

RENÉ CHAPUS, L'EUROPE ET LA NATION : LES OPINIONS D'UN POSITIVISTE*

Matthieu Febvre-Issaly*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION.....	10
1. LA CONTRADICTION	12
2. LE SENS DE LA CONTRADICTION.....	21
2.1. LE DROIT DE RENÉ CHAPUS ET LE DÉBAT ENTRE CONCEPTUALISME ET EMPIRISME.....	21
2.2. L'EUROPE ET « L'ÉTAT DU DROIT ADMINISTRATIF »	27
CONCLUSION	31

* Cette étude est issue des réflexions débutées lors d'un exposé réalisé dans le cadre du séminaire de contentieux administratif du Professeur Fabrice Melleray dans le cadre du Master 2 Droit public fondamental de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne en 2018. Qu'il en soit remercié.

* Doctorant en droit public à l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne.

Abstract

René Chapus was one of the leading authors of administrative law in France in the second half of the twentieth century. He embodied a style specific to the discipline and the era, described as positivist, neutral and technical, which Professor Fabrice Melleray has described as « a contemporary French way of studying administrative law ». However, a look at the author's writings on Europe shows another side of Chapus' work, inclined to break out of his tight reasoning to express sharp opinions. Is this a sign of a hidden nationalism underlying his presentation of the law? The study of this feature of the author's discourse allows us to see how the ordering of positive law, for which Chapus was admired, cannot be neutral. Opinion does not exist alongside conceptual work or reason. On the contrary, behind any construction - since it is a construction - lies a certain vision of law and society. In this case, it was specific to the post-war state, which Europeanisation has replaced by another legitimising rationality for public action.

Résumé

René Chapus a été l'un des auteurs marquants du droit administratif en France dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, jusqu'à incarner un style propre à la discipline et à l'époque, volontiers qualifié de positiviste, de neutre et de technique, que le Professeur Fabrice Melleray a qualifié de « manière française contemporaine de faire du droit administratif ». Or, un regard sur les écrits de l'auteur relativement à l'Europe montrent une autre face du travail de Chapus, enclin à sortir de ses raisonnements serrés pour exprimer des opinions tranchantes. Est-ce le signe d'un nationalisme caché qui sous-tendrait sa présentation du droit ? L'étude de ce trait du discours de l'auteur permet de voir en quoi la mise en ordre du droit positif, pour laquelle Chapus était admiré, ne peut être neutre. L'opinion n'existe pas à côté du travail conceptuel ou de la raison. Il y a au contraire derrière toute construction – puisqu'elle est une construction – une certaine vision du droit et de la société. Elle était en l'occurrence propre à l'État de l'après-guerre que l'eupéanisation a remis en question au profit d'une autre rationalité légitimante de l'action publique.

INTRODUCTION

L'intime, l'émotion et tout ce qui peut contester l'hégémonie du mythe de la raison cartésienne connaissent un certain succès dans les sciences sociales contemporaines¹. La science du droit n'est pas en reste, dont plusieurs courants ont cherché à démontrer que l'objectivité des juristes n'allait pas sans une certaine subjectivité², voire des affects³. Le droit administratif en particulier semble marqué par un refoulement de l'émotion au profit des constructions rationnelles.

Ruth Sefton-Green a proposé de parler de crypto-nationalisme pour cibler les discours de juristes de droit privé qui, en France et au Royaume-Uni, exprimaient une « *hostile reaction* » au droit européen. Ils s'appuieraient alors sur un postulat implicite selon lequel « *one's national identity is in competition with one's European identity*⁴ ». La mise en avant d'une riche culture civiliste et de la forme nécessaire de l'État-nation irait avec un dénigrement d'une culture européenne supposément pauvre et sans traditions. Une différence apparaîtrait alors selon l'auteure entre le discours doctrinal français, volontiers passionnel, quand le crypto-nationalisme anglais, issu principalement des autorités publiques, relèverait plutôt d'un « *pure thinking with reason, albeit instrumental, and not with sentiment*⁵ ».

Le constat renvoie à des débats anciens sur la position occupée par la doctrine en droit, dont il est connu, en France, que Kelsen la renvoie à un acte de connaissance, qui consistait à simplement dégager les significations possibles des énoncés normatifs⁶. L'idée d'une neutralité est en effet forte dans la représentation du juriste, quand bien même celui-ci, en droit public, approche de très près les idées politiques. La question posée par Ruth Sefton-Green est d'autant plus intéressante que le rapport entre l'étude et l'objet mérite d'être interrogé, car souvent inconscient, pour ne pas utiliser le terme « crypto » que propose l'auteure. Aussi, la question d'un « crypto-nationalisme » se pose forcément à propos du travail de la doctrine publiciste, qui étudie le droit de l'État. Un présupposé favorable à une identité nationale semble

¹ Voir Antonio Damasio, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, Putnam Publishing, 1994.

² Jerome Frank, *Law and the modern mind*, Routledge, 2009 (1930).

³ C'est par exemple le cas du courant *Law and émotion*, qui ouvre le raisonnement juridique aux affects et appelle à mieux les y intégrer. Le courant est toutefois particulièrement hétérogène. Pour une présentation générale, voir Renata Grossi, « Understanding Law and Emotion », *Emotion Review*, Vol. 7, No. 1, January 2015, p. 55–60. Voir aussi Kathryn Abrams and Hila Keren, « Who's Afraid of Law and Emotions », *Minnesota Law Review*, vol. 94, no°6, 2010, p. 1997-2074.

⁴ Ruth Sefton-Green, « French and English crypto-nationalism and European private law. An exercise in sentiment and reason », *ERCL* 3/2012, p. 260-276.

⁵ *Ibid.*, p. 273. L'auteure avance l'hypothèse d'un intérêt (et d'une inquiétude) accru pour la question européenne en droit privé français et, peut-être, civil, *Ibid.*, p. 274-275.

⁶ Kelsen Hans, *Théorie Pure du Droit* (1960), trad. de Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 454-463.

intrinsèquement lié à la construction même de la science du droit public. Sans doute faudrait-il se demander si l'on peut être enseignant-chercheur en droit administratif sans nécessairement adhérer voire défendre ce présupposé, à la manière de Max Weber qui proposait de son temps de savoir si un professeur de droit pouvait être anarchiste – il répondait d'ailleurs que la chose était possible, à condition que l'enseignant expose clairement ses présupposés⁷.

Les deux aspects notés par Ruth Sefton-Green dans la doctrine de droit privé européen - le « crypto » et le « nationalisme » - se retrouvent particulièrement dans les écrits de René Chapus sur l'Europe. Parce qu'il était volontiers associé à ce que le Professeur Fabrice Melleray a qualifié de « *manière française contemporaine de faire du droit administratif*⁸ », en particulier dans un ouvrage récent sur l'auteur⁹, soit un positivisme précis et rigoureux, ses propos sur la « *colonisation*¹⁰ » qu'aurait représenté le droit européen sont remarquables. Comment comprendre cette « *manière* » ? Est-elle simplement une approche du droit qui se distinguerait d'opinions politiques ou celles-ci sont-elles disséminées dans la première ? Il y a une contradiction évidente entre l'analyse juridique serrée qui a rendu célèbre l'administrativiste et l'affect qui transparait dès lors qu'il lui semble que la souveraineté nationale est en jeu (I). Mais l'on ne peut s'arrêter à la simple connotation péjorative du nationalisme¹¹, surtout lorsque celui-ci serait caché ou mal assumé. Il faut en interroger le sens, alors que le champ du droit administratif a conçu l'émergence du droit européen dans une dialectique de rejet et d'adhésion. Les émotions qui surgissent du raisonnement de René Chapus sont alors le signe d'une certaine conception du droit, mise à mal par les bouleversements de l'espace normatif européen mais aussi français (II).

Une précision s'impose alors. Si les propos étudiés sont exceptionnels dans l'œuvre de Chapus, ils le sont plus encore dans la doctrine administrativiste en général, qui n'a pas donné à voir le même genre de réaction que celle analysée par Ruth Sefton-Green. Précisément, il s'agit d'isoler un phénomène marginal pour le confronter à quelques idées plus générales sur la discipline, et de mettre en valeur quelques-uns de ses grands débats dans la perspective d'une

⁷ La neutralité axiologique n'est donc pas le refoulement de toute idée, contrairement à une relecture très actuelle de Weber, Philippe Corcuff, « Le savant et le politique », *Sociologie(S), La recherche en actes*, 6 juillet 2011 (en ligne).

⁸ Fabrice Melleray, « Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 145.

⁹ Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2021.

¹⁰ René Chapus, *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 6.

¹¹ Dimension qu'admet Ruth Sefton-Green, *op. cit.*, p. 263. Peut-être d'ailleurs que le terme de nostalgie est plus adapté que celui de nationalisme : la nostalgie de l'État-nation ou d'un Empire. Sur le sujet, on pourra lire l'éclairant Maurizio Bettini, *Contre les racines*, Champs, coll. « Champs actuel » 2017.

étude de discours. Le mouvement d'ensemble a précisément été l'acceptation du droit européen, dans laquelle le Conseil d'État a joué un rôle majeur : le rôle de la doctrine, en ce qu'elle restitue la jurisprudence ou prétend décrire l'état du droit positif, nous intéresse particulièrement ici. Les fondements rationnels de la légitimité du droit administratif ont en effet changé au moment de l'ouverture au droit européen, en décalage avec la vision du droit tout comme la vision politique de René Chapus. Or, son style persiste encore aujourd'hui dans l'étude positiviste du droit administratif.

1. LA CONTRADICTION

René Chapus est sans aucun doute l'un des auteurs majeurs du Droit administratif français du XX^{ème} siècle, connu pour ses études de notions-clés de la matière, comme le critère du service public ou la valeur juridique des principes généraux du droit, mais aussi pour sa méthode. Outre ses articles¹², il a rédigé deux manuels imposants¹³, « *une œuvre majeure qui a nourri et nourrira des générations d'étudiants, de chercheurs et de praticiens*¹⁴ », où « *dans une construction toute personnelle, sont rassemblés tous les thèmes et ordonnées toutes les solutions*¹⁵ ». Son analyse fine de la jurisprudence a fait de ses ouvrages une référence jusqu'au Conseil d'État¹⁶.

Hichem Moussa, qui fit une thèse avec Chapus, a loué un « *rigorisme positiviste*¹⁷ » qui ne figeait pas un âge d'or du droit administratif : « *il n'est pas nostalgique, ni pessimiste*¹⁸ » et « *réserve ses jugements*¹⁹ ». Son « *esprit impitoyablement rationnel*²⁰ » correspond à un juste milieu entre théorie et empirisme : il est à la fois « *analyse et synthèse*²¹ ». Ce style se retrouve

¹² Rassemblés dans René Chapus, *L'administration et son juge*, PUF, 1999.

¹³ René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} édition, Montchrestien, 2001. René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 11^{ème} édition, Montchrestien, 2004. Notre étude s'appuiera sur ces deux éditions.

¹⁴ Fabrice Melleray, « Mort de René Chapus, professeur de droit », *Le Monde* du 11 août 2017.

¹⁵ Pierre Delvolvé, Pierre Bon, Dominique Pouyaud, « In memoriam - René Chapus (1924-2017) », *RFDA*, 2017, p. 617.

¹⁶ « *Son autorité scientifique lui valut d'être (presque) aussi souvent cité que le président Odent dans les conclusions de ceux que l'on appelait encore les commissaires du gouvernement devant le Conseil d'État.* », Bertrand Seiller, « René Chapus, figure majeure du droit administratif », *La Semaine juridique*, n°37, 2017, p. 920. « *Avec lui la doctrine n'a plus été vue comme étrangère à la jurisprudence ; la jurisprudence a été éclairée par sa doctrine (par exemple au sujet de la place de la moralité dans la police administrative).* », Pierre Delvolvé, Pierre Bon, Dominique Pouyaud, *op. cit.*, p. 617. Voir aussi Jean-Marc Sauvé, « L'apport de René Chapus au contentieux administratif », Intervention lors de l'Hommage à René Chapus (1924-2017) organisé par l'Université Paris II Panthéon-Assas et le Centre de recherche en droit administratif le 16 janvier 2018 (consultable en ligne).

¹⁷ Hichem Moussa, « Le droit administratif de René Chapus », in *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 455-482, spec. p. 464.

¹⁸ *Ibid.*, p. 465.

¹⁹ *Ibid.*, p. 465.

²⁰ *Ibid.*, p. 469.

²¹ *Ibid.*, p. 469.

dans la langue de Chapus, présentée comme « *sobre et assurée, concise et explicite, nuancée et précise, prudente, soupesée, mesurée, proportionnée*²² ». À ce style est associée une certaine conception du droit que Moussa qualifie alors de « *positivisme technologique* » : en cherchant à se « *départir de toute vue préconçue dans son approche*²³ », Chapus rend la politique « *hors sujet*²⁴ » et le droit administratif n'est plus qu'une technique, « *expurgé, épuré, dépouillé, aseptisé, aride même, au meilleur sens du mot*²⁵ », « *essentiellement* » un « *ensemble de solutions*²⁶ ».

Si les mots d'Hichem Moussa sont forts, l'idée se retrouve dans les différents hommages rendus à l'occasion de la mort du célèbre administrativiste²⁷. L'admiration de son influence auprès du Conseil d'État renvoie bien évidemment à une rationalité avancée. À propos de Marcel Waline, qui fut le maître de Chapus, Fabrice Melleray a parlé d'une « *manière française contemporaine de faire du droit administratif* », qu'il rapporte volontiers au « *positivisme technologique* » évoqué par Hichem Moussa²⁸ : à l'après-guerre, une génération d'administrativistes succède à celle des grandes constructions théoriques de Hauriou, Duguit et Jèze. La nouvelle génération se concentre sur une approche contentieuse, « *résolument positiviste* » au sens où elle est technique, attachée à décrire le droit positif²⁹. Jean-Jacques Bienvenu a déploré une telle approche en des termes célèbres, y voyant une simple exégèse des textes juridiques et de la jurisprudence : il cible en particulier les louanges adressées à Chapus par les membres du Conseil d'État, loin de ce qu'il estime être la nature du travail universitaire³⁰.

Pourtant, un regard sur le rapport de Chapus à l'Europe trouble. On trouve dans les manuels de l'éminent juriste un jugement de valeur de l'ordre du souverainisme mêlé aux propos descriptifs. La neutralité, la sobriété et la grande maîtrise technique semblent, quand il s'agit d'Europe, être mises en parenthèse ; les opinions politiques surgissent par touches, de manière brève mais indiscutable. Comme l'a observé Fabrice Melleray :

²² *Ibid.*, p. 470.

²³ *Ibid.*, p. 463.

²⁴ *Ibid.*, p. 468.

²⁵ *Ibid.*, p. 468.

²⁶ *Ibid.*, p. 468.

²⁷ Voir notes 15, 16 et 16, *supra*.

²⁸ Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus*, *op. cit.*, p. 12.

²⁹ Fabrice Melleray, « Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif », *op. cit.*, p. 145. Voir plus largement Fabrice Melleray, Christophe Jamin, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2018.

³⁰ Jean-Jacques Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, n°1, 1985, p. 154

« On se méprendrait grandement en estimant que l'homme disparaissait derrière l'œuvre. Une lecture attentive de ses travaux révèle au contraire, dans un style inimitable où le plan ne compte guère et où l'essentiel se niche souvent sous l'intitulé « *précision complémentaire* », de fortes convictions. Il suffit de parcourir les développements consacrés au droit de l'Union européenne, qu'il ne portait guère dans son cœur, ou encore ceux illustrant son profond attachement au service public « à la française » pour s'en convaincre.³¹ »

Dans la préface au recueil de ses textes *L'Administration et son juge*, publié en 1994, Chapus revient sur les évolutions alors récentes du droit administratif. Il note alors que « l'évolution de la jurisprudence illustre les progrès de la sensibilité du juge administratif aux exigences du droit européen, tel qu'interprété par les cours européennes, et, par là même, la progression de la *colonisation* par ce droit de l'ordre juridique national.³² » (nous soulignons)

Lorsqu'il présente les sources du droit administratif dans la 15^{ème} et dernière édition de son manuel, en 2001, René Chapus utilise des termes tout aussi forts, évoquant une « *emprise* », une « *dénationalisation* » et une « *colonisation* » (encore), fruits d'une « *infiltration extensive* »³³. L'auteur cible « *la jurisprudence négatrice des identités nationales de la CEDH*³⁴ », mais surtout l'Union européenne et en premier lieu la Commission :

« La Commission est au cœur de l'Union européenne. Elle est à la fois le législateur réel et l'exécutif puissant. Les États n'auront bientôt de plus de l'État qu'un reste de signes extérieurs.³⁵ »

Nul besoin d'être tout à fait favorable au projet européen pour se rendre compte de l'aspect essentiellement imagé des termes utilisés, plus qu'ils ne décrivent une réalité.

Ces considérations générales, le juriste les a appliquées à des points de droits qui faisaient alors débat, se faisant alors plus mesuré, mais sans se démettre de formulations chargées en affects. À commencer par le contentieux des directives européennes, associées à une « *inlassable ardeur normative de la commission*³⁶ », alors que « les règlements et directives communautaires tendent à devenir innombrables et la question du respect dû aux traités est, en fait, beaucoup moins importante que celle du respect qui serait dû aux actes dérivés.³⁷ »

³¹ Fabrice Melleray, « Mort de René Chapus, professeur de droit », *op. cit.*

³² René Chapus, *L'administration et son juge*, *op. cit.*, p. 6.

³³ René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, p. 132.

³⁴ *Ibid.*, p. 132

³⁵ *Ibid.*, p. 132.

³⁶ *Ibid.*, p. 134

³⁷ *Ibid.*

Et Chapus de saluer l'arrêt Cohn-Bendit de 1978, « *remarquable*³⁸ » en ce qu'il laisse les États compétents pour décider des moyens de mettre en œuvre les directives en ne reconnaissant pas leur effet direct tant qu'elles n'ont pas été transposées. Or, Chapus l'admet, l'arrêt est « *remarquable moins, en vérité, en raison de la solution (...) que par le fait que cette solution contredisait la jurisprudence de la CJCE*³⁹ » (sa décision Van Duyn de 1974 et la décision Van Gend en Loos de 1963). Logiquement, Chapus dénonce l'abandon progressif de cette jurisprudence lorsque le Conseil attribue un effet direct aux dispositions précises et inconditionnelles des directives non transposées⁴⁰, « *ce qui assurément, est contraire à notre tradition juridique*⁴¹ ». C'est surtout une reprise de la jurisprudence européenne, alors même qu'elle « *persiste à s'écarter du traité de Rome* » au détriment, précisément, des « *autorités nationales* »⁴². La cible des attaques de René Chapus est passée de la Commission à la Cour, où l'on voit que c'est bien la Communauté qu'il rejette, sous la forme d'un glissement du pouvoir au profit des institutions européennes. Il est difficile de ne pas penser à la décision récente du Tribunal constitutionnel polonais, qui jugeait les articles premier et quatre du Traité sur l'Union européenne contraires *in abstracto* à la Constitution polonaise, et notamment à la souveraineté nationale : c'est en réalité l'interprétation du traité quant à leurs compétences par la Commission européenne et la Commission qui était en cause⁴³. Bien loin toutefois de l'opposition politique de la Cour polonaise, l'administrativiste français s'en tient à rappeler les institutions européennes à ce qu'il estime être la réalité des traités.

René Chapus a offert son raisonnement le plus célèbre vis-à-vis de l'Europe à propos de l'article 55 de la Constitution. L'arrêt Nicolo de 1989, dans lequel le Conseil d'État accepte de contrôler la conventionnalité des lois parce que l'article 55 de la Constitution de 1958 l'y habilitait, est « *un brusque bond en avant*⁴⁴ » à la « *portée révolutionnaire* » : « *le rapport aux*

³⁸ *Ibid.*, p. 140. Il note d'ailleurs que la doctrine a eu pour cette décision « *un intérêt (le plus souvent mêlé d'émotion)* », *Ibid.*, p. 140.

³⁹ *Ibid.*, p. 140.

⁴⁰ CE, Ass., 3 février 1989, Alitalia (pour les actes administratifs réglementaires : pour les actes individuels, il faudra attendre CE, Ass., 30 octobre 2009, Madame Perreux, soit après la rédaction de la dernière édition par Chapus de son manuel).

⁴¹ René Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, 138.

⁴² *Ibid.*, p. 141 : « *la Cour de Justice persiste ainsi à s'écarter du traité de Rome, aux dispositions duquel le Conseil d'Etat ne fait, au contraire, que se tenir. Et il reste que la jurisprudence de la Cour de Justice tend à accroître la part du droit communautaire directement applicable et par suite à amoindrir le rôle que le traité confie aux autorités nationales. Par là même, elle modifie, en méconnaissance du traité (qui est la seule source des droits et obligations des Etats), la répartition des compétences entre les autorités communautaires et les autorités nationales* ».

⁴³ Florian Reverchon, « Le nouvel arrêt du Tribunal constitutionnel polonais sur l'application du droit européen : quelles conséquences juridiques ? », *JP Blog*, 19 octobre 2021 (à propos de la décision du 7 octobre 2021).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 154.

lois du juge administratif est changé », annonçant « *la fin de la souveraineté de la loi ou, plus exactement, de ce qui en reste* »⁴⁵. Si la solution des Semoules de 1968 était celle « *du parti de la tradition* », une « *solution banale* » eu égard au refus de voir le juge administratif contrôler la constitutionnalité des lois⁴⁶, elle était la cause d'un conflit entre le Conseil et la Cour de justice - « *ceci ne surprendra pas*⁴⁷ », ajoute l'auteur entre parenthèses : c'est bien toujours à l'aune de ce conflit de pouvoir que Chapus relit le droit européen. Et la nouvelle solution participe également du glissement du pouvoir vers l'Europe analysé plus haut,

« à cause de l'extension de l'emprise du droit communautaire, par l'intermédiaire des actes dérivés, sur le droit interne, emprise qui paraît ne pas devoir connaître de limites ou de limites certaines et qui est susceptible d'emporter, tout particulièrement, la dénationalisation du droit administratif. On sera ainsi conduit, et par l'effet même de la Constitution de 1958 ! à la fin de la souveraineté du droit français ou, là encore et plus exactement, à la fin de ce qui en subsiste.⁴⁸ »

Le propos est volontiers dramatique.

S'il n'était pas favorable à la solution de Nicolo, Chapus la juge néanmoins acceptable précisément parce que le Conseil fait appel à la Constitution française plutôt qu'au droit européen (comme l'avait fait la Cour de cassation en 1975), contournant alors une « *passion supranationaliste* » :

« En faisant appel, pour fonder la solution nouvelle, à l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'État s'est situé sur le seul terrain juridique solide. Alors même que, dans l'espèce Nicolo, le droit communautaire était en cause, il n'a rien, contrairement à ce qu'avait fait la Cour de cassation dans l'affaire que l'on sait, invoqué une spécificité quelconque de ce droit qui (comme dans un État fédéral) lui donnerait le privilège « naturel » de pouvoir l'emporter sur celui des États membres. De ce fait, la jurisprudence administrative ne se trouve en rien liée à la passion supranationaliste qui est une des modes de notre époque.⁴⁹ »

Soit la lecture que Chapus avait suggérée lui-même, s'il avait fallu suivre cette voie⁵⁰. Patrick Frydman, dans ses conclusions sous Nicolo, cite d'ailleurs Chapus⁵¹. Aussi la solution, malgré « *le nombre des notes et commentaires (...) très majoritairement favorables et parfois enthousiastes* », vaut par sa sobriété selon Chapus, parce qu'elle ne laisse rien d'une victoire à

⁴⁵ René Chapus, *L'administration et son juge*, op. cit., p. 25.

⁴⁶ René Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., p. 154.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁸ René Chapus, *L'administration et son juge*, op. cit., p. 25-26.

⁴⁹ René Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., p. 160.

⁵⁰ René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 664.

⁵¹ Patrick Frydman, conclusions sur CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Lebon p. 194. Voir Daniel Labetoulle, « *Des Semoules à Nicolo* », *RFDA* 2014, p. 585. Patrick Frydman a pu rappeler que la requête avait surtout été l'occasion d'opérer le revirement qui avait mûri au sein de l'institution, lors du colloque organisé le 14 octobre 2019 par le Conseil d'État, « Il y a 30 ans, l'arrêt Nicolo : petite histoire d'un grand arrêt ».

la spécificité européenne : « *Aucune déclaration de principe. Rien de solennel* », rien qui « *ne se rapporte à un conflit entre normes juridiques* » et donc aucune proclamation de la supériorité du droit international, mais simplement la prévalence en l'espèce d'un traité⁵². René Chapus est ici conforté par une manière de concevoir le contrôle de conventionnalité que l'on a pu qualifier d'application préférentielle, c'est-à-dire où le juge vient simplement regarder la norme applicable plutôt que de juger la loi contraire au traité⁵³. On peut penser que la lecture de l'arrêt *Nicolo* par Chapus s'éloigne de la réalité du contrôle de conformité opéré⁵⁴, mais il s'agit surtout, de la part du juge avec l'application préférentielle comme dans la lecture de René Chapus, d'éviter un conflit difficile.

Mieux encore, selon l'auteur, *Nicolo* maintiendrait devant le « *juge national* » la question de la validité des lois, « *alors qu'elle peut l'être (plus désagréablement) par des juridictions extérieures (Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice des communautés européennes)* »⁵⁵. C'est toujours cet « *extérieur* » qu'il égratigne, sans vraiment nommer l'illégitimité qu'il semble lui associer. Lorsqu'il évoque le renvoi à la CJCE des questions d'interprétation des traités dans son manuel de contentieux administratif, Chapus parle d'un « *effacement du juge national devant la juridiction européenne*⁵⁶ » qui vient ruiner, précisément, les efforts de *Nicolo*. Cela alors même que, pourtant, le système européen repose sur une subsidiarité qui fait du juge national le juge de première instance du droit européen. René Chapus ne fournit pas non plus une analyse du système européen qui pourrait venir interroger, par exemple, la mesure dans laquelle ses institutions proviennent des États membres. La frontière entre l'externe et l'interne est difficile à tracer.

C'est le même genre de sentiment qui apparaît lorsque René Chapus s'insurge contre la décision *Procola c. Luxembourg* de la Cour européenne des droits de l'homme de 1995, qui condamne le cumul des fonctions de juridiction et de conseil par les membres du Conseil d'État luxembourgeois. Chapus estime qu'il n'y a pas lieu de faire pareil reproche au Conseil français, mais que la Cour européenne le fera sans doute⁵⁷, et il s'interroge alors : « *Faudra-t-il un jour, en conséquence d'un accès de juridisme aigu de la Cour européenne, modifier la composition*

⁵² René Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 157.

⁵³ Voir par exemple les conclusions de Martine Laroque sous CE, Ass., 28 Février 1992, Société Arizona Tobacco Products et Société Anonyme Philip Morris France, Lebon p. 78.

⁵⁴ Sur cette conception du contrôle, voir Xavier Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* chron. n°08, 2015.

⁵⁵ René Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁶ René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 119

⁵⁷ Il écrit en 2004, avant la décision *Sacilor-Lormines* de 2006 qui porte sur la situation française, et aboutit à une conclusion inverse de celle du cas luxembourgeois.

de l'assemblée (...) ?⁵⁸ ». Le qualificatif étonne sous la plume d'un juriste, on y reviendra. Avec la décision Procola, il est possible que

« ... se soit exprimée une hostilité de principe à la conception française de la justice administrative, présentée comme étant nécessairement (« structurellement ») à l'origine d'un risque, ou au moins de l'apparence, d'une justice partielle (ce qui, selon les vues anglo-saxonnes de la Cour, suffirait à la rendre condamnable).⁵⁹ »

Le propos exprime alors une hostilité contre... une hostilité supposée, venue d'un ailleurs cette fois qualifié d'« *anglo-saxon* ».

Déjà, en présentant la « *colonisation* » du droit interne que constituait le droit européen, René Chapus citait sans trop d'explication cette phrase de Valéry : « *L'Europe aspire visiblement à être gouvernée par une commission américaine*⁶⁰ ». L'incrimination est d'autant plus marquante que la phrase date d'avant le projet européen, en 1927, et cible les conséquences de la première guerre mondiale⁶¹, mais est suivie d'une remarque de Chapus qui précise que « *la commission qui nous gouverne n'est pas (tout au moins, géographiquement) américaine*⁶² ». L'auteur laisse entendre une forme de proximité que l'on devine fondé sur l'imaginaire d'un libéralisme qui serait spécifiquement américain, ou peut-être signifie-t-il une inspiration fédérale. Quoi qu'il en soit, c'est bien cela que cible Chapus, car ce ne peut être le seul « *juridisme aigu* » que rejette Chapus, ni le pouvoir du juge qu'il attaquait plus haut, puisque son œuvre n'est pas connue pour être critique du rôle du juge en général. Il défend, au contraire, la haute juridiction administrative française sans interroger en détail son pouvoir de la même manière qu'il semble mettre en cause l'interprétation des traités par la Commission européenne ou la CJCE quant à leur propre rôle.

Face à l'Europe, enfin, Chapus défend le service public. Évoquant le rapport public de 1994 du Conseil d'État⁶³, il jugeait que :

« le service public est actuellement menacé du fait de l'envahissement de notre ordre juridique par les réglementations communautaires, qui vont dans le sens du refoulement maximal des services publics, c'est-à-dire de leur réduction à ceux

⁵⁸ René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 45.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 45.

⁶⁰ René Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., p. 132.

⁶¹ Paul Valéry, « Notes sur la grandeur et la décadence de l'Europe », in *Regards sur le monde actuel et autres essais*, Paris, Gallimard, 2009, p. 28.

⁶² René Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., p. 132.

⁶³ Dont l'analyse est célèbre : « *L'Europe n'instruit pas le procès du ou des services publics ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence de services publics* ». La parole institutionnelle n'est pas l'objet de notre étude mais il y aurait beaucoup à dire du langage fleuri de ce rapport célèbre.

dont on ne conçoit pas (ou pas encore) qu'on puisse se passer : 'les services régaliens'.⁶⁴ »

Il cible là encore « *le risque de dépérissement auquel l'emprise sans cesse croissante du droit communautaire sur le droit national expose le service public*⁶⁵ », le service universel européen qu'il relie immédiatement à une origine américaine et, sans transition, à « *l'idéologie des marchands*⁶⁶ ». ⁶⁷

Le présupposé de ces attaques est celui d'une souveraineté nationale qui devrait primer : il est courant en effet d'estimer, sans en interroger l'idée, que la souveraineté ne se définit pas seulement comme la capacité d'un État à agir (et donc à signer des traités) mais comme l'expression monolithique d'un peuple mal défini⁶⁸. Chez les juristes, la souveraineté est définie soit comme le choix d'un constituant⁶⁹, soit, plus fréquemment, comme une notion que l'on tirerait des textes constitutionnels ou de valeurs comme celles de l'État de droit⁷⁰. Cette seconde conception, René Chapus l'a mise en avant dans un texte dans lequel il égratigne la jurisprudence du Conseil constitutionnel, jugeant que l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« *le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation* ») aurait dû être utilisé à l'égard de l'Europe⁷¹. C'est alors une question d'indépendance nationale, celle que viserait la Constitution de 1958 en son article 5 :

« Il est particulièrement important qu'il en soit ainsi, dans le contexte international actuel, puisque cette indépendance ne peut que mal s'accommoder des tendances supranationales qui animent certains secteurs de l'opinion publique, ainsi

⁶⁴ René Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., p. 574.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 575.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 576.

⁶⁷ On pense à la lettre de démission du conseiller d'État (et célèbre essayiste) Régis Debray, qui écrivait : « *Le Conseil d'État est un lieu d'excellence. Encore faudrait-il qu'il y ait un État à conseiller. À quoi sert de servir quelque chose qui ne sert plus ? Pourquoi soigner un corps dont l'âme s'éteint ? De l'État républicain, celui qui survit bon an mal an sous nos yeux, ayant déserté ses propres principes et finalités, n'a plus que les apparences... Sous couvert de « modernisation », l'abaissement des services publics en entreprises commerciales et l'intérêt général partout remplacé par la seule logique de rentabilité (...). Le Conseil d'État m'apparaissait alors comme un des foyers de résistance possible à l'air du temps. N'est-il pas soustrait à la tyrannie de l'opinion, aux pressions des puissants et au besoin de soigner son « image » ? Je ne vous cacherai pas, Monsieur le Président, qu'il m'est arrivé, ces derniers temps, d'en douter... Les dernières décisions, dont l'arrêt Nicolò, prises par le Conseil depuis 1987, à l'encontre de toute sa jurisprudence antérieure, ont déjà soumis les lois françaises aux règlements communautaires, étrangement assimilés pour la circonstance, à des traités internationaux. Primauté du droit européen sur le droit national qui ratifie, en clair, l'inanité de nos débats législatifs, l'inutilité de notre Parlement, et la vieillesse du vieux principe selon lequel le peuple est source de tout pouvoir* ». Régis Debray, *Loués soient nos seigneurs : une éducation politique*, Gallimard, 1996, p. 479-480. Reproduit par Luc Rouban, « Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps », *Cahiers du CEVIPOF*, n°49, 2008, p. 94.

⁶⁸ Sur cette question, voir l'étude critique de Catherine Colliot-Thélène, *La démocratie sans démos*, PUF, coll. « Pratiques théoriques », 2011.

⁶⁹ C'est la thèse d'Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994.

⁷⁰ Voir Matthieu Febvre-Issaly, « L'Europe et le patriotisme constitutionnel », *L'Esprit européen*, dossier « Fédérer », 28 mars 2021 (consultable en ligne).

⁷¹ René Chapus, *L'administration et son juge*, op. cit., p. 402s.

que dans des institutions telles que le Conseil de l'Europe, et surtout, les Communautés européennes.⁷² »

Or, selon Chapus, en ne visant pas l'article 3 de la DDHC, et en laissant floue sa distinction entre le transfert (inconstitutionnel) et la limitation (constitutionnelle) de souveraineté, la jurisprudence du Conseil montrerait que « *l'atteinte à la souveraineté ne paraît ne devoir être reconnue que dans des cas extrêmes*⁷³ ». On retrouve là le danger d'un transfert de pouvoir vers l'Europe, pourtant à peine qualifié⁷⁴ : Chapus n'est pas connu pour son influence en droit européen ou en droit constitutionnel. Ici comme dans les opinions de l'auteur sur le droit administratif, l'Europe est conçue comme un extérieur qui viendrait « coloniser » l'intérieur c'est-à-dire la sphère de l'État-nation doté de la souveraineté. La notion formelle mise en avant par les juristes, qui peut tout à fait correspondre à l'Europe puisque le constituant valide l'intégration⁷⁵, est mêlée à la vision commune et plus politique, voire idéologique, qui se pare d'une simple déduction de la DDHC : cette vision commune fait de la souveraineté un bloc, inspiré d'une lecture de Rousseau sur la souveraineté populaire, qui ne permettrait pas d'appréhender la complexité des structures à l'europpenne⁷⁶.

Quoi qu'il en soit, il y a une contradiction étrange entre le style rigoureux et mesuré dont font état les observateurs de René Chapus et ses propos sur l'Europe en des termes peu amènes. Cette contradiction ne prend toutefois pas la forme d'une frontale opposition entre deux styles, mais de sorties un peu vives, prises dans le maillage serré d'une analyse qui, elle, relève bien des talents du juriste. Les points d'achoppement sont les mêmes que ceux que notait Ruth Sefton-Green : la valorisation d'une tradition nationale supposément riche d'une part, et l'idée d'un extérieur qui viendrait perturber l'intérieur ou l'interne d'autre part. Avec en plus ici le rejet d'une influence idéologique américaine (un autre extérieur encore) et l'idée d'un transfert de pouvoir au-dehors, vers Bruxelles. Si l'on considère en revanche la différence qu'observait Ruth Sefton-Green entre la doctrine française volontiers passionnelle et la doctrine

⁷² *Ibid.*, p. 403.

⁷³ *Ibid.*, p. 404. Il est vrai que le Conseil, encore aujourd'hui, se refuse à toute définition de cette notion (de ce concept ? de ce principe juridique ?) controversée, Olivier Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n°21 (consultable en ligne).

⁷⁴ Ainsi les dispositions de l'Acte unique de 1986, selon Chapus, en ce qu'elles instituent le vote à la majorité et non plus à l'unanimité au sein du Conseil européen, « *dépassent même la notion de limitation de souveraineté. C'est-à-dire qu'elles doivent être considérées comme comportant abandon de souveraineté, et, par là même, transfert partiel de celle-ci. Elles sont donc incompatibles avec le respect dû à la souveraineté nationale, c'est-à-dire tant avec l'article 3 de la Déclaration qu'avec l'article 3 de la Constitution.* », René Chapus, *L'administration et son juge*, *op. cit.*, p. 406.

⁷⁵ Voir Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007.

⁷⁶ Pour une critique d'une telle interprétation de Rousseau et une relecture de la souveraineté comme partagée, Céline Spector, *No demos ? Souveraineté et démocratie à l'heure de l'Europe*, Seuil, 2021.

britannique plus mesurée et instrumentale, on est tenté de penser que les écrits de René Chapus se situent à mi-chemin. Des moments d'émotion que l'on imagine particulièrement sincères surgissent au sein d'une rationalité incontestable, bien loin d'auteurs civilistes plus volontiers lyriques. C'est que le sens de cette contradiction montre les attermoissements de cette rationalité : une vision particulière du droit qui est battue en brèche au moment où Chapus écrit.

2. LE SENS DE LA CONTRADICTION

La contradiction entre les propos de Chapus sur l'Europe et son discours technique par ailleurs se comprend lorsque l'on considère sa manière à la fois systématisatrice et casuistique d'analyser le droit positif (A). C'est une vision idéologique du droit qui s'est confrontée à des changements majeurs dans les années 1980 et 1990, lorsque l'Europe participe d'un changement de rationalité au sein de l'État (B).

2.1. Le droit de René Chapus et le débat entre conceptualisme et empirisme

La contradiction qui apparaît entre l'image de René Chapus et ses propos sur l'Europe n'en est en réalité pas une. Elle est le signe d'un choc profond entre deux ordres de valeurs, dont l'un, qui perdait de son lustre, était particulièrement cher à l'administrativiste. L'Europe heurte en premier lieu la construction du droit interne à laquelle il a dédié sa carrière. Pour Hichem Moussa, Chapus a en effet réalisé une « *œuvre constructive du DA* », une « *construction générale du DA* », ou encore une « *construction systématique* »⁷⁷. Si « *ce dessein passe par l'étude détachée et sobre du droit positif en lui-même et pour lui-même* », il ne s'agit de rien de moins que de « *pacifier le DA, assurer sa certitude et donc la sécurité juridique* » au milieu d'un « *champs de cacophonie* »⁷⁸. La « *manière française de faire du droit administratif* » que Fabrice Melleray associe à Marcel Walline et René Chapus recoupe en partie le « *positivisme technologique* » :

Cette conception fait primer une analyse dogmatique, centrée sur la systématisation du droit positif et tout particulièrement la jurisprudence administrative, et entend exclure de son spectre d'investigation la dimension politique tout en n'usant des sciences sociales qu'avec une grande retenue.⁷⁹

⁷⁷ Hichem Moussa, *op. cit.*, p. 462.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 465.

⁷⁹ Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus, op. cit.*, p. 12-13.

Si le Professeur Melleray adopte des termes plus mesurés qu'Hichem Moussa, il le rejoint en tous points dans la description de l'approche de René Chapus⁸⁰. Et l'auteur de citer ce dernier lorsqu'il avance que la doctrine peut « *non créer le droit, mais aider à sa création*⁸¹ ». Mais le travail de la doctrine, ici, s'il n'est pas celui d'une seule science, repose néanmoins sur l'étude rationnelle en ce qu'il « *présente* » puis, dans une seconde phase, « *critique* » le « *matériau* » qu'est le « *droit positif* » et « *guide les solutions futures* »⁸². Or, est-ce une distinction pertinente pour comprendre la conception du droit dont il est question ici ?

On ne peut parler à la fois de description neutre du droit positif - « *en lui-même et pour lui-même* » comme écrivait Hichem Moussa - et d'un constructivisme, qui induit une certaine position normative vis-à-vis de la réalité ainsi construite. C'est bien la fonction créatrice de la doctrine, dont Jacques Chevallier notait qu'elle ne relève pas « *d'une simple description mais d'une véritable reconstruction, qui passe par un travail de systématisation et de mise en cohérence*⁸³ ». Comme l'écrivait Jean Rivero dans son « Apologie pour les faiseurs de systèmes », vantant le « *chœur à deux voix* » du juge et de la doctrine, « *la règle dont (le juriste) est gardien n'est pas le simple enregistrement des faits, elle a pour raison de les discipliner*⁸⁴ ». En cela, le droit administratif est une « *construction intellectuelle merveilleusement stimulante*⁸⁵ ». Marcel Waline, dont on rappelle qu'il fut le directeur de thèse de René Chapus, défendait lui-même l'importance des catégories doctrinales⁸⁶.

Cette qualification n'est toutefois pas satisfaisante concernant le travail de René Chapus. Car la « *manière française contemporaine de faire du droit administratif* » se voulait simple exégèse de la jurisprudence et s'en éloigne comme une critique serrée plus qu'un travail de théorie⁸⁷. William Gremaud estime ainsi que « *les travaux de René Chapus révèlent davantage une volonté de présenter clairement le phénomène juridique que de le reconstruire rationnellement* », selon une « *démarche empirique* » plus proche selon William Gremaud de

⁸⁰ *Ibid.*, p. 48-51.

⁸¹ *Ibid.*, p. 49.

⁸² *Ibid.*, p. 50.

⁸³ Jacques Chevallier, « Les interprètes du droit », in Yves Poirmeur, Alain Bernard, CURAPP, CHDRIP, *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 267. Il n'est pas clair que Kelsen lui-même, lorsqu'il assignait à l'interprétation scientifique un rôle descriptif, ne laissait pas ouverte la possibilité qu'elle fut également prescriptive, puisqu'elle devait informer l'interprétation authentique qui, elle, était forcément créatrice, aucune méthode claire ne permettant d'atteindre la norme, voir note 4, *supra*.

⁸⁴ Jean. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système » (1959), in de Laubadère A., Mathiot A., Rivero J., Vedel G., *Pages de doctrine*, L.G.D.J, 1980, p. 10.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁶ Marcel Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, t. 1, 1963, p. 359. C'est bien là le rapprochement qu'opère Fabrice Melleray.

⁸⁷ Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus, op. cit.*, p. 50.

la « *modestie* » d'un H.L.A Hart que de la froideur techniciste d'un Kelsen auquel, en France, on associerait trop rapidement le positivisme⁸⁸. Son travail relèverait plutôt d'un « *positivisme critique* » qui pousse à des évolutions du droit, de la même manière que Hart admettait une possible critique morale du droit (sans que la morale n'en soit elle-même une source). En particulier, selon William Gremaud, il s'agirait de lutter contre les « *incohérences* » et le « *désordre* » dans la jurisprudence. L'auteur apporte pour exemple... l'Europe et la solution suggérée pour Nicolo, preuve d'un pragmatisme en lieu d'un dogmatisme associé aux grandes constructions logiques⁸⁹.

Il semble que « *la manière contemporaine française de faire du Droit administratif* » qu'incarne Chapus se situe quelque part entre les grandes constructions auxquelles pensait Rivero et le réductionnisme extrême qu'y opposait le vice-président du Conseil d'État Bernard Chenot. Dans une célèbre attaque de la « *métaphysique* » de Rivero, celui-ci jugeait en effet que « *la conception française du droit était cartésienne et classique, harmonieuse et rassurante*⁹⁰ », pour préférer (en 1953) l'« *existentialisme* » des études de détail⁹¹. Mais cette « *manière* » de travailler le droit, même ramenée à un objet plus modeste, demeure créative. Car la restitution du droit est forcément une manière de le construire, ainsi que l'illustre la pratique du manuel dans laquelle Chapus a excellé : c'est sans doute cette construction rationnelle là qu'évoque Hichem Moussa, qui n'est pas tout à fait la rationalité visée par Rivero, puisque Chapus s'adonnait à une reconstruction jurisprudentielle serrée et à assez peu d'embardees conceptuelles. Son approche serait alors un « *pragmatisme* » plutôt que le « *rationalisme constructiviste* » d'un Charles Eisenmann, même si l'un comme l'autre peuvent faire des propositions doctrinales⁹².

⁸⁸ William Gremaud, « Le positivisme de René Chapus », *RFDA*, 2019, p. 361-368.

⁸⁹ *Ibid.*, 365 : « En outre, le « *désordre* » des règles contentieuses qu'engendre la « *pression du droit européen* » figure parmi les raisons pour lesquelles l'auteur considère cette intégration avec défiance. Cependant, malgré l'hostilité qu'il manifeste à l'égard du droit européen, René Chapus ne fait pas preuve de dogmatisme et défend l'abandon de la jurisprudence des Semoules, notamment en ce qu'il contribuerait, par l'unification des pouvoirs des juges administratif, judiciaire et européen, à assurer l'intelligibilité du droit. Les arguments développés par René Chapus, évoqués, avec ceux de Bruno Genevois, par Patrick Frydman dans ses conclusions sur l'affaire Nicolo, font ainsi partie des « *sources matérielles* » du principe selon lequel le juge doit se prononcer sur le moyen tiré de l'incompatibilité d'une loi avec un traité qui lui est antérieur ». En somme, Chapus serait proche d'un utilitarisme britannique dans sa critique.

⁹⁰ Bernard Chenot, « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, vol. 3, n°1, 1953, p. 62.

⁹¹ C'est en tous cas la position de Marcel Waline, comme le note Fabrice Melleray, *op. cit.*

⁹² Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus*, *op. cit.*, p. 65-70. Le Professeur Melleray note cependant un rapprochement, sur le fond, d'avec Charles Eisenmann : René Chapus et lui ont en effet tous deux défendu que le droit administratif n'était pas tout à fait distinct du droit privé, même si l'auteur du manuel de Contentieux administratif estimait que c'était bien la spécificité de ce dernier qui justifiait une autonomie.

Ce pragmatisme est-il simplement possible ? N'est-il pas qu'une autre manière de produire de la théorie ? Plutôt qu'une forme faible de constructivisme, n'est-ce pas au contraire une forme d'autant plus forte qu'elle porte la robe rouge qui rapproche le Professeur de droit du juge ? Le projet associé à Chapus d'ausculter les lacunes et incohérences de l'œuvre jurisprudentielle à la manière d'un Hart renvoie plus clairement encore à une proposition normative, au-delà d'une simple description. Comme l'observait Kelsen, « *the so-called 'gap', then, is nothing but the difference between the positive law and a system held to be better, more just, more nearly right.*⁹³ ». Le « *positivisme technologique* », derrière l'idée d'une technique neutre – on ne peut que penser à la « *technologie* » évoquée par Kelsen⁹⁴ -, renvoie à l'idéal moral d'un système juridique complet, régi par la logique⁹⁵, c'est-à-dire un positivisme qui n'est pas tout à fait neutre : le droit « *as it is and ought to be*⁹⁶ ». Dit autrement, tout raisonnement au sein d'un système juridique revient toujours à des présupposés situés hors de ce système.

Dans l'approche systémique, la doctrine devrait, c'est particulièrement clair dans le texte de Rivero, construire le droit de manière à ce qu'il remplisse une fonction protectrice, sécurisante et stabilisante : une « *Mission*⁹⁷ » aux accents religieux. Il s'agit bien là de ce mythe d'un droit clair, cohérent et rationnel que le juge américain Jerome Frank ramenait à un désir d'ordre et de tranquillité⁹⁸. Le texte de Moussa ressemble d'ailleurs à une profession de foi : la « *finalité ultime et suprême*⁹⁹ » de la construction de Chapus est en effet d'assurer la légitimité du juge et du droit administratifs, c'est-à-dire sa spécificité « *irréductible*¹⁰⁰ », car Chapus a « *foi*¹⁰¹ » en la rationalité et la cohérence du droit administratif, lesquelles « *ne cessent et ne doivent cesser de gagner*¹⁰² ». Face aux critiques que pourrait recevoir le positivisme

⁹³ Hans Kelsen, « On the theory of interpretation » (1934), *Legal Studies*, vol. 10, 1990, p. 133.

⁹⁴ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 79.

⁹⁵ Voir Michel Troper, « Sur le « dogme » de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive », *Droits*, n°47, 2008, p. 249-258.

⁹⁶ Herbert Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, n°4, 1958, p. 602. Hart renvoie alors à une connexion entre droit et morale que rejeterait le positivisme, la morale étant conçue comme une finalité qui ne renverrait pas au système juridique lui-même, de la même manière que Hans Kelsen plaçait une norme fondamentale au sommet de l'ordre juridique. La différence est tenue toutefois entre cette position et un « quasi-positivisme » proche du jusnaturaliste qui conçoit l'obéissance au droit comme un fondement moral, sans pouvoir le déduire d'une norme positive, Alf Ross, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », in Alf Ross, traduit et présenté par Eric Millard et Elza Matzner, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, 2004, p. 149-166.

⁹⁷ Jean Rivero, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁸ Jerome Frank, *op. cit.* Pour l'auteur, la croyance en l'objectivité du droit provient essentiellement d'une relation émotionnelle à l'autorité qui vient de l'enfance (voir en particulier p. 14-25, 75-82 et 268-269).

⁹⁹ Hichem Moussa, *op. cit.*, p. 472.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 476.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 467.

¹⁰² *Ibid.*, p. 467.

technologique pour sa fausse neutralité, il estime justement qu'il s'agit de rendre plus technologique l'œuvre de légitimation. Avec Chapus ajoute-t-il, « *l'exposé du DA devient écriture de tables sacrées*¹⁰³ ». Le thème du mythe joue d'autant plus que Chapus lui-même s'exprimait très peu sur son travail, ainsi l'essentiel des qualifications viennent d'auteurs qui l'ont lu ou connu, bien au-delà de sa personne. Il ne faudrait pas pour autant s'arrêter à l'image, telle que celle proposée par exemple par le Professeur Melleray, de simples « *opinions politiques* » qui coexisteraient comme un « *mystère bien gardé* » à côté de l'œuvre du positiviste ou du pragmatiste¹⁰⁴ ; une telle approche du droit positif relève en effet d'une croyance, c'est-à-dire d'un ensemble de représentations, qui n'est pas dénuée d'idéologie, bien au contraire.

La contradiction entre les propos de Chapus sur l'Europe et son discours technique par ailleurs se comprend dans un sens politique. Ce que l'on a appelé l'eupéanisation s'est heurté à cette conception du droit administratif français, dont Chapus a participé à en construire l'architecture, si ce n'est le mythe, fut-elle conçue comme une restitution fidèle de la jurisprudence. Il apparaît clairement dans les propos que l'on a étudiés que le droit européen est perçu comme un élément extérieur qui viendrait perturber un ordre intérieur perçu comme plus clair et/ou plus légitime. Le droit européen crée en outre un nouveau champ de connaissances, avec ses lieux de production des connaissances, ses penseurs et chercheurs, et suscite logiquement le rejet des gardiens de la tradition¹⁰⁵. La présentation d'Hichem Moussa évoque d'ailleurs en des termes catastrophistes l'état de la discipline, selon une rhétorique de la crise et de la mutation que l'on retrouve souvent : face à l'échec de la doctrine du service public, d'une systématisation claire du droit administratif, de catégories et de principes clairs, au milieu d'un « *champs de cacophonie*¹⁰⁶ », Chapus aurait offert une « *image forte et rassurante du DA*¹⁰⁷ ».

¹⁰³ *Ibid.*, p. 470.

¹⁰⁴ Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus, op. cit.*, p. 63. Le Professeur Melleray insiste bien sur la coexistence : « Le choix d'une démarche positiviste n'exclut nullement l'extériorisation d'opinions politiques, dès lors naturellement – s'il souhaite être cohérent avec la logique positiviste – que l'auteur distingue clairement ces deux facettes de ses interventions » (*Ibid.*, p. 63). Le Professeur Melleray, s'appuyant sur Julien Boudon, note un autre point d'achoppement politique à propos de la politique française en Algérie, qu'il semblait critiquer à travers son enseignement du droit constitutionnel (*Ibid.*, p. 64). Mais le Professeur Melleray semble réduire l'opinion politique à une démarcation entre la gauche et la droite (*Ibid.*, p. 63-64), ce qui n'est pas l'approche du politique choisie ici.

¹⁰⁵ Christophe Jamin et Fabrice Melleray, *Droit civil et droit administratif, op. cit.*, p. 144-148.

¹⁰⁶ Hichem Moussa, *op. cit.*, p. 465.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 468.

L'idée de la crise est un lieu commun de la doctrine administrativiste : elle renvoie souvent à un ébranlement qui vient en réalité, sans que cela ne soit toujours dit, de la société politique qu'elle étudie. La menace pesant sur la discipline n'est précisée qu'à demi-mots dans le texte de Hichem Moussa. René Chapus a bien participé à la crise doctrinale de la notion de service public, dans les années 1950, afin précisément de clore le débat en s'intéressant à la compétence de la juridiction administrative plutôt qu'à la nature du service. La construction rationnelle proposée par le juriste vient orienter la production du droit : il est simplement difficile d'y déceler l'idéologie tant que l'on en reste au travail notionnel. En revanche, l'œuvre de René Chapus s'inscrit également dans la crise du service public à la française des années 1980 face à l'austérité des politiques publiques¹⁰⁸. C'est là une deuxième crise du droit administratif que Moussa évoque en les termes d'un libéralisme à l'anglo-saxonne, contre « *l'idée d'État*¹⁰⁹ », même si les idées dont il s'agit n'ont rien de purement anglo-américaines et peuvent tout aussi bien être retracées en France ou en Allemagne¹¹⁰. L'« *image forte et rassurante* », sous la forme d'un système clair et cohérent, semble bien être l'idée d'un droit étatique soumis à la souveraineté nationale.

Toute vision du droit administratif, serait-ce celle d'un système clair et rationnel, est bien un projet politique et idéologique. Alors que le positivisme a été l'idéologie de la construction de l'État, accompagnant la centralisation de la production normative, on peut postuler que le « *positivisme technologique* » ou la « *manière contemporaine de faire du droit administratif* » de Chapus vient avec une certaine forme d'État à la française, typique de la Libération. Cette « *manière* » n'est donc pas seulement une restitution fidèle de la jurisprudence après les grandes constructions des Hauriou et Duguit. Elle n'est pas simplement un pragmatisme à côté duquel se tiendraient de rares opinions. Elle est également une justification technique apportée à une certaine conception de l'État née à l'après-guerre, par laquelle, d'ailleurs, le Conseil d'État s'est placé « *au cœur de l'État* » selon les mots célèbres de Jacques Chevallier¹¹¹. Les désaccords de René Chapus d'avec le Conseil ne tenaient alors pas seulement à une suggestion doctrinale mais à un rejet des changements politiques reflétés par la jurisprudence. On peut postuler que le choix d'étudier celle-ci et seulement celle-ci revient,

¹⁰⁸ Pour une analyse de ce processus, voir Paul Pierson, « Coping with permanent austerity : Welfare state reconstructing in affluent societies », in P. Pierson (dir.), *The new politics of the Welfare state*, Oxford University press, 2001, p. 410-456.

¹⁰⁹ Hichem Moussa, *op. cit.*, p. 460.

¹¹⁰ Serge Audier, *Néo-libéralisme(s) : une archéologie intellectuelle*, Grasset, 2012.

¹¹¹ Jacques Chevallier, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 5-17.

consciemment ou non, à préférer la stabilité des cas aux changements d'orientation politique, du moins jusqu'à ce que la jurisprudence imprime une autre vision du monde.

2.2. L'Europe et « l'État du droit administratif¹¹² »

Une fois admis le caractère politique de son travail, peut-on donner tort à Chapus ? À la fin des années 1990 et le début des années 2000, lorsque Chapus écrit encore, le droit administratif français est déjà largement affecté par le droit européen. Comme le note Jean-Bernard Auby,

La construction européenne suscite souvent des inquiétudes par l'aptitude qu'elle aurait à éroder les identités nationales, à niveler les cultures et à imposer aux peuples et aux États européens des valeurs qui les éloignent quelquefois de traditions ancrées. Cette crainte a parfois été émise à propos des conséquences que l'Europe pourrait avoir en général sur les droits nationaux, et notamment sur les droits publics.¹¹³

L'euroscpticisme latent d'un Chapus est alors le nom d'un conflit de valeurs. D'autres auteurs ont pu cibler les valeurs portées par le droit européen, ainsi de Jacques Caillosse¹¹⁴, selon qui l'émergence d'un droit public de la concurrence à la fin des années 1990 aurait marqué un glissement idéologique vers le « *nouvel ékonomisme d'une pensée juridique qui semble ne plus même concevoir l'analyse du droit autrement qu'à partir de calculs économiques*¹¹⁵ ». Quand bien même les catégories juridiques antérieures subsistent - le service public, le contrat public, les personnes publiques, l'intérêt général - elles sont redéfinies substantiellement par ce « *nouvel univers mental* », qui justifie et légitime l'encadrement de l'intervention des personnes publiques sur le marché concurrentiel. Le service public est conçu comme une activité exceptionnelle qui ne peut ouvrir à des compensations dérogatoires à la libre concurrence qu'aux conditions des régimes serrés des services d'intérêt général et des services d'intérêt économique général du droit européen. La partie visible en est l'ouverture à la concurrence d'activités monopolistiques et la sociétisation d'établissements publics nationaux comme

¹¹² Selon les termes de Jacques Caillosse, *L'État du droit administratif*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2017, qui retrace certaines des évolutions (et des idées de l'auteur) vues plus bas.

¹¹³ Jean-Bernard Auby, « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *Informations sociales*, n° 175, 2013, p. 60-68. Voir plus largement Jean-Bernard Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Dalloz, 2010. Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, 2ème édition, 2014.

¹¹⁴ Jacques Caillosse, « Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? », *AJDA*, 2016, p. 761s.

¹¹⁵ *Ibid.*

France Telecom, La Poste, EDF, SCNF, Air France... La partie moins visible et plus diffuse est l'ensemble des règles qui encadrent la commande publique.

Dans un mouvement d'inversion, la vision française d'un intérêt général transcendant serait alors remplacée par l'utilitarisme de la performance et de l'évaluation, reconstruit autour du marché concurrentiel. La distinction privé-public devient floue, la puissance publique est réduite et banalisée, loin de l'État à la française surplombant le jeu des intérêts privés, au prix d'un « *programme d'entière reconstruction de l'action publique* » au profit des « *préoccupations marchandes*¹¹⁶ » et du contractualisme dénoncé par Pierre Legendre¹¹⁷. C'est en somme l'idée même d'un droit spécial de l'État en tant que puissance publique qui était remise en cause, celui-là même dont Chapus a participé à construire la légitimité sur le mode d'une technique irréprochable, après la génération des grands théoriciens du droit administratif au tournant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. À l'époque, des mots de Grégoire Bigot, « *le droit administratif est la discipline imposée par le pouvoir à la puissance en sorte qu'elle reste supportable*¹¹⁸ », pour légitimer donc l'État hérité de l'Ancien régime et des deux empires et repris par la République¹¹⁹. Or, cet État change de forme et de fonction à la fin du XX^{ème} siècle.

La rationalité théorique du droit administratif change également. L'analyse de Jacques Caillosse est autant celle du droit que du « *discours juridique* », dont la « *technicité neutralisante*¹²⁰ » peut faire oublier que le droit porte des valeurs, sous la forme d'un sentiment naturel apparu dans les années 1990. Plus que l'imposition d'un ordre extérieur à une France « colonisée » que semblent dénoncer les écrits de René Chapus, il y a eu un retournement dans

¹¹⁶ Ainsi le droit public de la concurrence, à partir de la la décision *Million et Marais* rendu par le Conseil d'Etat en 1997, « *devient la pure expression juridique d'une nécessité économique, soustraite par définition même à toute forme de débat parce qu'elle est devenue la façon d'être de la réalité elle-même, parce qu'à travers elle, c'est la nature des choses qui se manifeste. Habité par la concurrence, le monde réel n'est plus constitué par les rapports sociaux, mais par des échanges entre opérateurs économiques. (...) La vieille question de la solidarité sociale qui fut d'emblée celle du service public, n'advient qu'après coup, à titre secondaire, en tant que reste des préoccupations marchandes.* », *Ibid.*

¹¹⁷ « *Le contractualisme, l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi, est une composante de l'idéologie économique, qui conçoit la société comme un amas d'individus mus par la seule vertu du calcul d'intérêts* », Pierre Legendre, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 142. Voir aussi Pierre Legendre, « *Remarques sur la re-féodalisation de la France* », in *Mélanges George Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 201-221

¹¹⁸ Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 47.

¹¹⁹ Pascale Gonod, *Edouard Lafférière, un juriste au service de la République*, LGDJ, 1997.

¹²⁰ Jacques Caillosse, « *Le droit administratif saisi par la concurrence* », *AJDA*, 2000, p.100. En effet, « *Si la production du droit est bien l'entreprise politique évoquée ci-dessus, les juristes qui en assurent la mise en scène, par un travail spécifique d'écriture, sont voués à servir une cause politique, fût-ce à leur corps défendant (...) En donnant forme et force juridiques à ce qu'on pourrait appeler 'l'air du temps', les juristes désignent et consacrent des changements de position intervenus dans le système de distribution des rôles sociaux que règle la division du droit public et du droit privé* ».

la communauté administrativiste française elle-même, dans les années 1990, à la faveur de « *l'univers mental* » supposément incarné par l'Europe. Après la position sceptique des Semoules, le Conseil d'État s'est positionné au centre de l'interaction entre les échelles européennes et française, lui dont le travail de formalisation juridique participe d'une « *intelligence d'État* »¹²¹. Si, avec l'échelle supra-nationale, « *le modèle étatique que le Conseil a contribué à bâtir tend à s'effriter*¹²² »,

« [l]e Conseil d'État a progressivement intériorisé le nouveau contexte dans lequel se déploie l'action de l'État, et notamment les retombées de la construction européenne : loin d'adopter un comportement frileux, il prône désormais, notamment dans son rapport 2007, une stratégie offensive vis-à-vis de l'Europe.¹²³ »

Le Conseil d'État a en effet pris les devants en accompagnant la transformation des structures administratives et en préservant une place au juge administratif dans un contentieux renouvelé - en maintenant par exemple la possibilité du contrôle de constitutionnalité en matière de contrôle des actes administratifs transposant des directives avec la décision Arcelor. En reprenant la jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand sur la protection équivalente des droits fondamentaux entre l'ordre européen et l'ordre interne, le juge se sort du conflit par un recours à la transcendance des droits, à laquelle René Chapus était plutôt étranger : on connaît sa célèbre opposition à l'inclusion de la dignité humaine dans l'ordre public par le Conseil d'État¹²⁴. L'auteur n'est pas connu pour ses travaux sur les droits fondamentaux. Or, cette réticence à la morale, ou disons au jusnaturalisme auquel s'opposerait un positivisme strict, on l'a vu, n'apparaissait pas quand il s'agissait de discuter la souveraineté nationale, laquelle semblait être très claire à l'auteur. Le libéralisme assez classique de René Chapus l'a sans doute empêché d'imaginer les possibilités qu'ouvrirait l'axiologisation du raisonnement du juge en termes de résolution des conflits entre ordres juridiques.

¹²¹ Jacques Chevallier, *op. cit.*

¹²² *Ibid.*, p. 15. Comme le note Jean-Bernard Auby, « *le développement du droit européen contribue à mettre en cause le rôle central que le Conseil d'État joue traditionnellement dans la production du droit public. Classiquement, le droit administratif français est jurisprudentiel ; il est l'œuvre du Conseil d'État. La loi elle-même est largement inspirée par le Conseil d'État, qui est consulté sur elle et dont l'avis pèse toujours très lourd. La montée du droit européen érode cette toute-puissance et oblige le Conseil d'État à composer avec des juges européens et avec des droits sur lesquels il ne peut pas peser directement.* », Auby, « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *op. cit.*, p. 68.

¹²³ Jacques Chevallier, *op. cit.*, p. 15-16. Aussi, « *S'identifiant plus que jamais à l'État, il entend garantir sa survie en remodelant ses principes d'organisation et de fonctionnement afin de l'adapter au monde contemporain* », *Ibid.* p. 17.

¹²⁴ Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus, op. cit.*, p. 48-50.

On est loin des détours rhétoriques de Nicolo à fins de préférer le fondement constitutionnel à la référence aux traités européens que louait Chapus, dans une démarche formaliste. Aussi, le Conseil d'État a admis la pression que faisait peser l'intégration européenne sur l'ordre juridique interne, mais en défendant l'idée d'un « *dialogue des juges*¹²⁵ » dans lequel il occupe une place de choix, sans doute parce que son opposition, jusqu'alors, n'était pas tant mue par des opinions du genre de celle de Chapus que par un certain « *orgueil*¹²⁶ ». Celui-ci a été effacé par les atouts de la place que lui a permis d'acquérir le droit européen. Le conflit entre l'Europe et la souveraineté - et entre chaque juridiction qui doit vérifier la compatibilité des normes à son ordre juridique - a été effacé par l'image d'un échange harmonieux où les valeurs et les droits deviennent un terrain d'entente transnational¹²⁷. Le pluralisme juridique, souvent conçu en France vis-à-vis de l'Europe¹²⁸, remplace alors le « *positivisme technologique* » d'un Chapus avec le même double sens : celui d'une explication et d'une légitimation¹²⁹. Le pluralisme peut en effet légitimer le rôle du juge pour résoudre les conflits de valeurs qui surgissent lorsque l'on confronte des normes fondamentales : c'est donc, en supposant que celles-ci existent et sont en conflit, une exigence nouvelle qui pèserait sur le juge, et qui dépasse ou fait oublier une vision plus classique du conflit entre les ordres juridiques. Dès lors, une opinion souverainiste est bien tout ce qui reste des analyses de l'administrativiste puisque son œuvre entière sert le juge administratif : sa conception de l'étude du droit, « française » ou non, reproduit et affine même les constructions jurisprudentielles et ne se permet que des critiques internes à ces constructions. Ce ne peut donc être le rôle du juge que l'auteur dénonce dans le droit européen. Sa critique vis-à-vis de l'Europe est bien externe, en ce qu'elle porte sur les présupposés politiques relatifs aux formes de l'État.

Ce que les écrits de René Chapus sur Nicolo entrapercevaient néanmoins, c'est que le Conseil d'État a pu s'aménager une place dans les rapports de système. Il l'a fait en suggérant la solution de Nicolo en ce qu'elle mobilise une source classique du juge administratif. C'est

¹²⁵ L'expression a été formulée par Bruno Genevois dans ses conclusions sous Cohn-Bendit, alors précisément qu'il appelait à suivre la CJCE et à reconnaître un effet direct des directives non-transposées.

¹²⁶ Benoît Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2018, p. 139.

¹²⁷ Pierre Brunet, « Les juges européens au pays des valeurs », *La vie des idées*, 9 juin 2009 (consultable en ligne). Voir aussi Pierre Brunet, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in Jean-Bernard Auby, *L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français*, Dalloz, 2010, p.195-213.

¹²⁸ Voir par exemple Matthias Guyomar, conclusions sur CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA 2008 p. 575. À l'inverse, plus largement, voir François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, F.U.S.L, 2010. Voir, récemment, Guillaume Tusseau (dir.), *Debating Legal Pluralism and Constitutionalism. New Trajectories for Legal Theory in the Global Age*, Springer, 2020.

¹²⁹ Voir Xavier Magnon, « L'expression de dialogue des juges peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ? », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 9, Sakkoulas, 2016.

alors la distinction entre intérieur et extérieur qui saute, car assurément le « *nouvel univers mental* » dont parle Jacques Caillosse n'a rien de spécifiquement européen - Bruxelles est-elle vraiment un lieu détaché des pays dont en proviennent les acteurs ? Le libéralisme économique n'a pas eu besoin de l'Union pour se propager, et l'élite administrative française elle-même ne semble pas avoir besoin qu'on lui ordonne de « libérer » l'État de ses formes anciennes, même si les institutions bruxelloises ont pu être un réceptacle favorable à sa diffusion. Il semble surtout que les années 1980 ont marqué l'émergence d'une pensée que l'on appelle néolibérale, dont l'origine n'est ni Bruxelles, ni Washington ou New-York, ni Berlin ou Francfort, mais un peu de tous ces lieux¹³⁰.

CONCLUSION

La contradiction entre l'image de René Chapus et ses propos sur l'Europe ne saurait se réduire à une condamnation d'un nationalisme émotionnel et mal assumé. On peut postuler que le « crypto-nationaliste » ne relève pas simplement d'une position dogmatique sur l'État, la nation ou la souveraineté, et ce n'est alors pas nécessairement un nationalisme politique. Bien plutôt, ce peut être l'expression d'un changement dans le champ doctrinal. L'euroscpticisme de Chapus n'est pas tant un souverainisme obtus que la réaction d'une certaine manière de concevoir le droit, située dans une construction historique du droit administratif, et donc une certaine idéologie. La subjectivité qui apparaît alors n'est que le signe visible de la confrontation de cette vision à une nouvelle. Il est certain que René Chapus ne peut tout à fait correspondre, ni sans doute personne, à une « *manière française contemporaine de faire du droit administratif* » si celle-ci devait être expurgée de toute politique, ni que l'on puisse pertinemment distinguer l'étude du droit d'un côté et des opinions politiques de l'autre. C'est toute une vision politique qui s'inscrit dans une conception du droit, serait-ce un conservatisme. Lorsque le Vice-président du Conseil d'État Bernard Chenot rejette les systèmes de Jean Rivero, c'est parce qu'il estime que « *les constructions classiques se vident de leur sens quand le milieu social évolue trop vite*¹³¹ ». Ainsi :

« Conservateurs par vocation, la plupart des juristes regrettaient le temps où le droit, même non écrit, allait présenter de si belles cristallisations qu'il serait sans doute possible de les ordonner autour d'un thème unique, choisi de préférence pour

¹³⁰ L'histoire complexe des différents courants de la pensée néolibérale a été proposée par Serge Audier, *op. cit.* Voir aussi Wendy Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone books, coll. « Near future », 2017. Sur la rencontre de ces idées avec une gauche libertaire qui nourrira la Third way, voir Mitchell Dean et Daniel Zamora, *Le dernier homme et la fin de la révolution. Foucault après Mai 68*, Lux, coll. « Futur proche », 2019.

¹³¹ Bernard Chenot, *op. cit.*, p. 63.

ses résonances morales : service public, solidarité, intérêt général, etc... « Parfaire l'élaboration de notre droit administratif... », noble idéal assurément ! Tout spécialiste veut faire sa science et la fixer ; ce préjugé doit être nécessaire à l'effort constructif, il reste inadmissible sur le plan d'une critique méthodologique. Parfaire le droit ! mais quel droit est parfait ? Le droit romain sans doute, parce qu'il est mort, avec les sociétés qu'il avait engendrée. La stabilité des notions juridiques est le privilège des civilisations mortes.¹³² »

Il n'y a pas lieu de s'étonner de la prise de position personnelle d'un auteur à propos de son objet d'étude. Précisément, c'est parce qu'il participait à la rationalisation de cet objet que René Chapus est sorti de son rôle d'analyse (i.e. de constructeur de l'objet qu'il étudiait) quand cette rationalisation s'est heurtée à un nouvel ethos. Son analyse n'était pas dénuée d'opinion mais cela ne se voyait pas, de la même manière que le Conseil d'État ne semble pas faire de politique (et donc prendre parti) puisqu'il suit et reproduit la conception politique dominante au sein de l'appareil d'État¹³³. L'opinion de Chapus apparaît quand il se détache de cette vision dominante – et l'assume dans son manuel. Si l'on en reste à l'histoire, une telle étude appelle à s'intéresser non pas à la manière dont le droit administratif a été perturbé par une intervention extérieure, puisqu'il n'est pas un objet figé et immuable, mais plutôt au style des auteurs qui en l'analysant comme une réalité lui donnent forme. Pourquoi le droit administratif comme discipline s'est-il paré d'un style lyrique et fleuri au XIX^{ème} siècle, avant d'adopter le ton plus précis d'un Chapus à la moitié du XX^{ème} ? On peut s'intéresser aux fonctions d'un tel style. L'Europe perturbe le travail d'un Chapus en reposant plutôt sur la légitimité que construisent aujourd'hui les défenseurs du pluralisme juridique, que l'on qualifie volontiers de post-positivisme, infusé de droits et de valeurs. Aussi, de la même manière que le grand style *mezzo voce* des premiers administrativistes accompagnait le tournant républicain de l'État, le style technique allait avec un État providence à la rationalité plus technique : si la « *manière française contemporaine de faire du droit administratif* » d'un Waline ou d'un Vedel « éludait » l'État¹³⁴, la technicité de René Chapus va plus loin encore dans la même direction, augurant peut-être la spécialisation actuelle du droit administratif. Or, l'État est dans tous les travaux de la discipline et mériterait d'être pensé en tant que tel. Cela revient à se demander, comme nous l'avons fait ici, quel est non seulement le droit administratif, mais aussi l'État d'un René Chapus.

¹³² *Ibid.*, p. 66, citant Jean Rivero, *op. cit.*

¹³³ Danièle Lochak, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 19-32.

¹³⁴ Olivier Beaud, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2011, p. 207-268, spec. p. 221-233.