

## AUX ORIGINES DU SERVICE PUBLIC

5. Le service public français est l'aboutissement d'un cheminement historique qui a permis de passer de la simple idée de service commun à la disposition de la population à une véritable notion juridique. Dès l'ébauche d'une différenciation entre un droit de l'État et un droit des particuliers, la réalité du service public est présente, même si l'expression est encore absente. Cette dernière ne s'impose vraiment que lorsqu'une construction théorique stable lui permet de jouer pleinement une fonction heuristique. Les origines théoriques et pratiques du service public sont très anciennes. Si l'héritage gréco-romain est manifeste, d'autres influences ne sont pas à minimiser : Babylone, Thèbes, Jérusalem, Athènes ou Rome ont connu à plusieurs moments de leur histoire – de manière plus ou moins affirmée – la gestion de services au nom du bien commun. Du Moyen Âge à la Révolution de 1789, la France a assumé cet héritage en créant des notions juridiques pour identifier les services du seigneur, du roi ou de l'État, sans toutefois parvenir à conceptualiser de manière stable le service public dans une expression générique (Chapitre 1). La notion classique de service public a été élaborée par les théoriciens du droit, les conseillers d'État et les législateurs entre la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle. Cet effort d'abstraction s'est rapidement imposé dans les esprits comme un modèle sous l'impulsion déterminante de l'École de Bordeaux (Chapitre 2).

# L'émergence du service public

6. Aucune société politique ne peut se passer d'une organisation pour exercer le pouvoir qu'elle détient. Les premiers chefs, pharaons, princes, monarques ou empereurs ont naturellement rassemblé autour d'eux des personnels civils ou militaires. Même s'ils n'utilisaient pas l'expression « service public » pour désigner leurs activités, elles étaient différentes par nature de celles exercées par les individus en leur nom propre. Si l'on admet que l'exercice du pouvoir dans la Cité apparaît dès la fondation de la société politique, les premiers signes de l'idée de service public sont repérables dès l'Antiquité, bien que la notion proprement dite reste encore inconnue. Avec le Moyen Âge, la terminologie pour désigner les services collectifs se précise lorsque l'*utilitas publica* – reprise de Rome – est adaptée au régime seigneurial, puis royal ; la référence au commun profit s'impose. Il faut pourtant attendre la monarchie des XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles et la Révolution française pour que se multiplient les références explicites au « service » et au « service public ».

## Section 1

### *L'Antiquité orientale et gréco-romaine*

7. L'influence athénienne et romaine sur la conception française de l'État est déterminante, même s'il ne faut pas minimiser l'apport de quelques autres civilisations dès le début de la période historique – coïncidant avec les premiers écrits qui nous soient parvenus. L'Antiquité, confrontée à la nécessité de gérer les activités communes selon des règles particulières a initié, même maladroitement, la plupart des grands débats repris en France quelques siècles plus tard.

#### **A. L'Orient**

8. Si les civilisations nées aux confins de la Mésopotamie, de l'Égypte et de la Palestine ont connu une vie publique tumultueuse, elles ont toutes atteint un point d'orgue lorsque le pouvoir a utilisé ses moyens et services pour assurer concurremment le bien commun et l'intérêt personnel des gouvernants.

## 1. Les Mésopotamiens

9. Entre le III<sup>e</sup> et le II<sup>e</sup> millénaire avant notre ère se développe une vie politique entre le Tigre et l'Euphrate, encouragée par la découverte de l'écriture cunéiforme. De petites cités rivalisent et parviennent à constituer à tour de rôle de vastes empires. Vers le XIX<sup>e</sup> siècle s'impose une dynastie amorite qui fait de Babylone sa capitale. Son sixième roi – Hammourabi (env. 1728-1686) – est l'auteur du premier code juridique de l'Antiquité. Il s'agit moins d'un document législatif que d'un recueil de sentences royales présentant les solutions juridiques à des situations conflictuelles concrètes. Les nombreuses tablettes qui nous sont parvenues aident à se faire une idée de la variété des services babyloniens<sup>1</sup>.

10. Le roi est un grand propriétaire. Il dispose d'un domaine agricole qu'il confie à des intendants : les corvées dues par les sujets permettent de le valoriser, d'en développer la production, de constituer des réserves dans les greniers royaux. Le monarque attribue à certains de ses sujets des concessions viagères de terres en rémunération de services militaires ou de tâches publiques. Les concessionnaires ont l'obligation de conduire une saine gestion afin de contribuer de manière satisfaisante aux besoins du royaume. La concession n'est pas seulement une technique juridique pour obtenir des moyens, elle permet aussi de garantir la prestation de certains services. La justice, les impôts, l'ordre et la paix occupent de nombreux fonctionnaires. Une large réglementation en matière économique – préparée par les services royaux – permet de déterminer les salaires et les prix. L'essor des transports fluviaux favorise l'apparition des premières règles de responsabilité des bateliers en cas de destruction du navire ou de ses marchandises. Le roi dispose du monopole des relations économiques avec les peuples voisins.

11. Si Babylone a développé les premiers services communs et une réglementation économique élaborée par un pouvoir royal centralisé, elle n'a pas résisté à l'invasion des Hittites vers 1550. La fin du rayonnement de cette civilisation coïncide avec le moment où l'Égypte – unifiée par le pharaon Ménès dès le début du III<sup>e</sup> millénaire – se prépare à connaître son apogée.

## 2. Les Égyptiens

12. L'exercice du pouvoir a évolué sensiblement entre le III<sup>e</sup> et le I<sup>er</sup> millénaire ; trois empires se sont succédé, mais c'est le Nouvel Empire (1550-1050) qui a porté la puissance du pharaon et l'action de l'administration à son zénith<sup>2</sup>. Le pharaon obtient la collaboration de chacun aux tâches communes, aussi bien par l'appel à la conscience de ses sujets – avec l'appui du clergé – que par la force. La crainte du jugement après la mort pousse chacun à œuvrer de son mieux au bien commun qu'il a défini. Les inscriptions des sarcophages et des papyrus attestent les « progrès du sens moral, la reconnaissance d'une responsabilité individuelle<sup>3</sup> ».

---

1. Cf. Gardascia G., « Le fief dans la Babylonie achéménide », *Rec. Soc. J. Bodin*, T1. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1958, p. 55 et s. ; Gaudemet J., *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, 1967, p. 13 et s.  
 2. Cf. Pirenne J., *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Égypte*, 3 t., Fondation égyptologique Reine Élisabeth, Bruxelles, 1932-1935.  
 3. Gaudemet J., *Institutions de l'Antiquité*, op. cit., p. 68.

**13.** Si les terres appartiennent au pharaon, les temples bénéficient de concessions temporaires ou viagères sur d'énormes domaines gérés par des personnels hiérarchisés. Les religieux disposent d'un véritable pouvoir économique et social qui leur a permis de peser sensiblement sur l'Empire dès le transfert de la capitale de Memphis à Thèbes au Moyen Empire (2100-1650). Certains hauts fonctionnaires se voient attribuer des domaines. Contrairement à Babylone, les concessions n'ont pourtant pas d'autre but que de fournir des revenus à leurs titulaires : elles ne relèvent pas de la recherche d'un mode de gestion des intérêts collectifs des populations. Au demeurant, leur fonctionnement fut parfois désastreux et finit par conduire l'Empire à la ruine. Les services pharaoniques sont de plus en plus nombreux et influents. L'administration a le goût prononcé pour l'enquête : l'inventaire des propriétés et de l'or est réalisé tous les deux ans ; les actes de mutation, les libéralités et les déclarations de peines sont scrupuleusement notés par un important personnel de scribes et d'archivistes. Le pays est divisé en circonscriptions administratives dirigées par des fonctionnaires chargés de l'entretien des canaux, de la police des voies de communication et de la défense contre les pillards de Nubie ou du Sinaï. Les corvées imposées au peuple sont surveillées de près.

**14.** La volonté du pharaon et du clergé doit s'identifier à l'intérêt commun ; c'est le fondement de la société égyptienne. Le peuple a besoin d'être persuadé en permanence que les services œuvrent dans son intérêt et contribuent à l'unité de l'Empire. Le pharaon n'est jamais si puissant que lorsqu'il assure l'efficacité des services offerts à ses sujets. Si cette équation est contestée – ou mise à mal –, sa chute est proche. Au moment où Thèbes voit ses difficultés s'accroître – vers la fin du II<sup>e</sup> millénaire avant J.-C. –, la monarchie des Hébreux se met en place.

### 3. Les Hébreux

**15.** La connaissance de l'organisation politique et sociale hébraïque nous est parvenue par l'Ancien Testament qui a mis en forme des coutumes orales antérieures<sup>1</sup>. Les premières tentatives de remplacer la fédération religieuse des tribus issues de la descendance des douze enfants de Jacob par la monarchie datent de la fin du II<sup>e</sup> millénaire. Lorsque David (1010-970 av. J.-C.) est sacré premier roi d'Israël, il choisit Jérusalem comme capitale. Sa tâche est poursuivie par son fils Salomon (970-930). Tous deux ont érigé les principes de la monarchie des Hébreux<sup>2</sup>, largement influencés par l'Égypte.

**16.** Une armée conséquente se développe en raison d'une politique de conquête à l'égard des peuples voisins. La gestion du domaine royal est répartie entre des administrations spécialisées au personnel nombreux. Des préfets se partagent les compétences sur les diverses parties du territoire. Ils perçoivent taxes et redevances : les droits d'importation et de transit, les dîmes (des champs, des vignes et des troupeaux), les impositions exceptionnelles. Ils s'assurent aussi que les territoires sous leur responsabilité contribuent de manière équitable à l'approvisionnement du royaume. La corvée – créée par Salomon – permet de réaliser un vaste programme de construction et de travaux publics

---

1. Cf. De Vaux R., *Les institutions de l'Ancien Testament*, 2 t., Éd. du Cerf, 1958-1960 ; 5<sup>e</sup> éd., 1989.

2. Cf. Gaudemet J., *Institutions de l'Antiquité*, *op. cit.*, p. 96 et s.

pour satisfaire aux besoins des sujets. La confusion entre le patrimoine du roi et celui des temples assure l'autorité du pouvoir royal<sup>1</sup>. Le clergé est composé d'une classe de fonctionnaires et de scribes sous l'autorité du grand prêtre. Le principe hiérarchique s'applique aussi bien dans la société politique que dans l'institution religieuse. Dès cette époque, le bien commun – qui sera largement repris par le christianisme – est l'une des justifications de l'existence des services, aussi bien royaux que religieux.

17. Le rapide examen des sociétés babylonienne, égyptienne et hébraïque montre que le pouvoir des souverains ne s'identifiait déjà plus au simple exercice de la force dans un intérêt personnel. Quelques siècles plus tard, les philosophes grecs élaborèrent une première définition du bien commun dont l'Orient avait timidement esquissé la réalité.

## B. La Grèce

18. La civilisation grecque est la première à laisser – dès le V<sup>e</sup> siècle avant notre ère – des écrits théoriques qui permettent non seulement de retracer son histoire, mais également de se confronter à des mécanismes conceptuels.

### 1. Le bien commun chez Platon

19. À diverses reprises, Platon (428-348 av. J.-C.) a présenté la poursuite du bien commun comme le principe de la société. Il s'est démarqué des sophistes qui défendaient l'intérêt égoïste du chef au détriment des individus. Dans le prologue de *La République* (env. 375 av. J.-C.), il soulève le problème de la justice dans la Cité et oppose le sophiste Thrasymaque à Socrate. Au cours du dialogue, le sophiste pose la question du sort réservé au juste et à l'injuste. Il estime que les gouvernements – qu'elles que soient leurs formes – « déclarent juste, pour les gouvernés, leur propre avantage, et punissent celui qui le transgresse comme violeur de la loi et coupable d'injustice ; [...] partout le juste est une même chose : l'avantage au plus fort<sup>2</sup> ». Par l'intermédiaire de Socrate, Platon réfute cette argumentation qui finit par identifier le juste à l'utile : tout au contraire, le chef doit proposer et ordonner à l'avantage du sujet qu'il gouverne, et pour qui il exerce son art ; c'est en vue de ce qui est avantageux et convenable pour celui-ci « qu'il dit et fait tout ce qu'il fait<sup>3</sup> ».

20. Cet échange entre les deux hommes constitue la première définition du bien commun en liaison avec l'idée de justice. Il confirme que pour Platon le « juste n'est pas plus l'avantage du plus fort que son désavantage<sup>4</sup> ». La défense de la Cité impose à chacun de contribuer dans la mesure de ses moyens au bien commun qui rassemble, au lieu de poursuivre le bien particulier qui déchire. La société a tout intérêt à ce que le premier plutôt que le second soit correctement assuré. Seul le gouvernement des sages est à même de réaliser le bien de tous en posant les fondements sur lesquels les institutions de la République pourront défendre l'intérêt de chacun.

1. *Ibid.*, p. 108 et s.

2. Platon, *La République*, 339b ; trad. R. Baccou, Flammarion, 1966.

3. *Ibid.*, 343a

4. *Ibid.*, 340b.

## 2. Les magistratures indispensables chez Aristote

**21.** Le Stagyrite (384-322) a élaboré dans sa *Politique* (env. 325 av. J.-C.) une conception du bien commun détachée des références mythologiques encore omniprésentes chez Platon. Il s'est appuyé sur les fondements de la démocratie dans la Cité, qui supposent une association se formant « en vue de quelque bien, puisque les hommes, quels qu'ils soient, ne font jamais rien qu'en vue de ce qui leur paraît être bon<sup>1</sup> ». Le plus important de tous les biens doit être apporté par l'association qui renferme toutes les autres : l'association politique<sup>2</sup>. De même, les sciences et les arts ont un bien pour but, et le premier des biens est l'objet suprême de la plus haute des sciences : la politique. Pour Aristote – qui n'envisage des institutions qu'au service des citoyens –, « le bien en politique, c'est la justice ; en d'autres termes, l'utilité générale<sup>3</sup> ».

**22.** *La Politique* opère une distinction entre la société civile qui concerne les intérêts privés, et la société politique assurant la défense du bien commun. On peut y voir l'esquisse d'un clivage entre des services « privés » et des services « publics ». Un premier tableau des missions de la Cité – assimilées à des magistratures indispensables – est dressé<sup>4</sup>. Aristote distingue, d'abord, une série de missions qualifiées de « nécessaires » : la surveillance du marché public, la conservation des propriétés publiques et particulières à l'intérieur et à l'extérieur de la Cité, la perception des deniers communs et la répartition des fonds entre les administrations publiques, l'exécution des condamnations judiciaires et la garde des prisonniers. Il présente, ensuite, d'autres fonctions qui sont « d'un ordre plus relevé ; car elles exigent un mérite éprouvé, et c'est la confiance qui seule les accorde » : elles portent sur la défense de la Cité et les affaires militaires. Une place particulière est accordée à la magistrature chargée de recevoir et d'apurer les comptes des autres. Une magistrature – « la plus puissante de toutes » – préside l'assemblée générale dont dépendent la fixation et la rentrée des impôts. Enfin, le culte des Dieux appelle une magistrature à laquelle est confié le soin de tous les sacrifices publics. Cette longue description des services dans la Cité – qui recourt à une approche plus fonctionnelle qu'organique – est la plus précise laissée par l'Antiquité grecque. Pour Aristote, ces magistratures indispensables s'intègrent dans le commandement, qui est l'une des trois parties du pouvoir dans la Cité ; les deux autres sont la délibération et l'autorité judiciaire<sup>5</sup>. Cette approche de la *Politique* – comme celle de *La République* de Platon – reste néanmoins plus politique que proprement juridique. C'est Rome qui, quelques siècles plus tard, prolongea cette conceptualisation par des règles de gouvernement explicites.

## C. Rome

**23.** Le droit romain le plus ancien ne comporte encore que très peu de normes abstraites. Il est essentiellement constitué « par des rites, par des modèles concrets, des types concrets

1. Aristote, *Politique*, Liv. I, chap. I, § 1 ; trad. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, *Politique d'Aristote*, Librairie de philosophie de Ladrange, 3<sup>e</sup> éd. 1874.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, Liv. III, chap. VII, § 1.

4. *Ibid.*, Liv. VII, chap. V, § 1-11.

5. *Ibid.*, Liv. VI, chap. XI, § 1.

d'action, qui ressortissent d'un autre type de pensée, disons même d'un mode de pensée prélogique<sup>1</sup> ». Le mot *jus* ne signifie alors que ce qui est juste, pur, rituel ou décidé par les tribunaux. Les *regulae* – véritable *corpus* de normes juridiques – n'existent pas encore. Ce n'est qu'à partir du I<sup>er</sup> siècle avant notre ère que s'élaborent progressivement les notions de *jus publicum*, de *jus privatum* et d'*utilitas publica*.

### 1. Le *jus publicum*

24. Cicéron (106-43 av. J.-C.), autant orateur qu'homme politique, distingue sans guère de précision le *jus publicum* et le *jus privatum*. Quand il mentionne le second, il ne fait que se référer à des contrats entre particuliers, sans désigner un véritable corps de règles. Il faut attendre le Bas Empire (284-565) pour que l'on sépare strictement l'étude du droit privé de celle du droit public. Dès lors, les juristes ne s'occupent plus des questions constitutionnelles, administratives ou de procédures criminelles. L'opposition s'affirme entre le droit qui assure l'utilité publique et le droit servant l'utilité privée, mais aussi le droit du prince et le droit des sujets. Il s'agit d'asseoir le service de l'État tout en assurant la manifestation juridique de la volonté de la société politique définie par Aristote. C'est ainsi que le *jus publicum* se trouve étroitement relié à l'*utilitas* qui peut désigner l'utilité de l'État (*utilitas publica*) ou l'intérêt du peuple (*utilitas communis*). Les Romains ont toujours employé concurremment ces deux expressions, mais à tout moment l'une d'entre elles a toujours eu la prééminence. Si l'*utilitas communis* s'imposait précédemment, l'*utilitas publica* – qui met les impératifs de l'État au premier plan – l'emporte à partir du Bas Empire.

### 2. L'*utilitas communis*

25. La référence explicite à l'*utilitas publica* reste exceptionnelle sous le Haut Empire (27 av. J.-C.-275). Cicéron préfère privilégier le concept d'*utilitas communis*. Ses contemporains se réfèrent aussi à l'*utilitas hominum, omnium, civium, civitatis, populi*, voire à l'*utilitas rei publicae* visant la communauté des citoyens. Quelle que soit l'expression utilisée, l'utilité commune se distingue de l'intérêt immédiat de l'État. Elle doit s'affirmer dans la République sur les intérêts égoïstes de chacun. L'individu dans la société de Cicéron fait partie de la *societas hominum* ; il ne doit pas entrer radicalement en conflit avec les autres personnes car il a les mêmes intérêts qu'eux<sup>2</sup>. Si l'on souhaite que la chose publique soit la chose du peuple (*res publica, res populi*), c'est au nom de l'*utilitas communis* qu'il faut assurer le règne de la justice parmi les hommes. Après Cicéron, et jusqu'à la fin du Haut Empire – surtout avec l'influence des idées chrétiennes au début de notre ère – l'*utilitas communis* est souvent défendue. Elle prolonge – selon une perspective démocratique – les conceptions d'Aristote. Sa mention doit rappeler que les services de l'État œuvrent au nom du bien commun, même si la réalité ne le confirme pas nécessairement.

1. Villey M., « Logique d'Aristote et droit romain », *RHD*, T. XXVIII, 1951, p. 316.

2. Cicéron, *La République*, Liv. I, § XXV ; trad. A. Yon, Gallimard, 1994.

### 3. L'*utilitas publica*

26. Cette notion, déduite d'Aristote est déjà utilisée pendant le Haut Empire. Elle figure dans le discours de Cassius devant le Sénat après le meurtre d'un préfet par un de ses esclaves et dans quelques textes de Marc Aurèle. Mais, c'est le Bas Empire qui en vulgarise l'emploi, notamment par les *Institutiones* d'Ulpien. L'*utilitas publica* est susceptible de revêtir deux significations : elle peut justifier l'adoption d'actes particuliers par les personnes publiques ou privées, mais aussi rappeler les grands principes de l'action impériale. La première acception est fréquemment retenue par les magistrats et les fonctionnaires ; c'est en s'y référant que l'on décide l'entretien des égouts ou la construction des aqueducs. La seconde acception, plus importante, vise l'intérêt ou l'utilité de la Cité. Elle ne concerne pas directement la volonté des citoyens, mais la poursuite par le pouvoir de ses objectifs propres par l'intermédiaire de services. C'est un principe général qui justifie les interventions de la Cité. Les prélèvements fiscaux ou les contraintes militaires liées au déplacement des troupes interviennent en son nom. En réalité, la référence à l'*utilitas publica* correspond généralement à une volonté d'affirmer la distinction du *jus publicum* et du *jus privatum*<sup>1</sup>. L'exercice du pouvoir par Dioclétien (284-305), Constantin (312-337), Théodose II (408-450) ou Justinien (527-565) coïncide avec une période de profonde mutation des structures administratives. Les fonctionnaires sont de plus en plus nombreux et soumis à une hiérarchie stricte. Le pouvoir de l'empereur est renforcé, l'intérêt de l'État l'emporte sur celui du peuple. Dès lors, l'*utilitas publica* est de plus en plus utilisée : elle est mentionnée sur certaines monnaies, dans la constitution de Dioclétien, les obligations des Curies en matière fiscale sous Constantin, le Code de Théodose II. À l'époque de Justinien, elle s'applique dorénavant aussi bien à l'intérêt général de l'État qu'à l'intérêt de certains de ses services.

## S e c t i o n 2

### ***Du Moyen Âge à la Révolution française***

27. La France des Mérovingiens (V<sup>e</sup>-VIII<sup>e</sup> siècle) s'éloigne rapidement des conceptions politiques gréco-romaines. Après la dislocation de l'Empire carolingien (X<sup>e</sup> siècle), les Capétiens et les Valois développent les principes du féodalisme destinés à perdurer jusqu'à la Renaissance. Si les services se multiplient, le pragmatisme du pouvoir l'emporte. Il faut attendre l'absolutisme des XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles pour que la terminologie propre à l'intervention publique – et permettant d'en rendre compte – se précise, même si elle n'est pas dénuée d'ambiguïtés.

---

1. Cf. Gaudemet J., « *Utilitas publica* », *RHD*, 1951, p. 464 et s.