

LE *IUS* D'ALDO SCHIAVONE ¹ ET LE DROIT ADMINISTRATIF

Pareil titre ne manquera pas d'intriguer. On peut en effet se demander ce qui, hors d'une rencontre d'universitaires, plus ou moins fortuite, autour du livre d'Aldo Schiavone, fonde l'intention ici affirmée de lire le *ius* « depuis » le droit administratif, tel qu'il se pratique dans le système juridique français d'aujourd'hui. En reconstituant le processus de construction du droit à Rome, l'auteur n'a nulle intention, évidemment, de « faire parler » notre droit administratif ! Impossible, on s'en doute, de laisser croire que le *ius* porterait, comme par anticipation, on ne sait quelle conception de cette discipline moderne. À cela s'ajoute cet autre paradoxe : la matière première du *ius*, sa substance, n'est pas et ne peut pas être celle du droit administratif. A. Schiavone le dit très clairement ; elle ne concerne, précise-t-il, que la « socialité privée », et demeure étrangère à « la nature [...], l'esprit ou [...] la forme politique de la communauté »². L'auteur revient d'ailleurs à plusieurs reprises sur ce fait majeur : le droit romain est resté indexé sur les seuls rapports privés³. Et le livre en donne une explication de type sociopolitique. Voilà un droit qui en est resté à un stade pré-politique, interdisant son déploiement « public », parce qu'il est propre à « un ordre juridique d'élites privées fortes et entreprenantes, mais unifiées seulement par leur soumission au pouvoir du prince et privées d'une véritable perspective »⁴.

Ces remarques préalables devaient être faites. Elles permettent de situer le registre sur lequel il est envisageable de lire le *ius*, si l'on peut ainsi s'exprimer, dans le prisme du droit administratif. Faute de pouvoir être entreprise depuis la substance du *ius*, cette lecture ne se

1. A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Belin, « L'antiquité au présent », 2008. Dans la suite du texte, c'est à cette édition du livre que renvoient les références.

2. *Op. cit.*, p. 217.

3. V. par exemple, en ce sens, ces remarques de la p. 301 : « C'était essentiellement du droit *privé*, non *public* ; la juridicisation de l'ordre politique sera [...] un processus caractéristique des temps modernes. »

4. *Op. cit.*, p. 378.

conçoit que depuis sa méthode, ou plus précisément par sa démarche, si par ce terme on désigne les manières de saisir l'objet « droit », les modes de raisonnement de l'auteur et la trame conceptuelle qu'il met en œuvre. Tout n'est pas réglé pour autant. Pour qui n'est pas historien en général, et romaniste en particulier, le travail d' A. Schiavone provoque plus qu'un effet d'intimidation, quelque chose comme de la sidération ! Le lecteur se voit vite impliqué, à son insu, dans l'expression d'une nécessité qui s'impose à lui, inexorablement. Il est projeté dans une histoire dont la compréhension même passe par un exercice exigeant d'arrachement au présent. Ce qui peut donner quelque crédit à l'essai proposé ici est à rechercher dans l'écriture d'A. Schiavone lui-même, dans ses ouvertures multiples sur notre actualité ⁵. Ce sont autant de moments où son texte passe de l'examen érudit des avatars du *ius* à celui du discours juridique de l'Occident, autant de moments où, par ses références à la vision des modernes, il esquisse ouvertures et cheminements pour des analyses actuelles – j'entends : qui prennent appui sur l'actualité – de son entreprise.

Notons encore – car ce rappel contribue à relativiser la dimension paradoxale du propos – que, par delà sa très puissante singularité ⁶, le livre d' A. Schiavone prend place dans un type de lecture du droit qui procède par questionnement du monde antique. En l'inscrivant dans cette tendance de la recherche juridique, il ne s'agit surtout pas de le rabattre sur d'autres travaux, mais au contraire d'en dire toute la singularité, à partir d'une confrontation des œuvres. Parmi ces dernières, on retiendra notamment la philosophie du droit telle que la

5. Voir parmi d'autres exemples, p. 157, 195, 215, 262, 302, 305, 350, 379, 409, 428, 445, 472.

6. L'auteur parle de son texte comme d'un *récit* relatif au parcours du *ius*. Ce récit-là obéit à des codes bien particuliers qui en font toute la richesse, mais aussi, pour le profane, disons-le, toute la difficulté. A. Schiavone suit en effet, tout à la fois, une démarche en spirale et une démarche dialectique. En spirale, parce que son livre avance en revenant sur lui-même. Chacun des chapitres est l'occasion de retours sur les chapitres précédents. C'est que le droit ne connaît pas un développement linéaire. Sa logique est celle de la stratification et chaque nouvelle « couche » juridique laisse voir les traces plus ou moins marquées des strates antérieures. D'où cette façon qui lui est propre de penser le changement juridique que l'on retrouve dans sa pratique de la dialectique : chaque grande proposition fait l'objet d'une sorte de contre-proposition. Certes, le livre décrit de véritables ruptures dans les façons de penser le droit et le savoir juridique – il offre même quantité de matériaux pour une théorie des changements de paradigmes juridiques –, mais, en même temps, la démonstration revient sur les procédés et les procédures qui rattachent les ruptures au passé et à la tradition. Cette manière de procéder est récurrente. La p. 214 en fournit, parmi de nombreuses autres, une illustration : « La rupture incontestable que représentait la nouveauté introduite par Mucius ne doit pas nous induire à rompre les mille fils qui la rattachaient à un passé parfois très lointain. »

pratiquait M. Villey⁷, ou encore l'histoire de l'administration et du droit administratif à la manière de Pierre Legendre⁸ et de son concept du « romano-christianisme de l'Occident ». On ne saurait oublier l'important séminaire de C. Castoriadis sur « Ce qui fait la Grèce »⁹, et tout spécialement, la séquence qu'il consacre à « Thucydide, la force et le droit »¹⁰. Enfin les réflexions conduites par G. Agamben, depuis l'institution romaine du « justitium », sur l'État d'exception et le commandement¹¹, prennent en ces temps de réactivation des formes de l'État d'urgence une résonance singulière. Il y a là un gisement de ressources qui renouvellent les possibilités d'une lecture *génétique* de la juridicité moderne¹², appliquée, en l'occurrence, au cas du droit administratif français.

Une fois cette première assurance obtenue, on y voit un peu plus clair. L'affaire se précise. L'exercice auquel je dois me livrer ne peut procéder ni de la transposition – depuis l'Antiquité romaine à la période contemporaine –, ni de la comparaison entre ces deux époques. Reste à explorer une autre voie, celle qui privilégie la logique de la *sédimentation* pour comprendre les règles de composition du droit. On se gardera donc par-dessus tout de lire le droit romain dont A. Schiavone décrit les avatars, à partir du positivisme moderne. Il faut au contraire regarder ce que le droit d'aujourd'hui continue de devoir à un fonds antique qui n'a cessé de l'informer. Pareil programme me semble pouvoir être développé autour d'une double série de propositions. La lecture du *ius* selon A. Schiavone donne en premier lieu de bonnes raisons de regarder autrement la constitution historique du droit administratif (I.) ; elle nous permet en outre, par voie de conséquence, de relancer certains questionnements fondamentaux sur les modes les plus courants d'analyse et d'enseignement de la discipline qui s'est imposé sous le nom de « droit administratif » (II.).

7. M. Villey, *Philosophie du droit. 1. définitions et fins du droit*, Dalloz, col. « Précis », 1982, et, *Philosophie du droit. 2. les moyens du droit*, id., 1979. V. encore, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, col. « Léviathan », 2003.

8. Voir dans la forme que l'auteur vient de lui donner, P. Legendre, *Fantômes de l'Etat en France. Parcelles d'histoire*, Fayard, col. « Les quarante piliers », Paris, 2015.

9. Voir notamment, C. Castoriadis, *La cité et les lois. Ce qui fait la Grèce*, 2, séminaires 1983-1984, Seuil, col. « La couleur des idées », 2008.

10. C. Castoriadis, *Thucydide, la force et le droit. Ce qui fait la Grèce*, 3, séminaires 1984-1985, Seuil, col. « La couleur des idées », 2011.

11. G. Agamben, *Etat d'exception. Homo sacer*, Seuil, col. « L'ordre philosophique », 2003, et *Qu'est-ce que le commandement ?*, éd. Payot et Rivages, 2013.

12. Voir aussi J. Krynen, « Le droit romain, "droit commun de la France" », *Droits*, n° 38, 2003, p. 21-36.

I. *Ius* et génétique du droit administratif

Parmi les questions auxquelles invite notre livre, il en est une qui, dans une large mesure, commande toutes les autres. Elle concerne l'une de ces thèses devenues évidences à force de répétition, qui sont au principe même de la science moderne du droit administratif. Celui-ci, d'après la thèse en question, trouverait dans les Lumières l'essentiel de ses sources intellectuelles. Après avoir rappelé brièvement en quoi consiste cette thèse (A.), j'en proposerai une analyse critique, en prenant appui sur le *Ius* d'A. Schiavone et sur les travaux historiques qui font prévaloir, contre ce qu'on pourrait appeler la théorie moderne du « big bang », une conception sédimentaire¹³ de la juridicité (B.).

A. Exposé de la thèse courante

L'une des caractéristiques de la culture propre à la doctrine des administrativistes réside sans doute moins dans une volonté d'occulter la longue durée, que dans l'indifférence à l'égard de ce phénomène. Certes, il existe des recherches – on pense en priorité à celles de P. Legendre – qui invitent à cette prise en compte de la longue durée, et d'importants manuels d'histoire du droit administratif ont par ailleurs été publiés¹⁴. Mais, ce sont, dans l'ensemble, des travaux qui investissent, délibérément, une histoire « courte ». Si les historiens du droit administratif font remonter cette matière à l'Ancien Régime, c'est à leurs yeux, avec la Révolution, qu'elle s'affirme pleinement. Cette périodisation n'est pas fortuite. Il y a derrière ce choix une explication forte. Ainsi situé, le droit administratif naît comme un droit *moderne*, informé tout entier par la pensée des Lumières. Il peut donc être décrit comme une pure construction de la Raison, dont il est à la fois le produit et un véhicule. C'est dire que le droit administratif n'appartient pas aux lointains de l'histoire : il est réputé tirer sa légitimité, comme sa force matérielle, de son adéquation aux composantes intellectuelles de la Modernité.

13. J'emprunte ce concept à P. Legendre. Voir la présentation qu'il en donne dans *Vues éparses*, Fayard, col. « Mille et une nuits », 2009, p. 114 et s.

14. Voir en particulier G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, col. « Droit fondamental », 2002 ; F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, col. « Thémis », 1995 ; J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, col. « Droit fondamental », 1985 ; et du même, *L'histoire du droit administratif* (P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, tome 1, p. 3-58.

Il est pourtant peu contestable que la longue histoire est partie intégrante du droit administratif d'aujourd'hui. La lecture du *Ius* d'A. Schiavone, même si tel n'est sûrement pas le programme de l'auteur, contribue à donner à cette thèse sa pleine pertinence. La généalogie romaine du droit administratif est inscrite dans le patrimoine de la discipline. C'est pourquoi il est difficile de croire à une quelconque théorie du « big-bang ». Le droit administratif n'a rien d'un droit auto-fondé, sans autre histoire, sans autre généalogie que celle qu'on lui reconnaît couramment depuis la Révolution française qui serait son espace et son moment d'émergence. Les conditions se créent alors, sur fond de malentendu¹⁵, qui permettront à un Conseil d'État se détachant lentement de l'administration, de produire cette œuvre originale qui reçoit le nom de droit administratif. Ce récit doit être déconstruit : s'imposant en surplomb d'une histoire déjà accomplie, il fait bon marché du processus de la stratification juridique auquel le droit administratif n'a nullement échappé.

B. Éléments de critique de la thèse exposée

Il faut attendre le chapitre XX de l'ouvrage d'A. Schiavone pour y trouver les éléments qui permettent de reconstituer une sorte de génétique du droit administratif. Tout me semble être dit dans ces quelques lignes de la p. 409 : « En acceptant de diriger les sommets du gouvernement et de l'administration, les juristes renonçaient d'eux-mêmes à ce qui restait de leur marge d'indépendance, et savaient peut-être qu'ils décrétaient la mort de droit jurisprudentiel. Mais ils pouvaient ainsi porter sur les fronts baptismaux cette nouvelle forme-État de la politique, en projetant sur elle un cadre qui étendait les catégories ontologiques du droit de l'ordonnancement privé à l'organisation administrative et constitutionnelle : un parcours qui se reproduira et s'amplifiera à l'époque moderne, et construira pour longtemps – du xv^e au xx^e siècle – les dispositifs de droit public en les concevant à partir des schémas conceptuels du droit privé de tradition romaniste, avec une influence considérable sur tout le laboratoire de la pensée politique et juridique européenne. »

À travers ces remarques, l'auteur argumente au soutien d'une lecture sédimentaire du droit administratif. Cette proposition n'est

15. On désigne ainsi, bien entendu, l'interprétation « radicale » donnée au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. V. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

pas retenue pour relativiser l'importance des périodes révolutionnaire et post-révolutionnaire dans le processus de constitution du droit administratif, mais dans le but de reconsidérer ce mouvement dans la longue durée. Ce système juridique ne peut être sérieusement pensé comme une entreprise sortie tout droit du génie moderne des Français. Pour reprendre les mots de P. Legendre :

La France a une tradition d'hostilité au droit romain et, plus particulièrement aux élaborations scolastiques du Moyen Âge, celles-là mêmes qui ont fabriqué l'ensemble romano-canonique dont a émergé la notion d'État. Nous vivons ici dans une certaine atmosphère historico-politique, constitutive du nationalisme français depuis la fin du Moyen Âge. La France serait, si j'ose dire, *self-made* et n'aurait rien à voir avec l'univers des glossateurs. Le triomphe de ce déni sera le Code civil napoléonien. Le bonheur politique français, dans la classe intellectuelle, passe par une ignorance crasse à l'égard du mouvement qui a bouleversé les mises de la normativité en Occident ¹⁶.

De la même manière qu'A. Schiavone voit se dessiner les linéaments d'un droit public avec l'avènement à Rome, au III^e siècle, d'une « machine militaro-bureaucratique » ¹⁷, dans laquelle « les plus grands spécialistes du droit allaient devenir de très hauts fonctionnaires de l'administration » ¹⁸, il nous faut inscrire l'élaboration lente du droit administratif dans l'histoire de la constitution des montages étatiques. Dans cette histoire on sait le rôle déterminant tenu par l'Église et ses juristes. Une formule de G. Le Bras, pour qui « le droit classique de l'Église (a mené) à son terme le droit classique de l'ancienne Rome » ¹⁹, permet de mieux saisir ce rôle. Formule que l'on retrouve chez P. Legendre, qui lui donne la forme suivante : « Le pontificat latin a été le moteur du perfectionnement des concepts juridiques romains : il n'est pas exagéré de dire que l'Église a conduit le droit romain impérial à son achèvement (par exemple dans le domaine crucial du contrat) » ²⁰. Cette logique-là vaut aussi pour le droit administratif. Retournons-nous à nouveau vers G. Le Bras :

L'Église modelant sur l'Empire ses cadres territoriaux et hiérarchiques, le statut de ses biens et de ses fonctionnaires transmet au

16. P. Legendre, « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir », *Politix*, 1995, p. 24.

17. *Op. cit.*, p. 409.

18. *Ibid.*, p. 408.

19. V. G. Le Bras, « Les origines canoniques du droit administratif », *L'évolution du droit public. Etudes offertes à A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 395-412.

20. P. Legendre, « Qui dit légiste », *loc. cit.*, p. 26.

Moyen Âge le système administratif de l'Antiquité romaine. Elle ne fit qu'accentuer l'imitation au rythme d'accroissement de sa puissance et elle fournit aux États pour leur reconstitution son héritage, son exemple, son concours.

Les références sollicitées ici apparaîtront peut-être trop étroites. Elles sont le fait d'historiens du droit, c'est à dire d'auteurs qui puisent leurs ressources argumentatives dans l'histoire du droit. Il y a là en vérité tout autre chose : un mode de réflexion que l'on retrouve chez des auteurs portés par d'autres préoccupations, qui ambitionnent de repenser la question du pouvoir. Aussi éloignées soient-elles d'une pensée juridique dont elles préconisent l'oubli, certaines des thèses de M. Foucault²¹ peuvent être, sans artifice, convoquées en soutien du point de vue adopté ici. Certes, il serait excessif de prétendre que le droit administratif entre en tant que tel dans les préoccupations de M. Foucault ! C'est plus généralement du « droit public » – du moins, ce sont là ses mots – qu'il parle, et des fonctions réellement édifiantes que celui-ci remplit dans les systèmes de pensée applicables au pouvoir²². Que le philosophe appelle, lui, à se déprendre de la pensée juridique n'est nullement ici notre problème. L'essentiel est ailleurs, dans les survivances qu'il repère, dans les filiations qu'il établit, tout au long de l'histoire de la pensée politique. Ce qu'il constate, pour le contester, c'est la prégnance d'un modèle juridique dominant qui n'a cessé d'influencer, par-delà leurs contradictions internes, les manières occidentales d'appréhender les rapports de pouvoir. Or, cette forme juridique qui s'est imposée et dont on n'a pas su se défaire, est, selon l'auteur, totalement inadéquate aux modes d'exercice du pouvoir dans les sociétés modernes. C'est ce travail d'accumulation et de sédimentation juridiques qui justifie toute notre attention : il nous place face à ces survivances de la romanité qu'en leur temps les juristes de l'Église avaient su mettre à profit. Évoquant

21. V. en particulier les développements qu'il consacre à la caractérisation du pouvoir moderne dans *Histoire de la sexualité. 1. La volonté de savoir*, Gallimard, col. « Bibliothèque des idées », 1976, p. 107 et s.

22. Sans jamais proposer sur cette questions d'importants développements, M. Foucault y revient à plusieurs reprises dans ses cours du Collège de France, notamment dans celui de l'année 1976 intitulé *Il faut défendre la société* (Gallimard/Seuil, col. « Hautes études », 1997). Voir notamment les p. 155 et s. où l'auteur met en rapport la tragédie classique et le droit public : « Je crois donc que la tragédie shakespearienne est, par un de ses axes au moins, une sorte de cérémonie, de rituel de re-mémorisation des problèmes du droit public. On pourrait dire la même chose de la tragédie française, celle de Corneille, ou peut-être plus encore celle de Racine, justement. Et d'ailleurs, d'une façon générale, est-ce que la tragédie grecque aussi n'est pas toujours, essentiellement, une tragédie du droit ? »

les grandes institutions de pouvoir qui se sont développées au Moyen Âge, la Monarchie, les appareils d'État, etc... M. Foucault a cette formule éloquente :

tel fut le langage du pouvoir, telle fut la représentation qu'il a donnée de lui-même et dont toute la théorie du droit public bâtie au Moyen Âge ou rebâtie à partir du droit romain a porté témoignage. Le droit n'a pas été simplement une arme habilement maniée par les monarques ; il a été pour le système monarchique son mode de manifestation et la forme de son acceptabilité. Depuis le Moyen Âge, dans les sociétés occidentales, l'exercice du pouvoir se formule toujours dans le droit ²³.

Dans ses travaux sur la genèse de l'État moderne ²⁴, P. Bourdieu apporte lui aussi au juriste de précieux éléments de réflexion sur le statut du droit administratif. Ils permettent de recouper les propositions élaborées autrement par P. Legendre ou M. Foucault, à partir de prémisses et avec des intentions d'une toute autre nature. L'anti-juridisme du sociologue ne le détourne nullement du droit. Il constitue pour lui, tout au contraire, un véritable stimulant intellectuel ²⁵. Retenons par exemple, pour illustration de notre propos, dans un corpus beaucoup plus abondant que les juristes ne se plaisent souvent à l'imaginer ²⁶, ces quelques notations :

Les progrès de l'État bureaucratique se confondent (alors) en partie avec la constitution rapide d'une nouvelle discipline, le *jus publicum*, qui se structure autour d'enseignements, de choix lexicaux, d'intérêts historiques et de problèmes pratiques communs, et offre aux princes de nouveaux instruments conceptuels de gouvernement et de légitimation sous la forme d'innombrables publications, de thèses, de disputes, d'encyclopédies, de recueils de lois, mais aussi des interventions directes d'experts au sein du pouvoir. Conscients des profits symboliques et des avantages concrets qu'ils peuvent tirer de ce réaménagement des savoirs sur l'État, les princes européens multiplient les créations de chaires universitaires et encouragent les parutions savantes ²⁷.

23. M. Foucault, *La volonté de savoir*, *op. cit.*, p. 115.

24. Voir tout spécialement, *Sur l'État*. Cours au Collège de France, 1989-1992, Raisons d'agir/Seuil, col. « Cours et travaux », 2012.

25. J. Caillosse, « Pierre Bourdieu, juris lector : anti-juridisme et science du droit », *Droit et Société*, n° 56-57, 2004, p. 17-39 ; et du même, « Bourdieu Pierre », *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques* (O. Cayla et J.L. Halpérin dir.), Dalloz, 2008, p. 71-76.

26. Voir la place qu'occupent les entrées *droit* – notamment *droit romain* – et *juriste* dans l'index de *Sur l'État*, *op. cit.*, p. 644, 645, 649.

27. P. Bourdieu, O. Christin et P.-E. Will, « Sur la science de l'État », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 133, 2000, p. 5.

Ces instruments conceptuels qu'évoque P. Bourdieu sont – il s'en explique dans la suite du texte et ailleurs – de nature juridique, ils sont justement l'œuvre de ces légistes qui s'emploient à relire certaines des catégories du droit romain, celles-là même qu'avant eux, les canonistes avaient déjà mis au service de la construction de l'Église²⁸.

Faut-il s'étonner des rapprochements opérés entre les auteurs réunis ici, l'espace de quelques paragraphes ? Oui, sans aucun doute, dès lors qu'ils font se rencontrer des œuvres qui, dans une très large mesure, s'ignorent. Certainement pas, si l'on s'en tient au constat dont ils procèdent : il existe bien une commune manière de relier entre elles des formes juridiques qui, venues du droit romain, ont été réinvesties par les légistes de l'Ancien Régime, avant de l'être par les juristes de l'État moderne. Mais si l'héritage romain de notre droit administratif n'est guère contestable, son histoire n'est pas pour autant linéaire. Le processus de sa construction est sédimentaire, et, dans ces sédiments, il y a en dépôt une « couche » romaine. Cette topographie ne trouve-t-elle pas illustration jusque dans l'actualité politique française à travers l'expérience en cours de l'État d'urgence et les débats juridiques qu'elle suscite ? En prenant forme d'État d'exception, l'État de droit va jusqu'au bout de sa logique : il organise *juridiquement* la réduction de sa propre dépendance au droit. Il se dédouble provisoirement dans une forme nouvelle et exceptionnelle qui l'entraîne aux confins de ses propres limites²⁹. Est-il vain de le rappeler ? Pareille problématique n'a rien de spécifiquement moderne. Ainsi qu'a pu le montrer G. Agamben, il y a là comme la réactivation d'une vieille institution romaine, le *justitium*, dont la permanence autorise à regarder *l'État d'exception comme paradigme de gouvernement*³⁰.

28. V. par exemple, en ce sens, P. Bourdieu, « De la Maison du Roi à la raison d'État. Un modèle de la genèse du champ bureaucratique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 118, 1997, p. 64 et s. Évoquant le rôle des « clercs dont l'ascension accompagne l'émergence de l'État », l'auteur poursuit : « Dotés de ressources spécifiques ajustées aux besoins de l'administration, comme l'écriture et le droit, ils s'assurent très tôt le monopole des ressources les plus typiquement étatiques [...], ils mettent en œuvre le mode de pensée typique du droit canon, et la logique scolastique sur laquelle il est fondé [...] Enfin, ils construisent l'idée de l'État sur le modèle de l'Église dans des traités sur le pouvoir qui se réfèrent à l'Écriture sainte, au Livre des rois, à saint Augustin, mais aussi à Aristote et où la royauté est conçue comme une *magistrature* ».

29. Voir là-dessus, L. Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, LGDJ, col. « Bibliothèque de droit public », 1962 ; et, F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, PUF, col. « Léviathan », 2001.

30. Tel est le titre donné par G. Agamben au premier chapitre de son ouvrage précité, *État d'exception*. Voir encore du même, « De l'État de droit à l'État d'insécurité », *Le Monde*, 24 décembre 2015, p. 16.

II. *Ius* et didactique du droit administratif

C'est une autre lecture du livre d'A. Schiavone qui invite à réexaminer la question de la didactique même du droit administratif³¹. Les précédentes réflexions autour de sa génétique procédaient de l'idée suivante : par son analyse du *ius*, l'auteur nous fait revoir – même si tel ne pouvait être son projet – certains des traits constitutifs du droit administratif d'aujourd'hui. C'est cette perspective, ou plus exactement cette rétrospective, qui permettrait selon moi la mise en rapport du livre qui nous occupe avec d'autres œuvres qui ont pour point commun de creuser le temps long de l'Occident. Il va maintenant s'agir de tout autre chose, qui est le produit d'une autre manière de lire. Ne cherchons surtout pas à rapprocher ou à opposer deux expériences juridiques qui appartiennent à des temporalités étrangères. Acceptons de lire le *ius*, pour lui-même et sans arrière-pensées. Au fil de la lecture, le regard s'arrête sur tel fragment du texte, parce qu'il en rappelle un autre et que le présent du droit administratif lui fait écho, parce qu'il suscite immédiatement telle ou telle correspondance, qu'il génère des analogies spontanées, introduisant entre le passé lointain qu'il décrit et l'actualité française du droit administratif, nombre de *comme si*. C'est en acceptant de jouer à ce jeu des relations qui est le propre de toute activité de lecture, qu'on en vient à prendre quelque distance avec la didactique la plus courante du droit administratif³².

Cette didactique, que l'on peut encore qualifier de « commune », est l'objet d'une sorte de codification qu'élaborent et qu'actualisent les manuels. Elle privilégie l'exposition de la matière juridique autour de modèles intellectuels d'une grande stabilité³³. Ainsi retrouve-t-on un même système de catégories : les sources, les actes, les finalités, le contrôle de l'administration, la responsabilité, les biens, les agents, pour organiser l'enseignement de ce que les programmes académiques dénomment droit administratif « général ». Le reste qui entre

31. Voir sur le sujet – l'emploi du verbe réexaminer trouve là sa raison d'être –, J. Caillosse, « Quelques réflexions critiques sur l'enseignement actuel du droit administratif », *La pédagogie au service du droit* (P. Rimbault dir.), LGDJ et Presses de l'université de Toulouse 1-Capitole, 2011, p. 105-123.

32. La formule ne manquera pas de paraître floue. Elle l'est, par la force des choses, sauf à nier que le champ doctrinal – et celui du droit administratif n'a, *de ce point de vue*, aucune singularité marquante – est traversé par des courants de pensée et que certains d'entre eux sont suffisamment dominants pour informer ou constituer l'opinion la plus courante.

33. V. en ce sens, J. Caillosse, « À propos de la doctrine en droit administratif », *AJDA*, 2012, p. 1616 et s.

dans la rubrique sans rigueur des droits administratifs « spéciaux » (urbanisme, concurrence, santé, environnement, etc...), est lui aussi saisi dans le prisme de ces mêmes catégories constitutives de la *discipline*. Comme il a fallu multiplier les variations autour de cette grille de lecture, pour l'adapter aux évolutions de la production du droit, elle est devenue si dense et si sophistiquée, qu'elle s'est constituée en véritable écran. En devenant sa propre finalité, c'est-à-dire autosuffisant, cet écran parvient à faire tout oublier de l'expérience vivante du droit administratif : sont ainsi soustraits au regard du juriste les rapports que le droit entretient avec les faits sociaux en général et les faits politiques en particulier. Cette grille de lecture dissout la politique du droit administratif pour n'en laisser voir que la technologie ; avec elle, le droit administratif ne doit plus rien à l'environnement sociétal dont il dépend et sur lequel il prétend pourtant bien agir. En d'autres mots, une fois formalisé ou « mis en grille », ce droit n'existe plus que dans l'ordre de la *représentation*. C'est un droit décontextualisé et dématérialisé.

La lecture du livre d'A. Schiavone commande de s'arrêter sur ce dernier constat. Ce sont les opérations auxquelles celui-ci renvoie – le fait que la représentation passe par la décontextualisation et la dématérialisation – qui font toute la force sociale du droit ! Comme l'auteur l'explique fort bien, le droit tire son efficacité *réelle*, sa capacité à faire et à se faire chose, d'une aptitude « à se poser comme un espace autonome et littéralement intouchable »³⁴. Tout cela procède de la problématique du formalisme telle qu'A. Schiavone la formule et la traite, notamment quand il évoque les fonctions que remplit « la construction scientifique d'un ordre formel », dès l'époque romaine. Ce programme précise l'auteur va accompagner « le parcours de l'Occident »³⁵. On accède là en effet à l'une des structures porteuses de la pensée juridique, celle de sa *neutralité* proclamée³⁶. Ne s'agit-il pas pour le juriste, et pour la pensée juridique, « d'occulter le caractère engagé de ses propres choix et leur dépendance par rapport aux structures de la vie matérielle, pour se poser au contraire comme raison séparée et autofondée »³⁷ ?

34. *Op. cit.*, p. 305.

35. *Ibid.*, p. 302 et s.

36. Or, écrit A. Schiavone, *op. cit.*, p. 305 : « le droit [...] se révélera toujours, au-delà de toute auto-représentation idéologique, être l'instrument d'un choix n'ayant rien de neutre, et trop intrinsèquement dépendant des circuits de la politique et de l'économie pour ne pas se laisser conditionner par eux. »

37. *Ibid.*, p. 305.

Quels enseignements ce détour permet-il d'entrevoir, pour l'étude actuelle du droit administratif ? Voilà une matière qui est très largement pensée comme un produit fini, un objet déjà-là, voire toujours déjà-là dont la saisie s'apparente à un constat. Reste alors – ce qui, force est de le reconnaître, n'est pas rien ! – à en conduire la description à partir de ces grilles de lecture confirmées dont il a été question plus avant³⁸. Le *ius* d'A. Schiavone montre tout l'intérêt qu'il y aurait à renouer avec des questionnements dont on a fini par oublier l'existence, tant leur discrédit académique a été entretenu. Ainsi en est-il d'une interrogation systématique sur les conditions de production (A.) et sur les modes de transformation du droit administratif (B.).

A. Sur les conditions de production du droit administratif

Conditions de production du droit ? Que doit-on entendre par ces mots ? Il faut en l'occurrence pour le moins distinguer entre la configuration socio-économique dont les élaborations juridiques sont plus ou moins dépendantes, et les producteurs eux-mêmes, tous ces acteurs qui, d'une manière ou d'une autre, sont impliqués dans les tâches caractéristiques de la fonction juridique : penser le droit et en assurer les mises en forme(s).

Le présent texte n'a pas pour vocation de revenir sur des débats doctrinaux dont notre temps – du moins, celui qui est propre à notre histoire institutionnelle – a jugé bon de se dispenser une fois pour toutes, pratiquant ainsi une sorte d'exorcisme. Il est ainsi très largement admis que le juriste – quelle qu'en soit la discipline – perd son âme en quelque sorte pour peu qu'il estime que la fonction juridique à l'œuvre dans une société réfléchit – même si c'est avec d'importants effets déformants – son organisation sociale, et participe aussi bien de sa régulation que des rapports de domination qui s'y développent. Tel est justement le schéma mental sur lequel le travail d'A. Schiavone multiplie les variations d'un chapitre à l'autre. Son examen du *ius* nous conduit sur des chemins d'analyse et d'interprétation largement désertés. Ici, l'étude de l'abstraction juridique, la réflexion sur la conceptualisation du droit, tout cela est vu comme autant de phénomènes sociaux rapportés à des situations de fait caractérisant la cité

38. De là cet effet de surprise, sinon de stupeur, que peut provoquer la production, hors de ces grilles, de certains travaux, notamment de thèses. On sait aussi l'argument le plus communément opposé à ces « audaces » : sortie du droit... Le verdict est sans appel.

romaine à des moments déterminés de son développement et de ses mutations. La logique juridique est toujours pensée comme une logique sociale. Elle est toujours mise en référence avec ses conditions sociales de production. La mise en ordre du discours juridique à laquelle les juristes procèdent a toujours quelque chose à voir avec la mise en ordre des rapports sociaux. Pour autant, rien n'empêche, au contraire, tout exige un examen autonome de cette logique³⁹. Mais il ne fait guère de doute que ces choix, qui font toute la grandeur du livre, sont à contre-courant d'une doctrine française, largement dominante, pour laquelle pareille démarche relève non plus de la science du droit mais de la sociologie juridique⁴⁰. On notera toutefois que les questions qu'avait occultées la pensée régnante, au nom d'une certaine nécessité positiviste, bénéficient aujourd'hui d'un bien singulier retour. La promotion qu'est en train de connaître la lecture économique du droit jusque dans la champ de l'action publique, par ceux-là mêmes qui, hier encore, s'employaient à en garantir la « neutralité », illustre s'il était vraiment besoin de le démontrer la grande dépendance du discours juridique au contexte de son énonciation.

Le soin avec lequel A. Schiavone organise son enquête à partir de ceux qui, à Rome, font concrètement le droit contraste fortement avec la discrétion dont fait preuve, de façon générale, la littérature juridique sur cette question des acteurs. Certes, ces derniers temps d'importants travaux sur la doctrine ont vu le jour⁴¹. Reste que pour s'assurer des connaissances précises sur les catégories d'acteurs et autres groupes socio-professionnels qui à un titre ou à un autre interviennent dans le processus de fabrication du droit – qu'il s'agisse du droit positif ou du droit savant –, il faut au juriste solliciter la sociologie⁴² ou encore l'ethnographie⁴³. Cet écart est rendu nécessaire du fait d'une opération doctrinale de transfiguration des acteurs : ceux-ci finissent par ne plus exister en tant que tels ; ils disparaissent totalement dans chacune des catégories abstraites auxquelles ils appartiennent et qui les représentent : le juge, le législateur,

39. V. notamment la 3^e partie du livre, intitulée *La science, les formes, le pouvoir*.

40. Sur ces questions, J. Caillousse, « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes », *Droit et Société*, n° 77, 2011, p. 189-206.

41. V. par exemple P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, col. « Méthodes du droit », 2004 ; AFDA, *La doctrine en droit administratif*, Litec, col. « Colloques et débats », 2010.

42. P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 1, 1986, p. 3 et s.

43. B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, Paris, 2002.

et la doctrine. Rétablir derrière celles-ci la réalité des jeux d'acteurs véritablement engagés dans la vie du droit administratif, permettrait de montrer tout ce que la reproduction/transformation de ce dernier doit à son appartenance à un champ de forces matérielles (les formes juridiques sont habitées elles aussi par des intérêts sociaux) et symboliques (les techniques juridiques ne sont pas étrangères à la compétition permanente entre des systèmes de représentations et autres images).

B. Sur les modes de transformation du droit administratif

Le livre d'A. Schiavone peut se lire à bien des égards comme une réflexion sur le (sinon comme une théorie du) changement juridique. Le texte ne comporte pas d'index, mais il est sûr que le mot de *paradigme* y occuperait une belle place⁴⁴ ! Bien entendu, ni l'enseignement, ni la théorie du droit administratif n'ignorent le sujet : le changement juridique fait même partie de ces catégories constitutives de l'identité intellectuelle de la discipline. On pourrait même ajouter qu'il existe au sein de cette discipline comme une volonté collective d'ériger le changement en signe de distinction. Même s'il faut parfois lire a contrario cette tentation, dans la mesure où c'est elle qui sous-tend l'inusable récit, inlassablement sollicité, de la « crise-du-droit-administratif ». Encore faut-il s'entendre sur la teneur du changement. Qu'il y ait, et cela en permanence, transformation des techniques juridiques, ne saurait guère surprendre. Il en va de la capacité du droit – ou du moins, de ses producteurs – à penser sa propre efficacité sociale. Le renouvellement de la technologie juridique est l'une des conditions de sa crédibilité. Et pour tout ce qui concerne la description de cette figure du changement, il serait bien difficile de prendre la doctrine en défaut. Elle est là-dessus d'une vigilance irréprochable.

44. Il est aussi question dans le texte d'*épistémé* ou de nouvelle épistémé (v. notamment p. 214 et 230), à la manière dont Foucault emploie cette notion dans *Les mots et les choses*, Gallimard, col. « Bibliothèque des sciences humaines », 1966. Un autre mot-clé intervient également de façon récurrente, dans ce même ordre d'idées, celui des transformations affectant la matière juridique, le mot de *tension*. Chacun des chapitres donne une description de telles tensions, entre citoyenneté ancienne et temps nouveaux, entre vieille raison aristocratique et nouvelle logique impériale, etc. Pour analyser ces tensions, A. Schiavone valorise le rôle qu'accomplissent certains auteurs que l'on pourrait appeler des *passseurs*. Ce sont des acteurs qui, mieux que d'autres, sont parvenus à faire le lien entre l'ancien et le nouvel ordre juridique. Voir en ce sens, l'analyse exemplaire du rôle de Mucius, dans le chapitre 10.

Mais avec le *ius* dont il scrute les avatars, A. Schiavone donne à voir une tout autre expression du changement, affectant jusqu'aux systèmes de pensée qui sous-tendent et informent la technologie juridique. En décrivant et en expliquant ce processus de transformation paradigmatique, à partir de l'expérience romaine du droit, l'auteur ouvre à l'usage des administrativistes de nouveaux parcours. Ils pourraient, en les empruntant, revenir sur l'appauvrissement – parfaitement assumé il est vrai – de la réflexion juridique contemporaine : le changement dont celle-ci tient constamment, et pour l'essentiel depuis la jurisprudence administrative, la chronique minutieuse, demeure tout à la fois mesuré et localisé. Son prisme de lecture est bien trop faible pour lui permettre d'appréhender l'essentiel. Il y a, longuement décrites dans le livre qui nous retient ici, toutes les causes explicatives d'une telle critique : au-delà de l'« oubli » de certains questionnements considérés comme *bors droit* et ostensiblement bannis des registres doctrinaux – il en a été fait état plus haut –, la fascination que continue d'exercer sur les juristes universitaires l'armature conceptuelle du droit administratif⁴⁵, telle qu'elle a été initialement conçue par le Conseil d'État, finit par absorber la quasi-totalité des énergies doctrinales. A. Schiavone montre, lui, à partir de son terrain romain bien entendu, toute la force de l'analyse juridique « lorsqu'on ne se laisse pas hypnotiser par la force des concepts »⁴⁶. Derrière ces derniers, il fait toujours et systématiquement apparaître ceux (acteurs, groupes et catégories sociales) qui en ont précisément la manœuvre. C'est ainsi qu'il construit sa théorie du changement, toutes les ruptures juridiques dont il fait l'analyse sont rapportées à des transformations affectant l'ordre social de la cité tout entière : la fonction juridique qui s'y développe en réfléchit l'organisation socio-économique, elle contribue à sa régulation en même temps qu'elle participe de la logique de domination qui la traverse. Rien de caricatural dans ces propositions dès lors qu'elles adviennent au terme d'un parcours exigeant qui passe la cité au crible de ses rapports sociaux. Aucune pétition de principe ici, mais des enseignements tirés d'une analyse sans concession des rapports de forces dont dépendent l'ordre de la cité et ses transformations.

45. Un exemple de cette fascination, pleinement revendiquée par l'auteur, est donné par J. Moreau lorsqu'à l'occasion d'un débat autour du thème *Questions pour le droit administratif*, organisé pour et par l'AJDA, il affirme son désir de voir le droit administratif rester « une œuvre d'art », AJDA, n^o spécial du cinquantenaire, juin 1985, p. 32.

46. *Op. cit.*, p. 378 ;

En s'interdisant tout usage de pareils schémas de pensée, la doctrine se prive des instruments intellectuels qui lui permettraient de saisir les mutations qui, surtout depuis les années 1980, affectent, dans ses profondeurs, le droit de l'action publique. Si rien ne lui échappe des changements intervenus dans les techniques juridiques dont elle tient un impeccable répertoire, elle semble en revanche autrement démunie lorsqu'il lui faut dire le sens que ces changements expriment. Or nous ne sommes plus simplement confrontés au renouvellement obligé des outils juridiques grâce auxquels l'action publique s'accomplit, c'est à une redistribution des *cartes mentales* de l'administration, en tant que fonction politique de l'État, que l'on assiste. Tel est, pour le droit administratif, le changement de paradigme en cours : longtemps structuré autour d'un référentiel de *solidarité*, tel qu'un Léon Duguit avait pu, jadis, le théoriser⁴⁷, le voilà désormais informé par un tout autre référentiel : le *marché*⁴⁸. Ce n'est pas ici le lieu de décrypter ce changement de constitution imaginaire de l'administration⁴⁹. D'autres d'ailleurs s'en chargent, qu'a convaincus ou plutôt séduits la théorie économique du droit. Mais pour ceux-là, au bout du compte, le seul questionnement qui vaille concerne l'*attractivité économique* des dispositifs juridiques quels qu'ils soient : textes, jurisprudences, institutions, principes et règles, tous trouvent leurs raisons d'être et leurs finalités ultimes dans une commune aptitude à servir une économie concurrentielle de marché. L'importance de cette métamorphose ne reçoit pas sûrement pas en doctrine, loin s'en faut, la traduction qu'elle mérite. Cette sous-estimation n'a rien de mystérieux : elle est servie par une puissante rhétorique disciplinaire, un ensemble organisé de catégories, de concepts et de métaphores dont l'usage immuable permet de laisser croire à l'existence d'un droit toujours fidèle à sa propre histoire⁵⁰.

47. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition en cinq volumes, éd. de Boccard, 1928. La force de ce référentiel est encore très sensible dans les *Considérations générales* intitulées « Service public, services publics : déclin ou renouveau » du *Rapport public 1994* du Conseil d'État, La doc. française, EDCE n° 46, 1995.

48. Voir cette adresse éloquente du commissaire du gouvernement J.H. Sthal à la Section du contentieux du Conseil d'État, dans ses conclusions relatives aux affaires *Sté Million et Marais* et autres, jugées le 3 novembre 1997. Appelant le juge à porter un regard renouvelé sur le droit de la concurrence, il précise (*Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, décembre 1997, p. 447) : « Si vous acceptez d'entrer dans notre logique, vous devrez découvrir les voies d'une prise en compte du droit de la concurrence dans le droit des services publics, et plus généralement dans le droit administratif français » (c'est moi, JC, qui souligne).

49. Je fais pour cela renvoi à mon ouvrage *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, col. « Les voies du droit », 2008.

50. Cette manière doctrinale de procéder n'est évidemment, en rien, une spécificité contemporaine. Son évocation ici permet de retrouver, une fois de plus, les démonstra-

On a cherché dans ces quelques pages, en prenant appui sur le *ius* d'A. Schiavone, à tracer d'éventuels chemins d'analyse du droit administratif. Ce droit, comme cela a d'emblée été dit, n'est évidemment pas dans son livre. Mais rien ne l'empêche de fournir des clés, notamment méthodologiques, pour renouveler la lecture d'une discipline. Au terme de ce bref parcours, une certitude : l'ouvrage nous apprend l'humilité. A bien des égards, la juridicité dont nous parlons volontiers comme d'une marque de la Modernité se découvre dans le temps même qu'examine l'auteur. Sans le savoir, nous rejouons des scènes jouées depuis longtemps. En nous permettant de redécouvrir ce que notre droit administratif doit encore au juridisme romain, le livre d'A. Schiavone réactive une mémoire faussement perdue. Prenons pour illustration finale de ce propos, les observations de l'auteur sur les relations qui se tissent, à partir du Principat, entre droit et politique pour devenir l'un des grands « motifs » de l'histoire de l'occident. Notre droit administratif ne reste-t-il pas justiciable de cette *forme* que repère à cette occasion A. Schiavone, et qu'il décrit :

comme l'affrontement d'un savoir lui-même cuirassé de pouvoir – d'une puissance née de la maîtrise de techniques capables de discipliner le monde et de légitimer ses règles dans l'acte même de les constituer en l'expression d'une logique séparée et autoréférente – avec une politique qui avait assurément de son côté le monopole de la force, et cependant ne pouvait plus l'exploiter au-delà d'une certaine limite sans la couverture du droit, et sans des principes justifiés par une science prestigieuse et intransigeante⁵¹ ?

Jacques CAILLOSSE
Professeur émérite de droit public,
Université Panthéon-Assas (Paris II)

tions d'A. Schiavone. L'auteur insiste à de multiples reprises sur cette tendance forte à neutraliser le changement juridique, en lui conservant des formes anciennes. Cette dialectique innovation/tradition, changement/permanence constitue même l'une des problématiques structurantes de son ouvrage. Voir, par exemple, les chapitres 14, 16 et 20.

51. *Op. cit.*, p. 350.

