XIX<sup>e</sup> siècle. L'unité d'esprit et de style entre Tocqueville, Laboulaye et Dareste est alors saisissante. Deux exemples entre tous ont valeur de symbole : la condamnation par Dareste de la centralisation et de la garantie administrative des fonctionnaires. Dans la conclusion de son ouvrage, il écrit que « s'il y a peu de critiques à faire de notre droit administratif en matière purement fiscale, on ne saurait approuver sans réserve les parties de ce droit qui touchent aux institutions politiques. Il faut reconnaître qu'en cette partie le progrès est beaucoup moins sensible, et que la législation est restée trop fidèle aux anciens errements. Il suffit de rappeler ici ce que nous avons dit de la garantie administrative des fonctionnaires et de la tutelle administrative des communes. Ce sont là des institutions de l'ancien régime qui s'adaptent mal à un régime de liberté politique, et qu'il serait très-facile de modifier sans inconvénient.<sup>44</sup> » Plus avant, retraçant l'histoire juridique des com-

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 172 : « Le coup d'État du 18 brumaire rétablit la monarchie en France, et, comme par la force des choses, le pouvoir nouveau reprit les traditions de la royauté. L'ancienne organisation administrative détruite par la Constituante fut relevée pièce par pièce, et pour s'aider dans cette œuvre de reconstruction, le gouvernement alla rechercher dans la retraite ou dans l'exil tout ce qui restait encore d'anciens fonctionnaires disposés à lui prêter appui. » ; *ibid.*, p. 176-177 : « Ainsi, quelques mois à peine avaient suffi au gouvernement consulaire pour restaurer dans ses éléments essentiels l'ancienne organisation administrative, et pour reprendre la tradition de Louis XIV. Il n'alla que trop loin dans cette voie, mais cette tendance même profita, comme nous l'allons voir, à la bonne organisation de la justice administrative. »

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 675.

munes<sup>45</sup>, Dareste en profite pour dénoncer le long mouvement historique qui a conduit à une centralisation politique de plus en plus envahissante et à l'instauration juridique de la tutelle administrative ; étonné par la « passion d'uniformité<sup>46</sup> » qui a inspiré la législation française, il se désole que tous les régimes n'aient pas établi « en France la liberté municipale, qui est le fondement de toute liberté politique<sup>47</sup> ». S'agissant de la responsabilité des fonctionnaires, Dareste considère également qu'elle est « une des garanties les plus efficaces de la liberté politique<sup>48</sup> ». C'est dire qu'il ne peut que désapprouver l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, auquel il consacre une dizaine de pages réprobatrices. Dans le style typiquement libéral, tirant parti d'une comparaison avec le système anglais jugé comme « un admirable modèle à suivre<sup>49</sup> », Dareste s'étonne : « Qu'une pareille institution se soit établie sous des gouvernements despotiques, on le comprend sans peine ; mais il est plus difficile d'expliquer comment elle a pu se maintenir sous des gouvernements constitutionnels.<sup>50</sup> » Il réfute l'argument de la responsabilité politique des fonctionnaires, via la responsabilité ministérielle. Peu adapté au régime impérial sous lequel il rédige son *Traité*, l'argument n'est de toute façon pas tenable : « Et quand bien même une loi pareille existerait, la liberté y gagnerait assurément peu de chose. La responsabilité des fonctionnaires n'est efficace qu'à la condition d'être directe et personnelle. Plus elle remonte et plus elle s'affaiblit. Voilà pourquoi la responsabilité des ministres ne doit pas absorber celle des agents inférieurs de l'administration, car il n'y a guère d'apparence qu'un citoyen puisse obtenir justice, si justice ne peut être faite que par un changement de ministère. Que serait-ce donc s'il y fallait une révolution ?<sup>51</sup> » En des termes dénués d'ambiguïtés, Dareste ne dissimule pas alors à ces lecteurs que l'article 75 de la Constitution de l'An VIII n'est rien d'autre qu'un moyen pour le gouvernement d'arrêter arbitrairement le cours de la justice<sup>52</sup>.

Ces écrits rattachent incontestablement Rodolphe Dareste à Édouard de Laboulaye et Alexis de Tocqueville. Comme eux, sous couvert d'une critique du droit napoléonien, il se livre à une critique du régime impérial en général, y compris celui de Napoléon III. On comprend tout l'intérêt porté au droit administratif, matière qui traduit mieux que toute autre l'unité juridique

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 565-623.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 575.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 576.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 514.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 521.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 520.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 519.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 521.

entre les deux empires<sup>53</sup>. C'est dire que chez Dareste, c'est bien l'adhésion de sa pensée personnelle à la philosophie libérale qui explique son choix savant en faveur de l'histoire du droit. De cette conviction scientifique naît alors une méthode historique, instrument d'une présentation renouvelée du droit administratif français.

### B) *L'effet sur l'étude du droit administratif*

La pensée libérale de Rodolphe Dareste s'est exprimée sur un plan purement savant, l'homme n'ayant jamais eu l'envie d'assumer des responsabilités politiques. Elle est notamment à l'origine de la singularité de son approche du droit administratif, dont il renouvelle la présentation grâce à l'utilisation d'une méthode historique, elle-même fruit de son libéralisme. Cette méthode n'est pas une vague intuition. Elle est véritablement pensée, formalisée, théorisée par Dareste et Laboulaye, inséparables dans cette entreprise. À cet égard, il n'est pas innocent que Dareste ait publié ses premières recherches sur le droit administratif au moment même où il lançait avec Laboulaye le premier numéro de la *Revue d'histoire du droit*, comportant un remarquable article introductif exposant en détail le but et les modalités de la méthode historique<sup>54</sup>.

1) De cette méthode, dont le lieu n'est pas ici d'en faire l'exposé approfondi, disons simplement, pour mieux en saisir sa capacité à renouveler l'étude du droit administratif, qu'elle se sépare de l'École historique du droit de Savigny<sup>55</sup>. Précisément parce qu'ils sont des libéraux français, Dareste et Laboulaye ont choisi de tenir compte des réalités politiques nationales, et notamment du légalisme français. Dès lors, ils ne peuvent pas tout à fait adhérer à la condamnation par Savigny du Code civil français, dont ils admirent justement l'esprit de synthèse entre le droit romain, les coutumes et le rationalisme du XVIII<sup>e</sup> siècle. En témoignage, dans le *Traité* de droit administratif de Dareste, cette habitude de recourir aux juristes-historiens français, tels Beaumanoir, Pasquier ou Fleury, qui mirent tant en évidence l'œuvre législative des rois de France. Or l'École historique, partant du postulat que le droit procède

<sup>53</sup> Cette influence impériale sur le droit administratif est fort bien mise en avant dans les travaux de G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2002, notamment p. 49-81 et 126-170.

<sup>54</sup> É. de Laboulaye, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *RHD*, 1855, p. 1-23.

<sup>55</sup> Sur l'École historique, voir d'abord O. Jouanjan, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX<sup>e</sup> siècle) », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 571-578 ; voir ensuite la belle synthèse de J. Gaudemet, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle », *RHFD*, 1998, p. 87-124.

du plus intime de la nation, voyait dans les coutumes la source première du droit. Plus profondément, ce qui sépare Laboulaye et Dareste de Savigny, c'est que les deux juristes français adhèrent à ce qui a été la grande vision intellectuelle de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle : l'idée de développement, d'évolution, de progrès. C'est pourquoi, fait trop peu observé, leur méthode historique est bien plus proche de celle que Raymond Saleilles défendra au début du XX<sup>e</sup> siècle : Dareste et Laboulaye en sont même, en réalité, les véritables prédécesseurs<sup>56</sup>. Exactement comme chez le célèbre civiliste<sup>57</sup>, la méthode historique est une *méthode inductive* basée sur les *faits*<sup>58</sup>. Le terme « historique » ne doit pas être pris à la lettre : c'est en réalité une méthode qui cherche à connaître la vie du droit en empruntant le chemin de l'histoire. Dareste et Laboulaye, dans leurs divers écrits, furent très clairs sur ce point : ils considèrent que l'étude du droit est appauvrie par ceux qui sont plus disposés à construire des systèmes qu'à étudier des faits ; s'ils sont partisans de l'école historique du droit, c'est uniquement dans le sens où l'histoire est l'étude des faits à travers le temps ; le droit, pour eux, est une science d'observation bien plus que de raisonnement ; elle est la science sociale par excellence ; il faut donc sortir de l'abstraction philosophique pour entrer dans le domaine des faits ; il faut même sortir du domaine du droit proprement dit, pour examiner ses rapports avec la politique et la religion, avec l'administration et l'économie politique, tout cela dans un seul but : atteindre la réalité et la vie du droit<sup>59</sup>. Dareste est de ceux qui estiment que la science du droit s'égare quand elle se cantonne dans la spéculation abstraite et se condamne à voir sans comprendre quand elle se renferme dans l'étude d'un texte unique, fût-ce le Digeste ou le

<sup>56</sup> De Saleilles, parmi une littérature abondante, on peut lire R. Saleilles, « Le Code civil et la méthode historique », in *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, t. I, p. 97-129. Sur la méthode historique de Saleilles, voir, en dernier lieu, N. Mathey, « Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », in *Université Panthéon-Assas (Paris II), 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 211-223.

<sup>57</sup> R. Saleilles, « Le Code civil et la méthode historique », art. cité, p. 99 : « L'école de Savigny, prise sous sa forme initiale, reposait sur quelques postulats qui, sous prétexte d'évolution, ne devaient aboutir qu'à l'immobilisation. La méthode historique est la méthode scientifique par excellence. Dégagée de tout élément subjectif, elle s'en tient aux faits et aux réalités, elle les classe et en déduit les lois générales qu'ils comportent. Appliquée au droit, elle n'a d'autre objectif que de mettre le droit en conformité avec la vie. »

<sup>58</sup> É. de Laboulaye, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », art. cité, p. 23 : « Ce n'est pas une science de chimères, ce n'est pas le rêve ingénieux d'un homme qui reconstitue le monde par un effort de sa pensée ; la philosophie du droit comme celle des sciences naturelles, c'est la science qui généralise après les observations faites et classées, et remonte ainsi des phénomènes aux principes qui les gouvernent, et des faits à la loi. »

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 2 : « Ce qu'on veut connaître aujourd'hui, c'est la vie de l'homme, c'est le développement de la société » ; p. 4 : « Il s'agit toujours de savoir par quels degrés s'est élevé l'esprit humain, et quelle éducation il a reçu du passé. Nos idées juridiques, comme nos idées littéraires ou philosophiques, sont le fruit, le résultat d'une vie et d'une expérience de plus de vingt siècles. »

Code civil. On songe à cette formule admirable de Laboulaye : « Celui qui ne voit dans le droit qu'une règle absolue ne voit dans le changement qu'une erreur ou un caprice.<sup>60</sup> »

Mais en réalité, exactement comme plus tard chez Saleilles, la méthode de Dareste et Laboulaye a une autre fonction, peut-être encore plus importante : demander à l'histoire la raison des institutions et des lois. Et c'est pourquoi la méthode historique est une véritable méthode juridique, et non une simple voie scientifique d'analyse du droit. Il ne s'agit pas de l'œuvre stérile d'un érudit : la méthode se veut *opérationnelle*. Comme l'écrit Laboulaye, « étudier le passé n'est donc pas un travail qui émousse l'esprit et lui ôte toute portée philosophique ; au contraire, la véritable philosophie du droit, comme celle de l'histoire, est celle à qui ce qui s'est fait donne l'intelligence de ce qui doit se faire<sup>61</sup> ». En d'autres termes, une telle finalité explique le choix d'une méthode fondée sur l'observation du progrès historique : « Ce que nous recherchons, ajoute encore Laboulaye, c'est comment, à toutes les époques, l'humanité a compris et appliqué l'idée éternelle de justice et de droit, et si nous suivons dans l'histoire la loi de ce développement, c'est pour demander au passé le secret de l'avenir.<sup>62</sup> » Comme l'écrira également Dareste, la méthode historique se propose de « discerner dans chaque institution, l'élément absolu qui tient à la nature même de l'homme et qui a son fondement dans la raison, et l'élément relatif variant à l'infini sous l'influence des conditions extérieures<sup>63</sup> ». Aussi la méthode historique peut-elle être alors, dans l'esprit de ces concepteurs, une véritable méthode *juridique*, c'est-à-dire une méthode d'*interprétation* des textes qui permette au juge, loin de la méthode exégétique, de définir le sens d'un texte législatif ou réglementaire conformément aux exigences historiques du progrès social. Mais c'est pourquoi le juriste doit faire de l'histoire. Car la méthode de l'interprète chargé d'adapter la règle aux besoins sociaux nouveaux ne saurait être purement intuitive, au risque d'être arbitraire. L'histoire du droit fournit alors son plein office : trouver dans le passé et à l'étranger des innovations juridiques ; mais aussi déterminer le sens de l'histoire sociale de la nation afin que l'évolution se fasse dans le respect du système juridique. L'histoire enseigne ainsi le sens de l'évolution générale du droit et donne la mesure raisonnable et possible des développements souhaitables. C'est pourquoi, en cette seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, cette méthode renouvelait totalement l'étude des sources du droit, traduisant bien le combat

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>63</sup> R. Dareste, *Études d'histoire du droit*, *op. cit.*, p. VIII.

des libéraux : loin du dogmatisme de la loi et de la domination de la méthode exégétique, la méthode historique donnait toute sa place à la jurisprudence, confiant au juge la charge d'interpréter la loi conformément aux exigences historiques du progrès social, et valorisait la doctrine, car le juge n'ayant pas nécessairement le temps et les sources pour faire de l'histoire, il revient à la doctrine de préparer par son lent travail de savant les instruments dont le juge pourra se servir pour faire opportunément évoluer le droit positif. Cinquante ans plus tard, Saleilles ne dira pas autre chose. C'est dire l'apport d'Édouard Laboulaye et de Rodolphe Dareste à l'histoire des doctrines juridiques.

2) On devine alors toute la puissance de renouvellement qu'une telle méthode apporte à l'étude du droit administratif.

Elle empêche d'abord Rodolphe Dareste de sombrer dans le défaut de ses prédécesseurs. Puisqu'une telle méthode attire l'attention sur le sens de l'évolution générale du droit administratif, Dareste est nécessairement conduit à constater que cette matière est consubstantielle, en dépit de la césure révolutionnaire, à la construction d'un État unitaire, centralisé et hiérarchisé, et que l'instrument de cette centralisation a été le Conseil d'État, arme du gouvernement contre le juge judiciaire. D'où, sur les deux parties de son ouvrage, une première consacrée entièrement à l'étude des « juges administratifs », plaçant ainsi au cœur du droit administratif le Conseil d'État, organe explicatif de son origine et de son développement. Cela évite à Dareste d'ordonner le droit administratif autour de la description détaillée de toutes les institutions administratives et de toutes les matières dans lesquelles l'Administration intervient, à la façon du répertoire que certains, jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, n'hésiteront pas encore à utiliser sous sa forme pourtant la plus élémentaire, celle de l'ordre alphabétique. En structurant le droit administratif autour du juge administratif et non de l'Administration, Dareste fait entrer pour la première fois l'étude du droit administratif dans l'ère de la modernité et préfigure, ni plus ni moins, l'approche d'Édouard Laferrière.

Ensuite, à la différence des autres traités de droit administratif précisément organisés à la manière quelque peu rébarbative du répertoire, Dareste donne une vision très *vivante* du droit administratif puisqu'il situe chaque institution dans son contexte et son évolution. Cette qualité, l'œuvre de Dareste la doit précisément à l'utilisation de la méthode historique. Loin de s'enfermer dans la description stérile du passé, il analyse toujours chaque institution juridique dans son présent. Si nombreux furent ceux se contentant de donner des explications d'ordre historique avant de passer ensuite à l'étude séparée du droit positif, seul Dareste mélange en permanence le passé et le présent. Sa méthode

lui permet de souligner le poids des héritages et la part des nouveautés, et de mettre ainsi en lumière le sens du progrès historique en matière administrative. Il en va ainsi naturellement pour l'étude de la justice administrative qui occupe toute la première partie de son *Traité* ; mais c'est encore la même méthode qui est appliquée pour l'étude de chaque notion de droit administratif, que Dareste décrit toujours en partant du droit romain pour aller jusqu'à la plus extrême nouveauté. Il est ainsi conduit à faire de l'histoire à la fois une science explicative et une méthode de recherche de solutions nouvelles envisageables et conciliables avec le sens de l'évolution historique, ne faisant fi ni du poids des traditions ni des besoins sociaux nouveaux. Ainsi, le passé monarchique de la justice administrative comme l'unité entre le premier et le second Empire permettent à Dareste d'expliquer à ses lecteurs, en dépit des ruptures révolutionnaires et des monarchies constitutionnelles, les permanences et les singularités de la procédure administrative, pourquoi elle est écrite, pourquoi on procède par requête sommaire au secrétariat du Conseil d'État et non par voie d'assignation directe à l'intimé, mais aussi pourquoi il pense que le renvoi pour suspicion légitime et la récusation sont inapplicables devant le Conseil d'État, etc<sup>64</sup>. De même, la vision historique lui permet d'expliquer comment la tutelle administrative est une institution héritée du droit romain que la monarchie absolue puis le régime napoléonien se sont empressés de récupérer afin de justifier juridiquement le fait que les communes sont des mineures, mettant ainsi en lumière le fossé entre l'état du droit et les aspirations de la société française à plus de liberté municipale<sup>65</sup>. De la même sorte, l'histoire joue un rôle majeur dans l'explication du droit domanial, par exemple pour justifier la compétence administrative en matière de contraventions de grande voirie<sup>66</sup>. Enfin, parce que la méthode historique refuse de laisser l'étude du droit s'enfermer dans la déduction de principes abstraits et dans l'exégèse des lois, mais prend au contraire comme objet les faits sociaux révélés par la jurisprudence, Dareste accorde toute son importance à la jurisprudence du Conseil d'État. Évoquant l'inexistence dans la loi des 16-24 août 1790 d'une définition de la séparation des pouvoirs et de la compétence du juge administratif, il note que « ce que le législateur n'a pas même entrepris, la jurisprudence a essayé de le faire. [...] Rien de plus ingénieux que les combinaisons et les distinctions imaginées à cet effet par la jurisprudence<sup>67</sup> ». Ainsi, Dareste fait une présentation originale de la jurisprudence relative à la responsabilité extra-

---

<sup>64</sup> R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, op. cit., p. 653-673.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 565-576.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 238-275.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 206.

contractuelle de l'Administration. Loin de présenter l'État-puissance publique comme irresponsable, il affirme au contraire, alors même qu'on devrait en théorie apporter une réponse opposée, qu'en France, « où l'administration est tout, où les agents de l'administration sont, en fait, à peu près irresponsables, il a bien fallu reconnaître la responsabilité civile de l'État<sup>68</sup> ». Reprenant mot pour mot l'arrêt *Rotschild* de 1855<sup>69</sup>, Dareste innove et ne présente pas l'état du droit en se fondant uniquement sur un inventaire des diverses lois ayant attribué compétence aux tribunaux en matière de responsabilité de l'État. Tout au contraire, il affirme que le principe qui se dégage de la jurisprudence est que « toute action en responsabilité civile, dirigée contre l'État, doit être portée d'abord devant le ministre compétent, puis devant le Conseil d'État, à moins qu'une loi expresse et formelle n'indique une autre juridiction.<sup>70</sup> » Cette jurisprudence est jugée d'autant plus remarquable par Dareste qu'il rappelle que, dans l'affaire *Rotschild*, il existait en matière de responsabilité des postes un texte législatif attribuant compétence aux tribunaux judiciaires.

Enfin, et c'est peut-être là l'effet le plus remarquable de la méthode historique, Dareste se sépare des libéraux de son temps et offre, en cette année 1862, un fervent plaidoyer *en faveur du Conseil d'État* dans les remarquables pages de la conclusion de son ouvrage. Son honnêteté scientifique et la méthode historique, qui l'ont forcé à dresser le constat objectif du sens de l'évolution du droit en matière administrative, le conduisent à ne pas reproduire mécaniquement l'attaque classique des libéraux contre la justice administrative<sup>71</sup>. Non pas, du reste, qu'il renonce à ses idées libérales. Tout au contraire, il tente, chose peu commune à son époque, de concilier libéralisme et justice administrative. Pourquoi ? Parce que, précisément, la méthode historique enseigne à qui veut bien l'appliquer au droit administratif que « *la justice administrative, qui est une invention du despotisme, est devenue avec le temps*

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 527-528.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 533 : « D'après cette jurisprudence, c'est à l'administration seule qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours ; il n'appartient qu'à elle de déterminer les rapports qui s'établissent à l'occasion de ces services entre l'État, les nombreux agents qui opèrent en son nom, et les particuliers qui profitent de ces services ; et dès lors de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits réciproques qui en doivent naître ; ces rapports, ces droits et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil, et comme ils le sont de particulier à particulier. Notamment, en ce qui touche la responsabilité de l'État en cas de faute, de négligence ou d'erreurs commises par un agent de l'administration, cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service, et dès lors l'administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure. »

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 533.

<sup>71</sup> Fort bien illustrée par le célèbre article de A. de Tocqueville, « Rapport de M. de Tocqueville sur le cours de droit administratif de M. Macarel », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1846, t. IX, p. 105-120.

*une garantie constitutionnelle contre les abus de pouvoir de l'administration*<sup>72</sup>». On perçoit alors tous les effets de la méthode historique. Tout d'abord, parce qu'elle n'est pas la contemplation érudite du passé mais la recherche d'un progrès historique, elle permet au juriste observant une institution juridique, tout en avouant ce qu'elle a été au début, de ne pas méconnaître ce qu'elle est devenue<sup>73</sup>. Ensuite, et surtout, la méthode historique, parce qu'elle vise à dégager les caractéristiques nationales d'un droit et, partant, les solutions qui sont, techniquement et opportunément, transposables en droit positif, invite à ne faire, ni de l'histoire pour de l'histoire, ni du comparatisme pour le seul plaisir de comparer. Aussi Dareste, réfutant ici une thèse pourtant chère aux libéraux, met-il en garde contre toute comparaison facile avec le droit anglo-saxon : « Aussi bien ce n'est pas la justice administrative qui est contraire à la liberté politique, c'est l'administration lorsqu'elle sort de sa sphère et qu'elle envahit le domaine de l'initiative individuelle. S'il y a des peuples qui peuvent se passer d'une justice administrative, ce sont les peuples qui se gouvernent eux-mêmes et font eux-mêmes leurs affaires. Voilà pourquoi l'Angleterre et l'Amérique ne la connaissent pas.<sup>74</sup> » Et l'auteur de conclure : « L'exemple de l'Angleterre ne prouve donc rien contre l'institution de la justice administrative. Si l'Angleterre a pu s'en passer, cela tient d'abord à ce qu'elle n'a pas d'administration centralisée et hiérarchiquement ordonnée, mais de simples fonctionnaires, pour la plupart électifs, toujours responsables de leurs actes et toujours enchaînés au texte d'une loi attentive à tout prévoir. [...] Ce serait donc faire fausse route que d'attaquer au nom des principes libéraux la justice administrative.<sup>75</sup> » Si Dareste se fait le défenseur du Conseil d'État, c'est parce que la méthode historique lui a révélé deux données. D'une part, puisqu'il faut bien prendre acte des caractéristiques administratives françaises, la justice administrative apparaît comme la solution la mieux adaptée. D'un côté, « dans tous les pays où il existe un pouvoir administratif, hiérarchiquement organisé, avec toutes les ressources de la centralisation, et ces innombrables armées de fonctionnaires que nous voyons dans tous les grands États du continent, la justice administrative est assurément la garantie la plus efficace qui puisse être donnée à l'administré contre l'administrateur. Ce n'est pas seulement la plus efficace, c'est la seule qui puisse être donnée. En effet, ce serait une grande erreur de croire que la suppression de la justice administrative rendrait aux tribunaux ordinaires les affaires que juge aujourd'hui le Conseil

<sup>72</sup> R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, op. cit., p. 678 (c'est nous qui soulignons).

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 676.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 681.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 685.

d'État. [...] L'administration saurait bien s'arranger pour ne reconnaître aucun juge, et le droit de pétition remplacerait le droit de recours, c'est-à-dire qu'il faudrait implorer comme une grâce ce qu'on peut aujourd'hui réclamer comme un droit.<sup>76</sup> » D'un autre côté, « dans l'organisation de la justice administrative française tout n'est-il pas admirablement approprié au but de l'institution ? Un tribunal d'appel unique pour toute la France et remplissant en même temps les fonctions de Cour de cassation, [...] maintenant ainsi, sans résistance possible, l'unité de la jurisprudence administrative, si importante à conserver, assez haut placé pour annuler les actes des agents du gouvernement et même ceux des ministres, pouvant provoquer sur chaque affaire l'avis de l'administration et la production des pièces administratives, voilà ce qu'est le Conseil d'État au contentieux, ce que ne pourrait être aucun tribunal ordinaire<sup>77</sup> ». Hauriou, trente ans plus tard, ne dira pas autre chose. D'autre part, la méthode historique met à jour le progrès de la justice administrative, ce qui doit conduire les libéraux à se défaire de leurs préjugés. Ce que la méthode historique révèle, c'est l'inévitable développement du Conseil d'État vers toujours plus de *juridictionnalisation*. Certes, Dareste reconnaît encore deux faiblesses : la justice retenue et l'absence d'inamovibilité des conseillers d'État. Mais précisément, Dareste, dans des termes d'une troublante modernité, est convaincu de leur future disparition : c'est le sens irrémédiable du mouvement. Ainsi, l'inamovibilité sera un jour instituée car elle est conforme au mouvement de juridictionnalisation de la justice administrative, « elle augmenterait la confiance des citoyens dans l'indépendance et l'impartialité du juge, et par suite elle assurerait au pouvoir plus d'obéissance et de respect ; car il ne suffit pas qu'un juge soit juste et éclairé, il faut encore qu'on le croie et qu'on le sache tel<sup>78</sup> ». Aussi Rodolphe Dareste peut-il conclure : « Sans méconnaître ces différences entre la justice administrative et la justice ordinaire, on peut donc dire qu'en réalité le Conseil d'État au contentieux n'est autre chose aujourd'hui qu'une Cour de justice, un tribunal spécial, il est vrai, mais enfin un tribunal, offrant tous les avantages des tribunaux spéciaux, une meilleure expédition des affaires jointe à une procédure plus rapide et moins coûteuse<sup>79</sup> » ; « le Conseil d'État au contentieux est une véritable Cour de justice. Sa mission n'est pas d'éluder mais d'appliquer le droit. Elle contrôle l'administration bien plus qu'elle ne la sert.<sup>80</sup> » Allant encore plus loin dans son désir de conciliation entre libéralisme et justice administrative, Dareste

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 679.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 678.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 677.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 686.

affirme même, en toute fin, le nécessaire avenir du juge administratif : « Il y a plus, si la liberté politique s'établit un jour en France, si les Français entreprennent de se gouverner eux-mêmes, comme il appartient aux peuples parvenus à la virilité ; si nous devons voir un jour l'omnipotence de l'État restreinte, l'individu et la commune affranchis de la tutelle excessive du pouvoir, le rôle de la justice administrative ne sera pas terminé pour cela. Au contraire, alors plus que jamais il faudra un tribunal unique assez haut placé dans l'opinion pour pouvoir dominer toutes les résistances, capable de diriger, de réveiller au besoin ou de réprimer l'initiative individuelle ; en un mot de jouer en France le rôle de la Cour du banc de la reine en Angleterre. Un pareil tribunal est tout trouvé : c'est assurément le Conseil d'État.<sup>81</sup> » Intéressante leçon à méditer à l'heure où le retour des opinions libérales a fait resurgir le débat cyclique sur l'avenir et la légitimité de la justice administrative.

Quoi qu'il en soit, Rodolphe Dareste fut un libéral partisan de la justice administrative. À deux reprises, Léon Aucoc lui en saura gré, rendant hommage à un *Traité* qui, selon lui, aurait joué un grand rôle dans la lutte contre les préjugés sur la justice administrative<sup>82</sup>. C'était reconnaître implicitement les mérites de la méthode historique. Le célèbre conseiller d'État fut tout aussi élogieux sur la seconde méthode employée par Dareste.

## II. L'utilisation du droit civil

Si Rodolphe Dareste est parfois encore cité, c'est pour avoir été, avec Anselme Batbie, l'un de ceux qui, au XIX<sup>e</sup> siècle, utilisèrent le plan du Code civil pour structurer leur présentation pédagogique du droit administratif. De là, on en oublie son apport principal : l'élaboration d'une méthode historique. On en déduit aussi, bien trop rapidement, que son œuvre serait obsolète et datée, traduisant un état primitif de la doctrine administrativiste française, et ayant eu pour effet d'assujettir le droit administratif au droit privé. Or, en réalité, chez Dareste, l'utilisation du droit privé eut un tout autre objet (A) et une toute autre portée (B).

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> Voir L. Aucoc, *La juridiction administrative et les préjugés*, Paris, Panckoucke et Cie, 1864, p. 18-19. Aucoc renouvellera son éloge à l'occasion de la seconde édition du *Traité* de Dareste (voir *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1899, t. 52, p. 22-38).

### A) *L'objet de la méthode*

Un grand nombre d'idées reçues se sont propagées à propos de l'initiative doctrinale de Rodolphe Dareste. La volonté d'autonomie qui a tant accaparé les administrativistes du XX<sup>e</sup> siècle a occulté la double et véritable intention de l'auteur : une intention didactique liée à une volonté démonstrative. Dès lors, l'utilisation du plan du Code civil, c'est-à-dire plus fondamentalement celui des *Institutes*, distinguant entre les personnes, les choses et les moyens d'acquérir, n'a absolument pas correspondu à la volonté d'assujettir le droit administratif au droit civil, mais seulement d'organiser selon un nouveau mode purement formel le droit administratif, en rompant avec la traditionnelle méthode du répertoire en usage chez les publicistes depuis l'Ancien Régime. De même, cette transposition ne trahissait pas une période de jeunesse immature du droit administratif, mais a marqué une véritable innovation scientifique, destinée à prendre en compte la nouvelle orientation du droit administratif qui se dessinait depuis les années 1850.

1) S'agissant tout d'abord de l'intention didactique, Dareste fut très clair sur l'objet de son choix méthodologique. « Dans l'exposition des règles qui résultent des lois et de la jurisprudence, écrit-il avec un grand souci de pédagogie, le moment semble venu d'abandonner l'ordre purement alphabétique des matières pour suivre une méthode rationnelle<sup>83</sup> ». Avec solennité, Dareste tient à annoncer tout ce que sa démarche représente de transition et de rupture avec une tradition scientifique qu'il connaissait mieux que quiconque, lui le fondateur de la *Revue d'Histoire du droit*, lui l'éditeur des œuvres de l'abbé Claude Fleury. Par conséquent, Dareste n'applique pas mécaniquement le plan du Code civil, sous entière influence, sans conscience historique. Nul mieux que lui connaît la tradition de la présentation du droit administratif, le legs intellectuel offert par les légistes d'Ancien Régime aux jeunes juristes du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais, comme il le dit, une époque s'achève, une nouvelle ère s'ouvre, non pour le droit administratif lui-même, mais pour la science du droit administratif. L'emprunt de Dareste n'a d'autre ambition que de *rationaliser* la présentation de la science du droit administratif. Son intention est bien purement didactique. Aussi bien, il souligne avec vigueur que cette méthode a simplement « l'avantage de donner un lien aux diverses matières du droit administratif, de les rapprocher d'après leurs affinités naturelles ; enfin, de conduire par la voie la plus courte aux principes généraux<sup>84</sup> ». Aussi

<sup>83</sup> R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, op. cit., p. VI.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. VII.

ne cherche-t-il rien à démontrer, surtout pas une quelconque inféodation du droit administratif au droit civil, une inconcevable infériorité du premier au second. Comme on l'a vu, il se montre un ardent défenseur du droit administratif et du Conseil d'État, et n'hésite pas à écrire que, « quelle que soit la tendance de notre droit administratif à se rapprocher du droit commun, il y a cependant, nous l'avons assez montré, des différences qu'on n'effacera pas ; il y aura donc toujours des lois administratives comme il y a des lois commerciales, et il sera toujours convenable d'en confier l'application à des tribunaux spéciaux<sup>85</sup> ». Mais Dareste, en juriste complet, exprime tout ce qu'il y aurait de stupide à ne pas tirer profit des enseignements du droit civil simplement parce que c'est le droit civil : « Les jurisconsultes romains ont ramené tout le droit civil à un système si simple et si bien coordonné que nous nous en servons encore, et que probablement on s'en servira toujours. Pourquoi ce système, que les Romains appliquaient au droit public comme au droit privé, ne pourrait-il pas être suivi dans l'étude de notre droit administratif ? Cette idée est trop simple pour ne pas être juste.<sup>86</sup> ». En d'autres termes, l'utilisation du plan du Code civil est une méthode sur la forme et non une soumission quant au fond. C'est une technique de présentation du droit administratif et non l'expression de la conviction que le droit administratif doit se fondre et se perdre dans le droit civil. Ce n'est ni plus ni moins qu'un moyen de rompre avec la méthode du répertoire des matières administratives et la description passive des institutions administratives et des secteurs de la vie sociale dans lesquels ces dernières interviennent. Du reste, la synthèse de cette technique avec la méthode historique aboutit à un plan d'une étonnante modernité. On oublie trop souvent de dire que l'imitation du droit civil n'inspire à Dareste que le plan de la seconde partie de son *Traité*. Celui-ci est l'objet d'une division que nul n'utilisa au XIX<sup>e</sup> siècle mais dont la doctrine moderne s'inspire toujours, peu ou prou : la première partie est consacrée aux « Juges administratifs » tandis que la seconde porte sur les « actions administratives ». Un tel plan, on le voit, est à l'opposé de toute inféodation du droit administratif au droit civil. Seulement, après avoir conté l'histoire et décrit l'organisation de la justice administrative, Dareste a le réflexe juridique d'examiner, comme il le dit, quelles actions sont portées devant le juge administratif, et quelles règles il doit leur appliquer<sup>87</sup>. Aussi considère-t-il alors que, comme le droit civil, « le droit administratif se rapporte tout entier aux personnes, aux choses et aux actions. [...] La marche que nous allons suivre est donc tracée d'avance.<sup>88</sup> »

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 667.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. VI-VII.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 199-200.

2) Mais chez Rodolphe Dareste, la remise en ordre du droit administratif ne répond pas seulement à une intention didactique ; une volonté démonstrative anime également son choix scientifique en faveur de l'utilisation du plan du Code civil.

Pour bien la comprendre, il faut rappeler l'évolution du droit administratif. À partir des années 1850, en effet, de profonds bouleversements se produisent : progrès de la connaissance de la jurisprudence, meilleure motivation des arrêts, publication des conclusions de commissaires du gouvernement<sup>89</sup> et, comme cela est bien trop connu, développement du recours pour excès de pouvoir à partir de 1860 et de 1864<sup>90</sup>. Outre que le vocabulaire se précise, que le langage se modernise, que la formulation des règles progresse, la jurisprudence administrative connaît un véritable effort de conceptualisation, du moins dans les limites de ce que l'on peut attendre d'un juge exerçant toujours une justice retenue ; en bref, la jurisprudence administrative « *se juridicise* », le contentieux administratif fait accéder le droit administratif au rang de matière authentiquement juridique. Or, c'est précisément cette évolution que Dareste a voulu mettre en valeur. Pour preuve, on en voudra la nature même de son ouvrage. On ne dit pas assez que son œuvre n'est pas, du moins formellement, un ouvrage de droit administratif, mais un traité de contentieux. Dareste préfigure ici les attitudes scientifiques futures d'Aucoc et de Laferrière : pour lui déjà, rompre avec la méthode du répertoire des matières administratives passe par la réduction du champ d'étude au seul contentieux de l'Administration, « sujet bien vaste encore, mais pas assez pourtant pour qu'on ne puisse l'embrasser dans son ensemble<sup>91</sup> ». L'abandon d'une approche institutionnelle et matérielle du droit administratif permet tout à la fois de réduire l'immensité du champ d'étude tout en ne se concentrant que sur la partie la plus juridique du droit de l'action administrative. Laferrière ne fera pas autre chose, si ce n'est qu'il ne reprendra pas à son compte la seconde voie de rupture, celle consistant à adopter le plan du Code civil.

Dès lors, et c'est là une spécificité propre à Dareste que l'on ne retrouve pas chez Batbie, la méthode historique rejoint celle de l'utilisation du droit civil. La première a révélé le sens du progrès historique en matière administrative, ce fait que le droit administratif se « juridicise » ; l'utilisation du prisme

<sup>89</sup> Sur ces trois aspects, voir J.-J. Bienvu, « Les origines et le développement de la doctrine », *Rev. adm.*, 1997, n° spécial « Le Conseil d'État et la doctrine », p. 14-15.

<sup>90</sup> Sur ce dernier aspect, voir G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, *op. cit.*, p. 158-169.

<sup>91</sup> R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, *op. cit.*, p. V.

civiliste vient entériner et prolonger ce que l'histoire a mis à jour. Chez Dareste, juriste libéral, il s'agit avant tout de démystifier la puissance publique, de la dépouiller de son inaccessible *imperium*, de prendre acte de ce que les privilèges de la puissance publique deviennent de plus en plus des droits<sup>92</sup>. « Ainsi que le droit civil, le droit administratif se rapporte tout entier aux personnes, aux choses et aux actions. L'État et les corporations publiques, toujours intéressés, sinon directement engagés dans les contestations administratives, *sont des personnes civiles*. Ils peuvent être, comme tout le monde, propriétaires, créanciers, débiteurs, sauf à ne pas l'être de la même manière que tout le monde. Ils peuvent intenter ou soutenir des actions réelles ou personnelles, sauf à les porter devant des juges spéciaux.<sup>93</sup> » Ces réserves sont destinées à prouver qu'il ne s'agit nullement de nier, ni la spécialité des règles applicables, ni l'existence d'un juge spécial. L'objectif de Dareste est tout autre : il ne s'agit pas de faire des personnes publiques des personnes privées, mais d'affirmer leur caractère de personne juridique. Par là même, l'étude du droit administratif s'affirme comme une vraie discipline juridique, qui n'ambitionne plus le recensement de l'action administrative, mais prend pour objet d'étude *l'activité juridique de véritables sujets de droit*. C'est pourquoi Dareste se préoccupe moins de réfléchir à la personnalité juridique des collectivités publiques que de déduire, après avoir sommairement relevé que l'Administration est en fait la réunion de personnes juridiques, les conséquences de cette personnalité juridique : édicition d'actes, statut de propriétaire, conclusion de contrats, contraction de créances et de dettes, etc. Par là se dessine un nouveau visage de l'État, que Dareste ne dissimule point : « La marche que nous avons à suivre est donc tracée d'avance. C'est dans l'ordre même du Code Napoléon que nous allons exposer *les droits de l'administration, ses obligations, les actions qui en résultent et la juridiction compétente pour y statuer*.<sup>94</sup> » Allant à l'essentiel, Dareste n'a qu'une préoccupation : définir les personnes publiques, et justifier leur statut de sujet de droit. C'est pourquoi, du reste, il s'éloigne à nouveau du plan du Code civil. Sa seconde partie est structurée autour des personnes administratives : l'État, les communes, les départements, les établissements publics. Et ce n'est qu'à l'intérieur des quatre catégories explorées qu'il réintroduit le cadre civiliste, car son souci est alors de mettre en avant les différentes *situations juridiques* dans lesquelles les personnes publiques peuvent se retrouver et la résolution juridictionnelle à laquelle la confrontation de

<sup>92</sup> C'est en ce sens qu'il faut comprendre cette phrase conclusive : « C'est la tendance progressive et constante du droit administratif à se rapprocher du droit commun, tendance qui se manifeste à la fois et dans le fond du droit et dans la juridiction. » (*ibid.*, p. 674).

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 199-200 (c'est nous qui soulignons).

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 200 (c'est nous qui soulignons).

leurs droits avec ceux des administrés peut conduire. D'où cette succession de chapitres aux titres si évocateurs : l'État propriétaire – Domaine de l'État – Domaine public ; l'État créancier ou débiteur – Des obligations en général – De la prescription extinctive ; Obligations qui résultent des contrats ; Obligations qui résultent de l'autorité de la loi – Les impôts ; Les quasi-contrats ; Les délits et quasi-délits, etc.

En résumé, envisagée du strict point de vue de l'histoire des doctrines, l'utilisation par Rodolphe Dareste du plan du Code civil fut une méthode strictement destinée à favoriser le progrès de la systématisation doctrinale du droit administratif français. Et le but fut atteint. En utilisant le plan du Code civil, Dareste ne coule pas une discipline sans personnalité dans un moule artificiel et préconçu ; tout au contraire, il ambitionne de traduire en doctrine la « juridicisation » de l'action administrative, les progrès conceptuels du contentieux de l'excès de pouvoir devant le Conseil d'État et la consécration, suggérée depuis 1830 par diverses lois de décentralisation, d'une véritable personnalité juridique des détenteurs de la puissance publique. En devenant une authentique discipline juridique, le droit administratif accède à une réelle indépendance à l'égard du droit privé, dont il n'est plus le parent pauvre ; mieux même, pour la première fois, le droit administratif se détache enfin du droit public général, s'individualise par rapport au droit constitutionnel et prend ses distances vis-à-vis de la science administrative.

### *B) La portée de la méthode*

Elle est double. D'un côté, la méthode de l'utilisation du plan du Code civil rend plus juridique la présentation du droit administratif. D'un autre côté, elle renforce le caractère juridique du droit administratif lui-même.

1) La portée strictement savante, méthodologique, de la méthode de Dareste n'est pas niable : elle fait entrer la discipline « droit administratif » dans la doctrine juridique. C'est d'abord la présentation générale de la matière qui est totalement renouvelée. Pour la première fois, un auteur rompt avec la méthode du répertoire, cette habitude des publicistes français de décrire les institutions administratives puis les secteurs de la vie sociale dans lesquels elles interviennent, et de faire ainsi de leurs ouvrages de véritables encyclopédies, dictionnaires et répertoires sur l'Administration. Le progrès est indéniable : là où il fallait huit tomes à Dufour ou Ducrocq pour appréhender le droit administratif, un tome d'à peine 700 pages suffit à Dareste pour embrasser la matière. Grâce au prisme civiliste, Dareste parvient à guérir le droit administratif d'une vision institutionnelle et matérielle, donc inévitablement descrip-

tive et analytique. Cet apport majeur est indiscutable et nombreux furent ceux qui lui en rendirent hommage, dont Léon Aucoc. À cet égard, une idée reçue doit être démentie. On prête parfois à l'éminent conseiller d'État une critique très virulente contre l'ouvrage de Dareste. En réalité, Aucoc a exprimé un jugement modéré, une critique en deux étapes. En effet, il n'a jamais nié, tout au contraire même, la *vertu technique* de la proposition méthodologique de Dareste. Ses écrits, en ce sens, sont dépourvus de toute équivoque. Dès 1864, il écrivait en des termes élogieux : « M. Dareste a eu une heureuse pensée qu'il a exécutée avec beaucoup de science et d'habileté. [...] Le droit administratif ainsi présenté a une physionomie toute nouvelle [...]. Au point de vue spécial où s'est placé M. Dareste, le résumé du droit administratif offert sous cette forme originale, a une réelle utilité.<sup>95</sup> » Laquelle ? Aucoc montre qu'il a parfaitement pris conscience de la vocation scientifique de l'entreprise de Dareste, et des vertus de progrès qui l'accompagnent : l'utilité, c'est celle de ruiner la thèse de ceux qui croient que « le droit administratif ne mérite pas le nom de science, parce qu'il n'est pas renfermé dans un code analogue au code Napoléon, et qui le considèrent comme un amas confus de prescriptions arbitraires ou de règles de conduite à l'usage des fonctionnaires, dont on pourrait à peine extraire quelques principes généraux<sup>96</sup> ». Toutefois, Aucoc ne partage pas le résultat scientifique auquel aboutit la proposition méthodologique de Dareste car, fidèle à la tradition, il trouve qu'un tel cadre « entraîne souvent à morceler l'étude de certaines matières<sup>97</sup> », et ne reflète pas l'esprit singulier de l'action administrative, laissant « à peu près autant de place que les autres à l'arbitraire pour le classement des matières du droit administratif dans la division qui embrasse les choses<sup>98</sup> ». En d'autres termes, Aucoc, pense simplement que le droit administratif n'a pas encore trouvé son propre plan. Mais il ne cessera d'être élogieux à l'égard de Dareste, y compris à l'occasion de la seconde édition de son *Traité*<sup>99</sup>. Maurice Hauriou portera le même jugement. Dans son article sur l'histoire du droit administratif, il écrit que Dareste a eu l'honneur de trouver, « sinon un plan d'organisation du droit administratif, du moins une idée organisatrice tirée des entrailles du droit lui-même<sup>100</sup> ». Hauriou souligne surtout que la méthode a deux vertus essentielles : rompre avec la

<sup>95</sup> L. Aucoc, *La juridiction administrative et les préjugés*, op. cit., p. 18-19.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>97</sup> L. Aucoc, « Discours d'installation à la présidence de la Société de législation comparée », *Bull. de la Soc. de Législ. comparée*, 1876, p. 9 (c'est nous qui soulignons).

<sup>98</sup> *Ibid.* (c'est nous qui soulignons).

<sup>99</sup> Voir L. Aucoc dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1899, t. 52, p. 22-38.

<sup>100</sup> M. Hauriou, « De la formation du droit administratif depuis l'an VIII », *RGA*, 1892, t. III, p. 19.

méthode du répertoire ; mais aussi « isoler le contentieux et [le] séparer des règles de fond du droit<sup>101</sup> ». En cessant d'ordonner le droit administratif autour de la description des autorités administratives, le plan de Dareste a, pour Hauriou, l'immense avantage de ne plus inclure la description du juge administratif au titre des autorités administratives. Par conséquent, le choix scientifique de Dareste fut d'une très grande portée. Mais Aucoc et Hauriou avaient déjà fort bien compris sa limite. Si en effet son plan n'a pas eu de postérité, c'est qu'il traduisait un état encore transitoire de l'analyse du droit administratif. Seul Laferrière et Hauriou illustrent l'avènement du droit administratif moderne, car ils ont eu le génie de faire sortir un plan des entrailles du droit administratif même, alors que Dareste ne fit sortir un plan que des entrailles du droit. En organisant le droit administratif autour du recours pour excès de pouvoir, en le structurant autour de la théorie de l'acte unilatéral et du principe de légalité, Laferrière et Hauriou ont fait entrer le droit administratif dans l'ère de la modernité. Dareste, lui, s'est arrêté au milieu du chemin : il a organisé le droit administratif autour du juge administratif, Laferrière et Hauriou l'ont structuré autour du contentieux administratif.

Sa méthode n'en est pas moins innovante. Elle n'a pas d'ailleurs seulement pour effet de rendre plus juridique la présentation générale du droit administratif. Le contenu de chaque notion étudiée prend également une dimension juridique. Suivre le plan du Code civil contraignait Dareste à ne pas faire de science administrative à l'occasion de la description des institutions administratives. Tout au contraire, le voici conduit à mener, pour la première fois, des études sur les notions juridiques que lui impose nécessairement un simple suivi de la table des matières du Code Napoléon. On trouve ainsi une très intéressante étude sur les obligations de l'État où, chose rare dans les ouvrages du XIX<sup>e</sup> siècle, des développements proprement juridiques sont consacrés aux dommages-intérêts devant le Conseil d'État, aux intérêts moratoires de l'article 1153 du Code civil, ou encore sur la compensation entre les dettes de l'État et les créances des particuliers<sup>102</sup>. L'apport de l'œuvre de Dareste est saisissant, lorsqu'on le compare à ceux de ses contemporains : il y fait réellement du droit, y compris dans ses aspects les plus techniques. Cette dimension juridique, le *Traité* de Dareste la doit uniquement à la méthode de l'imitation du droit civil. C'est parce que Dareste s'inspire du Code Napoléon qu'il nous laisse d'étonnantes études sur la prescription extinctive en droit administra-

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>102</sup> R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, *op. cit.*, p. 276-285.

tif<sup>103</sup>, sur les quasi-contrats<sup>104</sup> ou encore sur les transactions en matière administrative<sup>105</sup>. Si certains rapprochements peuvent nous apparaître aujourd'hui totalement artificiels, ils ont à l'époque l'immense mérite d'offrir des analyses authentiquement juridiques : c'est parce que Dareste consacre un chapitre aux délits et quasi-délits en droit administratif qu'on trouve dans son ouvrage une analyse synthétique de la question de la responsabilité de l'État et non, comme chez beaucoup de ses prédécesseurs et contemporains, cette étude toujours écartelée entre l'examen de la séparation des pouvoirs, la théorie de l'État débiteur et le régime des fonctionnaires<sup>106</sup>; c'est parce qu'il consacre divers chapitres aux contrats de vente et de louage que l'on trouve des études synthétiques sur les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics, alors qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, ces marchés n'étaient jamais étudiés pour eux-mêmes mais à l'occasion du régime des travaux publics<sup>107</sup>.

2) L'apport de Dareste ne se limite pas à l'amélioration de l'organisation scientifique du droit administratif : c'est le droit administratif lui-même qui prend une dimension plus juridique. Notamment, l'étude des « personnes » met l'accent sur la notion de personnalité juridique. Hauriou l'a fort bien observé : « le mérite de cette classification était d'attirer l'attention sur la notion de la personnalité administrative, de montrer que c'était là l'idée centrale, que l'objet du droit administratif, comme celui de toutes les autres branches du droit, devait être de régler des droits, que ces droits ne pouvaient être que ceux des personnes administratives, que par conséquent la personnalité administrative devenait le pivot du droit administratif, comme la personnalité civile était déjà le pivot du droit civil<sup>108</sup> ». Et de fait, l'étude de l'État, vu sous l'angle juridique, devient chez Dareste celle de sa capacité juridique à acquérir ou à aliéner des biens, à être titulaire de droits, de créances et de dettes ; la commune n'est plus décrite dans son organisation interne, mais est présentée comme ce sujet de droit qui assure la vente de biens domaniaux, contracte des emprunts ou accepte, sous certaines conditions, des legs et donations. Avec ce dernier exemple, on peut ainsi apporter la preuve que l'initiative de Dareste s'inscrit bien dans un but scientifique : il entend retracer une évolution qui, pour ce qui concerne les départements et les communes, est le fruit des réformes entreprises depuis 1830, aboutissant à l'octroi explicite de la personnalité juridique. Les bienfaits de la méthode juridique rejoignent

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 286-300.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 501-513.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 535-536.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 514-534.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 301-328 et 337-360.

<sup>108</sup> M. Hauriou, « De la formation du droit administratif depuis l'An VIII », art. cité, p. 22.

gnent ici ceux de l'utilisation du droit civil : si l'histoire révèle le mouvement de « juridicisation » du droit administratif, le prisme civiliste permet d'en assurer la vivante expression dans l'organisation même d'un manuel de droit administratif. Mieux même : si la méthode historique trouve son explication dans le libéralisme, le cadre civiliste permet aussi d'orienter le droit administratif dans un sens cher aux libéraux. Les privilèges de l'État, hérités du fisc romain, se transforment de plus en plus en droits : le droit administratif devient alors l'étude de la confrontation entre les droits de l'État et ceux des particuliers. Et voilà bien pourquoi Dareste est si attaché à la justice administrative. Si, comme il le dit<sup>109</sup>, tout droit donne naissance à une action, toute action doit avoir un juge, et le but de toute action est de maintenir le droit, les moyens mis à la disposition du juge pour arriver à ce résultat sont toutefois différents. Or, le juge judiciaire est dépourvu des pouvoirs dont est en revanche investi le juge administratif : annuler ou réformer l'acte même de l'administration. En d'autres termes, la juridictionnalisation de la justice administrative sert la défense des intérêts privés, assure un meilleur contrôle de l'Administration et parvient ainsi, dans un pays pourtant empreint d'étatisme et d'unité, à faire pénétrer les idéaux du libéralisme politique.

\*

\* \*

Si les deux méthodes de Rodolphe Dareste ont été d'une grande utilité dans l'histoire du droit administratif, ont-elles encore aujourd'hui un quelconque avenir ?

La méthode historique présente assurément un grand intérêt. Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, l'histoire du droit administratif a fait beaucoup de progrès. Le progrès, du reste, est assez récent. Face aux mutations profondes de la matière au XX<sup>e</sup> siècle, le droit administratif s'est passé d'histoire. Il faut dire que, de 1900 à 1980, les accélérations du présent ont été si puissantes et permanentes qu'elles ont laissé peu de temps à la doctrine, hormis l'étude classique de la loi des 16-24 août 1790, pour s'appesantir sur le passé. Depuis le début des années 1980, l'histoire du droit administratif s'est enfin dotée d'indispensables synthèses, grâce notamment aux travaux si précieux de MM. Mestre, Burdeau et Bigot<sup>110</sup>. Mais si nous

<sup>109</sup> R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, *op. cit.*, p. 220-221.

<sup>110</sup> J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985 ; F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1995 ; G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, *op. cit.*

disposons maintenant d'une histoire chronologique du droit administratif, et notamment de la justice administrative, il nous manque encore une histoire des notions du droit administratif, à la manière de ce qu'ont fait, pour le droit civil, MM. Lévy et Castaldo<sup>111</sup>. Nous disposons d'une histoire du service public ; mais que savons-nous de l'histoire propre de chacune des prérogatives de puissance publique ? Ne serait-il pas utile de disposer d'une histoire de la compétence, de la voie de fait ou du conflit positif, dont nous ne savons en réalité que si peu de chose d'un point de vue historique ? L'appel, au demeurant, ne s'adresse pas seulement aux historiens du droit. La méthode historique invite tout au contraire chaque positiviste à tenter de retracer la généalogie des institutions qu'il étudie, afin de demander au passé le secret de l'avenir. Face aux mutations profondes du droit administratif en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, face à la domination des idées libérales si perceptibles dans des domaines aussi divers que le droit européen des droits de l'homme ou la régulation économique, il n'est peut-être pas inutile, pour l'avenir du droit administratif, de méditer la leçon libérale de Rodolphe Dareste.

On peut-être en revanche plus dubitatif sur la méthode de l'utilisation du plan du Code civil. En tant que technique d'organisation du droit administratif, la méthode est depuis longtemps dépassée. De manière plus générale, le droit administratif est devenu suffisamment adulte et a développé une telle épaisseur historique qu'il peut trouver dans ses propres ressources et dans son propre passé les moyens de son évolution présente. L'utilisation du droit civil a surtout été une technique de construction du droit administratif<sup>112</sup> ; son développement actuel en a probablement moins besoin. Sans doute reste-t-il la question de savoir s'il est opportun de créer une théorie des obligations en droit administratif ; des travaux récents<sup>113</sup>, reprenant ceux de Marcel Waline<sup>114</sup>, tentent d'apporter de premiers éléments de réponse. Dans cette vaste entreprise, la méthode de Rodolphe Dareste retrouve un peu de son prestige. En revanche, en tant que technique d'amélioration de la protection des intérêts privés, en tant qu'instrument de défense des administrés, l'utilisation du droit civil s'avère une technique aujourd'hui largement dépassée. Les progrès du droit administratif français viennent toujours d'une comparaison,

<sup>111</sup> J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2002.

<sup>112</sup> Voir notre démonstration, B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse droit, Paris, II, 2001, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003.

<sup>113</sup> Voir notamment Y. Gaudemet, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif », in Nonagesimo anno. *Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 613-627.

<sup>114</sup> M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 1951, p. 555-626.

mais plus guère avec le droit privé interne : lorsque l'on souhaite un progrès, on va le chercher à l'étranger<sup>115</sup>. Le droit civil est loin d'être désormais un modèle en matière d'équilibre des droits. Les progrès viennent aujourd'hui du droit européen, donc de l'esprit anglo-saxon, ou du droit communautaire, comme l'illustre à merveille le récent arrêt *Association AC*<sup>116</sup>. Toutefois, le droit est une discipline pleine de ressources et de surprises. Ainsi, dans une affaire récente, le juge administratif a jugé que le droit des étrangers à mener une vie familiale normale, tel que défini par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, devait être interprété comme incluant dans le cercle familial l'enfant à naître, au nom « des principes dont s'inspire le Code civil », au rang desquels figure celui en vertu duquel « l'enfant est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt<sup>117</sup> ». Voici que pour déterminer l'application d'une notion de contentieux administratif (celle de liberté fondamentale dans le référé-liberté), le juge administratif a explicitement recouru, via l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, à un principe du droit civil, lui-même extrait d'une maxime du Digeste, *Infans conceptus* etc. Belle ironie de l'histoire qui ne serait pas sans rassurer Rodolphe Dareste : il serait sans doute heureux de souligner, décidément, la permanence des règles et des institutions juridiques et de constater que sa grille civiliste d'analyse, pour expliquer et faire progresser le droit administratif dans un sens toujours plus libéral, n'est peut-être pas aussi artificielle qu'on a bien voulu le dire.

par Benoît PLESSIX  
Professeur à l'Université Nancy II

---

<sup>115</sup> Voir F. Melleray, « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, p. 1224-1229.

<sup>116</sup> CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC*!, *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica.

<sup>117</sup> TA Lyon, 4 nov. 2003, *M. Arayik Nikohsyan*, et CE, 25 nov. 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ M. Arayik Nikoghosyan*, *AJDA*, 2004, p. 1198, note S. Glogowski.