

L'ADMINISTRATEUR ÉCLAIRÉ

LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE SELON GÉRANDO

Du cours de droit administratif professé par Gérando en 1819 et rédigé en quelques semaines de crainte qu'il ne soit supprimé avant même que d'avoir été professé ¹, quatre éléments nous sont parvenus grâce à leur publication : il s'agit du plan de ce cours accompagné d'une introduction ² et de trois extraits, l'un portant sur la définition de la loi et la distinction des diverses espèces de lois ³, un autre consacré à la procédure administrative ⁴, un dernier enfin relatif à l'administration active ⁵, mais cette dernière partie est tombée dans l'oubli en raison du caractère trop confidentiel de sa publication.

Le plan publié nous permet d'avoir une vision générale du cours de Gérando et de constater qu'il diffère sensiblement de son ouvrage fameux, les *Institutes du droit administratif français* ⁶. L'écart doit d'autant moins surprendre que cet ouvrage, conformément à ce qu'indique son sous-titre, proposait des éléments pour un code administratif. L'ambition en était ainsi bien différente de celle qu'il se proposait en inaugurant la première chaire de droit administratif, créée en 1819 à la faculté de Paris et dont il eut la charge. Dans ce dernier cadre, il visait

1. Selon J. Boulatignier, « Notice nécrologique sur le Baron de Gérando », *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, t. X, 1843, p. 56.

2. J.-M. de Gérando, *Programme du cours de droit administratif positif et administratif à la faculté de droit de Paris pour l'année 1819-1820*, Paris, Baudouin frères, 1819 (voir également la *Thémis*, t. 1, 1820, p. 66 et 150). Il semble toutefois que ce plan n'ait prévalu que durant la première période d'enseignement de Gérando (1819-1821) et qu'il l'ait fait évoluer sensiblement à la restauration du cours en 1828 (voir J. Boulatignier, *op. cit.*).

3. J.-M. de Gérando, « Leçon contenant la définition de la Loi, la distinction des diverses espèces de lois etc. », *Thémis*, t. 2, 1824, p. 155.

4. J.-M. de Gérando, « De la procédure administrative », *Thémis*, t. 4, 1822, p. 57.

5. J.-M. de Gérando, « L'administration active », v^o Administration, *Dictionnaire universel de droit*, J.-B.-J. Pailliet (dir.), Tournachon-Molin, 1825-1827, t. 2, p. 315.

6. J.-M. de Gérando, *Institutes du droit administratif français ou Eléments du code administratif*, 1^{re} éd., Nève, 1829-1830, 4 vol. ; 2^e éd., Nève, 1842-1846, 5 vol.

un « but éminemment pratique et se proposa[i]t de former, pour nos diverses magistratures intérieures, des sujets capables de les exercer un jour dignement et honorablement »⁷.

La publication du plan du cours est également précieuse pour situer les extraits que nous connaissons alors que leur place exacte ne fut pas précisée au moment de leur publication. Les développements consacrés à la procédure administrative, auxquels nous consacrons cette étude, se rattachent probablement à la première partie, intitulée « prolégomènes », dont la 3^e division, est elle-même intitulée « De l'administration proprement dite ». En neuf sections, Gérando y présente les trois principales attributions de l'administration (l'administration active ou discrétionnaire, l'administration délibérative et l'administration contentieuse), desquelles il sépare l'administration agissant comme un simple individu, avant d'examiner la hiérarchie des agents, leurs fonctions respectives, leurs moyens et les formes qu'ils doivent suivre dans l'emploi de ces moyens. C'est vraisemblablement de la section 7, consacrée à ces questions, qu'est issu l'extrait relatif à la procédure administrative. Gérando complète son étude par une comparaison de l'administration française avec celle des principaux États européens et surtout, fidèle à sa conception du droit et particulièrement du droit administratif, par une évocation de « l'esprit moral de l'administration [et] les devoirs qu'il impose à l'homme public »⁸.

La conceptualisation de l'action administrative est plus classique dans les *Institutes*, puisque Gérando y oppose la « simple action administrative » à l'administration contentieuse⁹ et en donne une représentation plus expressive, en y identifiant quatre degrés successifs : l'instruction, l'opération purement matérielle, l'exercice d'une puissance morale et enfin l'autorité positive. Cette dernière, née d'une investiture légale, correspond à un commandement au nom de l'autorité publique. « En vertu de cette autorité, l'administration requiert, prescrit, permet ou interdit »¹⁰. Bien qu'il n'en dise rien dans son cours relatif à la procédure administrative, il semble que Gérando considère que les règles qui la gouvernent et dont il entreprend l'identification, régissent les quatre modes d'exercice de la « simple administration » et non pas seulement le plus élevé d'entre eux, l'édiction de décisions. En d'autres termes, tout en soulignant que ces

7. J.-M. de Gérando, *Programme du cours...*, *op. cit.*, p. 10.

8. *Ibid.*, p. 33.

9. J.-M. de Gérando, *Institutes...*, 1^{re} éd, t. 1, p. 85 et s.

10. *Ibid.*, p. 88.

règles ne sont fixées par aucun texte, « qu'elles ne sont même écrites nulle part »¹¹, il leur confère la plus large portée. Pragmatique, il n'en convient pas moins que la procédure administrative « se plie aux circonstances »¹² et que ces règles s'adaptent aux exigences de l'action publique¹³.

« Leur rédaction étant une chose toute nouvelle »¹⁴, Gérando est naturellement enclin, « dans ce silence universel »¹⁵, à établir un rapprochement avec la procédure judiciaire, à l'époque déjà d'autant mieux connue et étudiée qu'elle est codifiée¹⁶. Il identifie cependant clairement ce qui sépare les deux procédures. Elles poursuivent d'abord des buts distincts, la première tendant à obtenir la « satisfaction convenable [des] besoins de l'utilité commune »¹⁷ en prenant en considération les intérêts privés, la seconde est toute entière organisée pour la conservation des droits privés. Le débat judiciaire oppose contradictoirement deux parties entre les titres desquelles le tribunal doit trancher ; l'examen administratif quant à lui, après l'information au cours de laquelle les intéressés ont été entendus, conduit à prendre une décision, en considération des intérêts privés mais « aussi de l'intérêt public, qui est hors de la discussion privée »¹⁸.

Les deux procédures connaissent ensuite des modalités dissemblables. En premier lieu, « dans l'ordre judiciaire, l'instruction et l'enquête ont uniquement pour but de reconnaître ou de constater des faits passés ou présents »¹⁹, ce qui est un avantage car la « réalité se laisse plus facilement saisir »²⁰, alors que l'action administrative exige « surtout de prévoir » et d'« étudier l'avenir »²¹. En second lieu,

11. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative, op. cit.*, p. 57.

12. J.-M. de Gérando, *Institutes*, 1^{re} éd, t. 1, p. 361.

13. L'administration « a ses formes d'instruction et de décision, formes simples sans doute, paternelles et économiques ; quelquefois sagement rapides, lorsqu'il pourvoir à des besoins urgents ; quelquefois justement lentes, parce qu'il faut admettre à faire valoir leurs intérêts tous ceux dont les intérêts peuvent être compromis ; plus ou moins solennelles, suivant l'importance des cas et le degré de publicité que la décision exige » (*Programme du cours...*, *op. cit.*, p. 15). « Elle s'exerce d'une manière plus ou moins étendue et rigoureuse suivant que [l'intérêt commun] est d'une nécessité absolue, ou seulement d'une utilité considérable » (p. 16).

14. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative, op. cit.*, p. 57.

15. *Ibid.*

16. Le code de procédure civile a été promulgué par la loi du 14 avril 1806 et est entré en vigueur en 1807.

17. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative, op. cit.*, p. 58.

18. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative, op. cit.*, p. 75.

19. *Ibid.*, p. 61.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

« l'ordre judiciaire a encore cet avantage qu'il ne reconnaît comme faits que ceux qui sont constatés dans la forme légale »²² quand « dans l'ordre administratif, au contraire, l'exactitude réelle des faits importe bien plus que la forme sous laquelle ils se produisent »²³.

On ne peut qu'admirer la finesse de ces comparaisons. Gérando, premier à énoncer ainsi l'absence de formalisme du droit administratif, en donne en outre un exemple saisissant : « On n'attend pas un procès-verbal dressé par un officier public, pour voler au secours quand il éclate un incendie »²⁴. La formule rappelle celle de Romieu quatre-vingts ans plus tard²⁵. Finalement, Gérando ne trouve comme point commun aux procédures administrative et judiciaire que leur but d' « offrir toutes les garanties possibles pour l'équité des décisions »²⁶. Encore ajoute-t-il que l'action administrative, étant « discrétionnaire dans son principe »²⁷, exige « les soins les plus scrupuleux » et qu'il faut que l'autorité administrative « surpasse, s'il est possible, dans les règles qu'elle se donne, la sollicitude et la vigilance de l'autorité judiciaire, précisément parce qu'elle n'est point, comme l'autorité judiciaire, renfermée dans une enceinte de lois écrites »²⁸.

Gérando en conclut que l'administration « doit donc se créer, en quelque sorte, à elle-même son Code d'instruction, son Code de procédure »²⁹. C'est ce code manquant qu'il se propose « d'établir pour la première fois »³⁰ à l'occasion de son cours de droit administratif. Cette entreprise consiste alors pour lui à dégager les principes qui, en 1819, inspirent, même implicitement, l'élaboration des décisions administratives. Or, durant la Restauration, l'administration est celle que Napoléon a donnée à la France vingt ans plus tôt. Comme l'a plaisamment décrit Jean Rivero, « le style Empire, en matière administrative, c'est la multiplication des enquêtes préalables, la publicité des diverses phases de l'élaboration, les délais qui alourdissent les lignes de l'action administrative comme les cuivres ciselés celle des meubles mais multiplient les garanties préalables au profit

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*

25. « Quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers » (J. Romieu, concl. sur T.C., 2 décembre 1902, *Société Immobilière de Saint Just c. Préfet du Rhône*, p. 713).

26. J.-M. de Gérando, *Institutes*, 1^{re} éd, t. 1, p. 360.

27. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, op. cit., p. 60.

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

des intéressés »³¹. En bref, « s'il y a eu, en France, un âge d'or de la garantie préalable à la décision pour le particulier, c'est bien celui-là »³². À sa façon et dans le premier effort de synthèse et de conceptualisation de la matière, Gérando l'avait déjà exposé. Voilà pourquoi, comme le regrette Jean Rivero à son sujet, « on ne lit pas assez les vieux auteurs ! »³³.

L'extrait du cours de Gérando relatif à la procédure administrative mérite effectivement d'être relu. À rebours des présentations ultérieures et désormais classiques, il s'intéresse non à la décision à prendre mais à son auteur. L'administrateur éclairé c'est ainsi tout autant l'éclairage mis sur l'administrateur que les lumières qui doivent guider celui-ci.

I. Un éclairage sur l'administrateur

Pour présenter la procédure administrative à ses étudiants, Gérando leur expose ce que doivent être les préoccupations, les méthodes et les moyens de l'administrateur s'appropriant à prendre une décision. Ce point de vue semble particulièrement adapté et même naturel au regard du sujet évoqué. Il n'en est pas moins profondément original dans l'histoire de l'enseignement du droit administratif. Très rapidement après Gérando, l'éclairage ne sera plus porté sur l'administrateur, c'est-à-dire sur l'homme, mais sur l'encadrement juridique de l'élaboration des décisions administratives. Le caractère éphémère de cette présentation pourtant fort éclairante est probablement lié à sa faible coloration juridique.

A. Un éclairage éphémère

Il est sans doute possible de trouver une certaine filiation entre les conceptions de Gérando et celles d'un de ses contemporains, Charles-Jean Baptiste Bonnin. Considéré comme l'un des pères de la science de l'administration, il publia en 1809 ses *Principes d'administration publique*³⁴. Bonnin et Gérando plaidèrent pour la rédaction d'un

31. J. Rivero, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *Mélanges Dabin*, Bruylant, 1963, p. 813.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

34. C.-J. Bonnin, *Principes d'Administration Publique pour servir à l'Étude des Lois Administratives, et Considérations sur l'Importance et la Nécessité d'un Code Administratif, suivies du Projet de ce Code*, 2^e éd., Clément frères, 1809.

Code de l'administration et en élaborèrent des projets, mais ils n'étaient pas les seuls à l'époque³⁵. Surtout l'un et l'autre ne se préoccupèrent pas seulement de décrire le droit administratif tel qu'il était alors organisé dans des textes épars et nombreux ; ils eurent l'ambition de s'adresser aux titulaires des fonctions administratives et de décrire la façon dont ils devaient, selon eux, les exercer³⁶. Toutefois, s'il décrit les qualités et les vertus exigées de l'administrateur, Bonnin ne rentre pas dans le détail et ne consacre guère de développements à la façon dont ce dernier doit procéder avant de décider. Seul Gérando s'y est efforcé, dans une entreprise restée sans lendemain. Certes, Foucart a partagé le point de vue de Gérando et analysé l'élaboration des décisions administratives au regard de ce qu'elle exige de l'administrateur qui les prend. Encore n'a-t-il guère innové et apporté à l'éclairage de son prédécesseur puisqu'il procède sur ce point à une pure et simple reproduction d'une partie substantielle du cours de Gérando³⁷.

Moins de trente ans après le cours de Gérando, Adolphe Chauveau publie un *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative*³⁸, dont le titre est trompeur : l'objet de son ouvrage est ce qu'il appelle « l'instruction contentieuse », c'est-à-dire la procédure suivie devant les juridictions administratives, et non « l'instruction gracieuse ». Il donne d'emblée la raison de ce choix : « l'instruction gracieuse présente peu d'intérêt au point de vue doctrinal »³⁹ et cette affirmation lapidaire lui semble suffire à justifier qu'il se « borne[...] à en dire quelques mots »⁴⁰ dans un paragraphe de cinq pages dont l'essentiel est d'ailleurs emprunté au cours de Gérando...

Si l'on excepte Foucart, dès le milieu du XIX^e siècle, un tournant est donc opéré. Il n'y a qu'une seule procédure qui vaille la peine d'être étudiée en droit administratif, c'est celle qui régit l'instruction des litiges devant les juridictions administratives. La procédure administrative est ainsi le pendant de la procédure civile ou de la procédure criminelle, selon l'expression retenue à l'époque : toutes se rapportent à l'instruction des litiges devant des juridictions. Non seulement le

35. Voir également M. Fleurigeon, *Code administratif*, 2^e éd. 1809.

36. Bonnin, *Principes d'Administration Publique...*, *op. cit.*, p. 109-110.

37. E.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 3^e éd., Videcoq, 1843-1844, t. 2, p. 235.

38. A. Chauveau, *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative*, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1848.

39. *Ibid.*, p. 1.

40. *Ibid.*

vocabulaire réserve ainsi le terme procédure à la phase contentieuse, mais encore les ouvrages consacrés à l'époque au droit administratif substantiel, ne s'intéressent même plus à l'instruction des décisions administratives à la façon de Gérando. Négligeant l'administrateur qui les prend, les auteurs se focalisent sur l'encadrement juridique du processus d'élaboration des décisions ⁴¹. Et cette analyse strictement juridique est elle-même fortement inspirée par la perspective du contrôle juridictionnel éventuel et de l'annulation des décisions pour non-respect des formalités imposées. Adolphe Chauveau indique ainsi, avant même de donner ses brèves indications sur l'instruction gracieuse, qu'il « est (...) nécessaire de remplir exactement ces formalités, parce qu'en matière gracieuse, comme en matière contentieuse, la violation des formes prescrites entraîne la nullité des actes intervenus à la suite de cette violation, et ouvre un recours contentieux » ⁴². Le point de vue adopté par Vivien est identique : « toute loi qui pose une règle de décision peut donner ouverture à un débat contentieux, s'il est allégué que la compétence soit invertie, la forme inobservée ou la règle enfreinte » ⁴³. Batbie ⁴⁴ ou Aucoc ⁴⁵ se bornent, lorsqu'ils mentionnent l'existence de formalités pesant sur l'élaboration de certaines décisions administratives, à les présenter comme protectrices des intérêts privés et susceptibles de provoquer l'annulation de ces décisions en cas d'inobservation. Par rapport à cette vision très

41. Voir par exemple D. de Lagarde et A. Godfernaux, *Guide de la procédure à suivre devant les sections administratives du Conseil d'État*, 1891.

42. *Ibid.*

43. A.-F. Vivien, *Études administratives*, 2^e éd., Guillaumin, 1862, t. 1, p. 125.

44. « La loi exige en certains cas, des avis, des formalités qui servent de garantie aux particuliers. Précisément parce que, dans ces circonstances, l'administration est investie d'un pouvoir discrétionnaire, le législateur a voulu donner aux intérêts privés une sûreté qui prévienne l'arbitraire en éclairant l'administration, l'inobservation de ces formes peut entraîner l'annulation de ces actes » (A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^e éd., Larose, 1885, t. 7, n^o 383).

45. « Il y a des cas, et des cas nombreux, dans lesquels le législateur, en confiant à divers organes de l'autorité administrative le pouvoir de statuer sur certaines affaires à cru devoir leur imposer de suivre des formes déterminées, d'ouvrir une enquête pour recueillir l'opinion et les réclamations des intéressés, de consulter les conseils placés auprès d'eux. L'obligation de suivre ces formes est d'autant plus impérieuse pour l'administration, dans les cas où il lui appartient d'apprécier souverainement les mesures à prendre en vue de satisfaire le mieux possible l'intérêt public, en blessant le moins possible les intérêts privés ; car c'est la seule garantie accordée dans ce cas aux intérêts privés. La jurisprudence du Conseil d'État a donc considéré que l'obligation de statuer dans certaines formes était une des conditions, une des limites du pouvoir accordé à un agent de l'administration, et qu'il excédait les limites de son pouvoir en n'observant pas les formes établies par le législateur » (L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 1869, t. 1, n^o 282).

contentieuse, Laferrière⁴⁶ se signale paradoxalement en soulignant que les exigences procédurales sont un gage de qualité des décisions administratives mais il ne peut s'empêcher, lui aussi, d'évoquer l'impact contentieux éventuel : « À chacune de ces formalités correspond dans la pensée du législateur, un moyen d'éviter une erreur, d'empêcher une injustice, d'assurer la maturité et l'opportunité de la décision de telle sorte que l'acte n'est présumé correct que si toutes les formes requises ont été observées ».

Cette conception, apparue au milieu du XIX^e siècle, prédomine encore aujourd'hui⁴⁷. De manière très significative, les auteurs contemporains prennent la peine de préciser « procédure administrative *non contentieuse* » lorsqu'ils entendent étudier l'élaboration des décisions administratives. Cela révèle que la « procédure administrative » est considérée, avant tout, comme la procédure suivie devant les juridictions administratives. Plus encore, même lorsqu'ils observent les formes et procédures de l'action administrative, les auteurs contemporains le font toujours par le prisme du contentieux : cette procédure administrative non contentieuse ne leur semble intéressante qu'en ce qu'elle est susceptible d'influer sur l'issue des recours dirigés contre les décisions en cause. Le refus doctrinal de s'intéresser au rôle et aux préoccupations de l'administrateur lorsqu'il prépare ses décisions illustre évidemment la tournure purement objective du droit administratif français. De la même façon que le recours pour excès de pouvoir est encore essentiellement conçu comme un procès fait à un acte, le droit de l'administration est essentiellement conçu comme le droit des actes de l'administration. Peu importe l'auteur, les arbitrages auxquels il a procédé au moment de choisir, seule importe la décision adoptée et, si l'on examine ce qui l'a précédée, sa régularité procédurale.

Il n'est que peu d'auteurs qui eurent la lucidité de regretter l'absence de réflexion sur l'élaboration des décisions administratives. Parmi eux, Hauriou qui, en 1900, constatait qu'« il n'a jamais été fait de traité théorique de la procédure des opérations administratives et cela est regrettable, car il y aurait certainement dans cette matière considérable des principes importants à mettre en lumière »⁴⁸ et qui

46. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{re} éd., Berger-Levrault, 1888, t. 2, p. 493.

47. Voir P. Gonod, « L'étude du procès administratif », *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz, 2013, p. 165.

48. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^e éd., Larose, 1900, p. 225, note 1.

soulignait que « de Gérando l'avait parfaitement vu ». Pourtant, tout en ayant compris l'importance de la préparation des décisions et opérations administratives, Gérando n'en a pas fait la théorie appelée de ses vœux par Hauriou. Il l'a en effet abordée dans une perspective assez peu juridique.

B. Un éclairage peu juridique

Parmi les nombreux éloges funèbres ou notices biographiques parus après la mort de Joseph-Marie de Gérando en 1842⁴⁹, l'un émane de Boulatignier qui fut l'un de ses collègues au Conseil d'État. Ce fin connaisseur du droit administratif salua l'ampleur des travaux de Gérando et son talent pour dégager et exprimer en brefs et nets aphorismes les principes du droit administratif. Il regretta que son cours n'ait pas été publié intégralement mais en releva, à mots couverts, la tonalité finalement assez peu juridique en remarquant que « sans négliger la partie historique et philosophique, et surtout l'inspiration morale, [Gérando] mit un grand soin à donner une utilité vraiment pratique à son enseignement »⁵⁰. Il est exact que, comme l'exprime Foucart, ce cours est l'œuvre d'« un homme qui réunit à l'expérience des affaires de profondes études théoriques, et qui a porté dans la chaire de droit administratif de Paris, les lumières qu'il a puisées dans une longue participation aux travaux du Conseil d'État »⁵¹.

Pour exposer la procédure administrative, Gérando adopte le point de vue de l'administrateur et indique les différentes étapes que celui-ci doit franchir progressivement avant de prendre sa décision. Ce parti pédagogique s'impose d'abord à lui parce qu'il bénéficie, plus encore que d'une expérience au sein du Conseil d'État, de celle d'un responsable de l'administration active. Il fut, en effet, successivement membre de la junte pour l'administration de la Toscane (en 1808-1809), membre de la consulte extraordinaire pour les États romains (1809-1811) et intendant général de la Haute Catalogne (1812-1814).

49. Éloge funèbre du baron de Gérando, pair de France, par le Comte Beugnot, devant la Chambre des Pairs, le 2 février 1844 ; *Éloge de Joseph-Marie baron de Gérando, par M. Bayle-Monillard, et Essai sur la vie et les travaux de Marie-Joseph de Gérando, par O. Morel*, Jules Renouard et Cie, 1846 ; *Discours sur la vie et les travaux du baron de Gérando, par M. Jomard*, Paris, 1843 ; *Notice historique sur la vie et les travaux de M. le baron de Gérando, par M. Mignet*, Firmin-Didot, 1854 ; « Notice nécrologique sur M. le baron de Gérando, par S.-J. Boulatignier », *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, t. X, p. 56.

50. S.-J. Boulatignier, *op. cit.*

51. E.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif, op. cit.*, p. 237.

Ce parti pédagogique s'impose également à lui parce qu'il voit dans son auditoire de futurs administrateurs devant lesquels s'ouvrent « tant d'honorables carrières » et qui aspirent à s'« en rendre dignes, non seulement par une instruction solide, mais aussi par le zèle et la pratique du bien qui est la meilleure préparation à toute carrière »⁵².

La teneur des conseils prodigués est fort instructive et démontre effectivement un art consommé de l'exercice des responsabilités doublée d'une droiture et d'une lucidité peu communes.

Une première série porte sur le comportement recommandé à celui qui exerce des responsabilités administratives. Dans l'exercice de ses prérogatives, l'administrateur doit faire preuve d'équité, d'amour du bien, d'impassibilité, de sollicitude envers ses concitoyens de manière à susciter en retour un respect général et d'acquérir une autorité nouvelle « dans les esprits et dans les cœurs »⁵³. L'administrateur doit s'avoir s'entourer d'hommes instruits et intègres⁵⁴, se défier des sollicitateurs⁵⁵ et des confidences⁵⁶. Mais il est bon qu'il soit aisément accessible⁵⁷ et qu'il « vive dans le commerce habituel des simples particuliers »⁵⁸. En gagnant ainsi leur confiance⁵⁹, il recueillera de nombreuses informations⁶⁰, et même, éventuellement, « quoique avec une juste réserve »⁶¹, des renseignements secrets. Ce secret, il doit savoir également en entourer certaines de ses décisions lorsqu'il en va de l'intérêt public⁶². L'administrateur ne doit pas pour autant s'enfermer dans son cabinet⁶³ mais tirera profit à visiter sa circonscription et à connaître ses concitoyens.

La seconde série de conseils formulés par Gérando porte plutôt sur la méthode et les qualités intellectuelles requises pour prendre de bonnes décisions. Il recommande fortement la pratique du rapport préalable, garantie de l'administrateur « contre sa précipitation, sa complaisance, ses erreurs »⁶⁴. Ce rapport ne peut être réalisé qu'au vu

52. J.-M. de Gérando, *Programme du cours...*, *op. cit.*, p. 24.

53. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 71.

54. *Ibid.*, p. 73.

55. *Ibid.*, p. 71.

56. *Ibid.*, p. 74.

57. *Ibid.*, p. 73.

58. *Ibid.*, p. 74.

59. *Ibid.*, p. 73.

60. *Ibid.*, p. 74.

61. *Ibid.*

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*, p. 73.

64. *Ibid.*, p. 78.

d'un dossier complet, au sein duquel « la chose la plus délicate, celle qui ne s'acquiert que par un long exercice, c'est de discerner dans ce dossier (...) quel est le véritable point de difficulté »⁶⁵ et de décomposer celui-ci en une suite de problèmes. Chacun d'entre eux doit alors être examiné au regard des faits, des dispositions qui régissent la matière, des considérations d'ordre général et d'utilité publique et enfin, des intérêts privés « qui doivent être connus et pesés afin d'être ménagés et satisfaits autant qu'il est possible »⁶⁶. Pour faire un bon rapport, nous dit Gérando, il ne faut pas moins que de la sagacité, de l'exactitude, de l'impartialité, de la méthode, de la clarté et de la concision⁶⁷. Il doit ensuite être soumis à une discussion, très rapide, entre des personnes non instruites préalablement du dossier⁶⁸, qui sachent bien écouter, conserver une sérénité parfaite sans laquelle « il n'y a point de liberté véritable »⁶⁹ et user de cette liberté d'esprit pour soumettre le rapport à l'épreuve pour en « faire jaillir avant les objections, les doutes auxquels il peut laisser place »⁷⁰. C'est à celui qui préside de diriger la discussion en obtenant l'ascendant sur les participants. Gérando donne comme modèle, à ce sujet, Benjamin Franklin qui n'imposait sa propre opinion à personne et n'était « qu'un investigateur modeste et sincère »⁷¹.

Il résume enfin son propos et trace en quelques mots la figure intellectuelle de l'administrateur parfait : il lui faut « l'esprit d'ordre » qui concilie deux dispositions intellectuelles opposées, « l'une qui rend propre à l'étude des détails, l'autre qui rend propre à généraliser »⁷². L'esprit d'ordre « fait ressortir, suivant la belle pensée de Leibniz, l'unité dans la diversité »⁷³. Il est un élément étrangement absent de cet édifiant *vade-mecum* de l'administrateur : c'est le respect des règles de droit. À peine apparaît-il au nombre des données à prendre en considération dans l'analyse des problèmes identifiés par le rapport. Les dispositions qui régissent la matière sont évoquées au même titre que les faits, les éléments d'intérêt général et les intérêts privés. Au surplus, même lorsque l'administrateur se réfère aux règles

65. *Ibid.*

66. *Ibid.*, p. 79.

67. *Ibid.*

68. *Ibid.*, p. 80.

69. *Ibid.*, p. 81.

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*, p. 83.

72. *Ibid.*, p. 84.

73. *Ibid.*

juridiques applicables, il doit chercher « à en pénétrer le véritable esprit, pour en faire une bonne administration »⁷⁴. C'est que le droit n'est pas la préoccupation majeure de Gérando. Enseigner le droit administratif, c'est pour lui, à l'occasion de la présentation de l'élaboration des décisions administratives, identifier ce qui fait la bonne administration.

Comme l'a souligné Jean Rivero, la culture du dialogue et la confiance recherchée des citoyens n'excluent pas que le dernier mot revienne à l'autorité administrative. « La règle ainsi élaborée aura toute chance de tenir mieux compte, que ne l'eût fait, peut-être, la loi elle-même, de toutes les données humaines du problème »⁷⁵. Gérando ne dit pas autre chose, en effet, lorsqu'il affirme que « l'administrateur (...) est (...) appelé, non à voir les faits dans une condition déterminée par la loi, mais à les apprécier dans toute l'étendue et toute la liberté de la raison humaine »⁷⁶. Il n'entend pas ramener la fonction de l'administrateur au seul respect du droit : « le droit ne peut s'asseoir que sur des titres expressément déterminés par la loi. L'utilité doit se déduire de toutes les circonstances que peut saisir et méditer un esprit sage »⁷⁷.

Son analyse relève ainsi de ce qui sera ultérieurement appelé le management public, et son cours se rapproche plus de ceux qui devraient être dispensés durant la formation des responsables administratifs, à l'École nationale d'administration ou dans les Instituts régionaux d'administration.

Avec une clairvoyance admirable, Gérando fait même ressortir comment ses recommandations favorisent une meilleure efficacité de l'action administrative. Il affirme notamment que « le succès d'une mesure administrative n'est jamais véritablement complet que par la conviction et la confiance »⁷⁸ et que la consultation des intéressés présente l'avantage de favoriser une meilleure acceptation des décisions prises. De la même façon, si elles ont pu être formulées avant l'édition de la décision, les prétentions des opposants « auront moins de faveur dans l'opinion »⁷⁹. Et lorsque Gérando plaide en faveur d'une mûre réflexion avant la décision afin d'éviter d'avoir ensuite à la retirer ou modifier, c'est qu'« il y a un inconvénient grave à [lui] faire

74. *Ibid.*, p. 79.

75. J. Rivero, précité.

76. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 62.

77. *Ibid.*

78. *Ibid.*, p. 70.

79. *Ibid.*

subir cette chance. La mobilité déconsidère l'administration »⁸⁰. En bref, « le mérite des choses, en administration, consiste souvent à ce qu'elles soient faites à propos »⁸¹. C'est donc un cours de bonne administration plutôt qu'un cours de droit administratif que livre Gérando en 1819. Fort de sa riche expérience et doté d'une pénétration d'esprit peu commune, il formule des conseils dont la pertinence est plus que jamais d'actualité. Pourtant, l'éclairage qu'il donne ainsi sur l'exercice du pouvoir de décision au sein de l'administration n'a guère connu de postérité. Le droit administratif français a peu après adopté une tournure objectiviste et contentieuse, centrée sur la décision, dont il peine à se défaire. Il ne s'intéresse pas plus à l'administrateur qu'aux lumières qui doivent guider son action.

II. Les lumières de l'administrateur

Joseph-Marie de Gérando est né en 1772 ; il est fortement pétri de l'esprit des Lumières. Son discours n'est guère éloigné de celui d'un Helvétius qui, athée quand Gérando est un homme de foi⁸², affirmait qu'« il faut (...) pour être honnête, joindre à la noblesse de l'âme les lumières de l'esprit. Quiconque rassemble en soi ces différents dons de la nature, se conduit toujours sur la boussole de l'utilité publique »⁸³. De la même façon, la pensée de Gérando n'est pas étrangère à l'impératif catégorique kantien, formulé ainsi : « Agis seulement d'après la maxime grâce à laquelle tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle »⁸⁴. Cette inspiration se retrouve très explicitement dans l'ensemble de l'œuvre de Gérando et notamment dans ses travaux de droit administratif. Dans l'introduction accompagnant le programme de son cours, il souligne que le droit civil et le droit administratif « s'éclairent au flambeau de la

80. *Ibid.*, p. 84.

81. *Ibid.*, p. 83.

82. « Le droit civil et le droit administratif « accomplissent en quelque sorte, les desseins de la Providence sur la société humaine » (J.-M. de Gérando, *Programme du cours...*, *op. cit.*, p. 5). « Les institutions établies pour procurer et assurer les bienfaits de la condition sociale, ne sont donc, dans le but qu'elles se proposent, que l'accomplissement des vues de la Providence sur le plus noble théâtre de ses œuvres ; elles ont leur source dans la sagesse divine, comme elles ont leur sanction dans l'autorité qui préside à la marche des mondes » (p. 6).

83. C.-A. Helvétius précisait que « la parfaite probité n'est jamais le partage de la stupidité ; une probité sans lumières n'est, tout au plus, qu'une probité d'intention, pour laquelle le public n'a et ne doit effectivement avoir aucun égard » (*De l'esprit*, 1758).

84. E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, in *Œuvres philosophiques*, Gallimard, « Pléiade », 1985, t. 2, p. 261.

morale et de la raison, et prennent pour guide l'équité et la vérité, ces deux compagnes inséparables »⁸⁵.

Dans son cours de droit administratif, s'adressant à de futurs administrateurs et ne se bornant pas à exposer l'encadrement juridique de l'élaboration des décisions administratives, il guide effectivement leurs pas sous ce même flambeau de la Raison et de la Morale. La conjonction de ces deux exigences est, à ses yeux, la condition d'un exercice satisfaisant de responsabilités administratives.

A. La Raison

Conformément à l'esprit des Lumières qui était « d'éclairer toutes choses à la lumière de la raison », Gérando exige de l'administrateur de préparer ses décisions de façon rationnelle. Établissant un parallèle avec l'opposition propre à la procédure judiciaire entre les actes préliminaires d'instruction et les débats en audience publique, Gérando distingue en matière administrative « l'information de l'examen, la première extérieure, si on peut dire, le second, intérieur »⁸⁶. En d'autres termes, la procédure menant à l'édition d'une décision administrative exige une connaissance préalable de la situation sur la base de laquelle peut ensuite s'engager un effort de réflexion pour parvenir à prendre la décision.

Gérando l'affirme sans ambages, « l'administration ne peut jamais négliger un moyen de s'éclaircir »⁸⁷ et « la procédure administrative est, en grande partie, une véritable étude, et souvent une étude technique »⁸⁸. Foucart précisera ultérieurement que cette instruction préalable est destinée à éclairer le pouvoir discrétionnaire de l'administration⁸⁹. Gérando indique, en effet, que, dans l'ordre administratif, « il faut aller à la recherche, à la poursuite des faits, de faits ignorés, cachés, déguisés peut-être. L'administration doit être éminemment investigatrice, et ce n'est pas un fait isolé qu'elle doit poursuivre, ce sont des faits multipliés, variés, épars, qu'elle soit s'efforcer de

85. J.-M. de Gérando, *Programme du cours...*, *op. cit.*, p. 5. Dans ses *Institutes*, après avoir constaté qu'« il n'existe presque aucune règle générale écrite sur la manière de procéder dans les affaires de simple administration » (p. 361), Gérando affirme qu'« il est cependant aussi quelques règles générales prescrites par la raison, l'équité, la prudence, l'intérêt public, qui ne sont point écrites, mais qui ont cependant une haute importance » (p. 362).

86. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 60.

87. *Ibid.*, p. 76.

88. J.-M. de Gérando, *Institutes*, 1^{re} éd, t. 1, p. 361.

89. E.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 237.

recueillir »⁹⁰. Car « tous les faits importent (et) il est nécessaire de les recevoir et de les découvrir par toutes les voies et sous toutes les formes »⁹¹. Le travail de l'administrateur est ainsi non pas seulement d'accueillir les réclamations que peut susciter une décision déjà prise mais d'« aller au-devant d'elles, leur donner l'occasion de se produire »⁹² avant l'édiction de la décision. Il doit, le cas échéant, entendre les suggestions des intéressés qui peuvent indiquer « une combinaison nouvelle plus propre encore à atteindre »⁹³ le but recherché par l'administration.

Mais encore faut-il que l'administration recueille les informations les plus sûres et, « quelque confiance que ces données lui inspirent, qu'elle les fasse passer au creuset de la contradiction, à l'épreuve du contrôle »⁹⁴. Jamais un avis ou une expertise, « quoique donnée nécessaire, ne sera admis (...) aveuglement »⁹⁵ et les éléments fournis sont « des renseignements que [l'administration] apprécie, non des preuves qu'elle soit contrainte de respecter »⁹⁶. Gérando relève cependant que, dans une certaine mesure, « la hiérarchie des autorités intermédiaires fournit (...) un moyen de contrôle simple et naturel »⁹⁷ des éléments rassemblés. Il consacre ainsi de longs développements de son cours à l'exposé des moyens de « la recherche et l'investigation des faits »⁹⁸. Ils sont exposés en onze rubriques, allant des publications et affiches aux avis de divers organes administratifs, en passant par les enquêtes, les expertises ou les témoignages authentiques émanant d'agents publics compétents⁹⁹. Cet exposé systématique des moyens d'information de l'administrateur est l'occasion pour Gérando d'abord de se féliciter de l'existence des grands corps techniques de l'État que sont les ingénieurs des ponts et chaussées ou des mines, ensuite de regretter au contraire l'abandon de l'effort de renseignement statistique entrepris antérieurement et dont il évoque « tout le fruit que l'administration pouvait retirer »¹⁰⁰.

90. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 61.

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*, p. 69.

93. *Ibid.*, p. 70.

94. *Ibid.*, p. 62.

95. *Ibid.*, p. 71 ; voir également p. 66.

96. *Ibid.*, p. 67.

97. *Ibid.*, p. 72.

98. J.-M. de Gérando, *Institutes*, 1^{re} éd., t. 1, p. 362.

99. A. Chauveau, *Code d'instruction administrative...*, *op. cit.*, p. 2.

100. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 69.

La Raison n'exige pas seulement la connaissance des faits ; elle exige ensuite un examen rigoureux de ceux-ci. Après s'être tournée vers l'extérieur, s'être intéressée aux éléments concrets, l'administration doit « se recueillir alors en elle-même »¹⁰¹ et mener un effort purement intellectuel. Dans ce « travail intérieur, graduellement revu et élaboré dans une sorte d'étude méthodique et sur tous les documents rassemblés, [l'administrateur] prépare sa décision »¹⁰². Poursuivant son entreprise de systématisation, Gérando décompose l'examen administratif en deux éléments : le rapport et la discussion¹⁰³.

Toutes les informations propres à éclairer l'administrateur sur la décision qu'il s'apprête à prendre doivent apparaître dans le dossier préparé par le rapporteur. S'il n'est pas complet, un supplément d'information doit être diligenté¹⁰⁴. Essentiel, le rapport l'est à ce point qu'il doit subsister « avec la décision, pour en expliquer les motifs, pour la justifier, s'il en est besoin et s'il est possible » car « il faut que le rapport puisse justifier que l'examen a été suffisamment attentif »¹⁰⁵. Œuvre intellectuelle, le rapport a pour fonction d'identifier clairement la difficulté et de la décomposer en autant de problèmes simples qu'elle recèle. Il doit ensuite, ainsi que cela a déjà été noté, préciser, à propos de chacun de ces problèmes, les faits, les règles juridiques, les considérations d'intérêt général et enfin les intérêts privés qu'ils mettent en cause. Esprit rigoureux et rationnel, Gérando fournit ainsi en quelques lignes une véritable méthode et même une grille d'analyse pour systématiser la préparation des décisions administratives. Le rapport n'est certes que la base de la discussion qui doit alors s'ouvrir mais son établissement est une étape déterminante en ce qu'il révèle ce sur quoi il faut décider et au regard de quels éléments la décision doit être prise.

La discussion dont il est lui-même l'objet s'opère « dans l'intérieur des bureaux »¹⁰⁶ par « une sorte de révision qu'amène naturellement la hiérarchie des bureaux et la forme de leur composition »¹⁰⁷.

101. J.-M. de Gérando, *Institutes*, 1^{re} éd., t. 1, p. 362.

102. *Ibid.* Foucart enchérit : l'examen « a lieu dans le silence du cabinet, où l'administrateur pèse les moyens contradictoires qu'il a dû recueillir dans l'information et se décide pour le parti que convient le mieux » (*Éléments de droit public et administratif*, op. cit., p. 248).

103. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, op. cit., p. 77.

104. *Ibid.*, p. 78.

105. *Ibid.*

106. *Ibid.*, p. 80. Il précise par ailleurs que « le débat a lieu dans l'information et non dans l'examen. Dans l'examen administratif, les particuliers sont absents, ils se taisent ; le dossier de l'affaire a tout dit, ou du moins a dû tout dire » (p. 77).

107. *Ibid.*, p. 80.

Gérando l'espère minutieuse car, « par cela même qu'elle est entièrement privée, [elle] doit être encore plus scrupuleuse »¹⁰⁸ ; il en appelle même à l'organisation de discussions plus solennelles afin d'en garantir l'efficacité. La procédure administrative est ainsi pour Gérando un lent et constant processus d'approfondissement du dossier, par la confrontation des points de vue, par la permanente remise en question des éléments discutés et de la façon de les discuter. L'examen administratif selon Gérando, c'est une forme du doute méthodique prôné par Descartes. Mais comme ce dernier admettait qu'il faille, en pratique, décider sans avoir une connaissance complète des problèmes, Gérando sait que l'administrateur doit finalement trancher. Bien qu'il n'indique pas à quel moment la discussion doit cesser pour laisser place à la décision, il suggère de ne pas faire durer excessivement la première. Cela tient au fait qu'il ne prétend pas que des certitudes naissent de la discussion. Il prête à celle-ci la seule mais fondamentale vertu de mettre en lumière ce que nous appelons les enjeux du problème. Correctement éclairée sur ces enjeux, l'autorité compétente peut alors décider.

Pour se déterminer avec sagesse, elle doit posséder cet esprit d'ordre, cher à Gérando et dont il estime que les « inspirations valent tout un code » et qu'« il ouvre et prépare toutes les voies qui conduisent à la justice et à la vérité »¹⁰⁹. C'est à ce stade qu'apparaît en effet le plus nettement la seconde exigence de l'action administrative, la morale.

B. La Morale

Il n'est pas étonnant que Gérando pose la morale comme l'une des deux lumières qui doivent guider l'administrateur. Philanthrope catholique, on lui doit divers ouvrages où la morale occupe une place essentielle, à l'exemple notamment de l'édifiant « la morale en action ou les bons exemples » en collaboration avec Benjamin Delessert. Le lien entre religion, morale et droit apparaît à maintes occasions dans ses écrits juridiques. Dès l'introduction de son cours de droit admi-

108. *Ibid.* Sur ce point les choses n'ont guère évolué depuis le début du XIX^e siècle, ainsi que le constate encore Rivero : « si dialogue il y a et même colloque, dans l'administration française, l'un et l'autre sont le plus souvent intérieur : les divers services intéressés confrontent ou affrontent leurs points de vue (...). Ce jeu se joue entre services administratifs et l'administré destinataire de l'acte n'est point convié à y participer » (« Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », précité).

109. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 83.

nistratif, il déclare que « les lois reçoivent ce caractère auguste de leur origine et du but qu'elles se proposent ; c'est la morale publique, c'est l'humanité, c'est la religion même qui respirent en elles et qui les consacrent »¹¹⁰. Sur ce point encore, il est possible d'établir une parenté entre sa pensée et celle de Bonnin, lequel considérait que « les principes directeurs de l'administration ont pour moteur la loi et pour moteur moral les besoins de la communauté, l'équité et l'intérêt public de la cité, non la volonté du gouvernement : c'est la loi qui donne l'impulsion comme uniforme ; la morale dirige cette impulsion et la modère »¹¹¹.

Chez l'un et l'autre, la morale se manifeste de deux façons au cœur de l'action administrative. Elle doit d'abord inspirer la recherche d'un juste équilibre entre des intérêts public et privés souvent contradictoires ; elle doit ensuite se traduire par le respect de diverses exigences de moralité par les autorités administratives.

Gérando ouvre son cours consacré à la procédure administrative par d'assez longs développements consacrés à l'intérêt public. Il constate d'abord que ce dernier « a bien moins de zélateurs qu'on ne serait porté à le supposer »¹¹². Cet état de fait résulte, selon lui, du fait que chacun n'y participe que de manière indirecte, qu'il relève « bien moins du présent que de l'avenir »¹¹³, qu'il doit être défendu contre « l'activité privée [qui] est active, vigilante, industrielle »¹¹⁴ et qu'il « se prête merveilleusement à servir les vues déguisées de l'intérêt privé et le penchant à l'arbitraire (...) qui (...) tente si souvent les dépositaires du pouvoir »¹¹⁵. Gérando constate ensuite que « les intérêts privés méritent cependant aussi d'extrêmes égards, alors même qu'ils se trouvent en contact avec l'utilité publique »¹¹⁶.

Il ne justifie pas immédiatement la nécessité de ce double constat préalable à l'exposé de la procédure administrative. Mais, quelques pages plus tard, il établit trois liens entre les intérêts public et privés, qui révèlent une fois encore autant l'administrateur expérimenté que l'observateur clairvoyant. En premier lieu, Gérando souligne que les

110. J.-M. de Gérando, *Programme du cours...*, *op. cit.*, p. 6.

111. C.-J. Bonnin, *Abregé des principes d'administration*, Amable-Costes, 1829, p. 448. Le même considérait que « l'administrateur est un homme public, mais il doit être considéré comme un père chargé du soin d'une grande famille » (p. 404).

112. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 58.

113. *Ibid.*

114. *Ibid.*, p. 59.

115. *Ibid.*

116. *Ibid.*

deux types d'intérêt se rejoignent dans la mesure où « l'intérêt de chacun est un élément de l'utilité publique »¹¹⁷. En deuxième lieu, il relève que les deux types d'intérêt s'opposent néanmoins parfois et que, l'intérêt privé étant susceptible d'être contrarié par une mesure administrative, « il est indispensable de mesurer l'étendue du sacrifice qu'on pourra lui imposer, et aussi de chercher les moyens ou de lui épargner ou de l'adoucir, s'il est indispensable »¹¹⁸. En troisième et dernier lieu, fort subtilement, Gérando estime que l'intérêt privé peut se révéler un « auxiliaire utile pour connaître la vérité », du moins pour faire apparaître ce qui l'avantage.

S'il ne néglige pas, par la suite, les premier et troisième liens, Gérando revient régulièrement, au cours de son étude de la procédure administrative, sur l'obligation qui pèse, selon lui, sur l'administrateur d'adopter la décision favorable à l'utilité publique emportant l'atteinte minimale aux intérêts privés. Ces derniers « doivent être connus et pesés, afin d'être ménagés et satisfaits autant qu'il est possible, et pour qu'ils ne soient sacrifiés qu'à une nécessité réelle »¹¹⁹. Cette conception, fort libérale, préfigure, avec plus d'un siècle d'avance, la jurisprudence *Benjamin* sur le contrôle de la nécessité des mesures de police¹²⁰. Elle contribua sans doute à la méfiance qu'inspira rapidement le cours de droit administratif de Gérando et qui suscita sa suppression dès 1821¹²¹...

Le propos de Gérando est pourtant fort nuancé puisqu'il affirme nettement que si les intérêts privés entrent pour beaucoup dans les motifs de la décision administrative, ils ne les composent pas à eux seuls et qu'y entre également l'intérêt public, lequel « est hors de la discussion privée »¹²². Gérando établit même expressément la primauté de l'intérêt public sur les intérêts particuliers lorsqu'il fait allusion aux « intérêts privés, qu'on ne peut jamais entièrement satisfaire [et] que la nécessité commune commande quelquefois de froisser »¹²³.

Foucart est, à cet égard, plus explicite encore, qui affirme en 1843 que « l'intérêt public (...) doi[t] l'emporter sur les intérêts privés »¹²⁴

117. *Ibid.*, p. 62.

118. *Ibid.*

119. *Ibid.*, p. 79.

120. CE 19 mai 1933, *Benjamin*, p. 541 ; S. 1934, III, p. 1, concl. Michel, note Mestre.

121. Il ne fut rétabli et de nouveau confié à Gérando, qu'à partir de 1828. Sur ce point, voir J. Boulatignier, Notice nécrologique sur le Baron de Gérando, précitée.

122. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, op. cit., p. 75.

123. *Ibid.*, p. 79.

124. E.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, op. cit., p. 236.

mais il en donne pour curieuse raison le fait que ces derniers composent le premier. En d'autres termes, selon cet auteur, s'il incombe à l'administration de n'imposer aux individus que des charges indispensables, c'est parce qu'en cas contraire, l'atteinte excessive aux intérêts privés serait néfaste à l'intérêt public lui-même. Cette conception des rapports entre l'intérêt public et les intérêts particuliers semble bien rudimentaire au regard de celle, relativement élaborée, de Gérando.

Ce dernier formule également dans son cours diverses recommandations ou mises en garde qui, si elles se rapportent encore à des préoccupations de moralité administrative, concernent cette fois plus l'administrateur que la substance de la décision adoptée. Le libéralisme de Gérando se manifeste ici en ce qu'il perçoit la nécessité de contrebalancer le pouvoir discrétionnaire dont jouit à l'époque l'administration par la nécessité, pour les administrateurs « de redoubler de soins et de précautions »¹²⁵. Il dénonce également la tentation de méconnaître l'esprit des formalités administratives, notamment les enquêtes *de commodo et incommodo*, pour les mettre en œuvre « de façon vicieuse »¹²⁶.

La meilleure garantie contre les dérives de la procédure administrative réside à ses yeux dans un respect scrupuleux de l'impartialité. Il conseille ainsi, à titre d'exemple, de nommer comme commissaire enquêteur, une personne étrangère à la localité concernée et qui n'y a aucun intérêt¹²⁷, ou d'apporter les plus grands soins à la désignation des experts¹²⁸. L'exigence d'impartialité impose aussi que les participants à la discussion précédant la décision, ne connaissent de l'affaire que ce qui leur en est dit dans le rapport car « les renseignements privés qu'un membre aurait reçus d'une partie intéressée seraient, non une préparation, mais une prévention »¹²⁹.

L'administrateur selon Gérando doit également être intègre et instruit, à l'instar de l'honnête homme décrit par Helvétius. Il doit être animé de la « passion éclairée du bien public », de « sollicitude pour le bien-être de tous » et faire preuve d'« un sentiment délicat des convenances et des égards »¹³⁰. Tel est sans doute ce qui caractérise « l'esprit moral de l'administration et les devoirs qu'il impose à

125. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 62.

126. *Ibid.*, p. 64.

127. *Ibid.*

128. *Ibid.*, p. 66.

129. *Ibid.*, p. 80.

130. Selon les formules par lesquels Gérando clôt son cours sur la procédure administrative, p. 85.

l'homme public » dont Gérando annonçait l'évocation dans le programme de son cours ¹³¹.

Par ses formules emphatiques qui nous paraissent désuètes, fait-il preuve de candeur ou, au contraire, conscient des faiblesses humaines, exhorte-t-il son jeune auditoire à se rendre digne des fonctions auxquelles il les prépare ? Son esprit si clairvoyant a-t-il pu ignorer qu'« il est humainement impossible que des hommes sûrs de la valeur de leurs solutions techniques, ne considèrent avec quelque impatience les résistances auxquelles elles risquent de se heurter » et que « leur hâte de réaliser « le bonheur commun » peut servir de masque à une inconsciente volonté de puissance » ¹³² ? Il est en réalité parfaitement lucide sur ce point puisqu'il relève le « penchant à l'arbitraire (...) qui (...) tente si souvent les dépositaires du pouvoir » ¹³³. En tout état de cause, il est certain que cet appel constant à une grande droiture morale des autorités administratives est la contrepartie du point de vue choisi pour présenter la procédure administrative. Moment éphémère durant lequel le droit administratif français a été décrit du point de vue de ceux qui le mettent en œuvre, et non de celui des actes qu'ils prennent et de leur contrôle, le cours de Gérando ne pouvait borner le pouvoir discrétionnaire des administrateurs qu'en en appelant à leur conscience, « qui ne doit être que l'amour du bien public » ¹³⁴.

La tournure objective que prit ultérieurement le droit administratif et sa présentation entièrement conçue en fonction du contrôle juridictionnel qui s'est ensuite imposée ont permis de trouver d'autres voies pour assurer la protection des droits des particuliers contre les excès administratifs. Mais s'il n'est dès lors plus nécessaire de solliciter la moralité des administrateurs dans l'exposé du droit administratif, il ne serait sans doute pas inutile, à l'instar de Gérando, d'en rappeler la nécessité.

Bertrand SEILLER

Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

131. J.-M. de Gérando, *Programme du cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 33.

132. J. Rivero, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », précité.

133. J.-M. de Gérando, *De la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 59.

134. J.-M. de Gérando, *Programme du cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 13.