

# LA GARANTIE DES FONCTIONNAIRES LA SÉPARATION DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES SELON GÉRANDO

Joseph-Marie de Gérando n'est ni un théoricien majeur de la garantie des fonctionnaires, ni celui qui y a consacré le plus de développements, à la différence par exemple de Mangin dans son *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*<sup>1</sup> ou de Cormenin dans son opuscule sur *La responsabilité des agents du gouvernement*<sup>2</sup>. Pour autant, l'étude de la présentation de ce régime juridique spécifique, dont bénéficiaient les fonctionnaires au XIX<sup>e</sup> siècle, par le premier titulaire de la chaire de droit administratif de la faculté de droit de Paris présente un double intérêt. Le premier est de donner une illustration de la méthode suivie par Gérando dans l'exposé d'une matière précise ; le second est de révéler la conception que se faisait Gérando du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Bien que l'expression soit en partie incorrecte, le régime posé par l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII est le plus souvent désigné par la formule de « garantie des fonctionnaires ». Cette garantie imposait que « les agents du gouvernement autres que les ministres ne pourront être poursuivis pour les faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Ces dispositions n'étaient pas d'une entière nouveauté et s'inscrivaient dans la continuité de la loi du 14 décembre 1789 relative à l'administration locale<sup>3</sup>.

---

1. J.-H.-C. Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 1837.

2. L.-M. de Cormenin, *De la responsabilité des agents du gouvernement et des garanties des citoyens contre les décisions des ministres et du Conseil d'État*, 2<sup>e</sup> éd., 1828.

3. L'article 61 de la loi du 14 décembre 1789 relative à l'administration locale disposait qu'« Aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure conformément aux lois ». Les dispositions de l'acte de l'an VIII d'une part en élargissent le champ ;

L'article 75, qui subordonne la poursuite d'un agent public à l'existence d'une autorisation administrative, a connu une existence longue et mouvementée. Épargné durant la période impériale, une « grave controverse » naît lors de la Restauration autour du maintien en vigueur de ce régime dérogoire <sup>4</sup>. Certains auteurs, parmi lesquels Constant, Cormenin <sup>5</sup> ou Henrion de Pansey, estimaient que l'article 75 de l'acte de l'an VIII avait disparu avec la Charte. Cette interprétation ne trouva pas d'écho et le régime de la garantie des fonctionnaires continua à s'appliquer au motif que l'article 68 de la Charte prévoyait le maintien des lois compatibles avec la nouvelle organisation politique. De plus, les lois des 8 décembre 1814 et 28 août 1816, supprimant l'exigence d'une autorisation administrative pour poursuivre les employés des contributions indirectes et des douanes, témoignaient implicitement du maintien du principe de la garantie des fonctionnaires. Par leur objet même, ces lois supposent que le principe général de l'exigence d'une autorisation pour poursuivre un agent public est maintenu. À compter de la Restauration, l'article 75 se vit donc reconnaître une simple valeur législative qui permit son maintien en vigueur. La Cour de cassation se rangea à cette lecture qu'elle réitéra en 1830 et 1848 <sup>6</sup> et le régime de la garantie des fonctionnaires ne sera abrogé que par le décret du 19 septembre 1870 <sup>7</sup>.

Ce régime existe donc depuis une trentaine d'années lorsque Gérando l'expose, dans la 1<sup>re</sup> édition de ses *Institutes* parus en 1829 dans un chapitre intitulé « *De la mise en jugement des fonctionnaires et agents administratifs pour les faits relatifs à l'exercice de leurs fonctions* » <sup>8</sup>. Il débute par une brève présentation d'une page à laquelle succèdent vingt-

---

d'autre part opèrent la substitution du Conseil d'État aux autorités supérieures pour accorder l'autorisation de poursuivre.

4. R. de Nesmes-Desmarests *De la responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire envers les particuliers*, thèse, Montpellier, 1910, p. 128. L'article 50 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire avait déjà prévu qu'une loi viendrait abolir l'article 75 de l'acte de l'an VIII.

5. L.-M. de Cormenin, *Questions de droit administratif*, 1822, t. II, p. 529.

6. Voir J.-L. Mestre, « La garantie des fonctionnaires », in *Liberté, libéraux et constitutions*, dir. J.-P. Clément, L. Jaume, M. Verpeaux, Economica-PUAM, 1994, p. 78.

7. Le régime de la protection des fonctionnaires résulte aujourd'hui à la fois des dispositions de la loi du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires et des principes issus de l'arrêt *Pelletier* : TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, *Rec.* 1<sup>er</sup> suppl. p. 117, concl. David, *D.*, 1874, III, p. 5, concl. David. Cécile Guérin-Bargues a montré que le champ de ces deux garanties n'étaient pas aussi éloigné que le veut une présentation classique (« De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire : essai de généalogie », *RFDA*, 2009, p. 975).

8. J.-M. de Gérando, *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif*, 1<sup>re</sup> éd., 1829, t. 1, p. 406.

quatre articles consacrés à l'exposé du régime de la mise en jugement des fonctionnaires tel que prévu par les textes en vigueur. Ce chapitre est fidèle à la méthode suivie dans les *Institutes*, conçues par Gérando comme un projet de code. Il s'agit en effet pour lui de réaliser « un tableau résumé dans lequel notre législation administrative serait coordonnée »<sup>9</sup>, permettant de faciliter la compréhension du droit administratif notamment pour les étudiants. Ce n'est donc pas à une réflexion d'ensemble sur la garantie des fonctionnaires que se livre Gérando dans ce chapitre mais au « seul arrangement logique des dispositions existantes »<sup>10</sup>.

L'intérêt de ce chapitre réside autant dans son contenu que dans ses silences. Les silences sont révélateurs de la méthode suivie par Gérando dont le souci n'est que la présentation et la mise en ordre des textes et non l'exposé de l'ensemble de la question, réservant ainsi notamment l'étude de la jurisprudence (I). Le bref aphorisme précédant les articles est, quant à lui, l'expression d'un régime dérogatoire de jugement des fonctionnaires compris comme une condition nécessaire à la concrétisation du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires et comme protégeant la fonction davantage que l'agent (II).

## I. La présentation de la garantie des fonctionnaires : une illustration de la méthode Gérando

Gérando est avant tout un classificateur. Son objectif n'est donc pas tant de proposer une réflexion d'ensemble sur une matière donnée que de simplement ordonner les textes qui la régissent. Il précise dans l'avertissement à la première édition des *Institutes* qu'il ne s'agit pas de faire œuvre doctrinale car « un code administratif ne doit point être une exposition de doctrine ; il se dénaturerait par le mélange des discussions, des théories »<sup>11</sup>, ce qui, joint à la brièveté et au caractère lapidaire des développements, a pu faire éprouver une certaine frustration à la lecture des *Institutes*<sup>12</sup>. La méthode suivie par Gérando appliquée à la présentation de la garantie des fonctionnaires consiste donc à classer les textes applicables afin de rendre compte du régime

9. *Ibid.*, p. 4.

10. *Ibid.*, p. 6.

11. J.-M. de Gérando, *Institutes*, *op. cit.*, p. 6.

12. Voir par exemple : M. Xifaras, « Les figures de la doctrine. Essai d'une phénoménologie des "personnages juridiques" dans la doctrine administrative française », *La doctrine en droit administratif*, LexisNexis, p. 189.

juridique de la mise en jugement des fonctionnaires (A) sans intégrer dans cette présentation l'étude des décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation en la matière (B).

### A. La mise en cohérence des textes

Au cours des vingt-quatre articles constitutifs du chapitre sur la mise en jugement des agents publics, Gérando procède toujours de la même manière : il expose la règle, puis cite les textes de référence sans les hiérarchiser. L'article 75 de l'acte de l'an VIII n'est pas mis en avant ni présenté comme le fondement de ce régime, cette discrétion pouvant s'expliquer par la réserve stratégique que Gérando semble s'imposer vis-à-vis du régime impérial. L'objectif est de recenser les textes d'une certaine généralité relatifs à la matière, qu'il s'agisse des lois ou des règlements administratifs qui sont pour Gérando « comme une continuation et un complément de la législation elle-même »<sup>13</sup>. L'ordre d'exposition répond davantage à une logique pédagogique qu'à un ordre hiérarchique, ce chapitre consistant essentiellement en l'exposé d'une procédure. Ainsi un article est consacré aux plaintes dirigées contre les directeurs des établissements de charité prévus par un décret du 14 juillet 1812 et l'article suivant à la mise en jugement des intendants et sous-intendants militaires suivant les dispositions de l'article 10 de l'ordonnance royale du 29 juillet 1817<sup>14</sup>. Les articles du code ont donc pour objet d'ordonner les règles relatives à la compétence du Roi ou des différentes autorités administratives pour autoriser la poursuite de diverses catégories de fonctionnaires réalisant sur cette question le « recueil coordonné et méthodique des lois en vigueur » que Gérando appelait de ses vœux dans l'avertissement des *Institutes*<sup>15</sup>.

Si les textes sont présentés ils ne sont à aucun moment commentés par Gérando qui ne prononce aucun jugement personnel sur le régime juridique qu'il décrit. Cette réserve s'explique à la fois par l'objectif fixé qui prohibe toute doctrine mais aussi par la volonté affichée de réaffirmer sa loyauté à la royauté<sup>16</sup>. L'expérience malheureuse vécue par Gérando qui vit sa chaire de droit administratif disparaître une première fois en 1822<sup>17</sup> l'a sans doute incité à adopter

13. J.-M. de Gérando, *Institutes, op. cit.*, p. 7.

14. *Ibid.*, p. 408.

15. *Ibid.*, p. 3.

16. *Ibid.*, p. 4-5.

17. Voir G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 98.

cette position de neutralité. En conséquence, il ne formule pas de propositions d'évolution du droit positif, à la différence par exemple de son contemporain Cormenin qui proposait un régime proche de celui qui allait être adopté par l'arrêt *Pelletier* en rendant les tribunaux compétents pour connaître sans autorisation des fautes personnelles des agents<sup>18</sup>. Gérando considère son travail comme le préalable nécessaire à cet exercice dogmatique car « bien connaître ce qui existe est une condition essentielle pour juger ce qu'il est utile et possible de réformer »<sup>19</sup>.

Les très virulentes critiques dont la garantie des fonctionnaires fut l'objet dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle sont également passées sous silence. Constant qualifie en effet l'article 75 de « disposition monstrueuse », Lanjuinais y voit l'établissement en droit du « despotisme le plus absolu, le plus éhonté, le plus insupportable »<sup>20</sup> et Tocqueville affirme que « ce n'est pas accorder un privilège particulier aux tribunaux que de leur permettre de punir les agents du pouvoir exécutif quand ils violent la loi. C'est leur enlever un droit naturel que de le défendre »<sup>21</sup>. La garantie des fonctionnaires était perçue comme un intolérable privilège, opinion largement répandue dont Gérando ne se fait pas l'écho. Ce silence sur les critiques s'accompagne du silence sur le débat, plus juridique, du maintien en vigueur de l'article 75 après la chute de l'Empire ainsi que sur les initiatives parlementaires qui se multiplièrent au début de la Monarchie de Juillet pour en obtenir l'abrogation<sup>22</sup>.

C'est donc par la mise en cohérence des textes, et des textes seuls, que Gérando entend décrire le régime de la garantie des fonctionnaires. L'analyse de la jurisprudence n'est donc pas son objet d'étude, seuls deux avis du Conseil d'État étant mentionnés dans ce chapitre, aux articles 1162 et 1163<sup>23</sup>.

18. L.-M. de Cormenin *De la responsabilité des agens du gouvernement...*, précité. Voir R. de Lacharrière, « Cormenin », *RDP*, 1940-1941, p. 357.

19. J.-M. de Gérando, *Institutes*, *op. cit.*, p. 6.

20. J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la Nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la charte*, 1819, t. 1, p. 51.

21. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Garnier-Flammarion, t. 1, p. 174.

22. Voir J.-C. Maestre, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, LGDJ, 1962, p. 29. Les projets de loi visant l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII furent nombreux au début de la Monarchie de Juillet mais aucun ne vit le jour. Citons par exemple un projet de 1832 visant à restreindre le champ de la garantie en distinguant entre les fonctionnaires administratifs et les fonctionnaires politiques. Voir sur ce point : P. Cot, *La responsabilité civile des fonctionnaires publiques*, thèse, Grenoble, 1922, p. 60 et s.

23. Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État en matière de mise en jugement des fonctionnaires sont pourtant déjà relativement nombreuses à la date de la

## B. L'absence de la jurisprudence

Le constat de l'absence d'analyse de la jurisprudence dans l'œuvre de Gérando pourrait se voir tenter un procès en anachronisme tant la vision essentiellement jurisprudentielle du droit administratif qui s'est imposée tout au long du xx<sup>e</sup> siècle n'était pas celle qui prévalait au siècle précédent. L'étude des œuvres de Cormenin<sup>24</sup> et de Macarel<sup>25</sup> infirment ce risque. En effet, ces deux contemporains de Gérando, membres comme lui du Conseil d'État, laissent une large place aux décisions du Conseil d'État dans leurs écrits<sup>26</sup>.

L'absence de la jurisprudence est annoncée dès l'avertissement placé en tête des *Institutes* dans lequel Gérando affirme que « Les résumés de la jurisprudence appartiennent aux commentaires ; ils ne doivent pas se confondre avec le texte des règles positives »<sup>27</sup>. Il ne voit pas dans la jurisprudence une source de droit au même titre que les lois et autres textes qu'il entend exposer du fait notamment de sa « vénération de la loi »<sup>28</sup>. En conséquence, son projet de code ne vise pas la recension des décisions de justice. Ce sont pourtant les interprétations des textes par les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État qui donnèrent à la garantie des fonctionnaires sa véritable portée. L'application de l'article 75 dépendait en effet de la réunion de deux conditions cumulatives : la personne poursuivie devait avoir la qualité d'« agent du gouvernement » et les faits devaient être relatifs aux fonctions de l'agent. Une interprétation restrictive de ces deux conditions aurait considérablement réduit la portée du régime de garantie des fonctionnaires.

La Cour de cassation avait initialement retenu une conception très restrictive de la qualité d'agent du gouvernement<sup>29</sup> avant

---

première édition des *Institutes* en 1829. Dès 1821, une entrée « Mise en jugement » avait été intégrée au Recueil Lebon.

24. L.-M. de Cormenin, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction*, 1818 et *Questions de droit administratif*, 1822.

25. L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 1844, t. 2, p. 681.

26. M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880*, La Mémoire du Droit, 2009, p. 63 et s.

27. J.-M. de Gérando, *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif*, op. cit., p. 7.

28. M. Touzeil-Divina, op. cit., p. 50.

29. Cass. Crim., 26 déc. 1807, *Zolezzi*, Bull. p. 508 : étaient agents du gouvernement « les fonctionnaires publics qui sont tellement sous la dépendance du gouvernement,

d'assouplir sa position et de se rapprocher ainsi de celle du Conseil d'État<sup>30</sup>. Les juridictions judiciaires ont ainsi fait en sorte de ne pas trop restreindre la portée de la garantie des fonctionnaires de peur de se voir accusées de vouloir remettre en cause le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires<sup>31</sup> et ont même parfois adopté des solutions plus favorables à l'administration que le Conseil d'État<sup>32</sup>. Gérando ne se livre pas dans ce chapitre à une définition des termes « fonctionnaires et agents publics » mais il donne les références des textes applicables aux différentes administrations. Dans un chapitre précédent, Gérando avait exposé sa présentation de l'administration au sommet de laquelle se trouve le Roi auquel est soumis une hiérarchie d'agents administratifs investis d'une véritable autorité et dans lequel on retrouve « les ministres, simplement en tant qu'administrateurs, les préfets, les sous-préfets, les maires et leurs adjoints ; sous les ordres de ceux-ci les commissaires de police »<sup>33</sup>. Gérando précise ensuite qu'« à côté des fonctionnaires administratifs revêtus d'une autorité réelle se trouvent placées des hiérarchies nombreuses et variées d'agents auxiliaires ». C'est ainsi que les termes fonctionnaires et agents administratifs doivent être compris au début du XIX<sup>e</sup> siècle sous la plume de Gérando<sup>34</sup>.

Les décisions furent plus divergentes sur le sens à donner à l'expression « faits relatifs aux fonctions ». Le Conseil d'État retint une interprétation très large en considérant que les faits étaient relatifs aux fonctions dès lors qu'ils étaient commis pendant l'exercice des fonctions<sup>35</sup>. La chambre criminelle de la Cour de cassation n'avait pas retenu cette conception temporelle des faits relatifs aux fonctions mais avait au contraire essayé de limiter le champ d'applica-

---

qu'ils ne peuvent jamais avoir, dans l'exercice de leurs fonctions habituelles et journalières, d'autres opinions que la sienne ».

30. Cass. Crim., 23 juin 1831, *Royer*, *Bull.* p. 258, *D.*, 1831, I, 247 : sont agents publics « ceux qui, dépositaires d'une partie de son autorité, agissent directement en son nom et font partie de la puissance publique ». Voir aussi : Cass. Crim., 2 mai 1838, *Bull.*, p. 169, *D.*, 1838, I, 462.

31. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 145.

32. À propos d'un vérificateur des poids et mesures : Cass. Crim., 9 févr. 1810 ; CE, avis 29 sept. 1812, cités par J.-L. Mestre, « La garantie des fonctionnaires », art. cité, p. 79.

33. J.-M. de Gérando, *Institutes*, *op. cit.*, p. 19.

34. Les membres des chambres et les juges, bénéficiant d'une protection prévue par une loi spéciale, sont exclus par Gérando de la catégorie fonctionnaires (*Institutes*, *op. cit.*, p. 406 et s.).

35. CE, 10 sept. 1808, *Rodière* ; CE, 9 juillet 1820, *Henry*, cités par M. Deguergue *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1993, p. 249.

tion de la garantie des fonctionnaires par une interprétation restrictive sur ce point <sup>36</sup>. L'ensemble de ces oppositions, de ces hésitations et de ces évolutions sont totalement absentes de la présentation de Gérando. Sa méthode ne prétend pas à l'exhaustivité mais seulement à l'ordonnancement des textes régissant la matière. Le bref aphorisme précédant les vingt-quatre articles relatifs à la garantie des fonctionnaires permettent toutefois de percevoir la compréhension de ce régime par Gérando. La garantie des fonctionnaires étant vue comme une condition de l'effectivité de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

## II. La présentation de la garantie des fonctionnaires : une illustration de la compréhension du principe de séparation des autorités par Gérando

Contrairement à la présentation qui en est faite aujourd'hui <sup>37</sup>, ce n'est pas au sein d'un chapitre relatif à la responsabilité de la puissance publique que la garantie des fonctionnaires est traitée. S'il est évidemment anachronique de déplorer l'absence d'une étude sur la responsabilité administrative en 1829, le terme « responsabilité » n'est cependant pas absent des *Institutes*. Il est entendu par Gérando dans le sens de pouvoir hiérarchique, la responsabilité administrative s'appliquant par « la réprimande, la censure, la suspension, la révocation, la destitution du fonctionnaire » <sup>38</sup>.

Le plan de la première édition des *Institutes* témoigne du lien opéré par Gérando entre le régime dérogatoire de mise en accusation des agents publics et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Le chapitre relatif à la mise en jugement des fonctionnaires est en effet inséré dans un titre intitulé « Des formes instituées pour maintenir les limites respectives entre les autorités » <sup>39</sup>. La garantie des fonctionnaires est donc appréhendée comme une condition de la séparation des autorités (A) bénéficiant à l'administration (B).

36. M. Deguergue, *op. cit.*, p. 247.

37. Voir notamment O. Dord, *Droit de la fonction publique*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2012, p. 314.

38. J.-M. de Gérando, *Institutes*, *op. cit.*, p. 325.

39. Dans la seconde édition, le texte du chapitre ne change pas mais son positionnement évolue pour être relégué à la fin de l'ouvrage, en conclusion du V<sup>e</sup> tome, alors que les développements relatifs au principe de séparation des autorités avaient été maintenus au début du premier tome (*Institutes du droit administratif ou élémens du code administratif réunis et mis en ordre, contenant l'exposé des principes fondamentaux de la matière, les textes de lois et ordonnances et les dispositions pénales qui s'y rattachent*, 2<sup>e</sup> éd., 1842-1846, 5 tomes).



## A. La garantie des fonctionnaires comme condition à la séparation des autorités

En réaction aux attaques dont il fut l'objet tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, le régime de garantie des fonctionnaires reçut diverses justifications visant à sa légitimation. Aucoc expliquait ce régime dérogatoire par la différence de situation dans laquelle se trouvaient les agents publics<sup>40</sup> alors que l'explication la plus courante<sup>41</sup>, reprise par Gérando, se fondait sur le nécessaire respect du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Pour Gérando, le principe de séparation des autorités implique tant leur « indépendance réciproque »<sup>42</sup> que leur « harmonie »<sup>43</sup>, imposant qu'une autorité n'empiète pas sur l'action de l'autre. Derrière la généralité de la formule, c'est bien la protection de l'action administrative envers les empiètements possibles de l'autorité judiciaire qui est visée. Il s'en déduit la nécessité d'une autorisation pour poursuivre un agent public, cette procédure dérogatoire étant vue comme l'instrument procédural permettant de rendre effective cette séparation. La garantie des fonctionnaires est donc pour Gérando avant tout une garantie de l'administration plus qu'une garantie des fonctionnaires. La nécessaire autorisation exigée pour poursuivre un agent public n'est en réalité qu'un moyen de s'assurer que les tribunaux ordinaires ne connaissent pas de l'action administrative.

Pour Gérando la garantie « a pour objet d'empêcher que les tribunaux ne connaissent de l'acte administratif, ou que l'administration ne se trouve soit troublée, soit arrêtée dans ses opérations »<sup>44</sup>. Cette finalité du régime de garantie révèle ainsi qu'elle est accordée « non à la personne du fonctionnaire ou agent, *mais aux fonctions seulement* »<sup>45</sup>. La garantie des fonctionnaires n'est selon cette conception qu'une garantie de l'administration. Dans ces quelques lignes des *Institutes*, le fonctionnaire brille par son absence alors même qu'il

40. L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., 1878, t. 1, p. 665.

41. Voir notamment : J.-H.-C. Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 1837, vol. 2, p. 54 ; É.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 3<sup>e</sup> éd., 1843, t. 1, p. 163.

42. J.-M. de Gérando, *Institutes du droit administratif français*, 1<sup>re</sup> éd., 1829, t. 1, p. 111.

43. *Ibid.*, p. 115. Pour Gérando, les autorités administratives et judiciaires ont un but commun : l'exécution des lois qui impose qu'elles « se prêtent des secours variés et réciproques ».

44. J.-M. de Gérando, *Institutes*, *op. cit.*, p. 407.

45. *Ibid.*

s'agit de la présentation du régime de mise en accusation qui lui est applicable. Cette absence n'est pas fortuite et répond pour Gérando à une nécessité argumentative.

En effet, le régime issu de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII était fréquemment analysé comme constitutif d'un régime de protection, voire d'impunité au bénéfice des fonctionnaires. En justifiant la garantie des fonctionnaires uniquement par la protection des fonctions administratives, Gérando écarte habilement le principal argument traditionnellement opposé à ce régime. Le premier des articles qu'il propose est révélateur de cette conception. L'article 1149 disposant que « Les tribunaux ne peuvent troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des fonctionnaires administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » n'offre cependant qu'une vision partielle, voire même partielle de l'état du droit. En effet, l'examen des décisions de refus d'autorisation opposés par le Conseil d'État, dont l'étude est volontairement écartée par Gérando, ne témoigne pas uniquement d'une volonté de préserver le principe de séparation des autorités mais aussi de protéger certains fonctionnaires <sup>46</sup>. Cette dimension de l'application de l'article 75 est occultée par Gérando qui n'y voit qu'un instrument de protection de l'administration.

## B. Une protection au bénéfice exclusif de l'administration

L'analyse, centrée sur l'administration, porte en elle les germes de la distinction entre fait du service et fait personnel qui résultera de l'arrêt *Pelletier* rendu par le Tribunal des Conflits le 20 juillet 1873 <sup>47</sup>. La compréhension du régime issu de l'article 75 de l'acte de l'an VIII par Gérando diffère pourtant de celle retenue par le Tribunal des Conflits et défendue par le commissaire du gouvernement David. Le Tribunal des Conflits, soucieux de voir l'appréciation de la légalité des actes administratifs échapper à la compétence des juridictions judiciaires, découvre dans l'article 75 deux prohibitions distinctes, toutes deux issues du principe de séparation des pouvoirs. L'arrêt *Pelletier* distingue, en effet, d'une part, la règle de compétence consistant en l'interdiction faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs, et qui serait une garantie réelle toujours en vigueur selon David, et, d'autre part, une fin de non-recevoir prohibant la

46. Voir F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, op. cit., p. 145.

47. TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, Rec. 1<sup>er</sup> supplt. p. 117, concl. David, D., 1874, III, p. 5, concl. David.

poursuite des agents du gouvernement sans autorisation préalable. Cette fin de non-recevoir serait constitutive pour David d'une garantie personnelle qui seule aurait été abolie par le décret du 19 septembre 1870.

Gérando n'identifie absolument pas la dimension de garantie personnelle que revêt donc la mise en jugement des fonctionnaires pour le Tribunal des Conflits, ne voyant dans ce régime qu'une règle de compétence visant à protéger l'administration. Il ne préfigure donc pas l'arrêt *Pelletier* dans son argumentation mais seulement dans sa finalité, qui est de distinguer le fait de l'administration du fait de l'agent personne privée. Cette divergence s'explique par la différence des contraintes argumentatives. Le Tribunal des Conflits, désireux de maintenir l'impossibilité pour les juridictions judiciaires de connaître des actes administratifs, se devait d'identifier une autre règle qui, elle, aurait disparu avec l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. À l'inverse, Gérando présentant ce régime comme protégeant l'administration, et non le fonctionnaire, se focalise sur sa dimension de garantie administrative.

La vision administrativo-centrée de la garantie des fonctionnaires se retrouve au paragraphe 327 dans lequel Gérando affirme que la garantie a pour objet de « ne pas détruire la subordination, ni déplacer la responsabilité dans l'ordre de la hiérarchie administrative »<sup>48</sup>. En effet, la garantie avait notamment pour effet d'assurer la prééminence du pouvoir administratif et de renforcer le pouvoir hiérarchique<sup>49</sup>. La présentation de la garantie des fonctionnaires chez Gérando se traduit donc par la mise en avant de la protection de l'administration davantage que de celle du fonctionnaire. La garantie des fonctionnaires est avant tout une conséquence et même une condition de la séparation des autorités.

Benoît CAMGUILHEM  
Maître de conférences en droit public  
à l'Université de Rouen

---

48. J.-M. de Gerando, *Institutes*, *op. cit.*, p. 407.

49. Voir : P. Cot, *La responsabilité civile des fonctionnaires publics*, Thèse, Grenoble, 1922, p. 51.