HAL
open science

L'État dans l'arrêt Blanco : une perspective constitutionnaliste

Tristan Pouthier

To cite this version:

Tristan Pouthier. L'État dans l'arrêt Blanco : une perspective constitutionnaliste. F. Blanco, S. Gilbert, A. Jacquemet-Gauché (dir.), Autour de l'arrêt Blanco. Travaux et recherches à l'occasion du cent-cinquantième anniversaire de la décision du Tribunal des conflits du 8 février 1873, Dalloz, pp.113, 2023, 2247220886. hal-04002111

HAL Id: hal-04002111

https://hal.science/hal-04002111v1

Submitted on 23 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

L'État dans l'arrêt *Blanco* : une perspective constitutionnaliste

Tristan Pouthier
Professeur de droit public, Cergy Paris Université

« Toute étude du droit public en général et du droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion de l'État », écrit Carré de Malberg en ouverture de la *Contribution à la théorie générale de l'État*[1]. Cette affirmation fait signe vers une conception unique de l'État à laquelle pourraient être ramenées en dernière instance toutes les propositions dogmatiques des différentes branches du droit public, qu'il s'agisse du droit constitutionnel, du droit administratif ou du droit international public. Pourtant, chacun de ces domaines offre sur l'État une perspective qui lui est propre, au point que la notion commune « engagée et présupposée » par « toute étude du droit public en général » peut devenir difficilement reconnaissable d'une matière à l'autre. Ainsi, la notion d'État telle qu'elle apparaît dans l'arrêt *Blanco* et dans les conclusions du commissaire du gouvernement David offre, de prime abord, peu de prise à une analyse constitutionnaliste. C'est que le problème qui a occasionné la décision du Tribunal des Conflits, celui de la responsabilité pécuniaire de l'État à raison de dommages causés par ses agents dans l'exécution d'un service public, envisage l'État depuis le point de vue d'une situation juridique qui ne relève typiquement pas du droit constitutionnel. Les questions de responsabilité quasi-délictuelle se rattachent à la justice commutative, à la nécessaire correction, au moyen d'une compensation financière, du déséquilibre causé par l'infliction d'un dommage. Que l'activité qui a occasionné ce dommage (le service public), et le sujet de droit à qui le demandeur cherche à en imputer la responsabilité (l'État), soient de natures juridiques très spécifiques, et qu'il se pose de ce fait une question

1 R. Carré de Malberg, *Contribution de la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, rééd. Paris, Dalloz, 2004, p. 1.

ardemment disputée de compétence juridictionnelle, ne change rien à cette configuration fondamentale : il s'agit au bout du compte d'établir l'existence d'un préjudice, d'un fait générateur, d'un lien de causalité, d'une faute ou d'un risque, de fixer le cas échéant le montant d'une compensation. L'idéal d'une telle configuration est, pour reprendre la formule classique d'Aristote, l'égalité arithmétique entre les parties au litige, vis-à-vis de laquelle les tempéraments apportés à la responsabilité de l'État (« [qui] n'est ni générale, ni absolue, [qui] a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ») ne constituent que des exceptions. La figure de l'État en matière de responsabilité quasi-délictuelle se dessine ainsi en creux depuis le point de vue de cette égalité entre parties qui est de l'essence du droit commun. L'inégalité juridique entre la puissance de l'État et les particuliers est, au contraire, constitutive du droit constitutionnel, elle est sa condition de possibilité et le cadre implicite au sein duquel se posent toutes les questions relatives à l'organisation des pouvoirs ou à la garantie des droits individuels. Ainsi, les points de vue sur l'État diffèrent sensiblement selon que l'inégalité juridique entre État et particuliers est appréhendée comme une exorbitance (point de vue du droit administratif) ou comme une essence (point de vue du droit constitutionnel). Cette pluralité des points de vue sur l'État se manifeste notamment par la diversité des cheminements qui ont conduit, à la fin du XIXe siècle, à l'affirmation de la *personnalité juridique de l'État* par des figures majeures de la doctrine publiciste. Il est possible de distinguer au moins trois filiations doctrinales, et de repérer à cet égard la position occupée par l'arrêt *Blanco*.

La première filiation aboutit à la première édition du *Précis de droit administratif* de Maurice Hauriou, qui paraît en 1892[2]. Sa visée principale est de permettre une réorganisation doctrinale de l'ensemble de la matière du droit administratif sur la base de la notion de personnalité publique – ce en quoi Hauriou prétend prolonger des tentatives menées avant lui par Anselme Batbie et

2 M. Hauriou, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose, 1892.

Rodolphe Dareste[3]. Le caractère exorbitant du droit administratif s'épuise ainsi dans la jouissance, au profit des administrations publiques, d'un faisceau de « droits de puissance publique » recouvrant les « droits de police » et les « droits pécuniaires de puissance publique » – toute la matière du droit administratif (fonction publique, police administrative, domaine public, impôts…) ayant vocation à se ranger dans cette nouvelle construction. La consécration de la personnalité juridique des administrations publiques et, au premier rang d'entre elles, de l'État, titulaire par excellence des droits de puissance publique[4], est donc avant tout dans la première édition du *Précis* la condition d'une analyse de l'action administrative en termes de droits subjectifs de puissance publique.

Une deuxième filiation se dessine à travers la publication par Léon Michoud en 1895 à la *Revue du droit public* de son article « De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents »[5]. C'est à l'occasion de l'examen de ce problème, celui-là même qui fait le fond de l'arrêt *Blanco*, que Michoud formule sa théorie de la « double personnalité de l'État », à la fois personne morale de droit privé et « être juridique supérieur possédant des droits éminents auxquels aucun particulier ne peut prétendre et qui ont tous leur source dans le droit de souveraineté, ou droit de commander aux particuliers et de s'en faire obéir »[6]. La question de la personnalité de l'État ne se pose donc pas pour Michoud au point de vue de la structuration doctrinale d'ensemble du droit administratif mais, de façon inductive, à partir du problème pratique de la responsabilité de l'État du fait de ses agents, avec sa double implication en termes de règles applicables et de juge compétent. La théorie de la personnalité morale de l'État sert pour Michoud à rendre compte des solutions du Conseil d'État et

3 V. M. Hauriou, *De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII*, Paris, Berger-Levrault, 1893. Sur l'importance de la première édition du *Précis* de Hauriou dans la systématisation scientifique du droit administratif, v. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 331.

4 « L'État », écrit Hauriou en tête de son *Précis* (p. 4), « est une haute personnalité morale et juridique dont la mission est de gérer les intérêts généraux des hommes vivant en société en utilisant le fait du gouvernement politique. »

5 L. Michoud, « De la responsabilité de l'État à raison de la faute de ses agents », *Revue de droit public*, 1895, I, p. 401-429, II, p. 1-31, 251-285.

6 *Ibid.*, II, p. 2.

du Tribunal des Conflits, au premier rang desquelles l'arrêt *Blanco*[7], et à les critiquer.

Enfin, une troisième filiation aboutit en 1896 aux *Éléments de droit constitutionnel* d'Adhémar Esmein, c'est-à-dire à la première œuvre majeure de droit constitutionnel en France depuis le cours de droit constitutionnel donné par Pellegrino Rossi à la faculté de droit de Paris sous la monarchie de Juillet. Esmein place son ouvrage sous l'égide d'une théorie de l'État qui forme le premier paragraphe de l'introduction, et dont une formule est passée à la postérité : « L'État est la personnification juridique d'une nation ; c'est le sujet et le support de l'autorité publique. »[8] Il s'agit, tout à la fois, d'imputer les actes de puissance publique à un titulaire unique et permanent, et d'identifier le groupe humain dont ce titulaire est la personnification juridique. Ce faisant, Esmein prolonge et consacre, tout en lui donnant un caractère plus strictement juridique, une tradition *constitutionnaliste* d'affirmation de la personnalité de l'État qui, dans la doctrine française, remonte à Rossi lui-même.

La question de la personnalité de l'État se présente ainsi, dans l'espace de quelques années (1892, 1895, 1896), sous un triple prisme : prisme (administrativiste) des droits subjectifs de puissance publique chez Hauriou, prisme (administrativiste encore) de la responsabilité de l'État du fait de ses agents chez Michoud, prisme (constitutionnaliste) de l'identification du titulaire juridique de l'autorité publique chez Esmein. L'évolution de la pensée de Hauriou invite cependant à réduire cette triplicité à une dualité. On constate en effet que dans son œuvre postérieure, Hauriou, sans renoncer explicitement à l'idée de « droits de puissance publique », fait remonter cependant au premier plan la notion de prérogatives ou de privilèges de l'administration dans le processus même de son activité – action d'office, décision exécutoire, privilège du préalable. C'est qu'à partir de son travail sur la gestion administrative de 1899[9], Hauriou a opéré un déplacement fondamental de point de vue : ce

7 *Ibid.*, II, p. 5 s.
8 A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Larose, 1896, p. 1.
9 M. Hauriou, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, 1899.

n'est plus la considération des « droits » de la personne étatique abstraitement conçus qui prime, mais celle de la rencontre entre l'action administrative et les intérêts des particuliers à l'occasion de l'exécution des services publics. Le point de vue de Hauriou sur la personnalité juridique subit de ce fait une transformation profonde : dans les *Principes de droit public* (1910), il critique la théorie allemande des droits subjectifs de domination de l'État[10] et situe l'utilité véritable de la personnalité juridique en droit administratif dans la « vie de relation »[11], celle qui fournit la matière du contentieux subjectif en général, et du contentieux de la responsabilité en particulier. On constate ainsi que, dans le dernier état du *Précis* de Hauriou – la douzième édition parue en 1927 –, la responsabilité (qui est, « autant que la capacité d'acquérir, un critérium de la personnalité ») devient le refuge et le fondement véritable de l'affirmation de la personnalité juridique de l'État puissance publique[12]. Hauriou a rejoint Michoud et replacé, du même coup, la ligne jurisprudentielle dont l'arrêt *Blanco* constitue la consécration, à la racine de la conception administrativiste de la personnalité de l'État.

---

10 M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, rééd. Paris, Dalloz, 2010, p. 4-5, 122.

11 *Ibid*., p. 100-109, en particulier p. 101 : « La personnalité juridique s'est constituée parce qu'elle a été l'instrument perfectionné du règlement des risques et des responsabilités de chacun, règlement qui constitue la grande affaire du droit dans la série des relations avec autrui. »

12 *Précis de droit administratif et de droit public*, 12e éd. (1927), rééd. Paris, Dalloz, 2002, p. 49, n. 6 : « Il y a un parti dans la doctrine qui s'obstine à restreindre la personnalité administrative au seul domaine de la responsabilité civile. Ainsi entendue, la personnalité juridique ne servirait aux administrations qu'à avoir un domaine privé. C'est la thèse de Ducrocq, soutenue par lui avec vigueur, et admise après lui par un certain nombre d'auteurs, notamment par M. Berthélémy. […] C'est qu'en effet la doctrine de Ducrocq s'arrête à une vue superficielle des choses. Sans doute, la personnalité juridique ne naît qu'à l'occasion de l'acquisition des biens, et trouve son point d'attache dans la capacité d'acquérir ; mais, une fois constituée, cette personnalité ne demande qu'à s'étendre par le principe de la responsabilité subjective, qui est un attribut de la personnalité tout aussi essentiel que la capacité d'acquérir. Indirectement, par les responsabilités pécuniaires qu'elle peut entraîner, toute la gestion des services publics intéresse la personnalité des administrations publiques. Or, la gestion des services publics, qu'on y fasse attention, c'est l'exercice même des droits de police. […] La jurisprudence administrative est arrivée à condamner l'État à des indemnités pécuniaires pour fautes commises dans le service de la police des ports ou dans le service des crues, ou dans le service de la police tout court ; donc, d'une certaine façon, la personnalité juridique de l'État est exercée dans l'exercice des pouvoirs de la puissance publique qui, par là même, deviennent des droits de puissance publique. »

La question de la personnalité juridique de l'État nous ramène donc à la dualité des points de vue que portent respectivement sur l'État le droit constitutionnel et le droit administratif. Il apparaît, en outre, que la question de la responsabilité de l'État du fait de ses agents dans l'exécution des services publics est le prisme essentiel par lequel peut se constituer la théorie proprement administrativiste de la personnalité de l'État. L'arrêt *Blanco* et les conclusions de David constituent à cet égard un jalon important, par la solution qu'ils consacrent et par l'explicitation de ses fondements. Or on peut tenter de jeter une lumière particulière sur l'arrêt et les conclusions en les réinscrivant dans les conceptions de l'État portées par la doctrine publiciste du XIXe siècle, principalement de la monarchie constitutionnelle (1814-1848). On démêle en effet, préalablement à l'arrêt *Blanco*, deux cheminements doctrinaux vers la personnalité de l'État, l'un d'un point de vue constitutionnaliste, l'autre, plus difficile à saisir, d'un point de vue administrativiste. Il conviendra de décrire ces cheminements, de caractériser la spécificité de ces points de vue, mais aussi, et surtout, la façon dont ils s'articulent l'un à l'autre (I). Une fois cet arrière-plan retracé, il deviendra possible de montrer la façon dont l'arrêt *Blanco* et les conclusions de David, alors même qu'ils se situent pleinement dans le point de vue administrativiste, impliquent bien en creux une dimension constitutionnelle, comme l'a vu en son temps Hauriou (II).

I- Cheminements constitutionnalistes et administrativistes vers la personnalité de l'État dans la première moitié du XIXe siècle

La distinction entre un point de vue constitutionnaliste et un point de vue administrativiste sur la personnalité de l'État préalablement à l'arrêt *Blanco* relève inévitablement d'une reconstruction *ex post*. Les auteurs, en effet, sont le plus souvent les mêmes ; qui plus est, les « précis », « cours » et « traités » de droit public contiennent généralement, jusqu'à la fin du siècle, une première partie consacrée au droit constitutionnel (à la fois

institutions politiques et droits individuels) et une seconde, plus développée, consacrée au droit administratif. Cette situation d'entremêlement ne cesse pas, du reste, lorsque la question de la personnalité morale ou juridique de l'État s'impose comme un thème central dans les débats doctrinaux au tournant du XXe siècle : les auteurs (Hauriou, Michoud, Esmein, Duguit, Carré de Malberg) débattent et s'interpellent de discipline à discipline en présupposant le plus souvent qu'ils parlent de la même chose. Cela est évidemment exact dans une certaine mesure : sauf à verser dans un perspectivisme quelque peu gratuit, on ne saurait considérer qu'il existe une personnalité juridique de l'État pour le droit constitutionnel, une autre pour le droit administratif et une dernière pour le droit international public. En revanche, pour nous en tenir aux deux premières matières, il est possible de montrer que dès la première moitié du XIXe siècle, la distinction des points de vue sur l'État qu'impliquent chacune de ces disciplines est bien conçue. Dans le domaine du droit constitutionnel, l'État est explicitement théorisé comme une *personne morale* en un sens qu'il convient d'éclaircir (A). Dans le domaine du droit administratif, l'État ne peut être qualifié de « personne » que par anticipation dès lors que la théorie de la personnalité publique de l'État ne date, comme nous l'avons vu, que de la fin du XIXe siècle ; il est possible cependant de saisir déjà dans la première moitié du siècle les linéaments d'une telle théorie, à travers la conception de l'État comme *personne agissante* (B).

A- <u>Le point de vue constitutionnaliste : l'État comme personne morale</u>

Pour bien des juristes publicistes de la première moitié du XIXe siècle, comme l'écrit Simon Gilbert, l'État « n'a » pas la personnalité morale : il *est* une personne morale[13]. L'assimilation de l'État à une personne morale implique en effet quelque chose de plus, à cette époque, que la personnalité juridique, c'est-à-dire

13 S. Gilbert, « Léon Michoud et la doctrine publiciste française de son temps » *in* X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Institut Universitaire Varennes, 2014.

plus que l'existence d'un titulaire unique et permanent de droits et de devoirs représentant des intérêts collectifs. La spécificité du point de vue de ces publicistes consiste en ce qu'ils n'abandonnent pas la question de la *finalité* de l'action étatique à la philosophie politique. L'État est le sujet juridique d'une action finalisée, la finalité étant le progrès de la société à travers le libre développement des individus. Ainsi, la qualification de l'État comme personne « morale » doit être entendue ici en un sens tout à fait commun plutôt que dans le sens juridique actuel. L'État est un être moral parce qu'il est un moyen indispensable de progrès de la société, ce progrès étant lui-même conçu comme indissolublement matériel et moral. Sa dimension proprement juridique de titulaire abstrait de droits et de devoirs, qui intéresse seule la théorie générale de l'État au XXe siècle, n'est pas conçue au XIXe siècle séparément de la finalité morale de son action. Ces deux dimensions sont articulées sur le modèle d'une analogie avec l'individu : l'État est un sujet un et permanent à l'image du sujet individuel, de même que son action est finalisée par un but moral à l'image de l'action du sujet individuel. Voilà ce qui le constitue comme personne morale.

Cette idée se retrouve régulièrement chez les publicistes de la monarchie de Juillet. Elle est défendue de façon particulièrement éloquente par Pellegrino Rossi dans la première leçon de son cours de droit constitutionnel à la faculté de droit de Paris pour l'année 1836-1837 : « la notion d'État implique une idée morale, une idée de devoir et de droit », parce que l'État est « pour l'individu et pour l'espèce tout entière un moyen de développement, un mode de perfectionnement que rien ne saurait remplacer » ; l'État est « un véritable tout, doué de sa vie propre, d'une volonté, d'une activité » ; l'État est « une personne morale, une personne complexe, il est vrai, mais réelle, car il y a un ensemble d'obligations et de droits qui n'appartient qu'à la société en tant que société civile » ; une « individualité morale *sui generis*, qui est elle et n'est pas autre chose »[14]. Cette idée se retrouve à l'identique chez le professeur dijonais Denis Serrigny,

14 P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, introduction de Julien Boudon, Paris, Dalloz-Sirey, 2012, p. 2-4.

qui se réfère explicitement à Rossi, dans son *Traité du droit public des Français* (1846), où la dimension de l'État-sujet s'entremêle à celle de la finalité de son action : les États, écrit Serrigny, « forment des centres d'activité ; ils représentent des personnalités qui ont une volonté et une force considérable, et qui contribuent à faire avancer l'humanité vers le progrès auquel elle est destinée, progrès que les hommes isolés ne pourraient jamais atteindre »[15] ; l'État « constitue une personne morale ou civile, un être collectif qui a des droits et des devoirs, et par conséquent une volonté propre, distincte de celle de chacun de ses membres »[16]. Mentionnons encore Georges-Frédéric Schützenberger, professeur de droit administratif à la faculté de droit de Strasbourg, dans le discours d'ouverture de son cours en 1837 : « L'État, considéré comme corps moral, a, pour ainsi dire, une vie qui lui est propre. Elle est le résultat de l'organisme de ses institutions ; cette vie, cette existence spéciale se manifestent par la constitution et la forme des pouvoirs publics. [...] Cependant l'État n'existe point dans son propre intérêt ; il a un but à remplir, c'est de garantir le développement libre et complet de la personnalité de l'homme, dans l'état social, qui est son état de nature. »[17]

---

15 D. Serrigny, *Traité du droit public des Français précédé d'une introduction sur les fondements des sociétés politiques*, t. I, Paris, Jouberg, 1846, p. 14. Cette figure de l'État comme instrument du développement social est opposée par Rossi comme par Serrigny à la figure de l'État défendue par l'économie politique orthodoxe, celle d'un gardien purement extérieur des libertés individuelles, qui n'a pas à intervenir dans la vie sociale pour promouvoir le développement économique, l'éducation ou la culture. Rossi distingue à cet égard les « gouvernements défensifs » des « gouvernements actifs ». Ceux-ci « aident au développement individuel. Ils encouragent les efforts de l'individu ; ils en secondent les tentatives ; ils s'y associent au moyen de la puissance générale dont ils disposent » (« Fragment de droit constitutionnel français » *in Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, t. II, Paris, Guillaumin, 1857, p. 47). V. également la critique adressée par Léon Aucoq à l'État minimal des économistes libéraux *in Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, t. I, Paris, Dunod, 1869, p. 17 : « Nous ne connaissons pas de pays où l'on ait consenti à ne pas tirer un parti plus avantageux de cette immense force qui s'appelle la société, représentée par la puissance publique. »

16 *Ibid*., p. 20.

17 G.-F. Schützenberger, « Discours d'ouverture du Cours de droit administratif professé par M. Schützenberger », *Revue d'Alsace*, deuxième série, vol. 4 1837, p. 129-154 (p. 145 pour la citation). Schützenberger a particulièrement développé dans ses écrits l'idée d'une convergence entre le développement de la personne-État et le développement de la personne individuelle, v. les *Études de droit public. Prolégomènes. Première partie : De la nature du droit*, Paris, Levrault, 1837 ; et *Les lois de l'ordre social*, 2 t., Paris, Joubert, 1849.

Il existe, ainsi, une théorie de la personnalité de l'État qui est propre aux juristes publicistes du XIXe siècle dans la mesure où elle intègre à cette notion de personnalité, en plus de l'unité formelle du sujet étatique, la dimension de la finalité morale de son action, conçue elle-même dans la perspective progressiste et spiritualiste de l'époque – toutes choses avec lesquelles rompra le positivisme juridique. Cette dimension téléologique n'enlève rien cependant au fait qu'il s'agit là d'une théorie *constitutionnaliste.* L'idée essentielle, en effet, est que l'État est un sujet capable d'action, une puissance d'action à même d'agir dans le sens du développement matériel et moral de la société qu'il personnifie[18] ; mais l'apport du droit constitutionnel à la théorie de la personnalité de l'État s'arrête ici : une fois cette puissance d'action posée dans son principe, le droit constitutionnel passe rapidement à l'étude de la forme de l'État, de l'organisation des pouvoirs publics, de la garantie des droits individuels. L'action elle-même n'est plus son objet. Il peut se contenter de faire signe pour cela vers le droit administratif, en décrivant l'articulation entre les deux matières à l'aide de diverses métaphores. Déjà le baron de Gérando dans son *Programme du cours de droit public positif et administratif* à la faculté de droit de Paris en 1819-1820 proposait une comparaison : « Sans doute le Droit public[19] et le Droit administratif diffèrent entre eux ; mais, comme, dans l'arbre, le tronc est distinct des branches, le Droit public embrasse l'ensemble des institutions sociales ; le Droit administratif s'attache aux dispositions locales et journalières. »[20] Rossi use plutôt d'un registre mécanique dans la « leçon d'ouverture » de son cours de droit constitutionnel (année 1835-1836) : « Si le droit constitutionnel nous fait connaître à grands traits l'organisation sociale et politique du pays, le droit administratif

18 Sur l'État comme personnification de la société chez les publicistes avant l'arrêt *Blanco*, V. S. Gilbert, « Léon Michoud et la doctrine publiciste française de son temps », art. cit., et É. Fraysse, *L'État dans la construction doctrinale du droit administratif*, t. I, Paris, L'Harmattan, 2022, p. 137 s.

19 Comme d'autres auteurs de l'époque, Gérando appelle « droit public » ou « droit public interne » ce que nous appellerions le droit constitutionnel.

20 J.-M. de Gérando, *Programme du cours de droit public positif et administratif à la faculté de droit de Paris, pour l'année 1819-1820, par M. le baron de Gérando, conseiller d'État, membre de l'Institut, professeur à la faculté de droit de Paris, etc.*, Paris, Baudoin, 1819, p. 11.

nous expose la machine politique dans ses moindres détails et dans ses nombreuses applications. Il nous apprend à la faire fonctionner, à en suivre la marche, à en recueillir les résultats. »[21] Encore une fois, ces métaphores spatiales, et donc statiques, décrivent l'articulation entre droit constitutionnel et droit administratif depuis le point de vue du droit constitutionnel. Il convient par conséquent d'opérer un véritable déplacement pour saisir le point de vue du droit administratif sur l'État. On constate alors que, d'un point de vue administrativiste, l'État constitue une personne morale non pas en tant que sujet dont l'action est finalisée par un but abstraitement déclaré (le progrès matériel et moral, le développement social, la garantie des droits), mais en tant que sujet réellement agissant.

B- Le point de vue administrativiste : l'État comme personne agissante

Le passage du point de vue constitutionnaliste au point de vue administrativiste sur la personne-État peut être ramenée à un changement de focale, depuis la finalité abstraitement considérée de l'action étatique jusqu'à cette action elle-même. Ainsi, c'est une même personne étatique qui est appréhendée, d'une part, dans son organisation interne et sa finalité abstraite par le droit constitutionnel et, d'autre part, en tant que personne agissante par le droit administratif. Autrement dit, la distinction des deux disciplines correspond à celle des points de vue sur une même réalité – appelée diversement « pouvoir social », « société » ou « État » selon les auteurs – qui est saisie, dans le premier cas, dans son être interne, c'est-à-dire à l'état de repos ou de puissance et, dans le second, à l'état agissant[22]. À la distinction

21 *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. LVIII.

22 Cette distinction entre repos et mouvement, puissance et acte, telle qu'elle est développée à la fin du siècle par Hauriou, correspond parfaitement à la distinction entre le point de vue du droit constitutionnel et le point de vue du droit administratif chez les auteurs de la première moitié du siècle, v. M. Hauriou, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, 1899, p. 8 : « Si l'on envisage la puissance publique comme une force sociale, ce qui est légitime, on est conduit à distinguer deux états de cette force, l'état de repos et celui de mouvement. L'état de repos, ou plus exactement, de puissance, n'est pas exclusif de tout acte, il se manifeste au contraire très bien dans l'acte de commandement, dans le *jussus* ; l'état de mouvement, de son côté, est tout simplement celui où s'accomplit le travail

statique, de nature constitutionnaliste, entre le tronc et les branches, entre la forme générale de l'organisation politique et les détails de la machinerie administrative, se substitue une distinction dynamique entre l'organisation sociale à l'état de puissance et l'organisation sociale à l'état actif. Une telle construction est par exemple manifeste chez deux auteurs de la première moitié du XIXe siècle : le baron de Gérandon dans son *Programme du cours de droit public positif et administratif* déjà cité, et Firmin Laferrière dans son *Cours de droit public et administratif* (1e éd. 1839).

« Le Droit public intérieur », écrit Gérando, « est la définition, la forme de la société particulière à laquelle on appartient ; le Droit administratif n'est que cette même société vivante, agissante, si l'on peut dire ainsi. »[23] La suite de son propos illustre cette proposition par une démarche progressive qui conduit du domaine du droit constitutionnel à celui du droit administratif à travers la notion d'action. Ainsi, après avoir évoqué la Charte puis les lois, Gérando désigne le pouvoir exécutif sous les traits d'une « action universelle, sans laquelle, comme dit Platon, les lois resteraient muettes et inefficaces »[24], action qui se déploie depuis le sommet de l'État et présente autant de figures – pouvoir judiciaire, gouvernement, autorité administrative – qu'elle exerce de fonctions distinctes. C'est cependant sous la forme de l'autorité administrative que cette « action » devient la plus tangible d'un point de vue juridique, parce que c'est sous cette forme qu'elle rentre en contact avec les intérêts particuliers : « Sous ce dernier aspect, on voit l'autorité administrative, dans cette action et ce mouvement qui est son caractère propre, s'étendre ou se restreindre, suivant que l'intérêt

administratif, une force en mouvement est une force en travail. »

23 *Programme du cours de droit public positif et administratif à la faculté de droit de Paris, pour l'année 1819-1820, op. cit.*, p. 10.

24 *Ibid.*, p. 12. On trouve une même conception de l'action administrative comme *lex animata* chez Vivien, *Études administratives*, Paris, Guillaumin, 1845, p. 3-4 : « La loi prescrit ou défend, mais elle n'agit point ; elle contient seulement le principe et la source de l'action. C'est l'administration qui lui imprime le mouvement, soit qu'elle-même elle l'applique, soit qu'elle assure l'exécution des arrêts de la justice, lorsque des intérêts privés ont été soumis à l'autorité judiciaire. Elle exerce ainsi un pouvoir nécessaire car auprès de la loi qui est un *prince muet*, selon l'expression de Cicéron, il faut toujours le *prince*, c'est-à-dire l'administration, qui est la *loi parlante*. »

social prédomine plus ou moins exclusivement dans ses déterminations, et qu'il rencontre d'une manière plus ou moins sensible et spontanée les intérêts privés. » Le point de vue propre et privilégié du droit administratif est donc celui de la rencontre entre la « société agissante » et les intérêts particuliers : c'est en ce point que le droit intervient pour déterminer, selon la terminologie de Gérando, des « sphères d'action » administrative qui correspondent à des degrés décroissants de discrétionnarité – et, de la même manière qu'il avait décrit une « action universelle » unique se différenciant en diverses fonctions, Gérando montre une même autorité administrative se renfermant toujours plus dans la contrainte du droit, jusqu'à s'assimiler dans certains cas à une personne civile à égalité avec les autres particuliers[25]. Ainsi, par le truchement de la notion d'action, la construction théorique du baron de Gérando conduit depuis le point de vue de la constitution interne de l'organisation sociale (droit constitutionnel), jusqu'au point de vue de la rencontre entre la « société agissante » et les intérêts particuliers (droit administratif).

Une construction théorique proche se retrouve une vingtaine d'années plus tard chez Firmin Laferrière, qui y ajoute cependant l'élément de la *personnalité*. La notion de personnalité, au demeurant, prend encore chez Firmin Laferrière une forme philosophique plutôt que juridique. En bon disciple de la philosophie spiritualiste de Victor Cousin, Laferrière procède à une analogie entre les fonctions juridiques assurées par la société en tant que personne collective, qui sont l'objet du « droit public » (c'est-à-dire, ici encore, constitutionnel), et les facultés mentales de la personne individuelle – qui relèvent, selon la terminologie philosophique de l'époque, de la « psychologie »[26] : « L'organisation, les attributions et les rapports des pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire, spirituel, représentent dans la société la raison de l'homme, la volonté active, la volonté

25 *Ibid.*, p. 13-15 : sphère de l'administration discrétionnaire ou gracieuse ; sphère de l'administration délibérante ; sphère de l'administration contentieuse ; sphère de l'administration personne privée.

26 Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à T. Pouthier, *Au fondement des droits. Droit naturel et droits individuels en France au XIXe siècle*, Paris, Classiques Garnier, 2019.

répressive des passions, la foi religieuse […]. L'organisation sociale est donc personnifiée à l'image de l'homme ; il y a intelligence et volonté, il y a des organes pour leur manifestation : de même que l'homme est une puissance libre, éclairée par la raison et servie par des sens, de même, la société personnifiée est une puissance d'action, éclairée par l'intelligence et servie par des organes. En considérant la corrélation qui existe dans leurs éléments constitutifs, on peut le dire : la société, c'est l'homme. »[27] La « société personnifiée » comme « puissance d'action » : c'est là, pour Firmin Laferrière, le point de vue du droit public ou constitutionnel, et l'on constate que la notion de personnalité sert ici un propos constitutionnaliste consistant à rattacher les divers actes de puissance publique à un titulaire unique et permanent qui personnifie la société – cette personnification étant, encore une fois, conçue ici plus selon le mode d'une analogie philosophique que d'une analyse juridique. La suite immédiate du texte montre cependant que Firmin Laferrière, comme Gérando, passe du domaine du droit constitutionnel à celui du droit administratif en ne considérant plus la puissance sociale simplement comme puissance *d'action*, mais comme puissance *agissante* : « L'organisation sociale, dotée de ses différents pouvoirs et de leurs attributions, comme nous l'avons vu dans la partie du droit public, va-t-elle rester inactive ? - Non. [...] Il ne faut donc pas seulement la considérer, comme nous l'avons fait jusqu'à présent, dans ses pouvoirs constitutifs, leurs attributions et leurs rapports (ce qui est l'objet du droit public) : il faut la considérer DANS SON ACTION sur le territoire et à l'égard de la population pour lesquels elle existe ; ce qui va nous donner la matière du droit administratif. »[28] Enfin, Laferrière parvient à la même conclusion que Gérando, auquel il se réfère expressément à ce stade, en situant le lieu exact du droit administratif dans les rapports entre l'administration et les administrés, plutôt que dans la réglementation interne des services publics : « Le pouvoir administratif a deux objets qu'il ne faut pas confondre ici : l'un concerne l'agencement des

27 F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 2e éd., Paris, Joubert, 1841-1846, p. 95.
28 *Ibid.*, p. 96 (majuscules de l'auteur).

services publics, leur organisation intérieure et détaillée, les rapports respectifs des agens supérieurs et inférieurs, l'exécution matérielle, en un mot, le côté purement technique des différens services ; l'autre concerne les rapports de l'administration avec les citoyens pour l'exécution des lois et ordonnances, c'est-à-dire les droits et devoirs réciproques des administrateurs et des administrés. – Le premier objet constitue la *partie réglementaire et technique* de l'administration et non le droit administratif ; c'est le deuxième objet qui seul constitue le *droit administratif proprement dit*. Ce droit saisit l'administration au moment où elle se manifeste à l'égard des administrés, à l'instant même où elle exerce son action sur les citoyens. »[29]

Le point de vue propre du droit administratif est bien celui de la « manifestation » de l'administration, c'est-à-dire de la « société personnifiée » à l'état agissant. Gérando écrivait dans le même sens que « c'est dans le Droit administratif que le Droit public respire, s'applique, se montre ou doit se montrer visible aux regards »[30]. Appréhender l'État comme sujet agissant signifie, autrement dit, le saisir à l'état phénoménal, dans son apparition, sa manifestation à l'égard des particuliers, qui se produit à l'occasion de l'action administrative. Cet aboutissement de la démarche de Gérando et de Firmin Laferrière présente deux corollaires. Premièrement, l'action administrative, lorsqu'elle rencontre les intérêts des particuliers, sera toujours celle de la « société agissante » (Gérando) ou « personnifiée » (Laferrière) – ce sera toujours, autrement dit, la puissance publique qui agit, même dans les hypothèses où elle revêt les attributs d'une personne civile. Deuxièmement, la distinction entre puissance d'action et puissance agissante, qui fonde la distinction des points de vue entre le droit constitutionnel et le droit administratif, traverse le droit administratif lui-même, qui contient une partie pour ainsi dire constitutionnelle, celle à laquelle Firmin Laferrière dénie l'appellation de « droit administratif » pour lui réserver

29 *Ibid.*, p. 97.

30 *Programme du cours de droit public positif et administratif à la faculté de droit de Paris, pour l'année 1819-1820, op. cit.*, p. 11.

celle de « partie réglementaire et technique de l'administration »[31]. Si, en somme, il doit y avoir une perspective spécifiquement administrativiste sur la personnalité de l'État, elle se situera nécessairement au point de vue de la manifestation de la puissance publique agissante à l'occasion de son contact avec les particuliers – notamment à l'occasion de l'exécution des services publics –, et elle rencontrera inévitablement la « partie réglementaire et technique de l'administration » pour reprendre l'expression de Firmin Laferrière. Nous pouvons désormais rejoindre les rives de l'arrêt *Blanco*.

II- L'arrêt *Blanco* et la personnification de l'État

Comme nous l'avons vu en introduction, la responsabilité de l'État à raison du fait des ses agents est le prisme essentiel à travers lequel a pu se constituer à la fin du XIXe siècle, chez Michoud puis chez Hauriou, une théorie proprement administrativiste de la personnalité juridique de l'État comme puissance publique. Par ailleurs, la théorie constitutionnaliste de l'État comme personnification de la société était déjà solidement constituée dans la doctrine publiciste de la première moitié du siècle. On peut montrer cependant à travers l'arrêt *Blanco* que ces deux perspectives sur la personne-État ne sont pas indépendantes mais, en dernière instance, articulées l'une à l'autre. La lecture des conclusions de David sous un angle constitutionnaliste (A) conduit ainsi, pourvu que l'on en pousse la logique à terme, comme l'a fait l'arrêt *Dugave et Bransiet*, à la figure constitutionnelle de l'État comme personnification de la société (B).

31 Firmin Laferrière fonde cette distinction sur un passage de Gérando qui souhaite réserver au « code administratif » les dispositions légales et réglementaires qui « concernent les obligations mutuelles de l'administration et des administrés », et en exclure celles « qui n'ont pour objet que les parties purement techniques des différens services publics », v. J.-M. de Gérando, *Institutes de droit administratif français*, Paris, Nève, 1829, p. 9. Ce double aspect du droit administratif est repris plus tard par Batbie qui distingue « l'*administration* ou l'étude de l'agencement des divers services administratifs et des rapports qui existent entre les agents supérieurs et les agents subordonnés », et « le *droit administratif* proprement dit qui s'occupe des règles par lesquelles sont régis les droits des particuliers dans leur rencontre avec l'action administrative », v. A. Batbie, *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1861, p. 28.

A- Les dimensions constitutionnelles de l'État dans les conclusions de David

Nous laisserons de côté toute la partie de l'argumentation de David qui porte sur les bases légales et historiques de la compétence du juge administratif, pour nous concentrer sur le développement des motifs qu'il invoque pour écarter l'application à l'État de l'article 1384 du Code civil. Le déroulement de son propos à ce stade de ses conclusions permet, en effet, de retrouver le mouvement déjà repéré dans les ouvrages des publicistes antérieurs, depuis le point de vue interne à l'organisation étatique jusqu'au point de vue de l'État concrètement agissant, c'est-à-dire de la rencontre entre l'action administrative et les intérêts des particuliers. Ainsi, David se demande dans un premier temps si, d'une manière générale, il est possible d'assimiler les rapports qui s'établissent entre l'État et ses agents dans le cadre des services publics aux rapports entre commettant et préposé au sens du Code civil : les arguments qu'il développe à cet égard se situent au point de vue de l'organisation interne de l'administration. Dans un second temps, David se demande si, l'inapplicabilité de l'article 1384 du Code civil à l'État « en tant qu'administration » ou que puissance publique étant admise dans son principe, il est possible de prévoir des exceptions « tirées, soit de la nature du service à l'occasion duquel l'action en responsabilité est dirigée contre l'État, soit de la qualité de l'agent qui aura commis le dommage sur lequel est basée l'action ». C'est le point de vue de la manifestation extérieure de l'activité administrative, autrement dit le point de vue des particuliers et du contentieux subjectif qui prime ici puisqu'il se pose un problème d'*apparence* : la « grande ressemblance » entre la manufacture des tabacs et une « industrie privée », et la qualité de « simples ouvriers » des hommes qui ont causé l'accident. Ainsi, abstraction faite pour l'instant du contenu des arguments exposés par David, le mouvement même de son propos répète bien le passage du point de vue interne, qui est par excellence celui du droit constitutionnel – l'organisation, l'être

étatique au repos ou en puissance –, au point de vue externe ou phénoménal de la rencontre entre l'activité administrative et les intérêts des particuliers, qui est celui du droit administratif proprement entendu s'il faut en croire Gérando et Firmin Laferrière. Remarquons en outre que le mouvement de l'argumentation de David est calqué sur celui de la motivation de l'arrêt *Rotschild* du 6 décembre 1855, où le passage progressif du point de vue de l'organisation interne des services publics au point de vue des relations avec les particuliers est exposé de façon particulièrement claire : « Considérant que c'est à l'administration seule qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours ; qu'il lui appartient de déterminer les rapports qui s'établissent à l'occasion de ces services entre l'État, les nombreux agents qui opèrent en son nom et les particuliers qui profitent de ces services ; et, dès lors, d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et des obligations réciproques qui doivent en naître […]. » De ce mouvement d'ensemble du propos découle la nature des arguments invoqués.

S'agissant, tout d'abord, des rapports entre l'État et ses agents, et de l'impossibilité de les assimiler aux rapports entre un commettant et un préposé au sens de l'article 1384 du Code civil, David se fonde sur deux arguments plus ou moins entremêlés : d'une part, la complexité de l'organisation administrative (c'est-à-dire le grand nombre d'agents, la multiplicité de leurs statuts, la variété dans l'organisation des services) ; d'autre part, l'absence, dans le cas de l'administration, de la *liberté de choix* qui caractérise le commettant dans les rapports juridiques de la vie civile. Le second argument est celui qui se révèle le plus riche d'implications pour le droit constitutionnel[32]. L'absence de liberté de choix de l'État se manifeste elle-même, selon David, sous un double rapport : celui de l'activité poursuivie en elle-même (« le rôle de l'État dans l'accomplissement des services publics est,

32 Le premier étant, au demeurant, assez vulnérable à la critique, par exemple celle de Michoud, « De la responsabilité de l'État à raison de la faute de ses agents », art. cit., II, p. 21 : « Il serait contraire à toute justice que la responsabilité d'une personne morale diminuât à mesure que s'accroît son importance, sous prétexte que plus elle a d'employés, plus il lui est difficile de les surveiller. »

non pas volontaire, mais obligatoire ; il lui est imposé, non dans un intérêt privé, mais dans l'intérêt de tous ») et celui de la désignation des agents chargés du service (« les conditions de leur nomination et de leur avancement […] réglées souvent par la loi ou par des règlements généraux, ne laissent pas toujours à l'administration la liberté de son choix »). La volonté de l'État se trouve ainsi doublement contrainte, et les deux dimensions de cette contrainte sont plus étroitement liées qu'il pourrait sembler à première lecture. Tout d'abord, la restriction de la liberté de choix de l'administration en matière de nomination et d'avancement de ses agents indique que, au point de vue de l'organisation interne des services publics, la liberté des individus, qui est le moteur des entreprises privées et des relations juridiques qui en dérivent, s'efface au profit de ce qu'on a appelé plus tard le droit objectif, lois et règlements. Apparaît ici une proximité de nature entre la « partie réglementaire et technique de l'administration », pour reprendre l'expression de Firmin Laferrière, et le droit constitutionnel, en ce que l'on y constate un même effacement des rapports juridiques intersubjectifs – et, par voie de conséquence, du recours à la personnalité juridique, comme l'a montré Hauriou dans les *Principes de droit public*[33]. Mais, indépendamment de la question de compétence, il n'est pas sûr que cet argument suffirait à écarter l'application de l'article 1384. Celui-ci, en effet, établit une présomption légale de faute du commettant en cas de dommage causé par le préposé[34] : il n'y a pas de raison de considérer que cette présomption de faute ne puisse s'étendre même à des hypothèses où le choix des agents est contraint, dès lors qu'elle

33 L'image utilisée par Hauriou est restée célèbre, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 108-109 : « La notion de personnalité juridique de l'État s'obscurcit à mesure que l'on s'enfonce dans les régions du droit constitutionnel, comme le disque pâle du soleil dans le cercle boréal, elle erre à l'horizon jusqu'à ce qu'elle sombre dans la nuit. »

34 V. L. Michoud, « De la responsabilité... », art. cit., I, p. 413 : « Les rédacteurs du Code civil […] ont imposé la responsabilité au maître ou au commettant, parce qu'ils l'ont regardé comme toujours coupable d'une faute personnelle, mauvais choix ou défaut de surveillance. […] Seulement, cette faute du commettant, les rédacteurs du Code la présument et ils donnent à cette présomption légale l'énergie d'une présomption *juris et de jure* ; ils refusent à l'intéressé le droit de faire la preuve contraire. Ils sont guidés en cela par le motif d'intérêt général si nettement indiqué par Pothier : « pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques. » »

peut parfaitement se reporter sur l'organisation du service. La prévalence du droit objectif dans la nomination et l'avancement des agents du service public ne suffit donc pas : tout aussi essentielle se révèle la dépendance de l'organisation du service public à l'égard de la *loi* qui impose à l'État l'accomplissement des services publics et cela, « dans l'intérêt de tous ». L'argumentation de David suit, ici encore, la motivation serrée de l'arrêt *Rotschild* : il appartient à l'administration « *sous l'autorité de la loi*, de régler les conditions des services publics dont *elle est chargée* d'assurer le cours »[35], et « de déterminer les rapports qui s'établissent à l'occasion de ces services entre l'État [et] les nombreux agents qui opèrent en son nom ». Pour le coup, il ne s'agit pas d'une simple proximité de nature entre le droit de l'organisation interne des services publics et le droit constitutionnel : l'application de l'article 1384 du Code civil est écartée au motif que l'organisation des services publics a en dernière instance un *fondement* constitutionnel[36]. On peut rappeler ici la variété des images employées par les publicistes de la monarchie constitutionnelle pour évoquer l'enracinement du droit administratif dans le droit constitutionnel : le lien entre le tronc de l'arbre et ses branches (Gérando), entre l'organisation politique dans sa forme générale et la « machine politique dans ses moindres détails et dans ses nombreuses applications » (Rossi), ou l'image de l'administration comme *lex animata* (Gérando, Vivien). L'organisation des services publics dans son ensemble participe de la finalité d'intérêt général poursuivie par la loi, qui est incommensurable avec les finalités poursuivies par les particuliers dans les entreprises civiles – et, en ce sens, la lecture de l'arrêt *Blanco* au prisme de la notion de « service

35 Nous soulignons.

36 Michoud, n'ayant retenu dans les conclusions de David que l'argument tiré de l'absence de liberté dans le choix des agents, a manqué cette dimension, ce qui fait selon nous la faiblesse de sa critique, v. « De la responsabilité... », art. cit., II, p. 21 : « Quant aux dispositions qui restreignent la liberté du choix, comment l'État les invoquerait-il ? Elles sont son œuvre propre. S'il donne à certains fonctionnaires un droit à l'avancement ou un droit à l'inamovibilité, ce n'est pas dans l'intérêt du fonctionnaire, c'est dans l'intérêt même de la fonction, parce que cela lui paraît être le meilleur procédé de recrutement. Il fait ce que ferait un particulier qui, pour s'attacher ses employés, établirait parmi eux certaines règles d'avancement hiérarchique. »

public » dans l'acception qu'elle a postérieurement acquise n'est pas entièrement dénuée de fondement.

L'articulation entre droit administratif et droit constitutionnel se retrouve dans les arguments développés par David pour écarter l'idée d'exceptions à la non-application de l'article 1384 – cette articulation prenant cependant ici la tournure dynamique que nous avons relevée chez Gérando et Firmin Laferrière. L'administration, qui est par essence action et mouvement, n'est selon ces auteurs que l'organisation politique elle-même à l'état agissant (ou, comme l'écrira plus tard Hauriou, à l'état « de travail », « de gestion ») lorsqu'elle rencontre les intérêts des particuliers ; le droit constitutionnel « se montre visible aux regards » (Gérando) à travers le droit administratif. Or l'idée de David se ramène à celle-ci : dans les services publics, c'est toujours la puissance publique qui agit, quelle que soit l'apparence que prennent ces services pour des regards extérieurs[37]. David l'affirme à plusieurs reprises, de façon presque péremptoire : « le service des tabacs, quelque ressemblance que son exploitation puisse offrir avec une entreprise privée, n'en est pas moins un service public », or l'État, dans la gestion des services publics, « agit toujours comme puissance publique » ; les services publics, « quel que soit leur aspect extérieur, qu'ils soient relatifs à la haute police administrative, à la régie économique ou financière du pays, ont tous le même caractère de services administratifs ». David écarte sur le même fondement l'argument de la compétence du juge civil tiré de la qualité des individus qui ont causé l'accident (en l'espèce, de simples ouvriers situés en-dehors de la hiérarchie administrative) : quelle que soit cette qualité, « les faits reprochés se rapportent directement à un service administratif, puisque c'est précisément cette circonstance qui est le fondement de la demande ». Il n'y a qu'un pas à faire pour deviner, dans cette puissance publique dont l'activité peut prendre même une apparence industrielle et commerciale, la « société agissante » de Gérando, la « société personnifiée » de

37 V. G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, p. 198 : « Le contresens au sujet des « services publics » dont il est question dans cette jurisprudence n'est plus possible : le droit qui s'y rattache est exorbitant uniquement parce que l'État, puissance souveraine, inspire aux services dont il a la charge un droit qui reflète son autorité. »

Laferrière, cette « immense force qui s'appelle la société, représentée par la puissance publique » dont parlait Aucoq – pour retrouver, autrement dit, la notion constitutionnelle de l'État comme personnification de la société. Ce ne sont cependant ni les conclusions de David ni les motifs de l'arrêt *Blanco* qui permettent d'aboutir à cette dimension pleinement constitutionnelle de la responsabilité de l'État du fait de ses agents, mais bien, comme l'avait vu Hauriou, les termes de l'arrêt *Dugave et Bransiet*, rendu par le Tribunal des conflits le même jour que l'arrêt *Blanco*.

B- De l'État puissance publique à l'État personnification de la société : l'arrêt *Dugave et Bransiet* et la lecture de Hauriou

Nous avons vu l'argumentation de David faire signe vers deux dimensions constitutionnelles du service public à l'occasion de l'examen du problème de la responsabilité de l'État du fait de ses agents. Une première dimension est celle de l'organisation interne des services publics : cette organisation participe en effet tout entière de la finalité d'intérêt général de la loi, comme le révèle la prévalence du droit objectif aussi bien dans la détermination des activités relevant du service public que dans la nomination et l'avancement des agents. Une seconde dimension est celle de l'identité de la personne morale à qui les fautes des agents peuvent être imputées : c'est toujours la puissance publique qui agit dans le service public, même quand celui-ci revêt une apparence d'activité industrielle et commerciale, même quand la faute a été commise par des employés qui ne sont pas fonctionnaires. Il n'y a, pour parachever ce double déploiement, qu'à expliciter (plus que ne l'a fait David) ce que Hauriou a appelé en 1924, dans une note sous l'arrêt *Veuve Lemetti* du Tribunal des conflits, les « bases constitutionnelles de la théorie du fait de service »[38]. De ce point de vue, le meilleur développement et commentaire de la théorie exposée, d'abord

38 Note sous TC, 26 mai 1924, *Veuve Lemetti c. Ville de Paris*, S. 1924.3.49, repris dans M. Hauriou, *Notes d'arrêt sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, t. I, Paris, La mémoire du droit, 2000, p. 505.

dans l'arrêt *Rotschild*, puis dans les conclusions de David – mais pas dans l'arrêt *Blanco* dont les motifs sont décevants sur ce point – se trouve, encore une fois, dans les termes du quatrième considérant de l'arrêt *Dugave et Branciet*. Dans une première direction, celle de la dimension constitutionnelle de l'organisation des services publics, l'arrêt ajoute une incise essentielle : « Le choix et la nomination des fonctionnaires publics, des agents administratifs et des employés, sont réglés par des lois spéciales, par des règlements ou des arrêtés *qui se rattachent à l'organisation politique et administrative du pays* et […] on ne saurait assimiler, d'une manière absolue, ce choix et ces nominations aux contrats qui interviennent entre les maîtres et leurs domestiques ou entre les commettants et leurs commis... »[39] Ce n'est donc pas la seule circonstance que le choix de l'administration est contraint en matière de nomination et d'avancement des agents qui justifie d'écarter l'application de l'article 1384, mais aussi (surtout) le fait que les normes de droit objectif qui règlent le choix des agents « se rattachent à l'organisation politique et administrative du pays » – ont, autrement dit, un ancrage constitutionnel. Il en va évidemment de même pour les normes qui organisent la hiérarchie, le contrôle et la surveillance des agents : « Ce sont aussi des lois spéciales et des règlements administratifs qui déterminent la distribution des pouvoirs et des attributions, l'organisation et la répartition des services, la hiérarchie, le contrôle et la surveillance des fonctionnaires, des agents ou des employés. » Une fois mise en évidence cette dimension constitutionnelle de l'organisation objective des services publics, l'arrêt *Dugave et Branciet*, à travers une nouvelle incise, pousse jusqu'à la racine de l'identité de la personne qui agit à travers les services publics : « Pour reconnaître dans quels cas l'État peut être déclaré responsable et quelle est la mesure de sa responsabilité, il y a lieu d'interpréter et d'appliquer, en les conciliant avec les principes généraux du droit, ces lois ou ces règlements, et de contrôler, *au point de vue de la responsabilité générale de la nation*, les actes des autorités diverses sous la direction desquelles les services publics sont

39 Je souligne.

placés. » Le passage de la responsabilité de l'État à la responsabilité de la nation ne fait qu'expliciter la théorie constitutionnaliste admise par la doctrine de droit public avant l'arrêt *Blanco*, à savoir l'identité de l'État et de la nation : l'État est la nation personnifiée qui est réputée agir à travers l'administration.

Comme l'a vu Hauriou, l'identification juridique de l'État à la nation achève de ruiner toute possibilité d'appliquer l'article 1384 à l'État, car le rapport de commettant à préposé, de maître à domestique, devient introuvable. L'État s'identifie à la nation par un rapport de *représentation* au-delà duquel il n'y a, au sein de l'organisation étatique elle-même, que des rapports hiérarchiques et fonctionnels, mais pas de rapports de commettant à préposé : la généralité de la loi, qui exprime la volonté de la nation, est exclusive de toute autorité personnelle et donc de toute responsabilité personnelle[40]. Il serait donc vain, écrit Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Lemetti*, de prétendre[41] assimiler le rapport entre organes gouvernants de l'État et agents de l'administration à un rapport de commettant à préposé : « Pour aboutir aux solutions administratives, il faut écarter le point de départ des relations de commettant à préposé et renoncer à opposer la haute Administration aux fonctionnaires subalternes. Il faut résolument se placer dans la perspective qui identifie l'État avec le groupe national de ses membres, et qui l'oppose au bloc de tous ses représentants, constitutionnels ou administratifs, grands ou petits, organes ou simples agents. C'est ce que nous appellerons la perspective constitutionnelle, celle du régime représentatif ; il y a, d'un côté, la nation, et, de l'autre, les représentants de la nation. De ce point de vue, un facteur des postes ou un agent de police est un « représentant de la nation » aussi bien qu'un ministre, parce qu'il fait partie du bloc des

40 V. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12e éd., *op. cit.*, p. 517 : « La théorie civiliste admet que le commettant a pu choisir son préposé avec toute la liberté dont dispose une personne physique et peut exercer sur lui une surveillance et une autorité personnelles ; de là découle sa sévérité. »

41 Comme l'avait fait Michoud, v. « De la responsabilité de l'État... », art. cit., p. 419 : « L'être moral ainsi représenté pourra du reste, cela est évident, avoir des préposés, et encourir, par le fait de ses préposés, la responsabilité indirecte de l'article 1384. »

représentants. »[42] L'assimilation serait encore plus erronée d'après Hauriou si l'on transportait le rapport entre commettant et préposé au rapport entre la nation et le « bloc de ses représentants » – les organes de la personne étatique – car, dans les faits, ces organes, loin d'être des « préposés », gouvernent la nation, quel que soit leur rang (supérieur ou subalterne)[43]. Ainsi, le développement des implications constitutionnelles de la responsabilité de l'État du fait de ses agents renforce l'idée selon laquelle les rapports juridiques qui se nouent au sein des services publics sont d'une nature essentiellement différente de ceux qui régissent la vie civile : « nous sommes », écrit Hauriou, « aux antipodes du droit civil, en plein droit public et même en plein droit politique, car il s'agit de scruter la situation complexe qui naît du régime représentatif et électoral ».

La lecture des conclusions de David à la lumière des conceptions de l'État défendues par les juristes publicistes préalablement à l'arrêt *Blanco* a ainsi permis de montrer comment le point de vue administrativiste sur l'État, développé au sujet de la responsabilité du fait de ses agents, se prolonge dans deux directions constitutionnalistes, explicitées par l'arrêt *Dugave et Branciet* : celle de l'ancrage constitutionnel de l'organisation des services publics, et celle de l'identification de l'État personne publique avec la nation par le truchement de la représentation. La symbiose qui pouvait s'opérer au XIXe siècle entre droit administratif et droit constitutionnel par le biais de la théorie de l'État permet ainsi de mettre en perspective le point de vue contemporain, où cette symbiose s'opère avant tout par le prisme du contentieux des droits fondamentaux.

42 *Notes d'arrêts*, t. I, *op. cit.*, p. 508.
43 *Ibid.* et *Précis de droit administratif et de droit public*, 12e éd., *loc. cit.*