

LES ORIGINES DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

La conception française contemporaine du service public est l'aboutissement d'un cheminement historique qui a permis de passer de la simple idée de service commun à une véritable notion juridique de service public. 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. Celle-ci 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, certaines influences orientales ne sont pas à minimiser. Babylone, Thèbes, Jérusalem, Athènes ou Rome ont connu à plusieurs moments de leur histoire 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 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 juristes, les conseillers d'État, les législateurs entre la seconde moitié du XIX^e siècle et le début du XX^e 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

Aucune société politique ne peut se passer d'une organisation pour exercer le pouvoir qu'elle détient. Les premiers chefs, pharaons, princes, monarques, empereurs ont naturellement rassemblé autour d'eux des personnels civils ou militaires. Même s'ils n'employaient pas l'expression de service public pour désigner leurs activités, elles étaient par nature différentes de celles exercées par les individus en leur nom propre.

Si l'on admet que l'exercice du pouvoir dans la Cité apparaît dès que la société politique est fondée, les premières manifestations de l'idée d'un service public sont repérables dès l'Antiquité, bien que la notion proprement dite reste inconnue. Avec le Moyen Âge, la terminologie pour désigner les services collectifs se précise. 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^e-XVIII^e 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

L'influence athénienne et romaine sur la conception française de l'État est évidente, même s'il ne faut pas minimiser l'apport dès le début de la période historique (qui coïncide avec les premiers écrits qui nous soient parvenus) de quelques civilisations orientales ayant favorisé les choix européens ultérieurs. L'Antiquité, confrontée à la nécessité de gérer les activités communes selon des règles particulières a initié, même maladroitement, la plupart des grands débats qui reprirent en France quelques siècles plus tard.

A. L'Orient

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 ses services pour assurer autant le bien commun que l'intérêt personnel du chef.

1. Les Mésopotamiens

Entre le III^e et le II^e 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^e 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 code législatif que d'un recueil de sentences royales présentant les solutions juridiques à des situations conflictuelles concrètes. Il permet, avec les nombreuses tablettes qui nous sont parvenues, de se faire une idée de la variété des services babyloniens¹.

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 les réserves des greniers royaux. Le monarque attribue 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. Au reste, 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 déjà de nombreux fonctionnaires.

Une forte réglementation en matière économique est préparée par les services royaux. Elle 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 a également le monopole des relations économiques avec les peuples voisins.

Ainsi, la Babylone de Hammourabi connaît déjà des services communs et une réglementation économique élaborée par un pouvoir royal centralisé. Mais l'invasion des Hittites, qui prennent Babylone vers 1550, annonce le recul du rayonnement de cette civilisation. Au même moment, l'Égypte, unifiée par le pharaon Ménéès dès le début du III^e millénaire, se prépare à connaître son apogée.

2. Les Égyptiens

L'exercice du pouvoir a évolué sensiblement entre le III^e et le I^{er} millénaire ; trois empires se sont succédé. C'est pourtant le Nouvel Empire (1550-1050) qui a porté la puissance du pharaon et l'action de l'administration à son zénith².

Le pharaon a toujours obtenu la collaboration de chacun aux tâches communes, aussi bien par l'appel à la conscience individuelle que par la force. Les inscriptions des sarcophages et des papyrus attestent les « progrès du sens moral, la reconnaissance d'une responsabilité individuelle³ ». La crainte du jugement après la mort pousse chacun à œuvrer de son mieux au bien commun défini par le pharaon et le clergé.

1. Cf. G. Gardascia, « Le fief dans la Babylonie achéménide », *Rec. Soc. J. Bodin*, t. I, 2^e éd., 1958, p. 55 et s. ; J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, 1967, p. 13 et s.

2. Cf. J. Pirenne, *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Égypte*, 3 vol., Bruxelles, 1932-1935.

3. Gaudemet J., *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, 1967, p. 68.

Si les terres appartiennent au pharaon, les temples bénéficient pourtant de concessions temporaires ou viagères sur d'énormes domaines gérés par des personnels hiérarchisés. Ils disposent d'un véritable pouvoir économique et social, qui leur permet de peser sur l'Empire. Le transfert de la capitale de Memphis à Thèbes au Moyen Empire (2100-1650) renforce leur influence. 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 gestion fut parfois désastreuse et conduisit finalement l'Empire à la ruine.

Les services pharaoniques sont nombreux et influents. L'administration est enquêtrice. 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.

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 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 ; que cette équation soit contestée, ou remise en cause, et sa chute est proche.

Lorsque Thèbes et Babylone voient leurs difficultés s'accroître vers la fin du II^e millénaire avant J.-C., la monarchie des Hébreux se met en place.

3. Les Hébreux

La connaissance de l'organisation politique et sociale des Hébreux nous est parvenue par l'Ancien Testament qui a mis en forme des coutumes orales antérieures¹. 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^e 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 Hébreux², influencés en partie par l'Égypte.

Le pouvoir développe rapidement une armée conséquente en raison d'une politique de conquête à l'égard des peuples voisins. La gestion du domaine royal est répartie entre des administrations spécialisées, qui sont assistées d'un personnel fourni. Des préfets se partagent les compétences sur les diverses parties du territoire. Ils perçoivent les taxes et redevances : les droits d'importation et de transit, les dîmes des champs, des vignes et des troupeaux. Des taxes exceptionnelles peuvent même être prélevées. Les préfets s'assurent aussi que les territoires dont ils ont la 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 pour satisfaire aux besoins des sujets.

1. Cf. R. De Vaux, *Les institutions de l'Ancien Testament*, 2 vol., Paris, 1958-1960.

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

La confusion entre le patrimoine du roi et celui des temples assure l'autorité du pouvoir royal¹. 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.

Le rapide examen des sociétés babylonienne, égyptienne et hébraïque révèle 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

La civilisation grecque est la première à laisser dès le V^e siècle avant notre ère des écrits théoriques qui permettent non seulement de retracer son histoire, mais également de se confronter aux textes mêmes de ses philosophes, qui disposent des mécanismes conceptuels permettant de fixer de véritables notions.

1. Le bien commun chez Platon

À diverses reprises, Platon (428-348 av. J.-C.) a présenté la poursuite du bien commun comme le principe de la société. Il se démarquait des sophistes qui défendaient l'intérêt égoïste du chef au détriment de ses sujets. 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 et identifie le premier à ce qui est avantageux pour le plus fort :

[...] chaque gouvernement établit les lois pour son propre avantage : la démocratie des lois démocratiques, la tyrannie des lois tyranniques et les autres de même ; ces lois établies, ils déclarent juste, pour les gouvernés, leur propre avantage, et punissent celui qui le transgresse comme violeur de la loi et coupable d'injustice. Voici donc, homme excellent, ce que j'affirme : dans toutes les cités le juste est une même chose : l'avantageux au gouvernement constitué ; or celui-ci est le plus fort, d'où il suit, pour tout homme qui raisonne bien, que partout le juste est une même chose : l'avantageux « au plus fort »².

Socrate critique cette conception au motif que le juste ne doit pas s'identifier nécessairement à l'utile :

[...] aucun chef, quelle que soit la nature de son autorité, dans la mesure où il est chef, ne se propose et n'ordonne son propre avantage, mais celui du sujet qu'il gouverne et pour qui il exerce son art ; c'est en vue de ce qui est avantageux et convenable à ce sujet qu'il dit tout ce qu'il dit et fait tout ce qu'il fait³.

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 désavantage⁴ ». La défense de la Cité impose à chacun de contribuer

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

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

3. *Ibid.*, 343 a.

4. *Ibid.*, 340 b.

dans la mesure de ses moyens au bien commun qui rassemble, au lieu de poursuivre le bien particulier qui déchire. La société a tout à gagner « à ce que le premier plutôt que le second soit assuré de façon convenable¹ ». Seul le gouvernement des sages est à même de réaliser ce bien commun en posant les fondements sur lesquels les institutions de la République peuvent défendre l'intérêt de chacun.

2. Les magistratures indispensables chez Aristote

Le stagyrite a réussi à élaborer 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 :

Tout État est évidemment une association ; et toute association ne se forme qu'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. Évidemment toutes les associations visent à un bien d'une certaine espèce, et le plus important de tous les biens doit être l'objet de la plus importante des associations, de celle qui renferme toutes les autres ; et celle-là, on la nomme précisément État et association politique².

[...] Toutes les sciences, tous les arts ont un bien pour but ; et le premier des biens doit être l'objet suprême de la plus haute de toutes les sciences ; or, cette science, c'est la politique. Le bien en politique, c'est la justice ; en d'autres termes, l'utilité générale³.

Aristote n'envisage des institutions qu'au service des citoyens. Il prône une distinction entre la société civile, qui concerne les intérêts privés, et la société politique, qui défend le bien commun. On peut y voir l'esquisse d'un clivage entre des services « privés » et des services « publics ». Le philosophe ne se limite pas à cette affirmation. Il dresse un premier tableau des missions de la Cité lorsqu'il énumère les magistratures indispensables :

En ce qui concerne les besoins indispensables de la cité, le premier objet de surveillance, c'est le marché public, qui doit être sous la direction d'une autorité veillant aux conventions qui s'y passent et à sa bonne tenue [...] Un autre objet qui vient après celui-ci, et qui y tient de fort près, c'est la conservation des propriétés publiques et particulières [...] Il est une autre magistrature analogue à celle-là et aussi nécessaire qu'elle, s'occupant des mêmes soins, mais qui ne régit que les campagnes et l'extérieur de la cité [...] Une quatrième magistrature, qui ne l'est pas moins, est celle qui doit percevoir les deniers communs, garder le trésor de l'État, et répartir les fonds entre les divers chapitres de l'administration publique [...] La magistrature qui vient après celle-ci et qui est la plus nécessaire, mais aussi la plus délicate de toutes, est chargée de l'exécution des condamnations judiciaires, de la poursuite préalable des jugements et de la garde des prisonniers [...] Telles sont en première ligne les magistratures qui paraissent les plus nécessaires à la cité. Viennent ensuite d'autres fonctions qui ne sont pas moins indispensables, mais qui sont d'un ordre plus relevé ; car elles exigent un mérite éprouvé, et c'est la confiance qui seule les accorde. Ce sont celles qui concernent la défense de la cité et toutes les affaires militaires [...] Quelques magistratures, et l'on pourrait peut-être dire toutes, maniant souvent les fonds publics, il faut nécessairement que celle qui reçoit et apure les comptes des autres, en soit totalement séparée, et n'ait exclusivement que ce soin [...] Au-dessus de ces magistratures et de beaucoup la plus puissante de toutes, car c'est d'elle souvent que dépendent la fixation et la rentrée des impôts, est la magistrature qui préside l'assemblée générale [...] Reste encore un soin fort différent de tous les précédents : c'est celui qu'on doit au culte des Dieux [...] Vient ensuite la magistrature complètement séparée, à qui est confié le soin de tous les sacrifices publics⁴ [...]

1. Platon, *Les Lois*, IX, 875 a. ; trad. A. Castel-Bouchouchi, Gallimard, 2 t., t. II, 2006, p. 148.

2. Aristote, *Politique*, Liv. I, chap. I, § 1 ; trad. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, *Politique d'Aristote*, Librairie de philosophie de Ladrangé, 3^e éd., 1874.

3. *Ibid.*, Liv. III, chap. VII, § 1.

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

Cette longue description des services dans la Cité — qui recourt à une approche fonctionnelle — est la plus précise laissée par l'Antiquité grecque. Pour Aristote, ces magistratures indispensables constituent une des trois parties du pouvoir dans la Cité ; les autres sont la partie délibérative et la partie judiciaire¹.

D'un apport incontestable, les théories de Platon sur le bien commun et d'Aristote sur les magistratures restent néanmoins plus politiques que proprement juridiques. C'est Rome qui, quelques siècles plus tard, les prolongea par des règles explicites.

C. Rome

La contribution de l'Antiquité romaine à la théorie de l'État est surtout juridique. Son plus ancien droit ne comporte pourtant que très peu de normes abstraites. Il est essentiellement constitué « par des rites, par des modèles concrets, des types concrets d'action, qui ressortissent d'un autre type de pensée, disons même d'un mode de pensée prélogique² ». 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^{er} siècle avant notre ère que s'élaborent progressivement les notions de *jus publicum*, *jus privatum* et *utilitas publica*.

1. Le *jus publicum*

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 jurisconsultes 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 qui sert l'utilité privée. La distinction entre le droit du prince et le droit des sujets permet 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* est étroitement relié à l'*utilitas* qui désigne l'utilité de l'État (*utilitas publica*), mais peut aussi viser l'intérêt du peuple (*utilitas communis*).

2. L'*utilitas communis*

Les Romains ont toujours employé concurremment les notions d'*utilitas publica* et d'*utilitas communis*, bien que l'une d'entre elles ait toujours eu la prééminence. Si l'*utilitas publica* — qui met les impératifs de l'État au premier plan — l'emporta à partir du Bas Empire, c'est l'*utilitas communis* qui s'imposait précédemment.

La référence explicite à l'*utilitas publica* reste exceptionnelle chez Cicéron, qui privilégie le concept d'*utilitas communis*. Ses contemporains se réfèrent aussi à l'*utilitas commu-*

1. *Ibid.*, Liv. VI, chap. XI, § 1.

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

nis, 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 individus car il a les mêmes intérêts qu'eux¹. 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.

De Cicéron jusqu'à la fin du Haut Empire (27 av. J.-C.-275) — et surtout à partir de l'influence des idées chrétiennes au début de notre ère — l'*utilitas communis* fut souvent défendue. Elle prolongeait, dans une perspective démocratique, les conceptions d'Aristote. Sa mention devait rappeler que les services de l'État œuvraient au nom du bien commun, même si la réalité ne le confirmait pas toujours.

3. L'*utilitas publica*

Cette notion, déduite d'Aristote, est déjà utilisée sous 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, ou permettre de fixer les grands principes d'action des empereurs. 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 l'État de ses objectifs 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.

La référence à l'*utilitas publica* correspond généralement à une volonté d'affirmer la distinction du *jus publicum* et du *jus privatum*². Ainsi, sous le Bas Empire, 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, la référence à l'*utilitas publica* s'accroît : elle est présente 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 désormais aussi bien à l'intérêt général de l'État qu'à l'intérêt de certains de ses services.

Après la chute de l'Empire romain d'Occident, l'héritage antique — aussi bien philosophique que juridique — fut un temps ignoré par le Moyen Âge français, avant de resurgir et d'alimenter une nouvelle conception du pouvoir.

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

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