

# Les classifications des fonctions administratives : la métamorphose des concepts juridiques

Étienne PICARD

Nous, juristes, sommes par vocation portés à croire que, non pas certes les règles de droit, mais le droit lui-même resterait toujours identique à ce qu'il est, comme si cela était une donnée de son ontologie : comme si cela était l'effet d'une nécessité, pour lui, de ne pas changer, car il perdrait alors quelque chose de sa raison d'être ou de son être même. Portés à croire ou à laisser croire, en effet, plutôt que désireux de penser pourquoi il devrait en aller nécessairement ainsi, dans la mesure où cette contradiction entre l'évolution des règles de droit et cette stabilité de l'être du droit n'est pas vraiment interrogée : pourquoi et comment le droit devrait-il et pourrait-il se maintenir tel quel, lors même que ses règles changeraient, s'il ne jouissait pas d'un être irréductible à ces dernières ?

« *Hora fugit stat jus* », peut-on lire ainsi sous le cadran solaire qui, à l'intention des justiciables, pour les instruire ou les rassurer, orne la façade sud du Palais de justice de Paris ; comme si seule l'heure fuyait, mais non le droit – certes, compris ici comme justice –, lequel serait censé, quant à lui, demeurer pareil à lui-même malgré la fuite du temps ; peut-être comme si nous voulions le retenir un peu, ce droit, dans le temps qui passe, grâce à la proclamation de sa stabilité ; comme si nous pouvions faire que celle-ci soit assurée par le seul effet de son inscription dans la pierre – façon de procéder sans doute un peu naïve, mais qui, toutefois, n'est pas forcément illusoire ; car, dans l'ordre du droit également, nous savons aussi qu'énoncer est déjà « *performer* », comme on le dit maintenant.

À moins que ce ne soit le temps lui-même qui, pour ne pas se laisser réduire à cet écoulement inexorable des heures, cette fuite infinie et déliquescence des jours, chercherait quelque instance qui lui permettrait enfin de faire produire quelque chose à sa durée, comme pour nous dire : « *Vous voyez : tout, dans le temps, ne passe pas, comme le font les heures : le droit reste, lui, car il se forme justement dans et par le temps* », celui-ci, par cette continuité, se chargeant alors de consistance et d'épaisseur, et s'affirmant surtout comme une œuvre, celles-là mêmes qui justement font le droit, le droit de toujours, par-delà toutes ses formes, ce temps prétendant même, peut-être, se muer en éternité si l'instance en cause devait bien être le droit comme justice, ainsi que l'ose encore espérer ce vieux fonds culturel, le nôtre, qui persiste à croire, mais *in petto*, que l'on pourrait en appeler, en ultime recours, à la transcendance d'une justice éternelle, aujourd'hui néanmoins rabattue sur les jugements de l'Histoire – ce qui n'est tout de même pas rien.



Il est cependant bien loin d'être certain que les justiciables percevaient le droit, de nos jours, comme une continuité garante de stabilité, eux qui réclament tant la sécurité justement parce qu'ils ressentent son absence, et qui revendiquent donc tout spécialement la sécurité juridique – laquelle n'est devenue un principe normatif, notons-le, que depuis que l'on a commencé à réprouver l'insécurité juridique, ce qui atteste que le droit ou plutôt certaines de ses règles naissent aussi, en quelque sorte, de sa ou de leur violation – là où nous apercevons, encore une fois, que le droit ne se réduit pas à la somme de ses propres règles, et qu'il faut bien distinguer les règles qui changent et le droit qui demeure, les règles qui meurent ou qui naissent pour que le droit survive, dans un monde qui tendrait par trop à s'en déprendre. Mais elles changent tellement vite de nos jours – d'ailleurs sous la pression fréquente des mêmes sujets de droit – que leur mutation constante et surtout inopinée rendrait plutôt caduc, dans l'esprit du public, l'aphorisme du cadran solaire du Palais de justice de Paris, qu'il faudrait alors réécrire, dans une intention cette fois plus descriptive que normative : « *Eodem hora, jus fugit* » : « *Tout comme l'heure, le droit s'enfuit.* »

Et il en va ainsi d'autant plus que, dans notre représentation contemporaine du temps, qui est cependant plus l'effet d'une perception que d'une conception, nous nous laissons prendre par cette formule si constamment rabâchée par tous les discours qui se veulent techniquement et politiquement à la mode – la mode, *modo* en latin, c'est-à-dire, « *tout de suite* », « *à l'instant* » –, cette formule selon laquelle toutes choses se feraient ou devraient se faire « *en temps réel* ». « *En temps réel* », dit-on ? C'est-à-dire immédiatement, dans l'instant même ? Mais alors si seul l'immédiat est du temps « *réel* », comme nous l'assène à satiété cette formule sans doute irréfléchie et spontanée, mais tellement convaincante, insidieusement, à force d'être répétée puis reçue comme une évidence indiscutable, cela implique nécessairement que le passé, l'histoire, le temps qui passe et qui est maintenant passé, n'est plus du temps « *réel* » ou, pire encore, qu'étant dépassé, il n'est plus réel du tout. Et comme le temps est ce qui dure tout en passant, ce qui est passé ne serait plus rien, puisque le temps n'a justement pour lui, afin d'être lui-même, que la durée, l'écoulement, le laps, l'empilement des faits et des règles, la sédimentation des idées et des sentiments...

Anéantir ainsi le temps qui dure et qui s'accumule en histoire, c'est abolir tout ce qu'il fait et tout ce qu'il peut faire : refuser les pauses ou les délais, rejeter toute latence et toute expectative, condamner toute attente et toute hésitation, récuser toute suspension ou toute interruption, étouffer toute respiration ou tout soupir comme toute épokhé, interdire les répit ou les trêves, ignorer les limbes comme les aubes, brusquer les gestations, les maturations, n'attendre aucun aboutissement ni accomplissement, n'assurer aucune filiation, aucune transmission ou tradition, rester insensible aux renaissances et aveugle aux zéniths comme aux crépuscules, c'est donc nier tout ce qui naît dans le temps, tout ce qui vit, tout ce qui croît et se transforme ou se métamorphose, nécessairement pendant son cours, et ignorer tout ce qui se comprend par rapport à lui. Et c'est même tuer une deuxième fois ce qui est déjà mort, car non seulement la chose n'est plus, si elle est déjà morte de sa belle mort, mais c'est encore la déposséder, jusque dans l'ordre rétrospectif de la mémoire, de toute possibilité

d'avoir *réellement* existé dans le passé, puisque dans une telle perspective, si folle et si funeste, l'histoire n'a plus cours, n'étant plus « *réelle* » dès lors qu'elle n'est pas actuelle ou instantanée, alors qu'elle ne peut pas être instantanée, pour des raisons strictement ontologiques, propres autant à elle-même, l'histoire, qu'à nous-mêmes, êtres humains, qui, quoi que nous voulions, quoi que nous fassions, sommes des êtres historiques – je veux dire nés de l'histoire, à tout le moins *dans* l'histoire et plongés en elle.

Mais si donc l'histoire ne fait plus partie du réel, ce réel que l'on en est venu à réduire à *l'actuel*, on ne peut plus rien comprendre non pas simplement du passé, mais aussi du présent, de l'actuel justement, voire de l'instantané, qui, tout actuel et tout instantané qu'ils soient, ne sont tels que par rapport au temps qui dure et qui en ont besoin, de ce temps, ne serait-ce que pour s'y poser, juste un instant, ou simplement l'effleurer sans y laisser nécessairement leur trace. Et c'est évidemment se priver des moyens de comprendre tout ce qui sourd ou gît dans le temps et n'existe ou ne viendra que par lui. C'est donc ne plus rien comprendre au droit, comme à tout ce qui se forme et perdure dans le temps puis change avec lui. C'est même refuser d'y accéder mentalement au motif d'une non-pertinence de la démarche, car quel sens pourrait-il y avoir à se pencher sur ce que l'on tient pour du néant ? Mais c'est aussi s'anéantir soi-même, dès lors que nous ne sommes nous-mêmes que ce que le temps a fait seul ou en compagnie, nous qui ne sommes que « *ces nains juchés sur les épaules de géants* » que, dès la Renaissance du XII<sup>e</sup> siècle, avait si justement dépeints Bernard de Chartres et que Pascal avait à son tour évoqués en 1651 dans sa « *Préface pour un Traité du vide* ».

Pour contrer cette irresponsable récusation de l'histoire comme manufacture de droit et d'humanité – manufacture parce que nous sommes à l'évidence impliqués par nos gestes dans ce que nous devenons –, pour tenter de réparer ce mépris de l'histoire qui est au moins pourvoyeuse de sens, pour le droit comme pour le reste – parce que nous agissons au regard de ce que nous avons été et en fonction de ce que nous voulons devenir –, il faudrait donc démonter tout le raisonnement qui, depuis ses fondements, fort anciens, nous amène à ces actuelles et invraisemblables négations.

Contentons-nous de commencer par nous étonner et nous interroger.

Comme il est étrange que nous puissions dire ou laisser dire que le droit ne changerait pas, lorsque nous savons si bien, nous juristes, que ses règles changent constamment ! Mais comment se pourrait-il que le droit ne change pas s'il devait n'être constitué que de ces règles qui changent ? Cela ne tient-il pas, décidément, à ce qu'il jouit d'une forme d'indépendance par rapport à ses règles ? Dans ces conditions, ce ne sont pas tant ses règles qui font le droit ; si c'est le cas, n'est-ce pas bien plutôt le droit qui produit ses règles ou du moins certains de leurs éléments constitutifs, ce qui expliquerait qu'il puisse ne pas changer lorsque ses règles changent ? Mais si c'est le droit qui fait ses règles et non les règles qui constituent le droit, quel peut bien être ce droit qui serait porteur et peut-être même producteur de normes, au moins de certaines d'entre elles, ou de certains de leurs éléments constitutifs, alors que nous sommes tant accoutumés à postuler que c'est la seule volonté politique qui fait les règles de droit ?



Le droit pourrait donc prétendre à une certaine autonomie par rapport à cette volonté politique ? Mais cette autonomie du droit, que nous ne cessons d'invoquer, quels peuvent bien en être le fondement et la portée ? Comment serait-elle même possible lorsque dans le même temps nous continuons à dire que le droit est dans la loi ou dans la Constitution et que celles-ci ne sont que des actes de volonté souveraine et donc autonome ? Ces deux autonomies, celle de cette volonté souveraine, et celle de ce droit, ne peuvent pas, sans contradiction ni sans conflit, cohabiter dans le même ordre ; et si chacune devait avoir sa part pour déterminer la consistance de cet ordre, comment s'opérerait le partage de souverainetés ou plus simplement d'autonomies, et comment s'articuleraient-elles l'une à l'autre ? Et si la dimension stable et autonome du droit devait résider dans sa seule structure, tandis que ses éléments variables résideraient dans ses règles et leurs contenus, cela voudrait dire que cette structure, si déterminante pour caractériser le droit, ne procéderait pas d'actes de volonté du pouvoir politique, mais d'une donnée objective qui s'imposerait à tous, et qui pourrait constituer l'être même du droit, ce que son ontologie même révèle et commande.

Le droit serait donc fait de son être même, avant d'être une somme de règles de droit ; mais qu'est-ce qui ferait cet être du droit ? Et est-ce que le fait d'admettre la portée normative de cette objectivité de l'être du droit (parce que personne n'a jamais supprimé le droit, et que, s'il devait être supprimé, il ne le pourrait que par un acte juridique, un acte matériel ne pouvant que le violer, mais pas le changer) ne chamboulerait pas tout ce que l'on répète à satiété sur les rapports entre l'être et le devoir-être ? D'ailleurs, il n'est nullement certain que cette autonomie du droit résiderait dans sa seule structure, car celle-là même est certainement déterminée par d'autres données qui la commandent, tout en s'imposant aussi à la volonté souveraine, données qui pourraient être l'ensemble des conditions qui déterminent l'existence même du droit, et que l'on pourrait dénommer comme les règles *du* droit, par opposition aux simples règles *de* droit.

Mais si l'on admet l'autonomie du droit, peut-on ou doit-on pour autant postuler sa stabilité et laisser accroire qu'elle irait de soi, quand nous savons si bien, nous juristes, que nous n'avons jamais eu, dans notre longue histoire, ni le même droit, ni la même représentation du droit, ni le même concept de droit, ni les mêmes concepts juridiques, et cela quelquefois (et même assez souvent aujourd'hui) aux mêmes moments de cette histoire ? Il est vrai cependant qu'au moins le mot « *droit* » demeure dans toute cette longue histoire et que la pérennité de ce mot, par-delà toutes les mutations que la chose a subies, laisse peut-être présager tout de même une secrète ou ineffable constance du droit qui se situerait, cette constance, à un autre niveau, inexploré, celui de la réalité ou de la pensée du droit – de la réalité ou de la pensée, car, en droit tout au moins, qu'est-ce qui distingue la réalité juridique de la pensée que nous nous en donnons ensemble dans l'histoire et dans ses mutations ?

Mais, avant de prétendre accéder à ce niveau de pensée ou de droit, il faut d'abord nous demander pourquoi donc nos conceptions du droit et nos concepts juridiques eux-mêmes endurent l'effet du temps, quelquefois au point de s'en

trouver bouleversés, au point de subir ces véritables métamorphoses. Or, celles-ci s'avèrent extraordinairement étonnantes dès lors qu'ordinairement nous concevons nos concepts comme le produit d'une réduction du réel à son essence, celle-ci prétendant même à une manière d'absoluité, par conséquent d'éternité autant que d'universalité, et qui, à tout le moins, devrait être immune à l'égard de toute contingence, de toute particularité, de tout accident, de toute variation – et de toute histoire ?

Au demeurant, le temps ne paraît pas jouer seul, ou de façon exclusivement déterminante, pour expliquer l'évolution ou la transformation des conceptions du droit ou des concepts juridiques, dès lors qu'aux mêmes moments de la même histoire, plusieurs conceptions, plusieurs concepts juridiques prétendument relatifs au même objet, peuvent se disputer le monopole de la vérité – ou cohabiter en se superposant, quelquefois sans controverse, absence elle aussi étonnante. Or, plutôt que de nous affronter au nom de la vérité, ne serait-il pas moins régressif et plus pertinent, pour la cause même de cette vérité, de nous demander d'abord pourquoi nous pouvons ne pas tous avoir la même conception du droit ou la même définition de ses concepts, sans que ces divergences doivent se voir nécessairement et implacablement condamnées comme les effets de nos seules erratiques subjectivités ? Nous nous agitons à cet égard comme si nous étions capables d'accéder par nous-mêmes à l'absolue vérité, alors que, sans en être vraiment conscients, nous n'en avons sans doute pas les moyens. Pourquoi, en tout cas, les notions clés du droit ont-elles à ce point évolué tout au long de cette histoire, laquelle évidemment n'est pas faite que de temps, mais aussi des idées, des intentions et des représentations, des pesanteurs et des contraintes, des aspirations ou des valeurs qui se déploient tout au long l'histoire ? Mais, au juste, comment tous ces faits auraient-ils pu faire du droit ou tout au moins contribué à en produire – question qui n'est pertinente, évidemment, que tant que l'on raisonne, comme tout le monde, sous l'empire du paradigme indiscuté de la césure du droit et du fait, tant que l'on se plaît à entretenir cet isolationnisme du droit au sein la mer humaine et temporelle, de cet îlot dont on ne connaît exactement ni le moment de son émergence dans le flux de nos pensées et de nos gestes, ni la latitude ni la longitude dans l'océan de nos savoirs et de nos pratiques – ou de nos ignorances – paradigme dont il faudrait peut-être bien, enfin, réexaminer l'exacte valeur au regard d'autres paradigmes ?

Car, lorsque l'on ne peut pas *résoudre* un problème au regard d'un certain contexte, on doit se demander si l'on ne peut pas le *dissoudre* en changeant de contexte référentiel – cette forme du « *pas de côté* » cher à Bachelard.

Ainsi, posons-nous la question de savoir si le droit ne peut pas changer, indépendamment de l'évolution toujours possible de ses règles, pour des raisons qui ne tiendraient donc pas à ces dernières, mais qui procéderaient plutôt de la façon dont nous les percevons, les comprenons, les construisons en catégories et en structures, ou plus généralement dont nous *pensons* ce droit, lui ou ses concepts, qui ne sont sans doute, fondamentalement, que de la pensée, plus exactement le fruit de nos pensées collectives.

Et si c'est notre pensée collective et discursive qui, dans l'histoire, détermine ces changements de ce qu'est essentiellement le droit, ne faudrait-il pas nous demander pourquoi il en va ainsi et en inférer certaines implications plus générales quant à la nature du droit lui-même ? Car si le droit ou ses concepts peuvent changer sans que nécessairement changent ses règles ou s'il peut demeurer égal à lui-même lorsqu'elles changent, cela signifie bien, certainement, que son identité de droit, son être même de droit, lui est conféré par autre chose que ces règles. Ne lui est-il pas conféré, tout simplement, par la seule pensée que nous en avons ?

Car on ne voit pas ici que la pensée puisse se distinguer de ses objets, dès lors qu'avant que ne s'exerce notre pensée collective sur un objet de droit, celui-ci n'existait pas : il n'y avait ni Constitution, ni séparation des pouvoirs, avant que l'on se mette à les concevoir, puis à les poser normativement et il fallait bien qu'elles fussent conçues avant d'être ainsi posées ; et il faut bien qu'elles continuent à être pensées quant à leurs effets normatifs pour pouvoir continuer à en avoir. Dans ces conditions, le droit est certainement tout à la fois objet et produit de la pensée.

Pour le demander autrement, comment ces concepts juridiques qui imprègnent et structurent le droit comme ses règles pourraient-ils prétendre à une objectivité ou à une hétéronomie s'imposant mot à mot à la pensée *actuelle*, alors qu'ils ne sont sans doute que de purs produits de cette pensée dans ses formes et ses objets *antérieurs* ? En effet, notre pensée juridique collective s'exerce le plus souvent sur des produits que la pensée elle-même avait déjà constitués auparavant, puisque nous ne faisons que nous « *entregloser* » pour le dire comme Montaigne. Mais pour énoncer ces choses dans le langage qu'ont imposé, dans *ce contexte général d'anhistoricité du droit*, ces dichotomies sérielles et systématiques du droit et du fait, des normes et de la connaissance que l'on peut en avoir, du vrai et du faux, de l'objectif et du subjectif, etc., est-il réellement pertinent, si ce devait ne pas être l'effet d'une simple convention pédagogique, d'expliquer que les normes se réfèrent à des concepts, qui seraient donc les concepts normatifs, tandis que ceux que la connaissance du droit produirait ne seraient que des métaconcepts juridiques, inaptes par eux-mêmes à accéder à l'ordre normatif ?

On veut bien, par convention, et si l'on en reste là, distinguer les concepts et les métaconcepts ; mais il paraît plus lucide encore d'observer que les concepts et métaconcepts sont susceptibles d'être des objets substantiellement identiques, même si leurs modes respectifs de formalisation et de détermination ne sont pas nécessairement identiques, mais peuvent aussi se compléter, car les concepts normatifs se trouvent être plus ou moins élaborés par l'auteur de la norme ; et ils ont souvent besoin d'une formalisation ou de détermination, plus ou moins complémentaire ou principale, de type métanormatif (et non pas « *métajuridique* », car le droit n'est pas tout entier et exclusivement dans les normes). Ainsi, si les métaconcepts sont bons pour le droit en tant qu'objets de connaissance des normes, ils devraient l'être encore plus pour le droit comme normes, car comment mettre en œuvre ces dernières quand on ne saurait pas exactement ce qu'elles veulent dire ou ce qu'elles sont ?

La vocation même des métaconcepts est de jeter de la lumière sur les normes pour révéler ce qu'elles sont et veulent dire vraiment, et donc, le cas échéant, pour qu'elles puissent s'appliquer d'une manière plus juridique – on veut dire

plus rationnelle, moins inopinée, moins erratique, moins arbitraire. Une fois élaborés, ces concepts peuvent donc s'intégrer intimement dans la substance du droit, car *le métaconcept est du droit*, même s'il n'est pas, *per se*, doté d'une portée normative au sens de prescriptive (car toute norme n'est pas nécessairement prescriptive, si l'on sait distinguer le *normatif* et le *normal*) ; mais est-ce que sa qualité de vérité offerte en miroir au discours du jurislatureur n'est pas la justification de sa possible normativisation par l'usage que les autorités habilitées peuvent en faire ? Pourquoi assimiler ou confondre le droit et la norme, au point de rejeter hors du droit tout ce qui ne serait pas, *per se*, normatif au sens de juridiquement prescriptif (car il peut exister des normes ou des prescriptions non juridiques) ? Pourquoi séparer la cause de son effet, pourquoi expulser le fond de la forme ? Comment pourrait-on *extruder* l'esprit de la lettre ?

Au stade où nous en sommes de ces étonnements, de ces questionnements et de ces hypothèses, il semble bien que la réflexion sur la question du droit – dont au fond se trouve tributaire toute question de droit, même pratique, dès qu'elle vient à présenter quelque sérieuse difficulté – doive maintenant se focaliser, pour s'approfondir, sur les objets juridiques dans lesquels la pensée s'investit le plus, c'est-à-dire *les concepts juridiques*, lesquels peuvent en effet constituer du droit là où les textes ne l'ont pas nécessairement prescrit ni envisagé, et sur les situations dans lesquelles les œuvres de cette pensée conceptuelle peuvent se métamorphoser, au moins sur le long terme, sans que les normes formelles l'aient jamais ordonné, ni même prévu, ni même entrevu.

On comprendra alors que le vrai sujet de cette étude – abordé ici, certes, de façon tout à fait fragmentaire et oblique – est bien l'insondable question du droit en général : elle se pose à tous égards et à tout propos ; mais ici on l'appréhendera en partant de ce phénomène, étonnant à première vue, que sont ces *métamorphoses conceptuelles*. Celles-ci ne forment que le sous-titre de cet exposé, dont le titre principal se rapporte à « *La classification des fonctions administratives* ». En réalité, cette classification ne constitue qu'un des champs d'observation, parmi beaucoup d'autres, du phénomène des métamorphoses conceptuelles et l'un des lieux où pourrait se tester l'éventuelle validité des hypothèses déjà entrevues.

Mais, comme ces métamorphoses conceptuelles restent encore impénétrables tant que l'on raisonne sous le seul empire des conceptions habituelles du droit, qui ne rendent pas compte de leurs causes ni de leurs effets, nous nous attacherons, d'abord, à cerner les manières de *prodiges* que ces concepts et leurs métamorphoses sont capables, en droit, d'accomplir. Cela nous permettra peut-être de commencer à mieux comprendre ces phénomènes en les illustrant concrètement par cet exemple de la classification des fonctions administratives. Puis, remontant de l'effet à la cause, encore obscure à ce stade, nous chercherons à identifier les *sortilèges* capables d'engendrer ces métamorphoses des concepts juridiques, alors que les textes peuvent ne les avoir ni définis ni posés, ni même envisagés, et qui ne sont sortilèges qu'au regard de l'incapacité des conceptions communes du droit de nous expliquer ces phénomènes, qui restent donc assez mystérieux. Ainsi, dans l'unique dessein de les démystifier, observons d'abord les *prodiges qu'accomplissent ces métamorphoses conceptuelles*, puis tentons de débusquer ces *sortilèges qui les rendent possibles*.

## Les prodiges qu'accomplissent les métamorphoses conceptuelles

Un prodige est un phénomène quelque peu mystérieux ou fabuleux que la science en vigueur ne parvient pas à expliquer. Il faut alors, pour tenter d'y parvenir, s'efforcer d'améliorer cette science, en commençant par décrire le phénomène tout en recherchant ses possibles raisons (ce par quoi commence l'œuvre de démythification), sans s'arrêter à cela que la science en question, en son état actuel, n'accepterait sans doute pas l'explication proposée. Car il se peut que les sciences se trompent; et il advient qu'elles s'amendent.

Or, en l'espèce et en l'état, on peut bien parler des prodiges qu'accomplissent les métamorphoses conceptuelles : prodiges, en effet, parce que certains objets conceptuels parmi les plus importants de notre droit ont pu s'imposer à la conscience et au droit positif comme des vérités sans jamais avoir été élaborés ou définis par des normes de droit positif : cet ordre juridique que l'on dit positif parce que son contenu serait constitué de normes délibérément voulues et posées par les autorités habilitées et relevant d'un ordre effectivement appliqué, globalement, se trouve en réalité mis en forme par des éléments structurels, objets de concepts, qui peuvent n'avoir jamais été dictés par ces normes positives, se contentant d'avoir été inventés par la pure pensée juridique que nous pouvons, collectivement, en avoir. C'est ainsi que le droit paraît bien jouir d'une autre vie et d'une autre substance que celles qui procèdent directement ou exclusivement de ses propres normes positives. C'est là que se tient le prodige, mais seulement au regard de ce que prétend être ce droit positif, et qui ne devrait peut-être pas se définir ou se concevoir de cette manière-là. Et ce prodige stupéfie davantage lorsqu'on observe que ces éléments structurels ne se contentent pas de se poser eux-mêmes, comme par l'effet d'une sorte d'ontogenèse, mais se métamorphosent par eux-mêmes, c'est-à-dire par la seule pensée que nous en avons dans tels contextes donnés, pour donner au droit, selon le temps et ce qui l'accompagne, une autre consistance, une autre perspective, un autre sens.

Si l'on raisonne maintenant plus concrètement à propos de la classification traditionnelle des fonctions administratives, non pas ici pour en discuter la pertinence, mais pour illustrer plus systématiquement le phénomène de ces métamorphoses, on doit alors montrer combien les deux concepts de *police* et de *service public*, qui correspondent en effet aux deux principales fonctions administratives, ont fait l'objet de mutations très profondes entre le moment où ils ont imposé leur existence et leur substance, et aujourd'hui, où leur identification n'est pas si facile à établir, non plus que leur distinction, ni peut-être même leur existence, qui paraît bien menacée en cela qu'ils ne sont certainement plus ce qu'ils ont été.

Mais, auparavant, notons déjà que l'idée d'une classification des fonctions administratives suppose que soit préalablement élaboré le concept de « *fonctions administratives* », au pluriel, quand on ne connaissait que « *la fonction administrative* ». En effet ce passage du singulier au pluriel change complètement le sens du mot « *fonction* ». « *La fonction administrative* » est l'objet d'un concept, constitué par référence au principe de la séparation des pouvoirs, qui permet de

l'opposer à « *la fonction législative* » ou à « *la fonction judiciaire* » ; et l'intention qui anime son élaboration est de spécifier le régime juridique des actes relevant de cette fonction, en tant qu'il est administratif, et non législatif ou judiciaire, tandis que le concept de « *fonctions administratives* » au pluriel, qui n'a jamais été défini normativement, permet de distinguer, au sein de la fonction administrative, plusieurs fonctions substantiellement différentes, comme la fonction de police et la fonction de service public, dualité qui traverse également la fonction législative, puisque les services publics sont régis autant par des lois que par des règlements. Cette notion de « *fonctions administratives* » est, quant à elle, conçue au regard d'une autre référence, qui, comme on va le comprendre, est le principe de séparation entre l'État et la Société, tandis que son intention est de prendre position sur cette dernière question, soit pour cantonner la sphère respective de l'une et de l'autre fonction, soit, au contraire, pour étendre l'emprise de l'une de ces fonctions par rapport à l'autre et par rapport à ce principe libéral de séparation entre l'État et la Société.

C'est ainsi que la métamorphose de cette notion de fonction en général nous a permis de passer du singulier au pluriel, soit de « *la fonction administrative* » « *aux fonctions administratives* » ; et c'est encore cette métamorphose qui a seule permis que soient classifiées les différentes fonctions administratives, spécialement la police et le service public. Au total, c'est encore cette métamorphose et la classification qu'elle permet, qui donnent sens à tout l'appareil politique et normatif de ces deux activités publiques, lesquelles sont comme deux modes d'être et d'action de l'État, bien différents l'un de l'autre. On peut maintenant examiner, mais de façon très sommaire, la façon dont s'est élaborée la classification traditionnelle de ces fonctions administratives, puis évoquer les ébranlements contemporains qu'elle connaît actuellement.

## L'élaboration de la classification traditionnelle des fonctions administratives

Si l'on considère d'un seul mouvement toute la période qui s'étend de la Révolution (en tant qu'elle met fin à l'Ancien Régime et à ses notions) jusqu'à la moitié du xx<sup>e</sup> siècle, on observe deux phénomènes assez étonnants à première vue : d'une part, la négation originaire, par l'ère libérale, de la fonction de police telle qu'on la concevait sous l'Ancien Régime, puis, au début du xix<sup>e</sup> siècle, sa survie locale un peu clandestine ou anormale, au regard des principes de l'époque, puis sa normalisation comme activité administrative locale, et, enfin, sa réapparition inattendue au début du xx<sup>e</sup> siècle, sur le plan administratif non plus local, mais national ; et l'on sait qu'à chaque phase de cette histoire très complexe, la police n'a survécu comme concept de référence qu'au prix de grandes transformations ; puis, d'autre part, au cours de la même période, commence à émerger la notion de service public, issue originairement de la police mais destinée bientôt à s'amplifier puis même à absorber plus ou moins ses origines, c'est-à-dire la police elle-même. Cette période offre donc, au total, le spectacle d'une intense création et de profondes mutations conceptuelles affectant les données centrales de l'action

administrative, sans qu'aucun texte n'ait jamais défini globalement ni la police, ni le service public, ni l'évolution de leurs représentations ou de leurs usages.

Lorsque survient la révolution de 1789, la notion de police existe bien, depuis toujours, au moins depuis la cité grecque, *polis*, qui lui a donné son nom. Chez les Grecs, elle désignait rien de moins que la constitution et le régime politique de la cité-État. Plus tard, la littérature juridique disponible des deux ou trois derniers siècles de l'Ancien Régime atteste qu'elle recouvrait à peu près tout le droit, en connotant une valeur très positive, car on lui imputait l'accomplissement d'une fonction civilisatrice.

En tout cas, la notion de police englobait toutes les règles de droit et toutes les activités publiques imaginables. Selon Domat (1625-1696) qui la décrit au XVII<sup>e</sup> siècle, « *la police universelle de la société règle chaque nation par deux sortes de lois* », qu'il regroupe en droit public et droit privé, et qui couvrent à peu près toutes les matières juridiques connues à l'époque... En revanche, au XVIII<sup>e</sup> siècle et selon Nicolas de La Mare (ou Delamare) (1639-1723) qui publia le premier *Traité de la police*, le droit privé paraît désormais lui échapper. Mais les onze objets de police dénombrés par cet auteur lui conféraient un champ d'intervention considérable, car à peu près *tous les objets possibles de l'action publique* lui étaient attribués. Et elle pouvait mettre en œuvre tous les procédés normatifs, les règlements, les ordonnances, les lois (« *les lois de police* ») y compris certains actes juridictionnels (les « *arrêts de grande police* »), tout comme une multitude d'activités matérielles qui relèveront plus tard des services publics (l'éclairage des rues, la fourniture du travail aux « *pauvres valides* », par exemple). Elle s'appliquait à un nombre considérable de matières, utilisait à peu près tous les procédés, visait tous les buts que l'on pouvait imaginer. Elle était exhaustive de toutes les activités considérées comme publiques, qui elles aussi répondent à un concept hautement évolutif.

Mais, par-delà cette diversité de fins, d'objets, de procédés, quel était le principe de son unité, qui a ultérieurement évolué ?

Le principe de son unité résidait tout à la fois, avec diverses variations selon l'époque considérée, dans son fondement, sa fonction et sa nature : son fondement reposait sur les principes les plus essentiels des civilisations où elle s'exerçait, fondement mythologiques, divins, naturels, religieux, rationnels selon le cas. Les fonctions qui lui étaient assignées à l'égard de la société étaient comparées à ceux de « *l'entendement de l'homme* ». Elle n'était pas autre chose que « *l'âme de la Cité* ». S'appuyant sur Isocrate, le même auteur, Nicolas de La Mare, expliquait que la fonction de police est tendue vers cet « *unique* » objectif : « *elle consiste à conduire l'homme à la plus parfaite félicité dont il puisse jouir en cette vie* », fonction qui préfigure celle que les révolutionnaires attribueront non plus à la police, mais à la Constitution elle-même et à la loi, instruments privilégiés de ce qui sera « *la politique du bonheur* ». Ce changement s'avérera déterminant pour rendre compte de ce qu'est devenue la police après la Révolution.

De façon plus technique, Loyseau (1566-1627), dans son *Traité des Seigneureries* (1609), définit la police comme « *le règlement de la cité* » ; il y voit « *un droit par lequel il est permis de faire d'office, pour le seul intérêt du bien public et sans postulation de personne, des règlements qui engagent et qui lient tous les*

*citoyens d'une ville, pour leur bien et leur utilité commune*». Or cette définition présente encore une grande valeur.

Pour proposer une forme de synthèse de toutes ces caractérisations, on peut, d'une façon extrêmement générale, définir ainsi la police prélibérale comme la fonction sociale constitutive de la cité ou de l'État.

La révolution libérale a fait perdre à la police entendue en ce sens non pas seulement son unité, mais son existence même. Et, si on la retrouve néanmoins après cette révolution, c'est reconfigurée sous des formes extrêmement plus inattendues et plus marginales. Elle a donc subi tout un processus de déconstruction et de reconstruction très partielle, assez complexe techniquement, mais aisé à comprendre dans son fond.

Tout d'abord, la Révolution repose sur une tout autre conception de la société : en tant qu'elle est libérale, cette société est censée résulter d'un contrat social entre ses membres individuels, agissant sur la base de l'autonomie de leur volonté. Relevant en propre de la volonté et des intérêts de ses membres, elle est donc une affaire privée. Ce sont les sujets de droits privés qui, sur la base de la division du travail, mais surtout, juridiquement, sur le fondement du principe de leur liberté et de leur égalité en droits, la constituent entièrement, par eux-mêmes – sauf au législateur à formaliser et sanctionner les règles de droit essentiellement interindividuelles, donc subjectives et privées, qui régissent cette société : l'ordre social n'est pas un ordre public ; il demeure encore un ordre essentiellement privé. Et tout le droit libéral va, après la Révolution, se réorganiser sur la base du principe organique le plus essentiel à son ordre, car assurant la meilleure garantie de l'égalité en droits : le principe de séparation des pouvoirs, qui est en réalité une séparation des *organes* du pouvoir, destinée à concentrer tout le pouvoir normatif entre les mains d'un seul de ces organes, le législateur, qui représente la Nation.

Dans ces conditions, les fonctions de l'État, saisies juridiquement – c'est-à-dire au regard de la loi, puisque tout le droit est dans la loi – deviennent les fonctions de ces trois organes : il n'y a de fonctions de l'État que législative, juridictionnelle et exécutive ou administrative : elles sont définies formellement par la nature des actes qu'elles peuvent édicter, lesquels se caractérisent tous désormais par rapport à la loi (actes législatifs, actes judiciaires ou actes administratifs), et non plus par leurs objets, leurs matières ou par leurs buts, car tout le droit s'inscrit dans la loi ou dans la façon de l'appliquer. La fonction de police, définie matériellement comme la fonction constitutive de la société ou de l'État, n'a plus aucun sens au regard du nouveau paradigme juridique, et n'a plus aucune chance d'exister, *parce qu'elle n'a plus lieu d'être pensée* ; il n'y a plus de raison qu'elle puisse accéder à l'existence conceptuelle et donc juridique : elle est devenue inutile depuis qu'on a la liberté et l'égalité, la Constitution et la loi ; sa survivance contredirait essentiellement le projet libéral qui ne veut pas de fonction publique constitutive de la société, mais une société libre résultant du simple exercice des libertés privées, qui assigne à l'État de « *conserver* » les droits se posant aux fondements du contrat social, tout en devant n'intervenir que le moins possible. En effet, si l'État doit agir, ce n'est pas pour constituer la société, mais simplement pour garantir son ordre, en tant qu'elle est libre et privée, et



seulement lorsque les mécanismes statutaires de l'ordre privé s'avèreraient inaptes à le prémunir, quant à ses éléments constitutifs les plus essentiels – ceux qui sont considérés comme relevant précisément de l'ordre public –, appelant alors une intervention de police, exceptionnelle et minimale, mais dotée de toute la force de la puissance publique.

L'ancienne notion de police comme fonction constitutive de la cité ou de l'État éclate donc au moment de la Révolution, et on ne s'y réfère plus comme à un objet juridique pertinent. Néanmoins, la mention que peuvent en faire certains textes, comme le code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV, lui fait subir tous les effets du principe de séparation des fonctions de l'État : pour ce code, la police n'est pensable qu'à travers le prisme de ce principe de séparation : elle ne peut être saisie que sous la forme, d'une part, de la police judiciaire, chargée de préparer la mise en œuvre de la répression judiciaire, et, d'autre part, sous une autre forme qui, si elle n'est plus judiciaire, ne peut être qu'administrative, mais ici entendue de façon très restrictive, comme simple surveillance préventive. Mais le principe des définitions de cette police judiciaire et de cette police administrative est formel dans la mesure où il se fonde sur la spécificité de régimes de ces deux formes de police. Par ailleurs, et surtout, les textes ne cherchent pas à établir le lien, qui ne pourrait être que matériel, entre les trois formes de police que pourraient être une police législative, une police judiciaire et une police administrative. Mais, après la Révolution, évoquer une police législative serait certainement déplacé, car la loi est un instrument de la garantie des droits, tandis que la police est désormais perçue comme un moyen de leurs restrictions ; quant à en appeler à une police administrative comme fonction de réglementation, cela n'aurait guère eu de sens quand toute la structure normative de l'époque s'appliquait à écarter l'exécutif et l'administration de la production normative, surtout dans les matières où les libertés sont en cause. D'ailleurs c'est à peine si les autorités exécutives disposaient, au moins à l'origine, d'un pouvoir réglementaire. La police en général, et en tout cas sur le plan étatique, avait donc vécu. L'entrée « *Police* » n'existe d'ailleurs pas dans le *Répertoire Dalloz* de 1825.

Néanmoins, la police a tout de même survécu à la Révolution, mais seulement dans un ordre juridique qui, précisément, avait plus ou moins échappé à l'emprise de l'ordre constitutionnel et du principe de séparation, dans la mesure où il était essentiellement privé. On veut naturellement évoquer ici l'ordre juridique communal, qui n'était lui-même que l'organisation d'une sorte de liberté collective, précisément désignée comme liberté locale et traitée constitutionnellement sous la rubrique de « *l'état des citoyens* ». Henrion de Pansey, ancien premier président de la Cour de cassation, et également ancien conseiller d'État, avait parfaitement expliqué la nature de ce « *pouvoir municipal* », auquel il consacra, en 1820, un ouvrage fameux décrivant ce pouvoir comme un « *quatrième pouvoir* ». En effet, le maire pouvait prendre des règlements, normes générales et impersonnelles, comme le sont les lois ; il pouvait encore veiller à leur exécution, comme le ferait un organe exécutif, et il était encore compétent sur le plan judiciaire, et, en tant qu'officier de police, pour jouer un rôle dans la partie contentieuse de la police, devant le tribunal de police. Ainsi, il continuait de concentrer entre ses mains les trois sortes de pouvoirs que le principe de séparation avait distingués. Et

comme il les exerçait lui-même tous plus ou moins dans le cadre de la commune, il se situait en marge de ce principe, en constituant précisément ce « *quatrième pouvoir* ». Dans ces conditions, la définition de ce pouvoir municipal devait bien, en tant qu'il était municipal et non encore réellement administratif, faire l'objet d'une caractérisation formelle; mais, en tant qu'il constituait la mise en œuvre d'une fonction de police, il pouvait encore faire l'objet d'une définition matérielle. Or, à cet égard, la fonction de police municipale constituait l'assez exacte survivance, mais seulement au plan local, de l'ancienne fonction de police de l'État de l'Ancien Régime, assez largement oubliée – sauf dans certains discours doctrinaux.

À partir de cette époque, la police en général commença à se concevoir, dans sa nature même, comme *essentiellement* municipale; et elle a eu une forte tendance à se fixer ultérieurement sous ces traits. En tout cas, c'est une conviction qui demeure aujourd'hui, d'une façon plus ou moins raisonnée, alors que depuis longtemps la police n'est plus seulement municipale. Néanmoins, l'ancienne conception de la police, très large, a continué à perdurer dans l'esprit de plus d'un auteur. Ainsi, le *Répertoire Béquet* de 1905, sous l'entrée « *Commune* », en dresse un tableau qui ressemble, sur le plan du contenu ou de l'objet, à celui de la police de l'Ancien Régime. Curieusement, la définition que fournit ce *Répertoire* s'applique aussi à la police de l'État, alors que celle-ci n'avait plus lieu d'exister après la Révolution; mais cette définition reste intéressante et offre encore, à cette époque, l'intérêt de montrer que c'est au niveau seulement municipal que la police présente, en droit positif de cette période, un tel contenu et un tel objet qui iront en s'amenuisant tout au long du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle.

Néanmoins, une autre forme de la notion de police commença à apparaître au plan national. Elle a découlé des initiatives prises par les titulaires du pouvoir réglementaire national, soit pour exécuter les lois, soit pour prendre, à la place des lois, des règlements autonomes. Ces initiatives furent d'abord sanctionnées politiquement et juridiquement, jusqu'à ce que le Conseil d'État, par le fameux arrêt *Labonne* de 1919, reconnaisse précisément ce pouvoir au chef de l'État en matière de police, comprise par transposition de la police municipale, elle-même cantonnée, désormais, dans certaines activités ou pouvoirs.

Il se fit alors que, sans texte, la police générale conçue comme une activité locale se transportât au plan national, mais avec une emprise nettement plus restreinte. Il advint alors que la construction intellectuelle de la police, bien différente de celle de l'Ancien Régime, en fit une fonction, subsidiaire mais très impérative, assez strictement réduite aux seules mesures acceptables par la doctrine libérale: elle n'avait plus rien à voir avec la police universelle de l'Ancien Régime: elle se cantonnait à la protection ou au rétablissement de *l'ordre public conçu comme l'ensemble des conditions minimales de possibilité de l'ordre social privé libéral*.

Mais, dans le même temps, émergeaient peu à peu les fondements de la future notion de service public, par dérivation de la fonction de police, de façon assez discrète et naturelle initialement, mais d'une portée de plus en plus considérable. Ainsi, tandis que la police était enfermée dans les limites que lui assignait le libéralisme et dont elle ne sortira plus vraiment après le début du XX<sup>e</sup> siècle, la notion de service public se voyait virtuellement dotée d'une force séminale



extraordinairement puissante, auquel le libéralisme ne pourra résister qu'en se transformant assez radicalement, avant que le néo-libéralisme, plus tard, c'est-à-dire aujourd'hui, inflige au service public – et à la police – des cantonnements et des disciplines jusque-là inouïs.

L'histoire de la notion de service public illustre, elle aussi, remarquablement ce phénomène des métamorphoses conceptuelles. Mais cette histoire n'est pas dissociable de celle de la notion de police.

Tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, si l'État, encore pure puissance publique, ne pratiquait guère d'activités matérielles, les communes au contraire exerçaient assez abondamment et ordinairement, depuis longtemps, des activités matérielles, plus modestes, consistant à rendre des *services au public*, comme le service des pompiers, le bureau des nourrices, le mont-de-piété, les écoles, le bureau de bienfaisance, et, à certains égards, les prisons locales, etc. Mais, pour autant, ce n'étaient pas encore des activités de service public, au sens que cette notion commencera à revêtir à partir de l'articulation des deux siècles : elles relevaient pleinement de la fonction de police au sens le plus ancien qui fût, en tant que fonction sociale constitutive de la cité.

Mais, sans que le législateur ne l'eût décidé de façon directe et délibérée, le traitement juridique de ces activités matérielles subira deux évolutions quasi concomitantes, sous l'effet de divers facteurs : elles vont se voir conceptuellement regroupées sous l'égide d'une nouvelle notion, transitoire quant à elle et qui était jusque-là inutile, puisque celle de « *police municipale* » ou de « *quatrième pouvoir* » suffisait à cela : elles vont être pensées comme actes matériels, ou « *actes de gestion* » par opposition aux actes prescriptifs, désignés pour lors d'« *actes d'autorité* ». Il y avait à cela une raison assez simple, tenant à la nécessité de déterminer un critère de compétence juridictionnelle entre les deux ordres de juridictions : le juge administratif devait pouvoir connaître des actes unilatéraux, actes d'autorité (sous la réserve importante du recours parallèle exerçable devant le juge judiciaire qui, à l'occasion d'une poursuite pénale pour méconnaissance d'une règle de police, pouvait, par voie d'exception, en apprécier la légalité), tandis qu'il pouvait abandonner au juge judiciaire la connaissance des litiges relatifs aux activités de gestion, tout à fait semblables à celles que peut accomplir toute personne privée. En tout cas, la police municipale comme quatrième pouvoir était en train de se disloquer par infiltration en son sein de ce principe si libéral de la séparation de l'État et de la Société, qui reprend et accentue la séparation du public et du privé, de l'*imperium* et du *dominium*... La police municipale de la première partie du XIX<sup>e</sup> siècle subissait ainsi une profonde mutilation conceptuelle.

Dans le même temps, une autre évolution, bien plus déterminante encore, commençait à se former : elle consistait à faire valoir que les actes de gestion accomplis par la puissance publique présentaient, à raison des modalités de leur mise en œuvre précisément par la puissance publique, une spécificité remarquable qu'Hauriou, avec son opuscule sur la « *gestion administrative* », a mise en valeur pour en attirer le contentieux dans la sphère de compétence du juge administratif. Déjà, le commissaire du gouvernement David avait avancé l'idée, dans l'affaire *Blanco* où il fut suivi à cet égard, que la notion de service public pouvait constituer le critère de répartition de compétence entre les deux ordres

de juridictions. Puis Romieu développera cette notion, qui se chargera d'une épaisseur et d'une portée bien plus considérables lorsque les notions de « *gestion administrative* » et de « *service public* » opéreront leur jonction – d'ailleurs temporelle, car un peu plus tard, elles cesseront de coïncider exactement lorsque sera imaginée cette notion de « *gestion privée du service public* ». Alors, en même temps que s'affirmera davantage le principe selon lequel la compétence suit le fond, le droit administratif se construira progressivement sur l'unique fondement du service public. Et, dès avant l'élaboration ultime du concept de service public par l'École du service public, cet objet deviendra l'un des plus importants du droit administratif français. Le concept de « *service public* » remplira trois fonctions essentielles : il sera donc tenu pour le fondement du droit administratif ; il sera le critère de son champ d'application en même temps que le critère de délimitation des compétences des deux ordres de juridiction. Et toute l'École du service public travaillera, jusqu'à une systématisation extrême, à renforcer cette coïncidence qui deviendra de droit positif, mais sans que celui-ci reprenne à son compte toutes les implications de ces vues quelquefois très systématiques.

Mais l'élaboration de cette notion de service public aura deux autres effets sur la notion de police : par la jurisprudence que chacun ici connaît parfaitement, il est apparu que ces actes communaux de gestion pourraient devenir eux aussi des actes de gestion administrative. Car, pour lors, les communes qui demeureraient plus ou moins, dans les esprits, ce qu'elles étaient sous l'Ancien Régime et qu'elles sont restées encore par la suite, c'est-à-dire des associations de propriétaires, ne relevaient pas encore de l'administration. Leur intégration pratiquement complète dans la sphère administrative fut réalisée par les fameuses jurisprudences *Terrier* (CE 1903), *Feutry* (TC 1908), *Thérond* (CE 1910). En même temps, cette évolution accentuera encore la dislocation de la police municipale comme fonction locale constitutive d'ordre social, puisque ces actes de gestion devenus actes de gestion administrative furent littéralement aspirés dans l'orbe éminemment attractif du service public, nébuleuse encore un peu gazeuse, mais en voie de solidification et d'opposition de plus en plus marquée à la police.

Démembrée de ses procédés matériels de prestations, la police municipale se cristallisa peu à peu sur l'idée d'un pouvoir assez strictement normatif, qui l'attachait à la notion d'actes d'autorité. Ainsi, en même temps que l'administration locale devenait publique, la police municipale rentrait dans la norme : elle n'était plus ce quatrième pouvoir un peu incongru, avatar monstrueux du principe de séparation entre le public et le privé, résistant au principe de séparation des pouvoirs : elle devenait elle aussi une activité de puissance publique administrative, alors que sa puissance, au niveau local, n'était, à l'origine, précisément pas publique, mais bien plutôt privée comme celle qui émane de la propriété, du *dominium* et non de l'*imperium*, voire de la famille, du contrat ou de la liberté – justement la *liberté* locale bien entendu.

L'esprit libéral commençait donc à se réconcilier avec une police municipale devenue plus normale à ses yeux. En effet, celle-ci se voyait mise au service d'une société avant tout privée dont elle devait ne sauvegarder que ce que celle-ci concevait comme sa part la plus précieuse, l'ordre public, qui n'est que la partie publique d'un ordre social essentiellement privé. Dans le même temps et

selon le même esprit, le contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif commençait, au nom de la liberté et de la légalité, à resserrer sur elle son emprise, pour en faire un pouvoir acceptable, c'est-à-dire arraisonné et limité. Dès que cette évolution fut acquise ou en voie d'acquisition, il devenait définitivement impensable qu'elle pût encore être, à proprement parler, une fonction constitutive d'ordre social. Elle devenait une fonction d'ordre, mais *d'ordre public*, soigneusement tenue à l'écart de l'ordre social, qui devait rester essentiellement privé, et, comme tel, placé entre les mains et sous la responsabilité première des sujets libres et égaux formellement. Selon une formule qui mérite de passer les siècles, car elle est à peine caricaturale de l'état des convictions prévalant à cet égard au début du xx<sup>e</sup> siècle, sa fonction consistait simplement à « *chasser du trottoir, mendiants, camelots et souteneurs* », ce qui nous conduit assez loin de la « *fonction civilisatrice* », de « *l'âme de la cité* », qu'on lui reconnaissait un siècle auparavant !

En même temps, mise au pas par l'esprit libéral, elle devenait un modèle pour l'administration d'État, qui n'avait pas de police semblable à ce qu'elle avait été localement. Il fut donc entendu que l'équivalent du maire au plan administratif départemental devait être le préfet (*Commune de Nérès-les-Bains*, CE 1902), le Conseil d'État pouvant néanmoins se prévaloir ici de l'article 99 de la loi municipale de 1884, autorisant le préfet à faire des règlements de « *police municipale* »). Puis c'est au plan national qu'une police générale fut érigée et confiée au président de la République (avec l'arrêt *Labonne* de 1919), mais cette fois sans que celui-ci puisse se prévaloir d'une base légale, sauf à admettre que l'on puisse transformer sa compétence d'exécution des lois en une compétence réglementaire autonome, n'exécutant précisément aucune loi particulière, ce qui ne fut qu'un tour de passe-passe juridictionnel et jurisprudentiel.

La structuration des fonctions de l'administration commençait donc à se stabiliser sur le modèle d'une dualité mettant en jeu la police et le service public. Ces activités, qui n'étaient pas encore tout à fait des fonctions, mais plus strictement des prérogatives dans un cas, et des prestations dans l'autre, n'étaient cependant pas tout à fait parallèles. L'idée de fonction appliquée à l'administration n'était guère admissible pour l'esprit libéral : l'administration n'a que les attributs, voire les compétences et les pouvoirs que la Société lui reconnaît pour le propre intérêt de cette dernière, de façon très soigneusement limitée, car la puissance publique demeure dangereuse pour l'esprit libéral. Il n'était donc pas question de lui reconnaître une fonction au sens propre, ce qui l'eût renforcée et autonomisée, et surtout pas une fonction publique de constitution sociale comme elle avait pu l'être antérieurement.

Mais ce qui est justement remarquable est, d'une part, cette sorte de renversement des prévalences axiologiques, politiques, et juridiques, entre le service public et la police, et, d'autre part, la substitution du service public à la police dans ce rôle de fonction publique de constitution sociale. Naturellement, jamais ces changements hautement significatifs des rapports entre l'État et la Société, jamais l'apparition de ces fonctions administratives présentant une telle portée pratique, en droit positif, n'ont été prescrits ou envisagés par la moindre norme constitutionnelle ou législative. Le souverain ne s'est pas prononcé sur ces questions cependant revêtues d'une grande importance doctrinale, politique et pratique. Il

n'a d'ailleurs jamais défini, sur un plan général, ni la police, ni le service public, ni l'ordre public, ni l'intérêt général, qui se tiennent cependant au fondement ou à la fin de toutes les actions publiques. Et cela ne manque pas de susciter quelque doute sur la pertinence des doctrines volontaristes du droit qui entendent l'imputer entièrement à des actes de volonté du législateur ordinaire ou constituant. On ne peut que constater que sa volonté a été singulièrement défailante sur ces données parmi les plus essentielles de l'ordre politique et juridique, bien plus assurément que celles qui règlent, par exemple, la procédure législative ou la procédure électorale des sénateurs.

Le renversement des prévalences entre la *police* et le *service public* ne s'est pas effectué immédiatement ; mais lorsqu'il fut lancé, il parut irrésistible. Tout au début du processus de cette évolution, il pouvait même apparaître que le principe de légitimité de la création d'un service public pouvait se trouver dans la police elle-même ou dans des motifs d'ordre public. Car le service public, qui allait devenir, aux yeux des libéraux les plus lucides, une véritable fonction publique de constitution sociale, ne jouissait guère, initialement, de légitimité dans l'esprit libéral du début du <sup>xx</sup>e siècle. Il fallait donc avancer des motifs fortement justificatifs pour légitimer et fonder en droit libéral l'intervention d'un service public. C'est la raison pour laquelle on ne manqua pas, alors, d'invoquer par exemple la sécurité des personnes ou des biens, la protection de la propriété, le ravitaillement de la population, la salubrité publique, puis par glissements imperceptibles, la santé publique, qui avaient été et restaient des motifs d'ordre public justifiant des mesures de police, et qui pouvaient donc, *a fortiori*, justifier des interventions publiques plutôt moins contraignantes, apparemment, et plus serviables que celles de la police.

C'est ainsi que la police ou l'ordre public fut le premier fondement du service public et que l'on eut, pendant quelque deux décennies au moins, des « *services publics à but de police* ». Mais ces services publics à but de police finirent par constituer en quelque sorte le cheval de Troie des services publics dans la forteresse de la police libérale et, plus généralement, dans l'ordre des fonctions administratives au sein desquelles ces services prirent leur totale autonomie par rapport à la police.

Puis, assez rapidement et très puissamment, c'est le phénomène inverse, et donc une autre métamorphose, que l'on a constaté, de manière bien plus significative : peu à peu, la police a dû chercher dans le service public le fondement de sa légitimité. Car, enfin, on tenait avec le service public le moyen d'ordonner toute la puissance publique à des fins universelles d'intérêt général : la puissance publique se voyait ainsi assujettie à autre chose qu'elle-même ; elle perdait son autonomie et peut-être même sa souveraineté. Désormais, elle devait se comporter comme si sa légitimité et la légalité de ses actes n'allaient plus de soi et devaient se justifier, c'est-à-dire se subordonner à plus fondamental, à plus fondateur, à plus inconditionnel qu'elle-même, à plus puissant que sa propre puissance : elle devenait l'instrument d'une fonction hétéronome à elle-même, qu'elle devait servir, au lieu de pouvoir s'imposer *ex officio* ou *per se*. Le souverain a-t-il jamais ordonné cette transformation de son propre statut moral, politique et juridique ? L'a-t-il jamais acceptée ? L'a-t-il seulement perçue ?

Par la force des choses, si le but de la police devait correspondre à un service rendu au public, la police devenait elle-même, irrésistiblement, un service public. Et la dualité des fonctions administratives se ramenait en réalité à une unité. Et cela ne pouvait que réjouir le courant doctrinal et idéologique auquel s'alimentait la théorie du service public : la subordination de la puissance publique à un service constituait déjà une grande victoire idéologique et politique, très progressiste en elle-même ; mais, en outre, l'esprit dogmatique y trouvait une grande satisfaction, car enfin tout le droit de l'État, tout le droit administratif en tout cas, se trouvait sublimé en un principe unique, *le service public*, notion unitive de toute l'action publique et de son droit, exprimant d'un mot valorisant toute sa substance, délimitant selon un principe potentiellement très extensif le champ d'intervention, dans le social, de l'administration, et de son droit administratif, élucidant enfin le principe d'unité de ce droit en reconstruction permanente et offrant aux juridictions le critère délimitant leurs compétences respectives. On ne pouvait guère trouver mieux. Ce fut la cause de l'immense succès, si ce n'est du triomphe impérial, du service public, *alpha* et *oméga* du droit administratif.

On comprend alors la substitution radicale qui s'est opérée entre la police et le service public. La fonction publique constitutive par excellence de la cité comme État et comme société, enfin réintégrés l'un dans l'autre, était devenue le service public lui-même. En réalité – mais la doctrine dominante qui était acquise au service public n'a pas voulu l'admettre ni même le voir –, le service public n'a affecté l'ordre social libéral, au moins dans les premières décennies de son triomphe, que de manière ponctuelle et non unitive : les services publics, en tant que mode de réalisation d'un processus d'égalisation des conditions économiques, sociales, culturelles, a bien affecté l'ordre primaire libéral, mais simplement en construisant en son sein des ordres juridiques secondaires habilités à déroger ponctuellement, dans certains secteurs de la vie sociale, à cet ordre juridique primaire, et à son principe de l'égalité libérale formelle. Ainsi les deux esprits, *libéral* et *social*, ont-ils pu s'articuler assez convenablement, sous la domination de l'ordre juridique primaire, consentant à – et mesurant – cette dérogation au principe de l'égalité libérale, dans toute la mesure nécessaire à la réalisation de tel but ponctuel d'égalisation des conditions, dans tel ou tel secteur de la vie sociale.

Et cette dualité des ordres juridiques, primaire et secondaires, s'avère fort éclairante, car elle cantonne la police, comme fonction disciplinaire, dans l'ordre primaire, tandis que le service public accomplit ses fonctions statutaires essentiellement au sein de et par ces ordres secondaires, de sorte que, contrairement à ce que postule la doctrine du service public, il n'y a pas qu'un seul droit administratif, mais bien deux, en tout cas deux champs différents pour son déploiement : le droit administratif de l'ordre primaire et le droit administratif des ordres secondaires, les règles de ces deux droits apparaissant très ou assez spécifiques, par exemple en matière de détermination des compétences, des motifs d'intervention, des modalités d'action, des buts assignés aux actes, des principes de responsabilité...

Néanmoins, ce triomphe du service public ne dura pas. On ne retracera pas ici les déboires de la notion de service public comme critère universel de toutes les questions de droit public, qui sont très bien connus dans ce palais. On suggérera simplement certaines clés de compréhension de cette crise existentielle.

Surtout, il paraît bien plus important de montrer qu'il se produit sous nos yeux – qui toutefois se trouvent encore trop proches du phénomène pour bien le voir –, une autre crise bien plus significative encore, car elle n'est plus seulement existentielle mais essentielle.

## Les ébranlements contemporains de la classification traditionnelle des fonctions administratives

Ces ébranlements contemporains de la classification traditionnelle des fonctions administratives affectent autant le service public que la police. En effet, cette dernière est elle aussi entrée dans une sorte de crise, concomitante et corrélative à celle du service public, mais moins visible, car elle n'a jamais joué, pour la qualification des autres grandes notions du droit administratif et pour la détermination de la compétence du juge administratif, les rôles qui ont été et restent en partie ceux de la notion de service public : la notion de police est essentiellement conceptuelle, et non technique, tandis que la notion de service public présente ou a entendu présenter les deux qualités, selon les rôles que l'on veut lui faire jouer.

La police a donc commencé à traverser une crise d'identité conceptuelle très tributaire de la crise affectant le service public lui-même, dont les principes de définitions ont varié, sans qu'un accord général ne se forme à cet égard. Car, selon la façon dont elle est conçue, elle peut aussi bien s'opposer à la police que l'englober, comme on peut aisément le constater en consultant la quasi-totalité des manuels de droit administratif. En effet, après avoir expliqué que les fonctions de l'administration sont, d'une part, la police et, d'autre part, le service public (en commençant le plus souvent, et contre toute attente, par le service public, alors que, historiquement, il lui est postérieur), ces ouvrages poursuivent l'analyse de la police en énonçant qu'elle est un service public. Dans ces conditions, et du fait de cette incorporation de la police dans le service public, l'identité spécifique de la police se trouve niée, au moins tant qu'il n'est pas expliqué si ou pourquoi elle pourrait être un service public tout à fait particulier. Mais on comprend aussitôt que si les deux fonctions de police et de service public peuvent être présentées dans un premier temps comme distinctes, puis dans un second temps comme assimilables l'une par l'autre, il doit exister, à tel ou tel stade du raisonnement, une faille consistant à donner deux sens ou deux objets différents à la même notion. On ne pourra pas ici entrer dans ce débat. Mais on observera, au regard de notre propos qui se concentre sur le phénomène des métamorphoses, que le service public au sens de *service rendu au public*, qui était autrefois une manifestation de la police, au moins municipale, est parvenu à traiter la police comme une de ses propres formes. On mesure donc le renversement des ambitions : la police, notion originellement englobante, au moins sur le plan local, devient englobée. Or, là encore, aucun texte normatif n'a jamais décidé de ces évolutions, alors que les implications positives en sont tout à fait évidentes sur ce plan technique. Il en va ainsi, par exemple, relativement aux conditions de légalité de la création d'un service public, de police ou non, ou des modalités de gestion du service public de police.

Le service public, qui n'existait donc pas en tant que concept élaboré avant la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, prétend désormais tout absorber en son sein, bien que son existence sur un pied aussi général et exhaustif ne soit pas formellement normative. Elle a donc par elle-même réussi à émerger à l'existence, puis à se poser comme l'autre fonction administrative, parallèlement à la police ; puis, par une nouvelle métamorphose amplifiante, le concept de service public a prétendu s'assujettir la police elle-même. Mais, pas davantage que les autres, cette métamorphose n'a été décidée normativement, alors qu'elle n'a pas été sans conséquences sur le droit de la police, sur son régime, en particulier quant à la légalité de ses initiatives ou ses responsabilités. Aucune norme n'a autorisé le service public à absorber toute autre activité publique, y compris la fonction législative et la fonction juridictionnelle. Ainsi aucune réforme constitutionnelle ne nous permet de parler du « *service public de la justice* », du « *service public de la législation* », ou du « *service public du fisc* », ou du « *service public de la défense* ». Pour ce qui touche simplement à l'absorption de la police par le service public, on mesure assez bien, en tout cas, l'étendue et la portée de la métamorphose subie ou réalisée par le concept de service public : le concept de service public a fini par réussir à intégrer en lui ce qu'il avait initialement présenté comme son opposé, la police ; puis ce concept de service public, mais qui n'est alors plus exactement le même, a réussi à incorporer et assimiler en lui-même ce qu'il nous disait lui être hétérogène, la police. Quel législateur a autorisé cette mutation radicale, qui ne pouvait être sans conséquences sur la façon de concevoir et de déterminer, en droit positif, le sens de la fonction de police, ses pouvoirs, ses fins et ses raisons d'être – en un mot son droit ?

Une autre série de causes est venue affecter l'identité des deux notions considérées ; et cette fois la crise qui en résulte n'apparaît plus simplement existentielle, mais essentielle, même si elle n'a pas encore développé toutes ses virtualités. Et elle est essentielle en cela qu'elle est en train de remettre en cause les caractères propres et distinctifs de la police et du service public, tels qu'ils ont été naguère conçus, et, par suite, le principe d'une classification duale de ces fonctions. C'est en effet la mutation des contextes politiques, sociaux et juridiques par rapport auxquels ces deux notions ont été conçues qui les ont directement affectées dans leur identité.

On sait en effet qu'un concept est toujours élaboré par rapport à une référence donnée, choisie plus ou moins consciemment par les auteurs de l'élaboration conceptuelle, car elle porte sens pour eux, alors qu'ils ont toujours en vue, délibérément ou non, quelque finalité. On sait ainsi que la notion de « *fonctions administratives* », en tant qu'elle oppose le service public à la police, correspond à un concept conçu au regard de la question des rapports entre l'État et la Société, dont la pensée libérale et la pensée socialisante n'ont pas la même représentation, ni les mêmes intentions quant aux modalités selon lesquelles l'une et l'autre entendent les organiser.

La pensée libérale n'a commencé à admettre la *police* que lorsque le droit libéral eut réussi à la cantonner dans un rôle minimal, destiné à garantir l'existence d'un ordre privé libéral, qui n'en avait besoin que très subsidiairement : la police n'était acceptable par cet ordre que si elle était strictement

ordonnée à la protection de l'égle liberté formelle, elle-même conçue comme un pouvoir privé d'autodétermination, par tous les sujets, de leurs fins et des moyens aptes à les atteindre : l'ordre public ne recouvrait qu'une étroite partie de l'ordre privé. La police telle qu'elle fut alors conçue répondait à ce contexte, en restant modeste dans ses ambitions, quoique très impérative lorsqu'elle se trouvait sollicitée.

De son côté, la fonction de *service public*, elle aussi conçue au regard de la même référence, avait pour objet d'assurer, dans les ordres juridiques propres à chaque service public, une autre conception de l'égalité et de la liberté : non plus une égalité formelle *des* droits, mais une égalité-égalisation des conditions économiques, sociales, culturelles ; non plus une égalité formelle *du* droit, mais une égalité-différenciation des règles, selon les situations des uns et des autres, afin d'assurer l'égalité des chances, et bientôt, mais très ponctuellement, une égalité-discrimination pour obtenir une égalité des résultats. Non plus une liberté-autonomie privée, mais une libération par la puissance tutélaire, de tous les maux d'une société libérale n'ayant pas tenu, au profit de tous, les promesses de la liberté-autonomie du sujet, libre de déterminer ses fins et moyens sous sa seule responsabilité : la liberté est ainsi devenue, dans la conception dominante que s'en font aujourd'hui ses titulaires, une simple non-contrainte, mais assortie, désormais, d'une autre promesse : celle de pouvoir librement accéder à tous les bienfaits de la vie, pour les obtenir directement de la puissance tutélaire, ou des tiers qu'elle peut obliger à cet effet.

Ce qui concrétise essentiellement les mutations conceptuelles en cause est le fait que les ordres juridiques propres à chacune de ces fonctions, ordre juridique primaire pour la police et ordres juridiques secondaires pour les services publics, ont commencé à brouiller leurs frontières : dans la société *sociale libérale*, les ordres juridiques secondaires ont investi presque tout le champ social, et il ne reste plus guère de lieu juridique où persiste à s'affirmer le principe de l'égle-liberté formelle, qui est le contexte référentiel de la police ; l'ordre juridique primaire n'est plus le lieu de l'égle liberté privée, rétive à l'intervention publique de police ; cette liberté d'antan est désormais admise en non-valeur ; et d'ailleurs, dans cet ordre, la liberté, lorsqu'elle subsiste, spécialement la liberté économique prise comme liberté de la concurrence, est devenue d'ordre public, même pour ceux censés en profiter, mais qui y sont aussi assujettis. Pour tous, la puissance tutélaire, agissant par des règles que l'on ne sait plus si l'on peut les faire relever de la police, commence à imposer dans l'ordre primaire les obligations propres à assurer l'égalisation des conditions. Ainsi, toutes les césures et toutes les différences qui ont porté la police d'une part et le service public d'autre part se brouillent progressivement : ce n'est plus la société qui se donne un État, mais l'État qui se constitue une société ; l'ordre primaire ne se distingue plus trop des ordres secondaires qui l'ont presque totalement investi ; et si la liberté est d'ordre public, l'ordre public devient l'instrument de réalisation des droits ; et il ne se contente plus d'intervenir à la marge, en respectant le principe de tempérance de la police : l'ordre public tend à investir tout l'ordre social ; le disciplinaire et le statutaire paraissent échanger leur rôle, le privé et le public se mélangeant au point que l'on ne voit plus trop ce qui reste de privé dans la liberté, ni de public dans le service public.



Il se pourrait donc, à terme, que la police et le service public aient vécu comme mode de détermination duale des fonctions de l'administration, pour donner lieu, peut-être, à leur ultime métamorphose.

On peut donc, maintenant, d'une façon plus générale et abstraite, chercher à mieux comprendre ces sortilèges intellectuels et juridiques qui produisent ces métamorphoses conceptuelles.

## Les sortilèges qui produisent les métamorphoses conceptuelles

Sortilèges que, librement, on tiendra soit pour des maléfices s'ils sont jugés faire obstacle, obscurément et malignement, à la révélation de ce que l'on peut penser être la vérité du droit, soit au contraire pour des enchantements si on leur reconnaît le mérite de révéler ou au moins de mieux faire comprendre pourquoi ils ne sont pas facilement compréhensibles au regard de cette vérité établie. Sortilèges en tout cas tant qu'on ne les comprend pas bien au vu de ce que l'on sait ou croit savoir du droit, de sorte que, pour tenter de démystifier ces sortilèges, pour essayer de passer des ténèbres à la lumière, il faut d'abord métamorphoser l'alchimie en chimie.

La question principale est donc de savoir pourquoi les concepts juridiques peuvent se métamorphoser, au point que l'on a déjà entrevu. Mais, intuitivement, il semble que la réponse à cette question première se trouve sans doute dans les raisons mêmes qui expliquent l'existence des concepts. Pourquoi y a-t-il donc des concepts en droit ? Pourquoi apparaissent-ils et comment se forment-ils ? Qui les élabore et dans quelle intention ? Comment peuvent-ils évoluer à ce point que l'on puisse évoquer à ce propos cette notion de « *métamorphose* » ? Et que sont en définitive ces concepts ? Surtout : Que nous disent-ils du droit ? Sont-ils nécessaires en droit ou au droit pour que celui-ci puisse exister et opérer ? Ou bien sont-ils superflus pour le droit, comme le serait la connaissance de quelque chose qui existerait nécessairement par soi-même, sans attendre que cette connaissance même s'affirme, un peu comme les astres qui, pour briller et se mouvoir au firmament, n'ont nullement besoin de l'astronomie – et encore moins de l'astrologie ?

Là encore, il n'y a donc de sortilèges que tant que l'on reste incapable de les expliquer. Et, de fait, si l'on persiste à penser que le droit se réduirait à l'ensemble de ses normes positives, on ne peut comprendre comment peuvent se produire ces métamorphoses conceptuelles que le droit positif n'ordonne pas et qui cependant se réalisent en entraînant nombre d'effets positifs, indirects ou directs.

On doit donc ici expliciter d'abord les conditions qui rendent possible l'intervention de ces métamorphoses, pour rechercher ensuite les implications qu'elles comportent quant à ce que, dans ces conditions, peut bien être le droit.

## Les conditions rendant possibles les métamorphoses conceptuelles

Les métamorphoses sont possibles en raison même de ce que sont les concepts juridiques et qui les fait apparaître comme essentiellement évolutifs, dès lors qu'on en souligne les modalités de formation.

Pour définir les concepts et les caractériser, il convient pour commencer de se référer à l'étymologie du mot : « *concept* » vient de l'association des deux mots latins, *cum*, « ensemble », et *capere*, « prendre », « saisir » – ou « capter » ; on voit alors que le « *concept* » comme action, c'est-à-dire la conceptualisation, désigne cette opération mentale par laquelle le sujet qui conçoit saisit ensemble des éléments qui, sans cet acte de saisie, resteraient des éléments épars, comme étrangers les uns aux autres, dépourvus de consistance ou de dimension communes, ou exempts de ce sens partagé que révèle précisément cette conceptualisation. Le concept comme action est donc une *captation* par la raison des liens qui s'établissent ainsi entre ces éléments égarés qui se polarisent alors les uns par rapport aux autres, en vue de former quelque chose d'autre, que l'action de penser élabore tout en le mettant à jour.

En tant que résultat de cette opération, le concept correspond à la constitution mentale et à la formalisation verbale d'un objet, fait de ces éléments, qui accèdent ainsi à une compréhensibilité qui ne pourrait s'affirmer sans cette opération et son résultat. D'ailleurs, le mot « *comprendre* », constitué des deux mots *cum* (« avec ») et *prehendere* (« prendre » ou « saisir ») signifie exactement la même chose que concevoir : comprendre, c'est « *prendre ensemble* » des données qui ne se présentaient pas spontanément comme susceptibles de se voir liées ou reliées les unes aux autres. On comprend donc que « *comprendre* » au sens d'accéder à l'intelligibilité d'une chose, dépend donc d'une opération de conceptualisation, ou de détermination d'un concept : *le concept permet ainsi de comprendre*. D'ailleurs, pour désigner le fait de comprendre quelque chose, la langue la plus simple utilise aussi le terme « *saisir* » ; en langue allemande également, *begreifen*, qui signifie « *comprendre* », « *saisir* », « *concevoir* », a donné *Begriff* qui signifie « *concept* » ; tandis que selon la langue française familière, qui ne se trompe pas non plus, le fait de comprendre quelque chose se dit également « *capter* ». Loin d'être un obstacle à la saisie ou la cause d'une difficulté de compréhension, le concept *est* la saisie même d'un objet et donc le moyen de sa compréhension.

Mais il n'est pas que cela. Car il faut encore comprendre comment il procède, sur quelles bases et selon quel dessein.

La conceptualisation est donc une opération de l'esprit qui consiste bien à saisir la réalité juridique, c'est-à-dire des objets juridiques qu'il est possible d'appréhender, parce qu'ils existent effectivement et que l'on est capable de les connaître. Mais cette saisie n'est pas un simple acte de connaissance qui serait réductible à une simple lecture, une simple reprographie de cette réalité. En effet, elle opère une sélection des objets juridiques qu'elle met elle-même en rapport les uns avec les autres, afin précisément d'établir leurs liens de toutes sortes, dans le but de révéler et d'attester leur communauté d'objet, de consistance ou de sens : la conceptualisation subsume des éléments du réel sous l'égide d'une entité qui rend compte autant de leur unité que de leur diversité ordonnée ; et cette entité est essentiellement intellectuelle.

Autrement dit, la conceptualisation n'est pas une simple opération de lecture ou de reproduction du réel, mais bien une *opération de construction du réel* : à partir du réel, elle construit un nouveau réel juridique qui n'était pas apparu à la conscience. La conceptualisation emporte donc une novation de ce réel, novation en cela que celui-ci était réduit à ce que l'on en pensait jusqu'alors : elle l'élabore à nouveau à partir de lui-même, pour en produire une autre figure et une autre substance. Par le truchement de cette conceptualisation, le réel se reproduit donc lui-même pour évoluer ou se changer, au moins partiellement : *la conceptualisation emporte déjà une métamorphose.*

À la vérité, en effet, les différents concepts du droit sont souvent des produits historiques – on veut dire élaborés au cours de l'histoire – et rarement des produits neufs, créés *ex nihilo*. Et il est rare aussi qu'ils disparaissent entièrement. Le cimetière des concepts défunts n'est pas si surpeuplé qu'il nous faille l'inventorier pour mesurer, négativement, la réalité du phénomène de la métamorphose : tous les concepts ont un passé, plus ou moins affirmé ; et ils se présentent le plus souvent comme la transformation quelquefois à la marge et quelquefois plus directement essentielle de ce qui existait déjà : ils sont souvent une manière de réincarnation, sous une autre forme, d'une substance que l'on connaissait déjà et que l'on peut suivre à la trace en remontant l'histoire.

Il semble que l'on puisse même avancer que la métamorphose est le mode ordinaire de la vie des concepts, du moins sur un assez long terme. Je croyais jusque-là que seules les crises, qu'on a si souvent connues en droit administratif, à propos de toutes les notions, faisaient finalement partie du mode normal d'existence des concepts. Mais je n'avais pas vu que la crise a le plus souvent une issue et que celle-ci est marquée par une transformation, plus ou moins accusée, qui la résout en la dépassant, et qui toujours reconstruit ponctuellement le droit. La mort brutale d'un concept peut se produire plus couramment lorsque son objet avait été posé originellement par une norme de droit positif, sujette à l'imperfection d'une pensée rapide et d'une formulation hasardeuse, que seuls le temps, l'expérience et le savoir réfléchi et prudent de cette instance, que nous appellerons tout à l'heure la *jurislogie*, peuvent éventuellement corriger. Mais lorsqu'ils s'imputent à cette dernière, ils ne risquent plus trop cette fatalité extrême : ils survivent généralement comme nouveaux avatars d'un état antérieur.

Mais on ne comprend bien la notion de concept que si l'on prend conscience qu'un concept est toujours élaboré en regard de quelque chose d'autre que lui-même – ce qui est le sort de tous les objets de la pensée : nous pensons toujours quelque chose par rapport à autre chose –, même si l'on n'en prend pas toujours conscience. Mais, à la vérité, il n'y a là rien de remarquable, car cette façon de procéder est *ontologiquement nécessaire* : tant que l'objet d'une connaissance n'est pas la totalité, il est toujours rapporté à autre chose qu'à lui-même, précisément pour être connu, et il ne peut pas en aller autrement, car cet objet, par hypothèse circonscrit, ne peut être saisi que relativement – et non absolument, à supposer que cela soit possible. Or l'acte de connaissance peut établir la relation avec une multitude d'autres objets de connaissance ; et c'est du choix qu'il opère entre ces derniers pour accéder à la connaissance que dépendra la détermination de l'objet à connaître : la mer n'est

vraiment bleue que sous un ciel ensoleillé et pur de tout nuage; sous les nuages elle est plutôt vert-gris, tandis que, pendant la nuit, elle révèle son noir d'encre.

Il reste à savoir par rapport à quoi s'opère en droit cette constante reconstruction du réel.

La conceptualisation n'est donc pas une simple reproduction du réel juridique : elle y apporte quelque chose de plus ou quelque chose de neuf, parce qu'elle le considère à partir d'une référence qui n'est pas la même que celle que l'on pouvait s'être donnée jusqu'alors, et qui va changer la perception et la compréhension que l'on en avait jusque-là. Il se peut que le nouveau point de vue à partir duquel le réel est observé transforme cette réalité perçue, au point d'en changer les traits et de nous donner à voir et à comprendre ce qui n'était pas révélé, et, comme tel, n'existait ni à notre conscience, ni au monde, ni au droit lui-même. Un peu comme ces tableaux par Monet de la même meule de paille ou de la même façade de la cathédrale de Rouen, prise – captée, voire capturée, comme le disent aussi les peintres et les photographes – aux différentes heures de la journée ou aux différents jours des saisons : ce n'est pas chaque fois la même meule de paille ou la même cathédrale; et on les comprend chaque fois différemment. La diversité du réel est bien plus grande encore, et encore bien plus profuse, lorsque ce sont des peintres différents qui se saisissent du même objet, sous des lumières et à des distances fort variables et selon des palettes et des intentions inédites.

Si la référence par rapport à laquelle l'objet est considéré peut changer, une autre donnée doit être en effet expliquée : toute conceptualisation juridique vise certainement une intention, explicite ou non, consciente ou non, toujours présente à des degrés divers : ce peut être la solution d'un problème juridique, ce peut être la volonté d'agir sur la réalité juridique ou sur le droit positif.

Ainsi, quelque chose que l'on n'avait pas encore compris jusqu'alors peut appeler une explication susceptible de s'imposer par un nouveau concept, autant explicatif que validant. Pour élaborer ce nouveau concept, il peut s'avérer opportun de changer de perspective ou de point de vue, pour mieux comprendre ou mieux rendre compte. Or cette meilleure compréhension de la réalité juridique contribue ainsi à produire du droit en cela qu'elle ajoute au corpus une lumière supplémentaire, nécessaire à sa meilleure mise en œuvre. L'intention peut consister non pas à mieux expliquer la réalité juridique, mais à agir sur elle, dans un sens ou un autre. Contrairement aux croyances ou aux apparences, les concepts juridiques ne sont neutres que très rarement : le plus souvent, ils sont configurés de manière téléologique, consciemment ou inconsciemment, même si cette opinion peut heurter la conception que l'on s'en fait ordinairement. Ils obéissent toujours plus ou moins à quelque finalité, même quand ils prétendent ne pas en avoir – ce qui est déjà l'effet d'une certaine intention, leur permettant de signifier qu'ils sont scientifiques. En même temps, cette posture permet de tenir la thèse dualiste selon laquelle le discours sur le droit n'est pas du droit, tandis que l'énonciation du vrai droit doit rester l'apanage de la seule volonté des autorités habilitées, en remontant jusqu'au souverain – ce qui, de fait, correspond à une certaine conception du droit, qui n'est pas ontologiquement nécessaire, mais idéologiquement libre.

Quoi qu'il en soit de cette importante question des rapports entre le droit comme norme et du droit comme *discours sur les normes*, qui est à nos yeux une dichotomie essentiellement idéologique mais surtout intenable en pratique, il apparaît, lorsque l'on rapproche la référence que s'est donnée la conceptualisation et l'intention qui l'anime, qu'on est alors en mesure de mieux accéder au sens du concept, qui lui aussi s'ajoute au corpus juridique tout entier, en permettant une meilleure compréhension du droit et de ses normes, et une meilleure mise en œuvre de leurs dispositions.

Il ressort de cette approche définitoire du concept que celui-ci est bien une opération de l'esprit, et non un donné qui s'imposerait d'emblée à celui-ci, comme cela pourrait advenir lorsqu'une norme particulière aurait posé et défini le concept. Mais, même en ce cas, la norme reste encore le plus souvent à interpréter, opération qui demeure d'abord un acte de connaissance, mais dont la volonté n'est plus exclue puisqu'il y a intention.

Ainsi, la conceptualisation est donc une opération relevant de l'ordre de la connaissance du droit, plus exactement de l'ordre de la détermination du droit. Par suite, si l'on raisonne sous le paradigme d'une dichotomie entre le droit comme norme et le droit comme description de ces normes, les concepts comme actes ou objets de connaissance ne feraient pas partie du droit comme normes – du droit positif, dirait-on. Mais si l'on devait reconnaître la validité de cette césure dichotomique, il faudrait aussi admettre que l'action humaine en général devrait rester séparée de la conscience que l'on en a.

Mais c'est là tout le problème, qui ne questionne plus seulement les concepts, mais le droit lui-même, tel qu'on le conçoit ordinairement.

## Les implications de la réalisation des métamorphoses conceptuelles

Bien entendu, il reste d'abord à établir si cet acte de connaissance est libre ou s'il est au contraire dicté par des données objectives, procédant du droit positif notamment, qui s'imposeraient à l'observateur, comme le feraient les astres, leur lumière ou leur mouvement.

En réalité, la comparaison avec ces données physiques n'est pas pertinente, précisément parce que l'objet « *droit* » n'est pas un objet naturel, mais un objet déjà construit par l'esprit ou par la pensée que les tenants du paradigme appelleraient activité de connaissance, mais sans voir que cette activité est aussi celle-là même qui donne son corps au droit, même entendu comme droit positif.

L'instance qui produit et qui exprime cette conceptualisation des objets juridiques, comme leurs métamorphoses, est le droit lui-même, dans son rapport à ce qu'il est lui-même, c'est-à-dire dans son rapport à notre pensée qui produit le droit. Mais, pour signifier cette façon de l'appréhender, de le saisir, de le capter, c'est-à-dire de le concevoir lui-même, il faut donner à cette instance un nom spécifique.

Il semble que le mot « *jurislogie* » soit le plus adapté à ce propos, en ce qu'il désigne assez bien le discours que le droit tient sur lui-même et qui est nécessaire

à son existence, à sa mise en œuvre, comme à sa pleine compréhension, que celle-ci elle soit concomitante, décalée dans le temps ou prospective.

Le suffixe « *logie* » appliqué à « *juris* » entend signifier non pas seulement l'expression d'un *logos*, d'un discours, mais d'une raison fondamentale qui détermine et anime ce discours, et qui se tient dans ce qu'est le droit lui-même. Car, pour être lui-même, pour accomplir sa vocation ontologique, qui est de s'appliquer effectivement pour régir le réel social selon les finalités qu'il se donne, et de le faire selon ce qu'il est essentiellement, c'est-à-dire selon des règles, et non selon un arbitraire intellectuel qui le ruinerait en tant que droit, il a besoin, au regard de la nécessaire et relative imperfection de ses normes formelles, de cet *organon* du discours rationnel. C'est cet *organon* qui l'englobe et le domine, qui le rend présent à notre conscience et immanent au monde, afin de nous le faire comprendre et de le mettre en œuvre, afin de le transformer continûment pour qu'il s'adapte aussi au réel, qu'il entend régir, mais qui le régir aussi.

Cette *jurislogie* peut donc se définir comme un discours du droit sur lui-même, qui n'a pas d'autre auteur que le droit lui-même, et qui est cette pensée collective et réflexive née, dans l'histoire, de la nécessaire et extraordinaire aptitude du droit à produire lui-même l'information et la pensée dont il a constamment et universellement besoin pour se comprendre, se déployer et finalement s'imposer : cette *jurislogie*, qui est *discours du droit sur le droit*, est faite de toutes les considérations nécessaires pour que le droit sourde, établisse autant son lit que ses rives et module son courant pour l'amplifier ou le restreindre, selon ses fins ; le droit de la *jurislogie* est donc d'abord pensée du droit sur lui-même, sans laquelle il ne pourrait commencer à exister ; et il est pensée et connaissance de ses raisons et de ses raisonnements, il est la glose de toutes ces considérations, de toutes ces références, de toutes ces expériences, de toutes ces notions, de toutes ces catégories, de toutes ces règles et jurisprudences éprouvées au fil du temps – au fil des siècles le plus souvent.

Cette *jurislogie* est le discours actif de la *jurisgénésie*, cette ontogenèse du droit, cette capacité du droit à se poser lui-même pour aussitôt, dans un même temps et par un même mouvement, engendrer des règles de droit, à commencer par celles selon lesquelles il s'est lui-même posé. C'est grâce à cette extraordinaire aptitude du droit que l'on doit le phénomène constitutionnel, qui, en se posant en son principe, pose en même temps les règles selon lesquelles la Constitution se pose elle-même. Mais on l'observe aussi bien plus couramment lorsque l'on voit telle règle générale de droit relevant de l'ordonnancement juridique déjà posé qui, par l'effet d'une sorte d'*autopoïétique*, tend à produire elle-même, sans disposition formellement édictée, les normes secondes nécessaires à son application. Pensons, par exemple, au principe des droits de la défense (qui d'ailleurs n'est pas lui-même posé par une norme positive). Mais, même s'il l'était, le principe devrait encore trouver les règles de son application, et dire par exemple dans quel champ il s'applique, contre quel type d'*attaque* on peut se défendre, et par quels moyens, à quel moment, avec l'aide de qui... Or c'est bien ce que l'on peut appeler cette *jurisgénésie* qui produit ces règles, et c'est bien à l'initiative et sous le contrôle de la *jurislogie* que s'élaborent toutes ces règles.

Considérée dans son état, c'est-à-dire comme fruit de ces pensées et de ces savoirs, la *jurislogie* constitue donc un immense corpus, que l'on pourrait tout aussi bien appeler « *corps de doctrine* », si le mot « *doctrine* » n'était pas pollué par la conception organique que l'on en a le plus souvent, entièrement imputable à une sorte d'antinomie que l'esprit contemporain a établie entre le droit positif, qui serait du droit, et la doctrine qui n'en serait pas.

Car il faut casser cette dichotomie séparant le droit de la doctrine (mais maintenir la distinction des rôles et des pouvoirs), en cela qu'elle nous empêche d'accéder à la compréhension de ces prodiges et de ces sortilèges. Il apparaît même que la cassure de cette dichotomie entre la doctrine et le droit positif nous permet de mieux comprendre l'un et l'autre, et mieux nous pénétrer de cette vérité que le droit positif lui-même a besoin, pour s'appliquer, d'une pensée qu'il ne trouve pas toujours dans ses normes, bien qu'elle les inspire aussi et que ces normes appellent encore pour accéder elles-mêmes à l'effectivité pratique.

Si pour désigner cette *jurislogie*, on voulait continuer à parler ici d'un « *corps de doctrine* », il faudrait alors entendre ce dernier mot au sens substantiel mais non organique du terme, n'excluant justement aucun organe et incluant évidemment le juge : une substance faite de toutes ces considérations, remplissant à chaque instant et dans toute l'histoire de notre droit une fonction autant validante qu'explicative, grâce à laquelle le droit, tout en se posant, tout en se rendant accessible à notre conscience et acceptable au monde qu'il régit, s'offre à lui-même sa propre compréhension et sa propre valeur. Mais le mot « *doctrine* » ne convient pas vraiment, si l'on le comprend comme son étymologie nous conduit à l'entendre : *doceo, docere, doctum* : « *enseigner, instruire, montrer* ». Or il ne s'agit pas de cela, mais bien de l'objet que l'on aurait à enseigner, c'est-à-dire d'un savoir, acquis ou construit par une activité rationnelle, cognitive et constructive. Mais il ne s'agit pas non plus d'une *doxa*, si l'on devait la ramener à une opinion, laquelle laisserait penser qu'il puisse y en avoir plusieurs, et qu'elles sont donc plus ou moins subjectives, égales en tant que telles et donc dénuées de valeur. Au contraire, il s'agit plutôt d'un discours général et ininterrompu, qui les rassemble toutes, où elles s'épurent les unes par les autres et se subliment en ce discours qui fait le droit, lequel n'aurait plus alors besoin de sa malheureuse épithète, « *positif* ».

Les concepts de la connaissance du droit que nous offre cette *jurislogie* ont donc complété ou éventuellement suppléé les normes qui n'y font nulle référence, ou qui se contentent d'utiliser des mots sans les définir ; et cependant, ces concepts se sont bien appliqués, dans la pratique politique et juridique, avec des effets fort concrets. On peut bien dire que les concepts se sont déduits de l'esprit des textes ; mais, réciproquement, il faut admettre qu'ils ont aussi inspiré cet esprit. Dans tous les cas de figure, le normatif s'est alimenté au descriptif, tandis que le descriptif s'est enté dans le normatif, au point d'invalider cette dichotomie, cette séparation prétendument étanche entre les deux ordres de discours juridiques.

Certes, la façon devenue classique de penser le droit pourrait ici poser la question de savoir quel pourrait donc bien être le statut, en droit, de cette pensée juridique. Par exemple, lui serait-elle extérieure ou intérieure, interviendrait-elle en amont, ou en aval ? Mais c'est précisément cette façon de penser que l'on peut récuser en montrant qu'il faut au contraire inverser les termes de la question et

se demander enfin quel doit être le statut conceptuel du droit, le concept, c'est-à-dire la pensée qui le porte, ayant alors le pas sur la force de la norme.

Mais, engourdis dans notre « *sommeil dogmatique* », nous ne songeons même pas ordinairement à réfléchir à ces questions, peut-être trop cardinales pour qu'elles se laissent poser dans l'ordinaire des jours, peut-être aussi parce que nous nous complaisons, par facilité, dans certaines illusions plus confortables, en effet, que leurs remises en cause.

\* \*

\*

L'irruption constante et la réitération permanente, dans notre droit, de ces métamorphoses conceptuelles, qui nous disent tant sur le droit lui-même, réalisent, peut-on dire pour conclure, une sorte de métempsycose – cette migration *post mortem* d'une âme dans un autre corps, qui se donne à elle pour lui assurer une nouvelle vie : la métempsycose vers le droit du grand mythe grec de la métamorphose, que nous avons oublié sur un plan général, mais qui nous revient donc, en quelque sorte, par le droit : sur ce plan général, nous ne voulons plus, en Occident, croire aux mythes, à commencer par celui de la métamorphose, cette réviviscence du même en un tout autre : ces mythes sont morts pour nous. On dit que notre civilisation n'y croit plus, car elle aurait par trop sanctifié la forme unique que nous a donnée notre Créateur, dont ce serait renier l'œuvre que d'imaginer pouvoir changer de forme – encore qu'il nous en promette une autre, définitive celle-ci, et bien plus glorieuse. Et depuis que l'Occident ne croit plus non plus à cela, il nous reste, sur ce plan général, la Raison et l'immense considération qu'elle nous inspire à l'égard de nous-mêmes, qui sommes capables, en effet, d'y accéder – ce qui n'est pas rien, là non plus ; mais nous avons tellement absolutisé autant ce que nous pensons être que notre propre raison, que nous ne sommes plus spontanément portés à penser que l'essence des choses qu'elle saisit, une fois identifiée, puisse devoir changer, pour perdurer : nous pensons que la crise est une pathologie, alors qu'elle est la vie même.

Et cependant – comme c'est étonnant –, l'esprit du mythe, sans s'avouer comme tel, a survécu en migrant vers le droit qui lui l'a recueilli sous la forme de ces métamorphoses conceptuelles ; mais, à les observer, on voit bien les métamorphoses, mais elle ne sont plus mythiques : il s'agit toujours, pour les concepts, de changer de forme pour survivre ou revivre ; d'en revêtir une autre pour demeurer soi-même, de périr dans l'altérité pour rester vivant ou pour ressusciter d'une certaine façon. Mais cela s'explique maintenant par la nature du discours sans fin de la jurislogie.

Pour me faire pardonner d'avoir à ce point sollicité votre patience, et pour enfin évoquer ce grand mythe grec de la métamorphose, rappelons de quelques mots la belle histoire de Cécyl et Alcyoné qui l'ont personnellement incarné : Cécyl, roi d'une cité de Thessalie, Trachine, fils de Phosphoros, dieu de la lumière et maître des astres, périt en mer au cours d'un naufrage, que redoutait son épouse restée à terre, Alcyoné, elle-même fille d'Éole, le dieu des vents. Mais elle ignorait encore la mort de son mari Cécyl, et elle priait Héra, déesse du mariage, de le protéger. C'était cependant devenu inutile, puisqu'il était déjà mort ; mais Héra ne savait pas comment révéler à Alcyoné la cruelle vérité. Elle demanda donc à



Hypnos, le dieu du sommeil, qui passait son temps à dormir, d'envoyer un de ses fils, les Songes, pour apprendre à Alcyoné, au cours de son sommeil, la mort de son mari. Parmi ses fils, les Songes, Hypnos choisit Morphée, qui justement avait ce don inouï de savoir prendre toutes sortes d'apparences, spécialement celle des humains. Morphée, qui donna évidemment son nom à la métamorphose, apparut donc en songe à Alcyoné sous les traits de Céyx lui-même, pour révéler à son épouse son naufrage et sa mort. Réveillée et éperdue de douleur, elle alla à la mer déchaînée pour s'y jeter et retrouver son corps. Émus de cet amour, les dieux ne permirent pas qu'elle périsse à son tour, et la transformèrent en ce grand oiseau des mers, l'Alcyon, que nous décrit Ovide (43 av. J.-C.-17 apr. J.-C.), auquel nous laissons le soin de raconter la toute fin de l'histoire, qui n'a précisément pas de fin.

*« Elle vole dans le ciel; on s'étonnerait qu'elle pût y monter, mais, de fait, elle vole. De ses ailes naissantes, elle frappait les airs légers; oiseau plaintif, elle effleurait les vagues, et son bec aigu jetait un cri lugubre et gémissant. Elle vole vers son époux; elle presse, elle embrasse de ses ailes ce corps froid et glacé qu'elle aime, et de son bec cherche et caresse sa bouche. Témoin de ce prodige, le peuple ignore d'abord si Céyx a senti ses baisers, ou si le mouvement des ondes a soulevé sa tête : il les avait sentis. Les dieux, touchés de leur malheur, en oiseau changent aussi le tendre époux d'Alcyoné. Dans leurs nouveaux destins, ils conservent leur premier amour; ils sont toujours unis. »* Depuis, chaque année, *« au milieu de l'hiver, pendant sept jours calmes et sereins, l'Alcyon couve les tendres fruits de son hyménée dans des nids suspendus sur les mers. Alors le nautonier ne craint point les tempêtes. Éole, père d'Alcyoné, enchaîne les vents, il les retient au fond de leurs cachots, pour que ses petits-enfants puissent éclore sans péril sur des flots paisibles et unis ».*