



CONSEIL D'ÉTAT

COMITÉ D'HISTOIRE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

HISTOIRE ET MÉMOIRE

Conférences « Vincent Wright »
et table ronde « La loi du 24 mai 1872, 150 ans après »



La Documentation
française

**Conférences « Vincent Wright »
et table ronde « la loi du 2 mai
1872 : 150 ans après »**

Volume 9

CONSEIL D'ÉTAT

COMITÉ D'HISTOIRE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

Conférences « Vincent Wright » et table ronde « la loi du 24 mai 1872, 150 ans après »

Volume 9

Préface de Martine de BOISDEFFRE,
présidente de la section du Rapport et des Études
au Conseil d'État

Coordination éditoriale
Claire SIBILLE-DE GRIMOÛARD,
directrice de la bibliothèque et des archives du Conseil d'État

Créé en 2001, le **Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative** a été investi d'une triple mission :

- Entreprendre et promouvoir des travaux de recherches sur l'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative et du droit public.
- Promouvoir l'organisation de colloques et de journées d'études relatifs aux mêmes thèmes.
- Diffuser ses travaux auprès des instances spécialisées et assurer leur promotion auprès du plus large public.

À cet effet,

- Le Comité d'histoire recueille les témoignages d'anciens membres du Conseil et constitue des archives orales, déposées aux Archives nationales.
- Il encourage la recherche en décernant, tous les deux ans, un prix de thèse distinguant une recherche originale, dont il favorise la publication.
- Il organise également plusieurs conférences par an, dans le cadre du cycle des « Conférences Vincent Wright ».

Conseil d'État
1 Place du Palais-Royal 75001 Paris

comite-histoire@conseil-etat.fr

Tél. 01.40.20.81.31

<http://www.conseil-etat.fr>

Illustration en couverture :
Salle du Tribunal des conflits au Palais-Royal

En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative

(Composition au 1^{er} janvier 2022)

Présidente :

Martine de BOISDEFFRE,

présidente de la section du Rapport et des Études au Conseil d'État

Membres du conseil scientifique :

Éric ANCEAU, maître de conférences à l'université Paris-Sorbonne

Bernard BARBICHE, professeur honoraire à l'École nationale des Chartes

Jean BARTHÉLEMY, président honoraire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Grégoire BIGOT, professeur à l'université de Nantes

Jeannette BOUGRAB, conseillère d'État

Marc BOUVET, professeur à l'université d'Angers

Alain CHATRIOT, professeur au Centre d'histoire de Sciences Po

Michel COMBARNOUS, président de section honoraire au Conseil d'État

Jean-Marie DELARUE, conseiller d'État honoraire

Pierre FANACHI, conseiller d'État honoraire

Yves GAUDEMET, professeur émérite de l'université Paris-II – Panthéon-Assas

Pascale GONOD, professeure à l'université Paris-I – Panthéon-Sorbonne

Jean-Pierre MACHELON (†), professeur émérite de l'université Paris-Cité, doyen honoraire de la faculté de droit

Jean MASSOT, président de section honoraire au Conseil d'État

François MONNIER, directeur d'études à l'École pratique des hautes études

Terry OLSON, conseiller d'État

Bernard PACTEAU, professeur honoraire des universités

Étienne PICARD, professeur émérite de l'université Paris-I – Panthéon-Sorbonne

Benoît PLESSIX, professeur à l'université Paris-II – Panthéon-Assas

Denis SALAS, secrétaire général de l'Association française pour l'histoire de la justice

Marc SANSON, conseiller d'État honoraire

Céline VAN MUYLDER, vice-présidente au tribunal administratif de Cergy

Katia WEIDENFELD, vice-présidente au tribunal administratif de Montreuil, professeure à l'École nationale des Chartes

Secrétaire scientifique :

Claire SIBILLE-DE GRIMOÛARD,

directrice de la bibliothèque et des archives du Conseil d'État

Sommaire

Préface	9
Martine de BOISDEFFRE	

Première partie

Conférences « Vincent Wright » 2019-2022	11
---	-----------

L'accommodement en droit fiscal et douanier aux XVII ^e et XVIII ^e siècles	13
Thomas BOULLU	

Le Conseil d'État napoléonien	29
Terry OLSON	

La fabrique de la loi par le Conseil d'État (1879-1899).....	43
Anne-Laure GIRARD	

La République et les groupements privés d'intérêt général entre 1870 et 1914 : une enquête dans les archives du Conseil d'État.....	81
Chloé GABORIAUX	

Il y a 30 ans, l'arrêt <i>Nicolo</i> : petite histoire d'un grand arrêt	99
Patrick FRYDMAN	

Deuxième partie

Table ronde

« La loi du 24 mai 1872, 150 ans après »	111
---	------------

Allocution d'accueil.....	113
Didier-Roland TABUTEAU	

La loi du 24 mai 1872 : présentation de la table ronde	121
Jean-Pierre MACHELON	

La genèse de la loi du 24 mai 1872	125
Éric ANCEAU	

La loi de 1872, miroir de l'histoire du Conseil d'État.....	137
Marc BOUVET	

Un siècle et demi de justice déléguée vers l'indépendance et l'impartialité?	153
Rémy SCHWARTZ	



Un mythe fondateur : la loi du 24 mai 1872, pilier de la justice administrative.....	159
Anissa HACHEMI	
Conclusion	171
Martine de BOISDEFFRE	

Annexes

État des ressources documentaires relatives à la loi du 24 mai 1872.....	185
Index des noms propres	195
Liste des auteurs.....	199
Table des illustrations	201



Préface

Martine de BOISDEFFRE

Ce neuvième volume de la collection « Histoire et mémoire » que le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative a le plaisir de vous présenter rassemble une dizaine de contributions données entre 2019 et 2022, dans le cadre du cycle « Vincent Wright », ou lors de la table ronde organisée le 30 mai 2022, avec la grande implication du très regretté Jean-Pierre Machelon, pour les 150 ans de la loi du 24 mai 1872, qui a consacré l'indépendance du juge administratif. Les auteurs, historiens, historiens du droit, juristes, membres du Conseil d'État, proposent une diversité de thèmes reflétant la variété des travaux du Comité d'histoire, depuis l'Ancien Régime jusqu'à l'époque contemporaine.

Les travaux de Thomas Boullu, lauréat du prix de thèse 2020, sur les transactions conclues entre les compagnies financières chargées de la perception de l'impôt indirect et les fraudeurs de 1661 à 1791, s'inscrivent dans le prolongement des études relatives à la place des modes alternatifs de résolution des litiges pénaux dans le processus de construction de l'État. L'exploitation des archives du Conseil du roi ainsi que du Contrôle général des finances confirme ainsi que la transaction, loin de constituer un frein à l'expansion de l'État monarchique, permet d'allier les intérêts de la royauté, des contribuables et des sociétés perceptrices de l'impôt.

Si l'œuvre législative et réglementaire du Conseil d'État napoléonien demeure dans les esprits, notamment avec la rédaction des cinq grands codes, d'autres fonctions qu'il remplit paraissent méconnues. Tel est en particulier le cas de sa vocation de pépinière de nouveaux talents, ayant vocation à irriguer la haute fonction publique dans la fidélité au régime. Il est également en Europe la matrice originelle des Conseils d'État mis en place dans les États conquis, afin de façonner leur organisation administrative sur celle de la France. Terry Olson, conseiller d'État, président de la Cour administrative d'appel de Versailles, s'interroge sur ce qu'il reste du Conseil d'État napoléonien, plus de 220 ans après sa création.

Avec la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'État juge désormais « souverainement » les recours contre l'administration. La « Haute Assemblée » devient alors, de façon définitive, une véritable juridiction, comme le rappelle Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'État. Le professeur Jean-Pierre Machelon se demande comment un texte ancien, voté par une assemblée monarchiste, a pu à ce point s'enraciner et être encore aujourd'hui un pilier de la justice administrative moderne. Le professeur Éric Anceau éclaire la genèse de la loi à partir d'une analyse politique des années 1870-1872. Le professeur Marc Bouvet montre que la loi apparaît comme le premier aboutissement d'une longue évolution, commencée en 1806. Rémy Schwartz, président-adjoint de la section du contentieux et président du Tribunal des conflits,

ainsi que la professeure Anissa Hachemi, évoquent tour à tour l'indépendance et l'impartialité de la juridiction administrative et le mythe fondateur que constitue pour elle cette loi du 24 mai. Enfin, en conclusion, Martine de Boisdeffre souligne les caractéristiques paradoxales de cette loi de compromis, qui confirme le Conseil d'État dans la tradition républicaine, qui en confirme la dualité des fonctions consultative et contentieuse et qui a permis d'améliorer l'exercice de la justice administrative. Jean-Pierre Machelon nous a malheureusement quittés depuis la tenue de ce colloque et le conseil scientifique du Comité d'histoire dont il a été l'une des chevilles ouvrières souhaite lui rendre hommage.

Le rôle législatif du Conseil d'État sous la Troisième République est l'objet d'un récit officiel largement façonné par ses membres. La diatribe de Jean-Jacques Weiss en 1879 est notamment demeurée célèbre : « Quelle que soit la cause, l'effet est là : le Conseil d'État a été à peu près annulé en tant que conseil législatif... » En dépit des propos amers de Jean-Jacques Weiss, le Conseil d'État est appelé à connaître de projets fondamentaux, telles la révision des procès criminels et les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires, la séparation de corps, la réforme de la nationalité ou encore, en 1899, la loi sur les associations. Pour la professeure Anne-Laure Girard, la richesse de ses interventions dans la fonction législative mérite d'être pleinement dévoilée.

Entre 1870 et 1914, le Conseil d'État a examiné plus de 1000 demandes de reconnaissance d'utilité publique émanant d'associations et / ou de fondations, dont les dossiers sont conservés aux Archives nationales, à Pierrefitte. Pour Chloé Gaboriaux, maitresse de conférences en science politique, leur analyse éclaire l'évolution des rapports de la République aux corps intermédiaires, de la réticence à la coopération. Elle rend compte du rôle du Conseil d'État dans l'élaboration d'une doctrine exigeante de l'intérêt général, qui vise à concilier la liberté associative et les droits du public.

L'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989, par lequel le Conseil d'État a, selon un complet revirement de jurisprudence, consacré la pleine suprématie des traités internationaux sur les lois, a marqué, à bien des égards, le début d'une ère nouvelle dans l'histoire du droit public français. Au-delà de la question juridique majeure qu'il a ainsi tranchée, et dont les tenants et aboutissants sont bien connus, comment cet arrêt s'est-il concrètement élaboré ? Patrick Frydman, conseiller d'État, ancien président de la Cour administrative d'appel de Paris, qui était commissaire du gouvernement dans cette affaire, livre les souvenirs personnels qu'il a conservés des intenses moments où s'est fait, il y a trente ans, l'arrêt *Nicolo*. Il témoigne ainsi de la petite histoire, telle qu'il l'a vécue, de ce qui devait devenir la décision du Conseil d'État certainement la plus commentée du XX^e siècle.

Les textes des conférences « Vincent Wright » sont classés dans l'ordre chronologique des sujets traités. Ils sont suivis des contributions données lors de la table ronde sur la loi du 24 mai 1872. Un index des noms de personnes citées permettra des recherches transverses, facilitant ainsi la consultation de l'ouvrage. Puisse le présent volume ouvrir des pistes de réflexion et susciter de nouvelles recherches sur l'histoire de la juridiction administrative !

Première partie

**Conférences « Vincent Wright »
2019-2022**

L'accommodement en droit fiscal et douanier aux XVII^e et XVIII^e siècles

Contribution à l'étude de l'émergence d'un droit de l'administration monarchique

Thomas BOULLU

Le code civil définit la transaction, à l'ancien article 2044, comme « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître »¹. La transaction est donc un instrument qui permet aux parties d'éteindre leur conflit grâce à une solution qu'ils déterminent ensemble. La transaction intègre le champ des instruments « extrajudiciaires »² aux côtés de la médiation, de l'arbitrage ou encore de la conciliation.

Il y a eu, au cours de ces dernières années, disons depuis les années 1990, un renouvellement de l'intérêt porté à la transaction dans la plupart des disciplines du droit³. Cette renaissance de la transaction tient à plusieurs raisons. La lenteur des procédures judiciaires et leurs coûts, qui augmentent, conduisent la plupart des parties à chercher à éviter la survenue d'un procès. La transaction présente des garanties d'anonymat puisque, à l'inverse de la justice d'État, les faits de l'affaire et la solution ne sont pas divulgués. La transaction est perçue par les pouvoirs publics comme un instrument de gestion du flux contentieux

-
- 1 L'article 2044 du code civil a ajouté la notion de concessions réciproques initialement absente du texte originel de 1804. Sur cette question, M. Le Bescond de Coatpont, « Le nouveau visage de la transaction en droit civil », *AJ Contrat*, 2018, n° 4, p. 152-158. La jurisprudence avait toutefois immédiatement réparé cette omission du législateur selon C. Jarosson, « Équilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, Dalloz, 2006, p. 54.
 - 2 Les historiens privilégient le terme d'infrajudiciaire ou d'infrajustice. Sa délimitation est toutefois incertaine, voir B. Garnot, « Justice, infrajustice, parajustice et extra justice dans la France d'Ancien Régime », *Crime, Histoire & Sociétés*, vol 4, n° 1, 2000, p. 103-120. Elle suppose également un rapport d'infériorité avec la justice instituée qui ne se confirme pas dans les archives modernes.
 - 3 Le Conseil d'État a consacré son rapport annuel à l'extrajudiciaire en droit administratif en 1993, voir *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, La Documentation française, 1993. Au sein des universités, plusieurs thèses ont été soutenues dans des disciplines variées, par ex., J.-B. Perrier, « La transaction en matière pénale », Paris, Lgdj, 2014 ; S. Brunet-Richou, « La transaction en droit social », thèse droit, Lille, 1998 ; A.-L. Ponsard, « La transaction administrative », thèse droit, Paris-X, 2015.

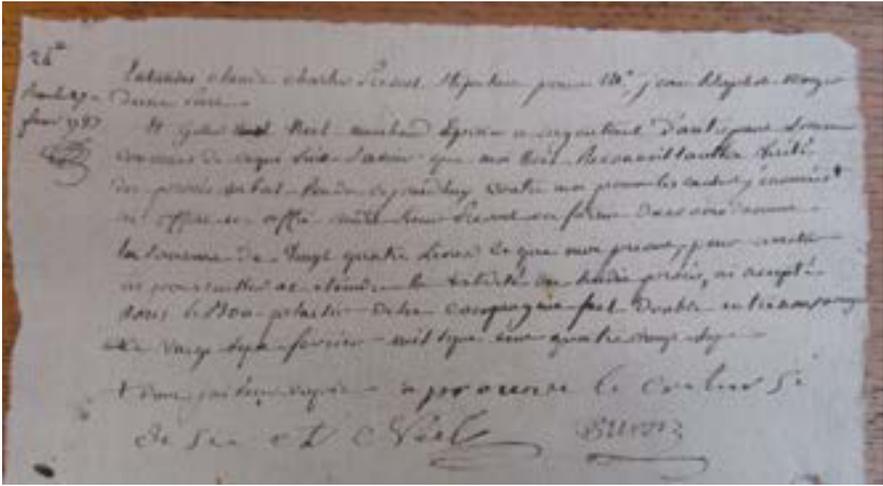
susceptible de permettre, par l'évitement des procès, le désengorgement des juridictions. Enfin, des vertus d'apaisement sont mises en avant, la transaction étant parfois susceptible de répondre mieux aux besoins des parties qu'une décision unilatérale de la justice. En matière de fiscalité, la question de la transaction est devenue particulièrement saillante dans le débat public. Les transactions avec Bercy se sont multipliées, parfois pour des montants importants, au point de constituer aujourd'hui le principal instrument de perception des impayés fiscaux et des amendes⁴. Ce retour de l'importance de la transaction fiscale et douanière conforte l'intérêt d'étudier sa genèse.

Sous l'ancien droit, outre le terme de « transaction », les contemporains évoquent la conclusion d'un « accord », d'un « arrangement », d'un « traité », d'un « pacte », d'un « accordement » ou encore d'un « accommodement »⁵ pour terminer un litige à l'amiable. Ce dernier terme est, de loin, le plus couramment utilisé en droit fiscal et douanier. Les accommodements se présentent sous la forme d'un contrat conclu entre le fraudeur et la compagnie chargée par la monarchie de collecter l'impôt. Sous l'ancien droit, la perception de l'impôt indirect n'est pas directement assurée par la royauté. La Couronne préfère la déléguer à des sociétés composées d'actionnaires, qui, en échange du paiement d'une importante somme d'argent à la royauté, obtiennent le droit de les percevoir et de les conserver⁶. La transaction reprend invariablement l'identité des parties, l'infraction commise et la contrepartie en échange de laquelle la société accepte de terminer le litige. Le contrat peut être établi devant notaire, mais, le plus souvent, il se présente simplement sous la forme d'un acte sous seing privé.

4 Sur la transaction fiscale en droit actuel, V. Dussart, « La Direction générale des Finances publiques et la prévention du contentieux fiscal », *Le contentieux fiscal en débats*, T. Lambert (dir.), Paris, LGDJ, 2003, p. 67-80 ; C. de La Martinière, « La transaction regard fiscal », *La transaction dans toutes ses dimensions...*, *op. cit.*, p. 169-174 ; H. Rabault, « Le fondement juridique de la remise gracieuse de l'article L. 247 du livre des procédures fiscales », *LPA*, 2013, n° 76, p. 3 ; du même auteur, « La transaction en droit fiscal : quelques doutes sur la constitutionnalité de l'article L. 251 du Livre des procédures fiscales », *LPA*, 2014, n° 84, p. 7 ; V. Dumas, « La transaction en matière fiscale : le genre de proposition qu'on ne peut pas refuser ? », *RJF*, 2009, n° 5, p. 387.

5 La pluralité des termes permettant de désigner une transaction avait déjà été soulignée par R. Eckert, « La transaction pénale du XI^e au XV^e siècle : Étude de droit savant, de législation et de coutume », thèse de droit, Strasbourg, 2009, p. 16-17.

6 Dans ce cadre, la compagnie financière conclut avec la monarchie un bail. Symbolisant le transfert d'autorité du roi à la compagnie, le bail se présente sous la forme d'un engagement contenant de nombreuses clauses. Énumérant les impôts confiés en gestion à la compagnie, il expose les modalités de recouvrement que la société peut mettre en œuvre. Voir par ex. F. Bayard, *Le monde des financiers au XVIII^e siècle*, Paris, Flammarion, 1988, p. 104.



Arch. nat. G² 197, *Accommodement conclu le 27 fév. 1787 entre la Ferme générale et Gilles Nesle, marchand épicier à Argenteuil, pour la somme de 24 livres. L'épicier est accusé de couper son eau-de-vie à l'eau et de ne pas déclarer la vente de ses bouteilles*

L'étude de l'accommodement semble déterminante pour la compréhension de la perception de l'impôt indirect avant 1789. La fréquence de sa conclusion est confirmée dans de nombreuses archives. Pour les fraudeurs, il faut « transiger à tout prix »⁷ afin d'éviter que la justice royale ne prononce les lourdes peines instituées par la législation⁸. Les « registres de saisies » établis dans les nouveaux territoires belges conquis par la Couronne entre 1746 et 1748 mentionnent, sur 1472 fraudes, un taux de résolution par accommodement de 70 % en matière de droits de douanes⁹. Cette proportion atteint 90 % dans des registres parisiens relatifs aux fraudes commises sur l'impôt aux cartes à jouer entre 1779 et 1786¹⁰.

7 L'expression est empruntée à N. Castan, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris, Flammarion, 1980.

8 La sévérité du droit fiscal et douanier d'Ancien Régime est présentée par de nombreuses études. Par ex., T. Edmond, « La peine en droit douanier au siècle des Lumières », *La dimension historique de la peine*, Y. Jeanelos (dir.), Paris, Economica, 2013, p. 194-198 ; P. Béquet, *Contrebande et contrebandiers*, Paris, PUF, 2^e éd., (1^{re} éd., 1959), 1972, p. 17-19 ; A. Ferrer, *Tabac, sel, indiennes. Douane et contrebande en Franche-Comté au XVIII^e siècle*, Besançon, PUF, 2002, p. 272-274 ; concernant les infractions aux droits de traites, voir J. Clinquant, *Les services extérieurs de la ferme générale à la fin de l'Ancien Régime : l'exemple de la direction des fermes du Hainaut*, Paris, CHEFF, 1996, p. 23-24.

9 Arch. nat. G² 255-293, Comptes et correspondances des bureaux de la Régie des nouvelles conquêtes faites aux Pays-Bas autrichiens à partir de 1744 et restituées lors de la paix d'Aix-la-Chapelle en 1748.

10 Arch. nat. G² 190*-192*, Transcription de procès-verbaux et sentences d'amendes et confiscations relatifs au droit sur les cartes à jouer, 1779-1786.

Une meilleure connaissance de la transaction semble dès lors permettre une meilleure compréhension de la justice fiscale et douanière pré-révolutionnaire.

Les sources utilisées pour cette étude sont presque exclusivement issues des Archives nationales. Les archives des institutions chargées de la collecte de l'impôt aux XVII^e et XVIII^e siècles contiennent les informations les plus précieuses. Elles sont regroupées dans les sous-séries G¹ et G² sous l'appellation d'« Archives de l'administration des fermes ». La première sous-série est relative à la Ferme générale qui représente, au cours du XVIII^e siècle, la principale compagnie chargée de l'exploitation des impôts indirects¹¹. La seconde concentre les papiers de la Régie générale qui, à partir de 1780, est compétente en matière de collecte des aides et des droits domaniaux¹². Les archives du Contrôle général des finances apportent également de nombreux renseignements. La consultation des correspondances entre le Contrôle et les intendants de généralités et des « dossiers constitués »¹³ renseignent sur le rapport qu'entretient la monarchie avec les accommodements¹⁴. Un sondage au sein des archives du Conseil du roi a également été entrepris de 1715 à 1791. Il a permis d'identifier 1115 arrêts rendus en matière de fraude aux impôts indirects extraits sur 14 années répartis au cours du XVIII^e siècle. Dix pour cent d'entre eux évoquent une transaction fiscale et douanière conclue ou avortée. Ces affaires concernées par un accommodement peuvent être comparées aux autres litiges relatifs à l'ensemble du contentieux fiscal et douanier. L'opération permettait d'espérer mettre en lumière des spécificités ou des convergences en fonction de la présence ou de l'absence d'une offre de transaction.

11 Les recherches sur la Ferme générale sont assez rares malgré l'importance de cette institution. On peut citer G.-T. Matthews, *The Royal General Farms in eighteenth-century France*, New York, Columbia University Press, 1958 ; V. Azimi, *Un modèle administratif de l'Ancien Régime : les commis de la Ferme générale et de la Régie générale des aides*, Paris, éd. du CNRS, 1987 et J. Clinquart, op. cit.

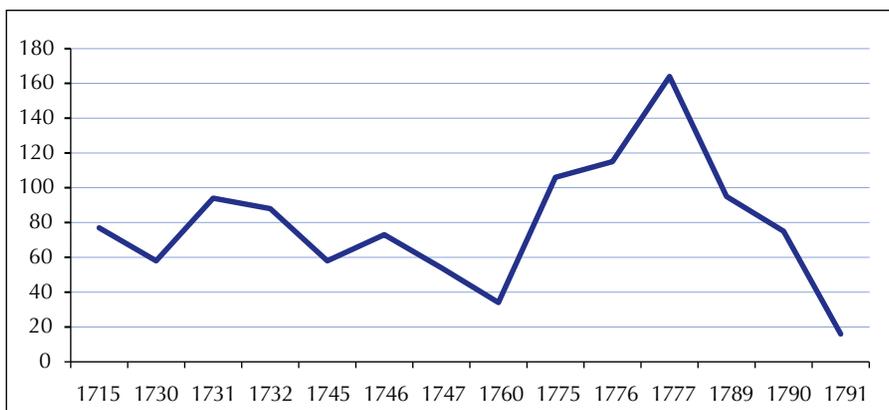
12 La présentation de ces archives est réalisée par J. Félix, *Économie et finances sous l'Ancien Régime, Guide du chercheur (1523-1789)*, M. Antoine (dir.), Paris, CHEFF, 1994. Le chercheur bénéficie également d'un inventaire précis établi par M. Teulet, *Inventaire des sous-séries G¹ et G²*, Paris, Archives nationales, revu et corrigé par M. Langlois et A. Vallee, 1967

13 Les « dossiers constitués » concernent principalement la période au cours de laquelle Desmaretz est à la tête du ministère. Ils sont relatifs à des litiges directement tranchés par la haute administration des finances.

14 Concernant ces archives, voir le *Répertoire numérique de la sous-série G⁷*, Paris, Archives nationales, dactyl. en 1979 conjointement réalisé par A. Laudy, A. Lefranc, R. Goubaux, L. Célier, S. Clémencet, C. Fagès et A. Vallée ainsi que le répertoire réalisé par N. Bienaymé, *Inventaire sommaire des articles G⁷ 551-1328 et G⁷ 1391-1629*, A.-M. de Boislisle (dir.), Paris, Arch. nat., revu par B. Galland en 2000. Voir également A.-M. de Boislisle, *Correspondances des contrôleurs généraux des finances avec les intendants des provinces (1683-1715)*, Paris, Impr. nat., 1874-1897, 3 vol. et A. Smedley-Weil, *Correspondance des intendants avec le Contrôleur général des finances : 1677-1689, naissance d'une administration*, introduction par Emmanuel Le Roy Ladurie ; préface par Jean Favier, sous-série G⁷, inventaire analytique, Paris, Arch. nat., 1989-1991, 3 vol.

Arrêts rendus en matière d'impositions indirectes

Données extraites sur la base d'un sondage comprenant 1115 arrêts rendus par le Conseil du roi (1715-1791)



Typologie des fraudeurs et des accommodés

L'étude des professions des fraudeurs ayant reçu ou formulé une offre de transactions révèle une première particularité. La proportion des négociants y est beaucoup plus importante que pour l'ensemble des fraudeurs traduits devant le Conseil du roi. Alors que les négociants représentent 13 % de l'ensemble des fraudeurs du sondage, ils constituent 31 % de l'échantillon concerné par une offre d'accommodement. À l'inverse, la proportion des laboureurs, des domestiques ou encore des artisans est plus importante lorsqu'aucune transaction n'a été proposée par l'une ou l'autre partie. La comparaison de ces données semble indiquer que les accommodements sont davantage prisés par le monde du grand commerce que par le monde rural.

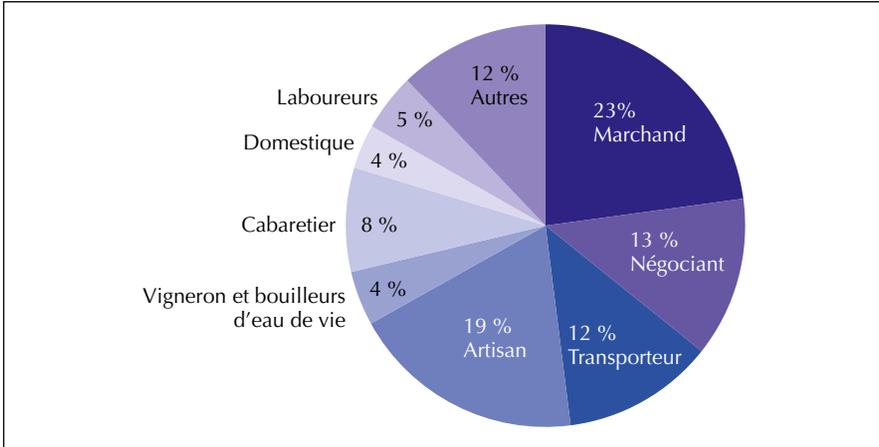
Les recherches menées sur l'origine géographique des fraudeurs révèlent que ces derniers résident principalement dans la moitié Nord du royaume de France. La répartition des fraudeurs semble reproduire les dynamiques économiques des territoires. Les généralités situées au Nord bénéficient de réseaux routiers développés et abritent les grands ports de commerce de Nantes, de Rouen ou du Havre. Ces espaces économiques constituent les principaux lieux de résidence des marchands et des négociants. La géographie de la transaction semble donc confirmer que cet instrument est prisé du monde des affaires. Cette approche économique ressort également dans certaines correspondances conservées dans les archives du Contrôle général. L'accommodement est présenté en 1689 par l'inspecteur des fermes De Mouy chargé de contrôler le bon fonctionnement des sociétés collectrices d'impôts comme « nécessaire pour le bien de la ferme et du commerce »¹⁵. Dans une autre lettre, l'inspecteur des fermes De Pomereu écrit au

15 A.-M. de Boislisle, *Correspondance des contrôleurs généraux...*, op. cit., t. 1, « Instructions données au sieur De Mouy, inspecteur des fermes dans les élections et directions de Rouen, Caen et Alençon », 9 mai 1689, p. 551.

Contrôleur général des finances, Claude Le Peletier en 1688 qu'il faut encourager les transactions « pour la facilité du commerce »¹⁶. En 1781, Prost de Royer confirme cette dimension économique de l'accommodement dans son célèbre dictionnaire.

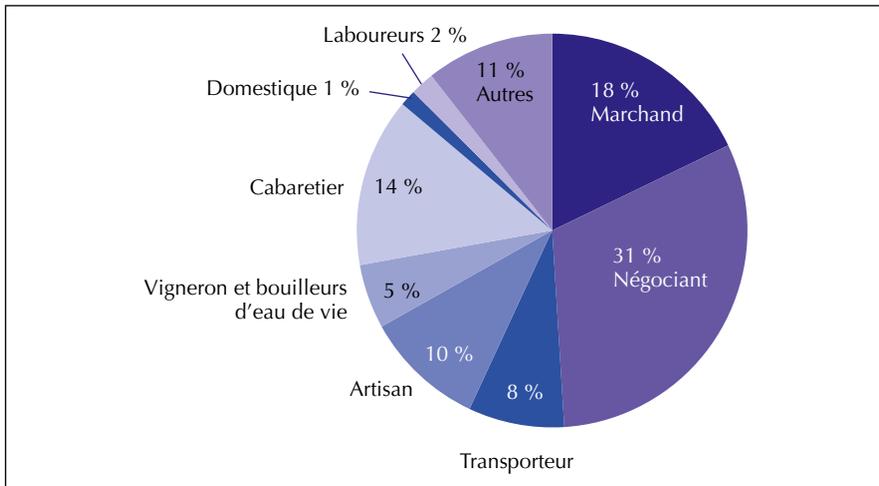
Professions des fraudeurs

Échantillon de 1711 professions recueillies sur les 1115 arrêts du sondage (1715-1791)



Professions des fraudeurs ayant reçu ou formulé une offre d'accommodement

Échantillon de 151 professions recueillies sur les 1115 arrêts du sondage (1715-1791)

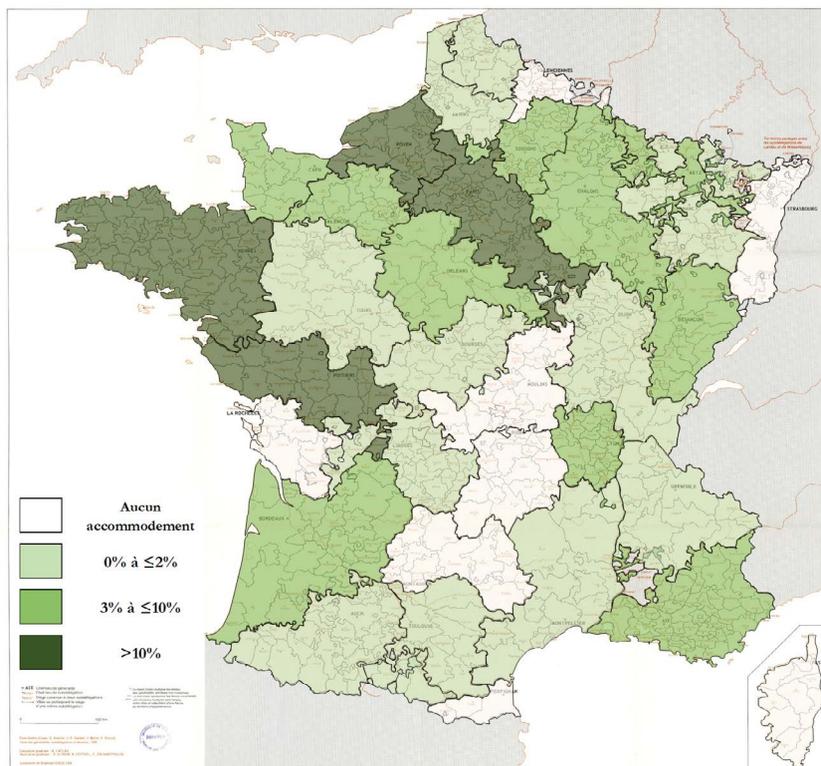


16 Arch. nat. G7 1143, Lettre du 8 juill. 1688 de l'inspecteur des Fermes De Pomereu au Contrôleur général des finances Claude Le Peletier.

La transaction est présentée comme un instrument au service du commerce et de la politique économique de la monarchie ¹⁷. Elle accompagne l'évolution de la législation commerciale et permet aux marchandises de ne pas rester immobilisées dans l'attente d'un procès.

Répartition géographique des fraudeurs ayant reçu ou formulé une proposition d'accommodement

Échantillon de 159 localités identifiées au sein des 1115 arrêts issus du sondage (1715-1791)



L'étude de l'accommodement confirme que l'ensemble des infractions fiscales et douanières peuvent faire l'objet d'un accord. Certaines transactions portent sur le non-paiement des droits concernant des marchandises licites. Dans ce cas, les particuliers ne paient pas les impôts indirects qui frappent des marchandises dont le commerce est autorisé. Ces droits sont variés : il peut s'agir des aides, de l'impôt sur le tabac ou encore des traites qui s'assimilent à des droits de douane ¹⁸.

17 A.-F. Prost de Royer, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts ou nouvelle édition du dictionnaire de Brillouin*, Lyon, Aimé de La Roche, t. 2, p. 14, voir « Accommodement ».

18 Pour une présentation des impôts indirects sous l'ancien droit, T. Boullu, « La transaction en matière d'impositions indirectes. Contribution à l'étude de l'émergence d'un droit de l'administration monarchique (1661-1791) », thèse droit, Strasbourg, 2019, p. 19-30.

D'autres accommodements sont conclus en raison d'une fraude concernant des marchandises prohibées. En l'espèce, l'infraction ne correspond pas à l'absence de paiement d'un impôt. La simple détention de ces marchandises est un crime de contrebande sévèrement puni par la législation royale¹⁹. Enfin, l'infraction est parfois accompagnée de faits de rébellion. Les archives attestent que, même pour des faits graves, des transactions sont conclues malgré des faits de violences commis sur les employés des fermes. Dans cette hypothèse, la transaction conserve un caractère fiscal et douanier, mais avec une dimension criminelle supplémentaire.

C'est par exemple le cas dans un arrêt du Conseil du roi daté du 2 avril 1715 qui relate une violente altercation survenue à Chamelet dans la province du Beaujolais. Les employés du fisc, dans le cadre d'une visite inopinée, pénètrent au domicile d'un particulier. Ils surprennent alors plusieurs individus, attablés, qui discutent en buvant du vin. Tous les éléments attestant la présence d'une taverne non déclarée semblent réunis. Une rixe survient à laquelle plusieurs habitants du village, alertés par le bruit, prennent part. Les employés sont, aux termes de l'arrêt du conseil, « *roués de coups par la population [et] eurent peine à sauver leur vie* ». Malgré la gravité des faits et les blessures infligées aux employés du fisc, une transaction est conclue pour la somme de 400 livres.

Ces affaires continuent de se rencontrer à la fin du XVIII^e siècle. L'arrêt du Conseil du roi rendu le 12 août 1783 à l'encontre du dénommé Maugeat atteste que les transactions pour des faits de violence sont conclues jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Maugeat, au cours d'un contrôle fiscal en matière de gabelle, perd son sang-froid, insulte un commis puis, « *furieux, le prend à la gorge, le traîne dans sa maison, le jette sur un lit, et, en continuant de lui presser la gorge d'une main, il le fouille de l'autre* ». Le « rébellionnaire »²⁰, qui refuse ensuite de se soumettre au magistrat et à la maréchaussée venus l'interpeller, réussit tout de même à conclure une transaction pour la somme de 880 livres. Bien que ces affaires attestent la présence de transactions pour des crimes graves, il ne faut pas exagérer leur proportion. Seulement 5 % des conflits accompagnés de rébellion se terminent par une transaction dans le sondage réalisé au sein des archives du Conseil. Les infractions graves accompagnées de violence semblent donc constituer un domaine où les accommodements sont moins fréquents. La transaction fiscale et douanière demeure davantage prisée pour les petits litiges à l'instar des omissions de déclarations commises par mégarde, sans réelle volonté de frauder.

19 Les marchandises peuvent être dites de « prohibition relative » ou de « prohibition générale », voir J.-P. Rousselot de Surgy, *Encyclopédie méthodique – Finances*, Paris, Chez Panckoucke, 1787, t. 1, p. 366, voir « Contrebande », et t. 3-1, p. 387-391, voir « Prohibition ».

20 C'est le terme le plus couramment rencontré dans les sources.

La nature juridique commune de l'accommodement

Ce constat semble pouvoir s'expliquer, au moins en partie, par la mise en place d'un cadre particulier en matière de transactions par l'ordonnance criminelle de 1670. Aux termes de l'article 19 du titre 25, l'ordonnance dispose « *Enjoignons à nos procureurs et à ceux des seigneurs, de poursuivre incessamment ceux qui seront prévenus de crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive, nonobstant toute transaction et cessions de droits faites par les parties : et à l'égard de tous les autres, seront les transactions exécutées, sans que nos procureurs ou ceux des seigneurs puissent en faire aucune poursuite* »²¹. Les peines afflictives touchent à l'intégrité du corps. En matière d'impôt, il s'agit principalement de la peine du fouet ou de la peine des galères accompagnées de la marque prévues par les grandes ordonnances fiscales et douanières adoptées entre 1680 et 1687.

Pendant longtemps, l'article 19 du titre 25 de l'ordonnance de 1670 a été interprété comme une volonté de la monarchie d'interdire les transactions pour des crimes graves. L'historiographie convient aujourd'hui qu'à aucun moment la royauté ne s'est opposée à leurs conclusions²². L'État royal a simplement souhaité les contrôler en laissant aux procureurs la possibilité de procéder à des poursuites lorsqu'ils le jugeaient opportun. L'ordonnance de 1670 prive donc la transaction de sa force obligatoire en matière de peine afflictive, mais n'interdit pas leurs conclusions. L'intérêt est toutefois réduit pour le criminel qui, en reconnaissant sa culpabilité dans la transaction, facilite d'éventuelles poursuites²³. Cet élément

21 *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, Donnée à Saint-Germain-en-Laye au mois d'Aoust 1670 pour les matieres criminelles*, Paris, Chez les Associez choisis par sa Majesté, 1670.

22 J.-C. Farcy, « Justice privée et justice publique. Approches de l'historiographie (France – XVIII^e – XX^e siècles) », in *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, S. Dauchy, V. Demars-Sion, A. Deperchin, T. Le Marc Hadour (dir.), Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2008, p. 23-32.

23 C'est un point reconnu par les criminalistes au-delà de la question du droit fiscal et douanier, J. Imbert, *La pratique judiciaire, tant civile que criminelle receüe et observée par tout le Royaume de France*, Lyon, Chez Arnoullet, 1615, p. 635 : « *Le Procureur du roy pourra de la transaction tirer concession, & demander adjudication d'amende ou de peine corporelle, pour l'interest du Roy* » ; P. Ayrault, *Ordre et instruction judiciaire*, Paris, Chez Cotillon et Chevalier-Maresq, 1881 [réed. 1610], p. 123 ; A. Bruneau, *Observations et maximes sur les matieres criminelles*, Paris, Chez Cavalier, 1715, p. 270 : « *L'un & l'autre des contractants confesse sa turpitude, l'accusateur sa lacheté, & l'accusé son crime* » ; P. Bornier, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV*, Paris, Chez Denys, t. 2, p. 336-337 : « *Le Procureur du Roy, ou fiscal, qui peut même se servir de la transaction contre l'accusé, comme impliquant en soy un aveu & concession du crime* » ; G. du Rousseaud de LaCombe, *Traité des matieres criminelles suivant l'Ordonnance du mois d'Août 1670, & les Édits, Déclarations du Roi, Arrêts & Règlemens intervenus jusqu'à présent*, Paris, chez Le Gras, 1732, p. 229 : « *Si la partie civile a fait ce désistement moyennant une certaine somme d'argent, cela servira de preuve au procureur du Roi ou au procureur fiscal pour convaincre l'accusé* » ; J.-A. Soulatges, *op. cit.*, p. 388 : « *Il sert de preuve au Procureur du Roi ou Fiscal, pour la conviction de l'accusé, & pour la poursuite du Crime* ».

semble expliquer la faible proportion de transactions pour des crimes graves dans notre sondage.

Cette difficulté est évoquée dans l'arrêt du Conseil du roi du 7 juillet 1715 opposant le nommé Mesny à la Ferme générale. Mesny fait partie d'une bande de contrebandiers de sel qui sévissent dans la généralité d'Orléans. Arrêté et placé en détention, il accepte de transiger afin d'éteindre les poursuites, mais précise s'« estre assuré qu'il n'y aura pas de peines afflictives contre luy »²⁴. Mesny semble avoir obtenu certaines garanties lui permettant d'être certain que le procureur ne ravivera pas ultérieurement l'affaire. Cette affaire renvoie à une situation décrite dans le traité de Moreau de Beaumont publié entre 1787 et 1789. La pratique consiste alors pour la compagnie financière à demander l'avis du procureur du lieu avant de conclure un accommodement. En adoptant cette posture, et dans le cas où le procureur tolérerait de ne pas poursuivre, les parties bénéficient d'une caution supplémentaire²⁵. Outre le paiement de l'importante somme de 4 000 livres, Mesny accepte de devenir un indicateur aux services de la Ferme générale²⁶.

Au-delà de cet encadrement propre au droit pénal, l'accommodement est également subordonné à toute une série de règles de droit civil directement héritées du droit romain. La transaction est une convention entre deux personnes, et peut, à ce titre, faire l'objet d'une nullité en droit des contrats. C'est le cas lorsque certains éléments liés aux règles de formation des contrats manquent comme en matière de capacité des parties. C'est également le cas en présence d'un vice du contrat, tel le dol ou la violence contractuelle, susceptible de donner lieu à des rescissions. En matière de procédure civile, le non-respect par l'une des parties des obligations inscrites au contrat l'expose à des poursuites. L'exécution du contrat peut être forcée afin d'obtenir le respect des engagements de l'accommodement. Conformément au droit commun des contrats, le créancier sollicite l'obtention d'un titre authentique décerné par une juridiction²⁷. Une fois muni de cet acte, il émet un « commandement préalable »²⁸ qui, s'il reste sans réponse, peut être suivi de la saisie des biens du débiteur.

24 Arch. nat. E* 877^A, CR 9 juill. 1715, Affaire Mesny, arch. cit.

25 J.-L. Moreau de Beaumont, Mémoires concernant les impositions et droits en Europe, Paris, chez J.-C. Desaint, 1789, t. 5, p. 358 : « *Mais s'il s'agit de délits méritants peine afflictive, le Fermier général peut-il transiger des amendes & confiscations ? Les réglemens semblent s'y opposer. Cependant l'usage a prévalu que le Fermier puisse alors transiger, mais le prisonnier ne peut être élargi que sur le consentement du Procureur du Roi, qui, nonobstant la transaction, pourroit suivre l'instruction du procès, & qui même pourroit la faire déclarer nulle, conformément à l'article XX de l'ordonnance à laquelle il n'a point dérogé.* »

26 Arch. nat. G⁷ 1251, « Affaire Mesny, Correspondance avec l'intendant de généralité. » Louis-Guillaume Jubert de Bouville, [1715].

27 F. Serpillon, Code civil ou Commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667, Paris, Chez Pierre-Mary Delaguette, 1754, p. 612.

28 J.-N. Guyot, op. cit., t. 15, p. 232, voir « *Contrainte : On ne peut pas saisir exécuter, ni saisir réellement, ni emprisonner, que l'on n'ait fait un commandement préalable pour mettre l'obligé en demeure.* »

La nature juridique administrative de l'accommodement

La transaction atteste ainsi sa nature juridique hybride qui emprunte aux règles civiles et pénales. Ces règles, extraites de ce que l'on peut qualifier l'ancien droit commun, ou *ius commune*, ne sont toutefois pas les seules à composer le socle juridique de la transaction fiscale et douanière. Certaines normes, qui paraissent exorbitantes, traduisent vraisemblablement le rôle de la raison d'État sur le régime juridique de la transaction. L'étude de ces normes semble témoigner de l'existence de ce que certains auteurs appellent, « un ancien droit administratif »²⁹ en matière de fiscalité indirecte.

La présence de ces règles semble s'expliquer par plusieurs raisons. Tout d'abord, les compagnies financières chargées de collecter les impôts tendent à se rapprocher du pouvoir royal au cours du XVIII^e siècle. Bien que celles-ci demeurent statutairement indépendantes et composées d'actionnaires, la royauté exerce progressivement un rapport de domination qui nuance, très fortement, leur autonomie structurelle. Les normes internes qu'adoptent les compagnies pour le bon fonctionnement de leur administration sont de plus en plus soumises au contreséing des ministres. Parfois, les premières lignes de l'acte précisent que ce dernier est pris « sur les intentions de Monsieur le Contrôleur général ». La délibération de la Ferme générale le 21 janvier 1774 est adoptée après avoir « pris les ordres de Monsieur le Contrôleur général [...] ayant approuvé le plan qui lui a été proposé ». Les propres normes édictées par les compagnies financières dans le cadre de leurs activités de gestion sont ainsi soumises à un régime de tutelle. La nature de ces normes semble dès lors pouvoir être réinterrogée. À compter des années 1778-1780, le Contrôleur général des finances devient prépondérant dans le choix des actionnaires de la Ferme générale et de la Régie générale des aides. De plus en plus, les compagnies financières peuvent être considérées comme une

29 Sur cette question qui oppose les tenants d'une histoire « pragmatique » du droit administratif aux tenants d'une histoire « dogmatique », voir J.-L. Mestre, « L'histoire du droit administratif. La combinaison fructueuse de deux approches », *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, J. Krynen, B. d'Alteroche (dir.), Paris, Classique Garnier, 2014, p. 249-260.

excroissance de l'État, et certains auteurs les qualifient déjà d'« administration parapublique »³⁰ ou encore d'« administration parallèle »³¹.

La transaction concourt, de plus, à l'accomplissement de certaines missions régaliennes de l'État. La transaction participe à une des entreprises fondatrices de l'État moderne en ramenant les contrevenants au paiement consenti de l'impôt. Elle participe aussi à la collecte effective de l'impôt. Le montant de la transaction est composé de plusieurs éléments : la somme relative à l'amende à laquelle s'expose le délinquant, la valeur des marchandises saisies qui, grâce à la transaction, peuvent lui être restituées, et le montant des droits qu'il a fraudés. Le montant de ces droits est l'unique élément qui ne peut pas faire l'objet d'une remise via la transaction. Conformément aux écrits de Prost de Royer, lorsque la négociation porte sur « la propriété de l'État, les droits essentiels de la souveraineté, les administrateurs ne peuvent pas aliéner, sacrifier la chose publique »³². S'acquitter du montant fraudé est ainsi, selon Rousselot de Surgy, « la première condition des accommodemens »³³. Outre son intérêt pour le commerce, la transaction contribue également à la régulation du contentieux fiscal et douanier qui, au cours du XVIII^e siècle, augmente de manière significative. Au total, l'accommodement n'est pas qu'un instrument au service des parties et facilite la mise en œuvre de la politique royale en différents domaines.

L'ensemble de ces éléments conduit la monarchie à encourager la conclusion d'accommodements. Différents commissaires et officiers conduisent ou initient des négociations entre des employés des compagnies financières et des fraudeurs. C'est en particulier le cas des intendants de généralité compétents pour juger d'une partie du contentieux en matière d'impôts indirects. Les archives sont nombreuses à monter l'implication des intendants dans ces résolutions amiables. Le 29 août 1693, un mémoire anonyme mentionne la conclusion d'un accommodement « pour satisfaire aux ordres de Monsieur l'intendant »³⁴. En 1744, à Gand, une fraude au coton conduit à une transaction à hauteur de 250 florins « conformément aux intentions de M. de Sechelles »³⁵. Une

30 P. Sueur, *Histoire du droit public français (XV^e-XVIII^e siècle)*, 4^e éd., (1^{re} éd. 1989), Paris, PUF, 2007, t. 2, p. 384 ; également B. Barbiche, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne*, 2^e éd. (1^{re} éd. 1999), Paris, PUF, 2012, p. 264 ; F. Burdeau, « 1789. L'administration territoriale et nous », *Annuaire des collectivités locales*, t. 9, 1989, p. 11.

31 É. Bournazel, J. Imbert, *Histoire de la fonction publique en France*, M. Pinet (dir.), Paris, Nouvelle Librairie de France, t. 2, 1993, p. 264. La qualification de « désastreux système » employée par J. Godechot pour qualifier la Ferme générale doit être révisée et ne correspond en rien au perfectionnement de sa structure administrative, J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, 3^e éd., (1^{re} éd., 1951), Paris, PUF, 1985, p. 160-161 ; E. White considère qu'elle doit être tempérée in « From Privatized to Government-Administered Tax Collection : Tax Farmin in eighteenth-century France », *The Economic History Review*, vol. 57, n° 4, p. 636-663.

32 A.-F. Prost de Royer, *op. cit.*, t. 1, p. 13, v° « Accommodement ».

33 J.-P. Rousselot de Surgy, *op. cit.*, t. 1, p. 5, v° « Accommodement ».

34 Arch. nat. G7 1144, Mémoire Instructif, arch. cit.

35 Arch. nat. G2 296, Bureau principal de Gand. 2. États de recettes et dépenses, états de produits, états de saisies, amendes, confiscations, 1745-1748.



Arch. nat. G⁷ 1169, Dossier de procédure, « bon du roi » dans l'affaire Chapotin.

autre affaire relative à des paires de bas dans le Hainaut fait l'objet d'un accord « approuvé de M. de Lucé le 12 janvier 1747 »³⁶. D'autres archives révèlent que la conclusion d'accommodement peut demeurer en souffrance dans l'attente de la décision de l'intendant. C'est le cas d'une saisie de neuf chevaux transportant du froment pourtant interdit à l'exportation. Le registre du bureau d'Ath précise que l'accommodement conclu a été envoyé « à M. Morel Receveur à Maubeuge pour faire approuver ledit accord par M. L'intendant »³⁷.

Au sommet de l'administration, directement dans les bureaux de la haute administration des finances, des transactions peuvent également être conclues. Ces dernières sont entérinées dans le cadre de réunions dont la teneur évolue au cours des XVII^e et XVIII^e siècles. À l'époque de Colbert, des médiations sont organisées au domicile de l'intendant des manufactures et du commerce Bellinzani. Trois commerçants et trois fermiers généraux sont présents à ces réunions et conviennent de transactions fiscales et douanières³⁸. Des transactions peuvent également être validées dans le cadre de réunions qui portent le nom de « travail »³⁹. Sous Louis XIV, les fermiers généraux peuvent faire état d'un litige qui les oppose à un fraudeur directement dans les bureaux du Contrôleur général ou de l'intendant des finances en charge de l'imposition concernée. À l'issue de cette réunion, l'intendant des finances donne son avis, puis le Contrôleur général décide et écrit : « bon » ou « refusé ».

36 Arch. nat. G² 257, Bureau principal d'Ath. 2. États de recettes et dépenses, états de produits, états de saisies, amendes, confiscations, 1745-1748.

37 Arch. nat. G² 257, Bureau principal d'Ath. 2. États de recettes et dépenses, états de produits, états de saisies, amendes, confiscations, 1745-1748.

38 L'existence de cette assemblée est mentionnée dans le mémoire du député du commerce Le Pelletier, conservé aux Archives nationales, intégralement publié par A. -M. de Boislisle, *Correspondances des contrôleurs généraux...*, t. 2, p. 503.

39 Sur ces réunions officieuses tenues au sein de l'administration centrale des finances, voir M. Antoine, *Le cœur de l'État : surintendance, contrôle général et intendances des finances*, Paris, Fayard, 2003, p. 491.

C'est le cas dans l'affaire qui oppose le négociant Chapotin à la Ferme générale à la fin du règne de Louis XIV. Une saisie de quincaillerie est réalisée à Montreuil-sur-Mer et validée par le juge des traites en première instance. Le négociant est condamné à l'amende prévue par la législation royale et à la confiscation de ses marchandises au profit de la société collectrice d'impôts. Au lendemain de cette condamnation, le négociant adresse un mémoire au Contrôle général des finances. Le Contrôle sollicite auprès du fermier des observations puis, en janvier 1715, décide d'entériner une offre de transaction formulée par le négociant. Ce « bon du roi » confirme que la haute administration royale ne s'oppose pas aux accommodements au motif de préserver son monopole de justice. À l'inverse, le Contrôle général déjuge le magistrat de première instance et valide l'offre de transaction proposée par le négociant. Il révèle également la démarche conciliatrice que le Conseil du roi peut emprunter. Le roi, fontaine de toute justice, consent à privilégier une solution mesurée à l'application rigoureuse des textes royaux.

Quatorze registres conservés dans les archives de la Ferme générale datés de 1769 à 1791 attestent la pérennité des arbitrages et des conciliations devant le Contrôle général au cours du XVIII^e siècle⁴⁰. La haute administration des Finances valide des projets de transactions, les invalide voire renvoie les parties à conclure une transaction. Ces décisions sont fréquemment signées par un intendant des finances voire par le Contrôleur général des finances en personne. Ces archives, particulièrement nombreuses, montrent que la compréhension de la justice du roi ne doit pas opposer le judiciaire à l'extrajudiciaire. La royauté rend la justice en intégrant pleinement les règlements amiables dans l'arsenal des instruments dont elle dispose.

La réception de la transaction par la royauté s'accompagne de la création de règles spécifiques à l'évidence exorbitantes du droit commun. En matière d'accommodement, l'édiction de ces règles particulières se réalise en deux temps. Sous Louis XIV, un régime protecteur des contribuables est instauré. La légalité du procès-verbal, c'est-à-dire de l'acte qui retrace le déroulement du contrôle fiscal et douanier, est strictement encadrée. Cet encadrement a des conséquences sur la transaction puisque, si le procès-verbal est annulé, la transaction est également susceptible de l'être par voie de conséquence. Ces règles présentent d'évidentes similitudes avec le droit administratif contemporain. Le procès-verbal doit respecter des règles de formes et des règles de fond, qui sont présentées par les auteurs de l'époque comme des règles de nature « extrinsèque » et de nature « intrinsèque »⁴¹.

En matière de forme, le procès-verbal doit être signé par les deux employés, préciser le nom du cautionnaire de la société perceptrice de l'impôt, être rédigé sur un papier spécial – dit « timbré » –, une copie doit être remise au fraudeur et les commis doivent jurer devant un juge de l'exactitude des faits rapportés. En matière de fond, le procès-verbal ne doit comporter aucun oubli ou inexactitude et, selon les faits, certaines mentions doivent obligatoirement être présentes.

40 Arch. nat. G¹27*-38*, Transcription des mémoires soumis par les fermiers généraux au Conseil (1768-1791).

41 La formule est celle du fermier général Paulze. Arch. nat. 129^{AP}4, Mémoires, Affaires générales, t. 1, circulaire de la Ferme générale, 30 avril 1770.

Les employés doivent prêter serment avant d'entrer en fonction, avoir plus de 20 ans, être catholiques, ne pas avoir de liens de parenté avec les actionnaires de la compagnie financière et ne jamais avoir été condamnés à une peine dite « infamante ». Ils ne peuvent pas non plus percevoir de sommes provenant des transactions et les projets de transactions doivent être soumis à des employés supérieurs pour validation. Si l'une de ces règles n'est pas respectée, la transaction conclue avec l'employé encourt la nullité⁴². À la fin du règne de Louis XIV, le régime de la transaction se révèle donc relativement restrictif pour les employés des compagnies financières. Il révèle le souhait de la monarchie de préserver les contribuables des excès des compagnies financières.

Au cours du XVIII^e siècle, ces règles restrictives font toutefois l'objet d'aménagements. Deux principaux mouvements de réformes peuvent nettement être distingués : aux alentours des années 1715, dans le cadre de la Régence puis à compter des années 1760-1770. Ces deux moments coïncident très nettement avec deux situations de crises pour le Trésor royal. La crise de 1715 est préparée par les guerres successives en Hollande, par la guerre de la Ligue d'Augsbourg puis la guerre de Succession d'Espagne de 1701 à 1714. Elle est aggravée par les hivers rigoureux suivis de famines entre 1693 et 1694 puis entre 1709 et 1710. Dans les années 1760, c'est principalement les conséquences de la guerre de Sept Ans qui se font sentir.

Afin de faciliter la perception de l'impôt, le régime de la transaction est réformé. Entre 1717 et 1721, on assiste à un net assouplissement des règles encadrant les employés. Le régime du procès-verbal est également partiellement revu. Les vices de forme sont révisés dans le sens d'un allègement et les doubles des procès-verbaux n'ont plus à être déposés devant un magistrat. Entre 1767 et 1772, les réformes reprennent. L'employé n'a plus besoin de savoir lire ou écrire pour que le contrôle soit régulier. Le détail des faits dans le procès-verbal ne requiert plus la même rigueur. Il peut être rédigé après l'infraction et adressé dans un second temps au fraudeur. Enfin, l'absence de procès-verbal n'est plus une cause de nullité de la procédure si une transaction a postérieurement été conclue. L'ensemble des formalités relatives aux procès-verbaux deviennent donc caduques en présence d'une transaction. Le régime du procès-verbal se détache dès lors définitivement de celui de la transaction. L'étude de ces règles atteste un

42 Ces règles résultent principalement des ordonnances royales édictées entre 1680 et 1687. *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, Du mois de may 1680, Portant Règlement sur le fait des gabelles*, Paris, chez les Libraires associés pour l'impression des Ordonnances des Fermes, 1748, 108 p. ; *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, Du mois de Juin 1680, Sur le fait des Entrées, Aydes, et Autres droits y joints*, Registrée en la Cour des aides le 21 juin 1680, Paris, chez les Libraires associés pour l'impression des Ordonnances des Fermes, 1748, 156 p. ; *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, Donnée à Versailles, au mois de Juillet 1681, Portant Reglement sur plusieurs Droits de ses Fermes, & sur tous en général*, Registrée en la Cour des Aydes, Paris, chez les Libraires associés pour l'impression des Ordonnances des Fermes, 1748, 64 p. ; *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, Donnée à Versailles, au mois de Février 1687, Portant Reglement sur le fait des cinq grosses Fermes*, Registrée en la Cour des Aydes, Paris, chez les Libraires associés pour l'impression des Ordonnances des Fermes, 1748, 48 p.

extrême pragmatisme de la monarchie. La réforme de la transaction s'inscrit dans le souhait de favoriser l'action de l'administration dans l'espoir de combler le déficit creusé par les guerres que mène la royauté. L'histoire de l'accommodement rejoint ainsi l'histoire de la dette publique en France.

Histoire de la dette publique, histoire de l'administration, histoire de la justice, histoire de la fiscalité, l'histoire de l'accommodement ouvre finalement des horizons divers de compréhension dans des domaines multiples. Elle révèle le caractère pluridisciplinaire, et également passionnant, de la recherche en matière d'impôts.



Le Conseil d'État napoléonien

Terry OLSON

Un mois après le coup d'État du 18 Brumaire, la Constitution de l'an VIII institue le Conseil d'État. En y nommant, selon la formule de Stendhal, « *les cinquante hommes les moins bêtes de France* », en s'impliquant fortement dans son fonctionnement et en en présidant personnellement bon nombre de séances, Bonaparte lui confère un rôle central dans le redressement de l'État, consulaire puis impérial, à une époque où une entreprise résolument réformatrice ne rencontrait que peu d'obstacles.

Si l'œuvre législative et réglementaire du Conseil d'État napoléonien demeure dans les esprits, notamment avec la rédaction des cinq grands codes, d'autres fonctions qu'il a remplies, très importantes dans le contexte de l'époque, sont aujourd'hui oubliées. Le Conseil d'État a en effet constitué une pépinière de nouveaux talents, ayant vocation à irriguer la haute fonction publique dans la fidélité au régime. Il fut également en Europe la matrice originelle des Conseils d'État mis en place dans les États conquis, afin de façonner leur organisation administrative à l'image de celle de la France. Si ces pays ont par la suite tracé leur propre chemin, bon nombre d'entre eux ont conservé un Conseil d'État dont le rôle demeure central dans leurs institutions.

Dans quelles conditions le Conseil d'État napoléonien a-t-il été institué, et qu'en reste-t-il 220 ans après sa création ?

* * *

Louis-Marie de Cormenin (1788-1868) nommé auditeur en 1810 et qui a brièvement exercé la vice-présidence du Conseil d'État au début de la 1^{re} République, a écrit dans ses *Mémoires* :

« Le Conseil d'État était le siège du gouvernement, la parole de la France, le flambeau des lois et l'âme de l'Empereur. Ses présidents de section contrôlaient les actes des ministres à portefeuille. Ses conseillers en service ordinaire, orateurs du gouvernement, soutenaient les discussions des lois au Tribunat, au Sénat, au Corps législatif. Ses conseillers en service extraordinaire administraient les régies des douanes, des Domaines, des ponts et chaussées, des forêts et du Trésor. Ils levaient les impôts en Illyrie, en Hollande et en Espagne, dictaient nos codes à Turin, à Rome, à Naples et à Hambourg. »

Cette citation illustre l'âge d'or qu'a connu le Conseil d'État dans les années ayant suivi sa fondation par la Constitution de l'an VIII. Cette place centrale résulte de plusieurs facteurs propres à cette époque :

– il travaillait sous la présidence directe et effective du chef de l'État, chef du Gouvernement (Premier consul puis Empereur) ;

- il exerçait un pouvoir de contrôle très étendu voire intrusif sur le fonctionnement des ministères ;
- il rédigeait les textes et, s’agissant des lois, en soutenait la discussion devant les assemblées parlementaires ;
- il a piloté l’élaboration des grands codes ayant façonné le droit français pour des décennies.

Cinq années clés méritent d’être soulignées :

- 1799 : création puis installation du Conseil d’État ;
- 1803 : création de l’auditorat ;
- 1804 : adoption du code civil ;
- 1806 : création de la commission du contentieux et nomination des premiers maîtres des requêtes ;
- 1810 : adoption des derniers grands textes, amorçant une forme de perte d’influence de l’institution, dans la mesure où l’Empereur est moins présent au Conseil d’État et se prête moins au débat contradictoire.

La création du Conseil d’État napoléonien

Le Conseil d’État est constitué rapidement et prend son rythme de croisière en l’espace d’un trimestre :

- 9 novembre 1799 : coup d’État du 18 Brumaire et prise de pouvoir par Bonaparte ;
- 13 décembre 1799 : promulgation de la Constitution du 22 frimaire an VIII dont l’article 52 porte création du Conseil d’État ;
- 25 décembre 1799 : prestation de serment des nouveaux conseillers d’État ;
- 19 février 1800 : Bonaparte établit le siège du Gouvernement aux Tuileries et le Conseil d’État s’y installe lui-même pour toute la durée du Consulat et de l’Empire.

Débat en novembre et décembre 1799, le projet de nouvelle Constitution a été au départ influencé par les idées assez abstraites de Sieyès, qui envisageait la désignation d’un Grand Électeur flanqué de deux consuls, un consul chargé de la paix et un chargé de la guerre, chacun ayant auprès de lui un Conseil d’État. Bonaparte n’étant pas convaincu par ces idées quelque peu fumeuses et n’étant guère enclin à se faire imposer quoi que ce soit, il convoque chez lui au Petit Luxembourg les commissaires chargés de rédiger la Constitution. Au fil de onze longues séances de nuit, il impose ses vues : la Constitution de l’an VIII est promulguée.

Le Conseil d’État s’inscrit dans un paysage institutionnel délibérément fragmenté :

- le Tribunat discute les lois sans les voter ;
- le Corps législatif vote les lois sans les discuter.

Thiers a écrit : « *Bonaparte mit les hommes propres à la parole et au bruit au Tribunat, les fatigués obscurs au Corps législatif, les fatigués d’un ordre élevé au Sénat.* »

L'article 52 de la Constitution définit en quelques mots la dualité fonctionnelle du Conseil d'État :

- il rédige les projets de lois et les règlements d'administration publique ;
- il résout les difficultés s'élevant en matière administrative. Sous la direction des consuls, il est donc conseil **du** Gouvernement et conseil **de** gouvernement. C'est la cheville ouvrière d'un pouvoir centralisé et autoritaire.

Pour cela, Bonaparte comprend qu'il doit mettre la barre assez haut pour le recrutement. Il déclare à Sieyès : *« Je traiterai si bien ceux que je placerai dans le Conseil d'État qu'avant peu cette distinction deviendra l'objet de l'ambition de tous les hommes de talent qui désirent parvenir. »*

À Roederer qui souhaite devenir sénateur, le Premier consul répond : *« Que ferez-vous là ? Il vaut mieux entrer au Conseil d'État. Il y a là de grandes choses à faire. C'est là que je prendrai les ambassadeurs et les ministres. »*

La prestation de serment des premiers conseillers d'État a lieu seulement 12 jours après la promulgation de la Constitution, soit le 25 décembre 1799 au palais du Petit Luxembourg.

La scène a été reconstituée par Auguste Couder en 1856, dans une toile de grande taille accrochée dans la salle René-Cassin du Conseil d'État. Devant les consuls se trouvent les présidents de section, le secrétaire général Locré étant en contrebas du bureau où se tiennent les consuls, les conseillers étant à l'arrière-plan.

Dès le lendemain est adopté un règlement fixant la procédure interne, rédigé principalement par Boulay de la Meurthe et Roederer.

En peu de semaines, la France s'est dotée d'institutions nouvelles qui vont durer 15 ans (exception faite du Tribunal supprimé dès 1807), voire plus de 220 ans s'agissant du Conseil d'État...

Le rôle central du Conseil d'État dans le redressement de la France

Tout au long du Consulat et de l'Empire, le nombre des conseillers d'État a varié entre 30 et 50, répartis en cinq sections :

- Finances ;
- Législation civile et criminelle ;
- Guerre ;
- Marine ;
- Intérieur.

Chaque projet de loi ou de décret est délibéré d'abord en section, puis en assemblée générale, celle-ci étant en principe présidée par Bonaparte, ou l'un des deux autres consuls. Le principe du double examen en section puis en assemblée générale – même assorti d'exceptions, notamment depuis les années 2010 – demeure la règle au Conseil d'État 220 ans plus tard.

Le cheminement des textes, qu'il s'agisse de lois ou de décrets, est en principe le suivant. Le ministre compétent saisit les consuls qui eux-mêmes décident s'il y a lieu de rédiger un texte. Si tel est le cas, le dossier est renvoyé à la section

compétente qui désigne un rapporteur, qui rédige le projet, ensuite soumis au double examen. Si le texte ainsi adopté est un projet de loi, le texte suit alors la procédure parlementaire, mais le Conseil d'État doit désigner, à raison d'un maximum de trois par projet de loi, des orateurs chargés par l'article 53 de la Constitution de « porter la parole du gouvernement ». On voit que ce ne sont pas les ministres qui en sont chargés.

Les autres principales fonctions du Conseil d'État sont les suivantes :

– Il fait office de Tribunal des conflits ; c'est donc lui qui fixe la répartition des compétences entre l'ordre administratif – c'est-à-dire essentiellement lui-même – et l'ordre judiciaire. Le conflit est donc élevé devant lui.

– Il exerce la fonction juridictionnelle, au titre de la justice retenue, à raison d'environ 200 saisines par an ; toute requête est examinée par le Conseil d'État et donne lieu à un décret du Premier consul ou à partir de 1804 de l'Empereur. Jusqu'en 1806, une affaire contentieuse est examinée comme toute autre affaire administrative, la procédure n'étant pas publique. On note toutefois dès l'origine un progrès : le premier décret rendu sur une affaire contentieuse date du 19 fructidor an VIII et comporte des considérants. Le décret tranchant le contentieux est donc motivé alors que les arrêts du Conseil antérieurs à 1789 ne l'étaient pas.

– Il a la responsabilité de lever la garantie des fonctionnaires assurée par l'article 75 de la Constitution : « *Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État.* »

Cinq conseillers d'État sont spécifiquement dédiés à certains secteurs :

- Bois et forêts ;
- Domaines nationaux ;
- Ponts et chaussées ;
- Sciences et Art ;
- Colonies.

Le fonctionnement du Conseil d'État et l'organisation de son travail sont confiés à un secrétaire général, Jean-Guillaume Locré, qui n'en est pas lui-même membre. Compte tenu de ce que l'essentiel des archives de cette époque ont été détruites sous la Commune en 1871, ce sont les *Mémoires* de Locré qui constituent la principale ressource documentant le fonctionnement du Conseil d'État napoléonien.

Les « cinquante hommes les moins bêtes de France »

Sont apparus successivement les conseillers d'État, puis les auditeurs et enfin les maîtres des requêtes.

Les conseillers d'État

Le recrutement des conseillers d'État parvient, par une alchimie subtile, à atteindre un point d'équilibre entre diversité et homogénéité. La qualité du recrutement est à la mesure de la place qu'occupe le Conseil dans la hiérarchie

des institutions. Le Conseil d'État vient juste après le Sénat, mais avant le Corps législatif et le Tribunat, et *a fortiori* avant le Tribunal de cassation.

Ce qui caractérise ce recrutement, c'est d'abord la volonté de renouvellement puisqu'aucun membre du Conseil d'avant 1789 n'a été nommé en 1799, ni d'ailleurs ultérieurement.

Les autres traits saillants du recrutement sont l'éclectisme politique et le souci d'efficacité du Premier consul. Il ménage une place à presque toutes les familles politiques hormis le jacobinisme intransigeant et le royalisme militant. On trouve donc d'anciens membres de la noblesse, d'épée comme de robe, et d'anciens conventionnels dont certains régicides. Ainsi, sur 29 conseillers d'État initialement désignés, on ne trouve pas moins de 18 anciens membres des assemblées de la Révolution.

Cette volonté de « métissage » est assumée par Bonaparte :

« Gouverner par un parti, c'est se mettre tôt ou tard dans sa dépendance. On ne m'y prendra pas; je suis national. Je me sers de tous ceux qui ont de la capacité et la volonté de marcher avec moi. Voilà pourquoi j'ai composé mon Conseil d'État de constituants qu'on appelait modérés ou Feuillants, comme Defermon, Roederer, Regnier, Regnaud; de royalistes comme Devaisnes et Dufresne; enfin de jacobins comme Brune, Réal et Berlier. J'aime les gens honnêtes de toutes les couleurs. »

À ces hommes aux parcours parfois si opposés et que tant de choses séparaient, on ne demandait pas de s'aimer mais de savoir travailler ensemble. Cormenin a écrit dans ses *Mémoires* qu'au sein du Conseil les aristocrates et les bourgeois étaient « *comme deux rivières qui coulent dans le même lit, sans mélanger leurs eaux* ». Sous une forme différente, Pasquier exprime un avis proche en écrivant dans ses *Mémoires* :

« La composition du Conseil était de telle nature que nulle autre main que celle d'un chef aussi ferme n'aurait pu la former et surtout la soutenir, sinon dans une homogénéité parfaite, du moins dans une série de travaux dirigés vers un même but. Les six premières années de l'existence du Conseil avaient d'abord amené dans son sein presque tout ce que la Révolution avait produit d'hommes distingués par des mérites ou des talents qui s'étaient le plus souvent signalés dans des camps opposés. Il avait fallu que ces éléments disparates vinsent en quelque sorte s'y fondre. »

Quelles étaient les caractéristiques communes aux membres du Conseil d'État napoléonien ?

- la compétence;
- le sens de l'État;
- la fidélité à Napoléon.

Cette fidélité a pour corollaire une certaine précarité voire une totale dépendance puisque les conseillers sont révocables *ad nutum* pendant cinq ans : au terme de ce délai ils sont nommés à vie et, la noblesse impériale ayant été entretemps établie, cette nomination est assortie du titre de comte.

L'article 58 de la Constitution exige que les conseillers d'État soient inscrits sur la « liste nationale ». Cette liste était établie de la manière suivante. Les citoyens

d'une commune se réunissaient pour désigner 1/10 d'entre eux, reconnus comme étant aptes à gérer les affaires publiques. Les personnes inscrites sur les listes communales se réunissaient pour désigner à leur tour 1/10 d'entre eux, formant la liste départementale. Enfin, les personnes inscrites sur la liste départementale désignaient en leur sein 1/10 pour constituer la liste nationale.

Au sein du Conseil, on distingue entre ceux qui sont en service ordinaire et ceux qui sont en service extraordinaire. Toutefois à l'époque ceux-ci étaient « hors les murs » puisqu'ils étaient le plus souvent préfets ou ambassadeurs.

Les auditeurs

La deuxième grande date dans le recrutement du Conseil d'État napoléonien est 1803 avec la création de l'auditorat.

Aucune condition particulière pour accéder à l'auditorat n'était fixée à l'origine. Leur nombre a été fixé initialement à 16 et leur mission était essentiellement de servir d'intermédiaires entre les ministres et les sections compétentes du Conseil.

On trouvait par exemple :

- 4 auditeurs assurant la liaison entre le ministre de la Justice et la section de Législation ;
- 2 entre le ministre chargé du Trésor et la section des Finances ;
- 2 entre le ministre de l'Intérieur et la section de l'Intérieur.

L'auditorat change de dimension en 1809. L'effectif est porté à 40 puis 60 en service ordinaire, 120 étant en service extraordinaire. Dans les dernières années de l'Empire on atteindra 350 en tout. On instaure des conditions de ressources : 6000 francs annuels en pension ou revenus. On exige une licence en droit et il faut se soumettre à un examen, en réalité un entretien devant trois membres du Conseil.

L'auditorat recrute essentiellement en fonction de deux « cibles » :

- l'ancienne France (les jeunes issus de la noblesse terrienne) ;
- les pays conquis, pour « fidéliser » leurs élites. Philippe Bouvier dans *La Naissance du Conseil d'État de Belgique, une histoire française ?* rappelle que le Conseil d'État napoléonien a intégré pas moins de 29 Belges, 4 Néerlandais, 7 Allemands et 22 Italiens.

L'esprit qui inspire ce recrutement dans les jeunes élites européennes est précisé par Napoléon qui écrit en 1809 au prince Borghèse : « *Je désire que vous me réunissiez une liste de quelques jeunes gens instruits et de bonne famille, susceptibles d'être nommés auditeurs en mon Conseil d'État.* »

Les maîtres des requêtes

L'apparition des maîtres des requêtes complète le triptyque. Ils sont institués par le décret du 11 juin 1806, dans le but de constituer la commission du contentieux. Celle-ci avait pour vocation de centraliser l'instruction de tous les recours contentieux, alors qu'auparavant ceux-ci étaient examinés par une des cinq sections, en fonction de la matière en cause et dans des conditions identiques aux affaires administratives ordinaires.

La commission du contentieux ne comportait aucun conseiller d'État, mais des maîtres des requêtes initialement au nombre de 7, nombre ensuite porté à 18. Soixante-six seront nommés au total jusqu'à la chute de l'Empire. Le rôle des maîtres des requêtes était donc d'instruire les recours contentieux, puis d'en faire rapport devant l'assemblée générale, celle-ci se bornant le plus souvent à entériner purement et simplement la proposition de la commission du contentieux.

Les maîtres des requêtes étaient donc entièrement dédiés au travail contentieux ; on peut y voir l'ébauche de la séparation entre les fonctions consultatives et contentieuses, qui est toujours d'actualité et a même été renforcée il y a quelques années.

La création de la commission du contentieux en 1806 s'accompagne de deux mesures importantes :

- le rétablissement des avocats au Conseil d'État, appelés en 1814 à fusionner avec les avocats à la Cour de cassation. Ces avocats avaient le monopole de la représentation des parties devant la commission du contentieux ;
- l'édition d'un règlement de procédure, fixant les règles de représentation des parties et de procédure au sein de la commission du contentieux. Ce règlement était très inspiré du règlement applicable aux instances contentieuses engagées devant le Conseil du roi, dû au chancelier d'Aguesseau, adopté en 1738 sous le règne de Louis XV.

Dernier point mais non des moindres : les conseillers d'État, les auditeurs et les maîtres des requêtes forment des corps distincts et en principe sans possibilité de promotion en interne pour les auditeurs et maîtres des requêtes, Molé faisant figure d'exception à cet égard. Certains auditeurs du Premier Empire accéderont bien plus tard aux fonctions de conseiller d'État, mais ultérieurement à la faveur de changements de régime. Tel sera par exemple le cas de Cormenin déjà cité.

Napoléon au Conseil d'État

Il a existé, surtout au cours des premières années, une réelle proximité entre Napoléon et les conseillers d'État. Antoine Thibaudeau, conseiller d'État et ancien conventionnel, a écrit : « *Le Conseil d'État est la première des autorités nationales, et pour ainsi dire à la fois le conseil, la maison et la famille du Premier consul.* »

Le Conseil siège dès février 1800 aux Tuileries, dans le palais même où Napoléon réside. Les séances peuvent être aussi convoquées à Saint-Cloud. Le rythme hebdomadaire des séances est compris entre une et trois, Napoléon présidant effectivement une à deux fois par semaine. Lorsqu'une séance se tient alors que Napoléon est absent, il est assez fréquent que l'examen d'un texte ou une question de quelque importance soit reporté lors d'une séance tenue en sa présence. En l'absence de Napoléon, les séances sont présidées généralement par Cambacérès, plus rarement par Lebrun. Après le mariage autrichien, les textes organisant la régence permettront à Marie-Louise de présider le Conseil d'État en lieu et place de l'Empereur, semble-t-il au grand déplaisir de la jeune impératrice.

Les membres sont convoqués à 7 heures ou à 13 heures. Les séances sont longues, et peuvent durer 6 ou 7 heures. La discussion est assez libre et Napoléon accepte la contradiction : « *Je ne me fâche point qu'on me contredise, je cherche qu'on m'éclaire.* »

Excellent meneur de débat, Napoléon sait tirer le meilleur parti de la collégialité. Le comte Molé écrit dans ses *Mémoires* : « *Cette longue table en fer-à-cheval du Conseil d'État, toute garnie d'hommes d'origines et d'opinions différentes, dont pas un ne pouvait être cité comme un grand esprit, se transformait quand au bout du fer-à-cheval on voyait apparaître le génie organisateur. Elle devenait alors sous sa main comme un clavier dont il tirait des sons et composait des accords.* »

Napoléon exige qu'on adopte un style sobre. Le rapporteur doit lire d'abord le projet, puis on argumente et on justifie mais il n'est pas permis de lire un rapport : il faut s'exprimer sur la base de notes. Esprit mathématique, Napoléon préfère qu'on énonce la proposition et qu'on la démontre ensuite.

À en croire les témoignages d'époque, quels sont les principaux traits de personnalité manifestés par Napoléon en présidant le Conseil d'État ? Les avis convergent pour mettre en exergue :

- sa mémoire prodigieuse ;
- son intelligence supérieure ;
- sa capacité à se consacrer à fond à un sujet parfois pendant 6 heures, en épuisant les autres participants ;
- son pragmatisme et son refus de l'idéologie. Comme l'a noté Chaptal : « *Jeune encore et peu instruit dans les diverses parties de l'administration, il portait dans la discussion une clarté, une précision, une force de raison et une étendue de vues qui nous étonnaient* » ;
- son investissement important dans les sujets majeurs. On note s'agissant du code civil qu'il a présidé pas moins de 55 des 107 séances préparatoires, en se montrant très intéressé par le droit de la filiation, afin de favoriser l'adoption et de ne pas remettre en cause la présomption de paternité légitime : « *Il ne s'agit pas de l'intérêt de la femme mais de celui de l'enfant. L'État gagnera un bon sujet, un citoyen et non un membre vicieux parce qu'on l'aura flétri* » ;
- son souci d'embrasser l'ensemble des dimensions d'une question (juridique, politique, économique). Comme Napoléon l'a déclaré : « *Vous voyez les choses sous un angle, je les vois sous dix angles* » ;
- sa volonté de limiter l'arbitraire administratif, par exemple en faisant prévaloir la fixation par voie judiciaire de l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique. Dès lors et faute d'accord amiable, l'indemnisation sera le fruit d'une décision de la justice, et non du préfet.

Pendant les dix premières années d'existence du Conseil d'État, Napoléon a tenu à diriger lui-même les débats portant sur les travaux législatifs majeurs de cette période. À titre d'exemple, il présida 9 des 24 séances consacrées à la loi minière et, à l'exception d'une, toutes les séances consacrées à l'imprimerie, la librairie et la presse, sujets lui tenant manifestement à cœur.

Les choses s'étiolent quelque peu à partir de 1810-1811. L'essentiel de l'œuvre législative a été conduite. Quant aux témoins de l'époque, ils relèvent un certain appauvrissement des débats, notamment en raison d'une incapacité croissante de

Napoléon à accepter la contradiction. C'est en 1811 que se produit au Conseil une scène pénible au cours de laquelle l'Empereur s'emporte violemment contre Portalis dit « le jeune », fils du grand Portalis, qui est chassé du Conseil à l'issue de cette scène.

Une œuvre immense : les masses de granit

Les principales réformes délibérées au sein du Conseil d'État napoléonien sont les suivantes :

– **Administration locale**

La loi du 28 pluviôse an VIII institue les préfets et les conseils de préfecture, ancêtres des tribunaux administratifs.

– **Légion d'honneur**

Le texte créant la Légion d'honneur a été rapporté par Napoléon lui-même. Il s'agissait en effet d'un sujet très controversé, y compris au sein même du Conseil d'État, car les anciens révolutionnaires y voyaient la résurgence d'une noblesse. Le vote au sein du Conseil illustre ce clivage, puisque la création du premier ordre national n'a été adoptée que par 14 voix contre 10.

– **La Cour des comptes**

La loi du 16 septembre 1807 instituant la Cour a été ainsi justifiée par Napoléon : *« Je veux que par une surveillance active l'infidélité soit réprimée et l'emploi légal des fonds publics garanti. »*

– **Des codes d'une longévité exceptionnelle**

- code civil ;
- code de procédure civile, refondu seulement en 2007 ;
- code pénal, remplacé seulement en 1994 ;
- code d'instruction criminelle, remplacé par le code de procédure pénale en 1959 ;
- code de commerce, en vigueur jusqu'en 2000.

– **L'expropriation pour cause d'utilité publique**

Le système de l'enquête publique sera amélioré par les lois Bouchardeau de 1983 et Barnier de 1995.

– Reflet des nécessités d'une industrie naissante, le décret de 1810 sur les établissements dangereux, incommodes et insalubres subsistant jusqu'à la loi de 1917 sur les installations classées, qui elle-même demeurera en vigueur jusqu'à la promulgation du code de l'environnement de 1995.

Le Conseil d'État à l'export

Le Conseil d'État napoléonien a exercé son autorité sur la France des 130 départements. En outre des institutions similaires ont été introduites dans les États satellites de l'Empire : royaume d'Italie, royaume de Hollande, royaume de Naples, royaume de Westphalie, royaume d'Espagne, grand-duché de Varsovie et grand-duché de Berg.

L'organisation de ces conseils copiait plus ou moins celle du Conseil d'État français, celui du royaume d'Italie adoptant exactement la même organisation en cinq sections. Les effectifs varient : Berg 8, Hollande 13, Naples 38, Italie 39, Espagne 60.

La création de Conseils d'État dans les États satellites de l'Europe napoléonienne était motivée par plusieurs facteurs :

- mettre de l'ordre dans l'administration de ces États ;
- fidéliser les élites locales, d'abord celles qui sont favorables à la France en espérant gagner la faveur de celles qui ne le sont pas.

Les critères de désignation étaient plus politiques que techniques ou juridiques. Un facteur essentiel était la maîtrise du français. Des problèmes ont été soulevés lorsqu'on a voulu introduire le code civil (Hollande : divorce / Naples : droits féodaux).

Dans ces pays, la présidence est, comme en France, en principe exercée par le chef de l'État, mais avec des nuances. Par exemple le roi de Naples, Joseph Bonaparte, parlant l'italien, préside le Conseil d'État de ce royaume. En revanche tel n'est pas le cas du prince Eugène de Beauharnais, vice-roi d'Italie siégeant à Milan. Napoléon a écrit à son beau-fils :

« Présidez peu le Conseil d'État car vous n'avez pas assez de connaissances pour le présider avec succès. Je ne verrais pas d'inconvénient à ce que vous y assistiez sous la présidence d'un consulteur qui présiderait de sa place. La connaissance qui vous manque de la langue italienne, et même de la législation, est un très bon prétexte pour vous abstenir. Ne prenez jamais la parole au Conseil d'État (...). On ne mesure pas la force d'un prince qui se tait : quand il parle, il faut qu'il ait la conscience d'une grande supériorité. »

La chute de l'Europe napoléonienne n'a pas été la fin de l'histoire, bien au contraire. On a assisté au développement important du modèle du Conseil d'État. Il est intéressant de noter qu'au départ des Français, les Conseils d'État ont été supprimés pour être réintroduits plus ou moins rapidement.

Tel fut le cas **en Espagne**, où le Conseil d'État a été réintroduit comme « Consejo Real » en 1845, avant de devenir le « Consejo de Estado » en 1888. Ce Conseil exerçait la justice déléguée avec en son sein un tribunal du contentieux administratif. En 1904, il a été privé de ses attributions contentieuses, transférées à la 3^e chambre du Tribunal suprême.

Aux Pays-Bas, 1814 a vu la création du Raad van State qui a exercé la justice retenue jusqu'en 1963, et exerce depuis lors la justice déléguée. Le roi est encore président *de jure*, la présidence effective incombant à un vice-président comme en France.

Le Conseil d'État d'Italie a été supprimé lors de la chute de l'Empire, mais peu après s'est instauré dans le royaume de Piémont-Sardaigne un débat sur la refondation de cette institution. Le Conseil d'État sera rétabli par un décret de 1831 du roi Charles-Albert. Le Conseil d'État de Piémont-Sardaigne est devenu en 1865 le Conseil d'État du royaume d'Italie tout en étant privé de la justice retenue : les conséquences en furent désastreuses car les juridictions civiles se sont montrées très réticentes à contrôler l'action de l'administration. Le blocage ne cessera qu'avec la loi Crispi de 1889 attribuant au Conseil d'État d'Italie la justice déléguée.

Quant au Conseil d'État de Belgique, il a été supprimé à l'indépendance en 1831 par réaction anti-hollandaise. S'en est suivi un long débat sur sa refondation qui aboutira à son rétablissement en 1946.

Pour mémoire, d'autres pays extérieurs à l'Europe napoléonienne se sont dotés eux-mêmes d'un Conseil d'État (Turquie, Grèce, Colombie, Liban, Thaïlande...). Avec des nuances, tous se réfèrent au modèle du Conseil d'État napoléonien.

Quelques figures marquantes

Il ne paraît pas inutile de conclure ce bref survol du Conseil d'État napoléonien en évoquant quelques figures marquantes dont le nom y est étroitement associé.

Tel est le cas de **Cambacérés**. Le paradoxe tient à ce qu'il a joué un rôle essentiel, sans en avoir jamais été membre. Il était issu de la noblesse de robe, issu d'un père conseiller à la chambre des comptes de Montpellier et maire de la ville. Devenu avocat, il est élu en 1789 député de la noblesse aux États généraux, avant d'être élu en 1792 à la Convention et de voter la mort de Louis XVI.

Sous la Terreur, il prend soin de se faire oublier en se livrant à des travaux juridiques sur le futur code civil, mais revient aux affaires sous le Directoire en étant proche de Barras. Ceci lui vaut de se faire remarquer par Bonaparte, qui fait de lui le Deuxième consul puis l'archichancelier de l'empire. Il se distingue par un sens juridique et une habileté politique exceptionnels. Véritable bras droit de Bonaparte et président le Conseil d'État en l'absence de celui-ci, il coordonne la vaste entreprise de codification. Cambacérés rédige les textes sur la Légion d'honneur et la Cour des comptes.

Son hostilité au mariage avec Marie-Louise et à la campagne de Russie lui vaut d'être quelque peu marginalisé dans les dernières années de l'empire.

En 1815, Napoléon lui avait dit : *« Mon pauvre Cambacérés, je n'y peux rien mais votre affaire est claire : si jamais les Bourbons reviennent, vous serez pendu »*.

Exilé comme régicide mais relevé du bannissement dès 1818, il meurt en 1824 entouré d'honneurs.

Portalis est issu d'une ancienne famille bourgeoise de Provence, il devient à 19 ans avocat à Aix, en faisant rapidement figure de vedette du barreau aixois en ayant pour clients Beaumarchais ou la comtesse de Mirabeau.

Exilé sous le Directoire, il rentre en 1800 et peu après Bonaparte et Cambacérés lui confient la coordination de la préparation du code civil, car c'est un spécialiste du droit romain mais aussi des cultes : il travaille à la rédaction du Concordat et des articles organiques.

Sa santé se dégrade peu après la publication du code civil, car en 1805 il devient aveugle.

Il meurt en 1807 en laissant derrière lui des citations passées à la postérité :

- « *Quand la raison n'a point de frein, l'erreur n'a point de bornes* » ;
- « *Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* » ;
- « *Les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois.* »

Sous l'Ancien Régime, **Roederer** est avocat à Metz et aussi conseiller au parlement de cette ville. Venu à Paris, il se lie avec des physiocrates, savants et intellectuels (Condorcet, Lavoisier, Turgot). Député, il tente d'« exfiltrer » Louis XVI des Tuileries le 10 août 1792.

Ayant contribué à la préparation du coup d'État du 18 Brumaire, son soutien est récompensé par une nomination au Conseil d'État et l'accession à la présidence de la section de Législation. Dans cette fonction, il a joué un rôle essentiel au sein du Conseil d'État napoléonien.

Lui aussi avocat d'Ancien Régime, **Treilhard** devient conventionnel et préside la Convention pendant une partie du procès de Louis XVI. Il vote la mort avec sursis, puis survit à la Terreur.

Sous le Directoire, il devient directeur et se rallie très vite à Bonaparte. Nommé au Conseil d'État, il contribue à la rédaction du code civil et du code de commerce. Plus encore, son nom est étroitement associé à l'élaboration du code pénal et du code d'instruction criminelle.

Défendant des idées assez en avance sur son époque, il croit à la réinsertion des condamnés :

« L'ordre qui doit régner dans les maisons de force peut contribuer puissamment à régénérer les condamnés. Les vices de l'éducation, la contagion des mauvais exemples, l'oisiveté ont enfanté des crimes. Eh bien essayons de fermer toutes ces sources de corruption ; que les règles d'une morale saine soient pratiquées dans les maisons de force ; qu'obligés à un travail qu'ils finiront par aimer, les condamnés y contractent l'habitude, le goût et le besoin de l'occupation ; qu'ils se donnent respectivement l'exemple d'une vie laborieuse ; elles deviendront bientôt une vie pure. »

Quant à **Molé**, il est issu d'une grande famille de la noblesse de robe de Troyes. Conseiller du Parlement de Paris, son père est exécuté sous la Terreur. Par sa mère, il appartient à la famille des Lamoignon.

Après avoir publié des essais sur le gouvernement qui le font remarquer, il connaît une ascension rapide. Nommé en février 1806 auditeur, il devient maître des requêtes sept mois plus tard et conseiller d'État trois ans plus tard.

Molé conduit des travaux remarquables sur le statut de la religion juive, lui valant d'être nommé commissaire impérial au Sanhédrin.

Préfet de la Côte-d'Or puis directeur général des Ponts et chaussées, il prend la tête du ministère de la Justice en 1813. Connaissant la disgrâce sous

la Restauration de 1814, il se livre à un jeu politique très subtil pendant les Cent-Jours et revient aux affaires après Waterloo. Molé connaît une grande carrière ministérielle sous les Bourbons puis sous la monarchie de Juillet, en exerçant la présidence du Conseil de 1836 à 1839.

Corvetto est issu d'une grande famille génoise, et devient en 1789 avocat en droit commercial. En 1797, il s'implique dans la formation de la République ligurienne qui dépose le doge. Lors de l'occupation par la France en 1800, il se rallie au régime consulaire et devient directeur de la banque de Saint-Georges. La Ligurie étant annexée en 1805, il est nommé au Conseil d'État de France.

Il se distingue en devenant un des pivots de la rédaction du code de commerce, fort de sa vaste expérience des assurances et du commerce maritime international. En 1807, il figure parmi les trois commissaires chargés de soutenir la discussion du code devant le Corps législatif.

Corvetto collabore aussi au code pénal, en défendant une vision humaniste influencée par les idées de Beccaria.

Louis XVIII le nomme ministre des Finances en 1815 dans le gouvernement du duc de Richelieu. Il contribue ainsi à l'assainissement des finances publiques, le rétablissement de l'équilibre budgétaire étant obtenu dès 1816. La même année, il contribue à la fondation de la Caisse des dépôts et consignations. En 1818, le baron Louis lui succède.

Retourné dans son pays natal et affaibli par la maladie, il meurt en 1821 dans la gêne, ce qui n'était alors pas si fréquent pour un ancien ministre des Finances.

Henri Beyle dit Stendhal connaît des débuts difficiles. Il devient rédacteur au ministre de la Guerre dont le secrétaire général est son cousin Daru.

Il rêve d'entrer au Conseil d'État et écrit dans son journal en 1806 : *« J'étais à me figurer le bonheur que j'éprouverais si j'étais auditeur au Conseil d'État. »*

En 1810 il est enfin nommé auditeur au Conseil d'État grâce au soutien de Daru. Le comité de sélection formule au sujet d'Henri Beyle une appréciation positive mais prudente : *« Il réunit une bonne éducation, une expérience déjà acquise et qui le rend apte au service de l'administration. »*

Il devient inspecteur du mobilier et des bâtiments de la Couronne, fonction qui ne l'occupe que 40 heures de travail par mois. Son espoir de partir en mission en Italie n'est pas couronné de succès. À l'instar d'autres auditeurs, il est appelé à suivre les traces de l'empereur pour lui faire signer les documents officiels et assurer ainsi la continuité du gouvernement de la France. Ainsi, en 1812, il part en mission en Russie pour porter à l'Empereur le portefeuille des ministres, où figure notamment ce qui deviendra le décret de Moscou sur la Comédie-Française.

Sa demande d'être promu maître des requêtes se solde toutefois par un échec. En 1814, il quitte le Conseil d'État : *« J'étais dégoûté du métier d'auditeur et de la bêtise insolente des puissants. »*

Si la gloire des lettres l'attend, ce n'est que par procuration qu'il deviendra maître des requêtes par le truchement de son héros, Lucien Leuwen.

* * *

Parvenant au terme de cette brève étude, il paraît utile de tenter de prendre la mesure statistique de l'œuvre accomplie par le Conseil d'État napoléonien.

Un état général, établi seulement en 1835, fait apparaître que de 1800 à 1814 les cinq sections du Conseil d'État ont traité pas moins de 79 187 affaires, dont 58 435 vinrent en Assemblée générale, soit une moyenne annuelle proche de 5 700 affaires. Les affaires contentieuses ne seront décomptées de manière distincte qu'à partir de la création de la commission du contentieux en 1806 : entre 1806 et 1814 on dénombre 1 920 affaires contentieuses jugées, soit une moyenne annuelle de 213 affaires.

Si l'on devait ne retenir qu'un « marqueur » de l'activité du Conseil d'État, ne devrait-on pas retenir le code ayant porté les fruits les plus durables, ayant fortement marqué les grands équilibres de la société française et qui reste presque 220 ans après son adoption le symbole le plus éclatant de la tradition juridique française au point que, partout dans le monde hormis en France, on lui donne le nom de Napoléon ? Il s'agit évidemment du code civil dont l'Empereur exilé a dit à Sainte-Hélène : *« Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil. »*



L'installation du Conseil d'État au palais du [Petit] Luxembourg [25 décembre 1799], par Louis Charles Auguste Couder, huile sur toile, 1856

© Jean-Baptiste Eyguesier, Conseil d'État

La fabrique de la loi par le Conseil d'État (1879-1899)

Anne-Laure GIRARD

Le plafond de la salle de l'Assemblée générale célèbre l'œuvre législative du Conseil d'État en figurant six grands codes : le code de justice militaire, le code d'instruction criminelle, le code de commerce, le code pénal, le code de procédure civile, le code civil. La symbolique semble belle, la couleur des médaillons suggérant le travail d'orfèvre réalisé. Elle apparaît aussi cruelle, dès lors que les médaillons ne sont naturellement pas destinés à être complétés. Réalisée au cours des années 1870, la mise en scène picturale de codes du Premier et du Second Empire ne saurait mieux exprimer l'idée d'un âge d'or révolu. Sous la Troisième République, le Conseil d'État n'est plus « *le flambeau des lois* ¹ ».

L'article 8 de la loi du 24 mai 1872 rompt avec la Constitution du 14 janvier 1852 qui chargeait le Conseil d'État de rédiger les projets de lois. En 1872, il n'est plus question que d'un avis, qui peut toutefois être sollicité aussi bien au sujet d'un texte d'origine gouvernementale que d'une proposition de loi. La mission traditionnelle de conseiller de l'exécutif s'enrichit ainsi du rôle de conseiller du Parlement ². Mais la loi transforme surtout la consultation en simple faculté ³ et prive le Conseil d'État d'intervenir de manière permanente et systématique dans la préparation des lois ⁴. Ce faisant, elle parachève l'entreprise de relégation

-
- 1 A. Parodi, Préface in *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, Paris, Éd. du CNRS, 1974, p. X-XI.
 - 2 Voir au préalable l'article 75 de la Constitution de la II^e République qui permet déjà la consultation du Conseil d'État au sujet d'une proposition de loi. À la différence de la III^e République, le Conseil d'État est à l'époque placé sous la dépendance de l'Assemblée.
 - 3 « *Le Conseil d'État donne son avis : 1^o sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée nationale juge à propos de lui renvoyer ; 2^o sur les projets de loi préparés par le Gouvernement, et qu'un décret spécial ordonne de soumettre au Conseil d'État.* » Article 8 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État, *JORF* n° 148 du 31 mai 1872, p. 3626.
 - 4 L'article 7 du décret du 2 août 1879 portant règlement intérieur du Conseil d'État et adopté dans le prolongement de la loi du 13 juillet 1879 confirme l'absence d'automatisme de la saisine. Voir *Recueil des lois et règlements concernant le Conseil d'État*, Imprimerie nationale, 1900, p. 44.

de sa mission originelle, amorcée dès la fin du Second Empire⁵ et déplorée anaphoriquement dans le *Répertoire Béquet* :

« *Il n'est plus ce qu'il était sous la Constitution de 1848, où le gouvernement était tenu de lui soumettre tous ses projets de loi, sauf les lois de finances, celles qui portaient ratification des traités ou qui réclamaient une solution urgente, et où il pouvait être consulté sur tous les projets d'initiative parlementaire; il n'est plus ce qu'il était sous le régime de 1852, où il rédigeait tous les projets de loi et en soutenait la discussion devant le Corps législatif. Actuellement, le Conseil d'État peut n'être consulté par le Gouvernement ou par les Chambres sur aucun projet*⁶ ».

En 1879, sa contribution paraît si évanescence que la loi du 13 juillet 1879 prétend l'étayer par la restauration d'une section de Législation⁷. L'exposé des motifs du projet de loi témoigne d'une véritable rhétorique légitimatrice. Il s'agit de convaincre les sénateurs, d'ailleurs plus enclins à accueillir ce discours que les députés⁸, des vertus de l'intervention du Conseil d'État dans le travail législatif sans plus mettre en avant la loyauté politique⁹, dans un contexte d'épuration de l'institution¹⁰. L'éloge du savoir technique de ceux affectés aux anciennes sections se double d'une célébration des hommes de droit attachés à la nouvelle section de Législation :

« *Dans les matières spéciales, les travaux des sections facilitaient ceux des chambres. Mais, s'il est juste de proclamer que dans les parties techniques, les travaux du Conseil d'État sont irréprochables, il n'est pas moins juste de convenir qu'au point de vue juridique proprement dit, ils paraissent se ressentir de l'insuffisance du nombre des jurisconsultes au sein du conseil*¹¹. »

5 En conférant l'initiative des lois au Corps législatif, concurrentement avec l'Empereur, le sénatus-consulte du 8 septembre 1869 engageait nécessairement une réduction du rôle législatif du Conseil d'État, vécue par le président Baroche comme « *un grave abaissement* ». Voir *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, préc., p. 494 et l'article 1^{er} du sénatus-consulte du 8 septembre 1869 *qui modifie divers articles de la Constitution, les articles 3 et 5 du sénatus-consulte du 22 décembre 1852 et l'article 1^{er} du sénatus-consulte du 31 décembre 1861*, in J. B. Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, 1869, p. 284.

6 « Conseil d'État », in L. Bequet, *Répertoire du droit administratif*, Paris, Dupont, 1891, t. VIII p. 152.

7 Voir l'article 4 de la loi du 13 juillet 1879 relative au Conseil d'État : « *Le Conseil d'État est divisé en cinq sections, dont une section du contentieux et une section de législation* », *JORF* 1879, n° 191 du 14 juillet 1879, p. 6633.

8 Voir *infra*.

9 Voir sur ce point, R. Vanneville, « Le Conseil d'État au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », in.-O. Baruch, V. Duclerc, *Serviteurs de l'État, une histoire politique de l'administration française, 1870-1945*, Paris, La Découverte, 2000, p. 101.

10 V. Wright, « L'épuration du Conseil d'État en juillet 1879 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 1972, p. 621-653.

11 *Jurisprudence générale : recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, par M. Dalloz, 1879, t. 4, p. 70.

La résurgence dans les premières années de la Troisième République du vocable « jurisconsulte » hérité du droit romain est destinée à suggérer l'impartialité de ces membres nouvellement adjoints au Conseil d'État et à assurer qu'ils ne céderont pas à « *l'esprit de parti* »¹².

La création de la section de Législation, appelée à examiner prioritairement la préparation des lois civiles et criminelles, ne suffira pas, tant s'en faut, à modifier la perception du rôle du Conseil d'État dans la fabrique des lois. Elle va même immédiatement cristalliser les railleries les plus féroces et les offensives parlementaires.

Les propos du député La Batie en 1886 révèlent que l'instauration de la section de Législation par la loi d'épuration du 13 juillet 1879 condamne irrémédiablement celle-ci à être perçue comme un artifice voué à augmenter le nombre de membres du Conseil d'État acquis à la cause républicaine :

*« L'attribution principale du Conseil d'État consistait à participer à la préparation des lois, à y apporter tout son concours. C'était là en quelque sorte, sa raison même d'exister. Dès lors, ne dites donc pas que la loi de 1879 a innové en créant une section de Législation. [...] Si nous trouvons dans les lois de 1849 et de 1872, cette préoccupation de faire participer le Conseil d'État à la fonction essentielle et fructueuse de la préparation des lois, pourquoi la loi de 1879 a-t-elle fait une modification à cette organisation ? Est-ce par nécessité de créer une section de Législation ? Non ! Disons plutôt que c'est pour créer des places en augmentant un personnel qui jusque-là avait été suffisant »*¹³.

Qu'ils aient été victimes ou non de cette réorganisation du Conseil d'État, les anciens membres apparaissent comme les principaux pourfendeurs de la section. En 1884, l'ancien conseiller d'État d'Empire, Eugène Jolibois, élu à la Chambre des députés, profite de la discussion budgétaire pour proposer une réduction des crédits alloués au personnel du Conseil d'État en arguant de ce que :

« La section de Législation, il faut bien le dire, et c'est un fait notoire, rend si peu de services et se livre à si peu de travaux législatifs que sa Constitution est complètement inutile » : « On a ainsi créé une section de Législation. Je suis heureux messieurs de n'avoir pas à critiquer ou à attaquer les travaux de cette section [...]. Je n'ai qu'une chose à en dire, c'est qu'elle ne travaille pas. [...] La tâche était belle, elle était grande. On tenait ce langage en 1879 ; nous sommes en 1884 et je demande ce qu'a fait la section de Législation pour la chambre et pour les commissions parlementaires. Peut-on signaler l'intervention des conseillers d'État à la Chambre ? Quand sont-ils venus pour vous aider de leur concours et de leurs lumières et vous guider dans vos discussions et vos délibérations ? Je n'ai jamais ouï dire que dans vos commissions

12 C. Benoist, *Sophismes politiques de ce temps-Etude critique sur les formes, les principes et les procédés de gouvernement*, Paris, Perrin et Cie, 1893, p. 252. Voir également l'interprétation proposée par J.-J. Bienvu du terme « jurisconsulte » utilisé dans les travaux préparatoires dans les débats de clôture de sa conférence, « L'écriture de la loi par le Conseil d'État sous la III^e République (1875-1914) », <https://soireesdroitpublic.wordpress.com/2009-2/> : « Dans leur esprit, le jurisconsulte c'était quelqu'un qui n'était pas dans les cabinets ministériels [...] je crois que c'était l'idée d'avoir des gens fixes dans la section. »

13 Voir Débats parlementaires. Chambre des députés, JORF du 26 novembre 1886, p. 1994.

leur présence ait été demandée, sollicitée ou offerte; encore une fois quelle aide vous ont-ils jamais apportée¹⁴ ? »

Dans le même esprit de dénigrement, en 1888, l'ancien auditeur au Conseil d'État Augustin-Fernand Caillard d'Aillières feint de ne pas comprendre la vocation spécialisée de la section, en présentant l'appui d'une autre section et le vote des projets de loi par l'Assemblée générale comme autant d'aveux de l'incompétence et de l'impuissance de la section de Législation :

« Personne n'a voulu en 1879 revenir au système d'une section spéciale de Législation. Qu'y a-t-on gagné? Cette section ne considère pas qu'elle ait une compétence spéciale, elle fait généralement appel aux lumières de la section voisine. Ainsi, pour reprendre mon exemple, s'il s'agit d'un projet de loi concernant la guerre, il est bien renvoyé à la section de Législation; mais celle-ci s'empresse de s'adjoindre la section de la Guerre : ce n'est pas la section de Législation seule qui étudie le projet, ce sont les deux sections réunies. Il est bon d'ajouter que le projet de loi ainsi étudié par ces deux sections vient néanmoins devant l'assemblée générale du Conseil d'État. Il est alors examiné à un point de vue général¹⁵. »

En dehors de l'alcôve de la Chambre des députés, les anciens du Conseil ne font guère montre de plus de clémence. Victime de l'épuration de 1879, Jean-Jacques Weiss se livre à une diatribe demeurée célèbre :

« Quelle que soit la cause, l'effet est là : le Conseil d'État a été à peu près annulé en tant que conseil législatif. [...] On ne nous chargeait pas d'étudier la réforme du code d'instruction criminelle, mais on nous consultait soigneusement sur la destruction des loups, sur la conservation des oiseaux utiles à l'agriculture, sur les mœurs de la truite saumonée et de la lamproie, sur le progrès des épizooties et l'art de les combattre, sur les mille et un moyens de ne pas anéantir le phyllloxera. Telle est la pitance législative qui nous était réservée. Le Conseil d'État n'était plus le Conseil d'État, c'était une succursale du Jardin d'acclimatation, une académie de pathologie animale et végétale. Et voici que, passant d'un excès à l'autre, on crée une section de Législation générale! Pour quoi faire¹⁶ ? »

La fonction législative n'attise pas seulement les harangues des hommes écartés du Conseil d'État. Elle suscite aussi, et surtout, les regrets publics des vice-présidents successifs de l'institution. Poursuivant l'œuvre de ses prédécesseurs¹⁷, Édouard Laferrière profite de son installation à la vice-présidence le 26 janvier 1886 pour se livrer à un discours apologétique destiné à redonner au Conseil d'État, grâce à l'opposition du politique et du juridique, sa juste place dans la préparation des lois :

« L'inspiration législative, si éclairée qu'elle puisse être, a souvent besoin d'être complétée par un minutieux travail juridique. Les textes législatifs sont comme des

14 Voir Débats parlementaires. Chambre des députés, *JORF* du 6 décembre 1884, p. 2639.

15 Voir Débats parlementaires. Chambre des députés, *JORF* du 18 juin 1888, p. 1801.

16 J.-J. Weiss, « La fin d'une institution. La loi et les décrets sur le Conseil d'État », *Revue de France* 1879, sept.-oct. 1879, p. 371.

17 Voir *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, préc., p. 620-622.

*témoins fidèles, ils ne peuvent dire toute la vérité, que lorsqu'ils ont subi des interrogatoires et des confrontations devant un juge attentif et sévère. Votre organisation, mes chers collègues, vos études, vos méthodes se prêtent excellemment à cette œuvre du légiste assistant le législateur. Les pouvoirs publics peuvent, à leur gré, vous confier la préparation d'une loi dont ils tracent les grandes lignes et dont ils vous chargent d'arrêter les contours, ou bien se borner à vous demander, à titre consultatif, vos observations sur des textes déjà rédigés. Les formes variées de vos délibérations, soit en assemblée générale, soit au sein de la section de Législation ou des autres sections compétentes, peuvent aisément se prêter à tous les modes de consultation*¹⁸. »

Trois années plus tard, cette figure tutélaire du Conseil d'État renouvelle son plaidoyer dans le journal de prédilection des élites de la Troisième République¹⁹ :

*« Il y a deux choses, en effet, dans toute œuvre législative : un travail de législateur et un travail de légiste. Le premier nous le voulons bien, trouve dans les chambres toutes les ressources nécessaires : conception nette des réformes à réaliser [...] fécondité législative inépuisable ; mais les aptitudes d'ordre juridique sont plus rares ; et lorsque d'aventure elles veulent s'exercer, elles sont singulièrement gênées par le milieu même dans lequel la loi s'élabore. Ce milieu est essentiellement politique : on aime à y voir les choses de haut, on y discute largement les principes, mais on s'applique beaucoup moins aux questions de rédaction et de coordination législative. À vrai dire, il serait difficile qu'il en fût autrement. C'est toujours chose malaisée, même pour un juriconsulte qui se recueille et médite à loisir, que de rédiger un texte irréprochable disant tout ce qu'il faut et rien que ce qu'il faut : c'est également une tâche difficile [...] que de bien faire concorder toutes ses dispositions, non seulement entre elles, mais encore avec la législation ambiante*²⁰. »

L'étude d'André Heilbronner révèle qu'après Laferrière, les vice-présidents successifs ne se départiront pas non plus de cette défense fervente de la fonction législative du Conseil d'État, notamment à l'occasion de la présidence de l'Assemblée générale par le garde des Sceaux²¹.

Parce qu'ils apparaissent comme autant d'aveux de l'impuissance législative du Conseil d'État sous la Troisième République, les plaidoyers réguliers des vice-présidents sont la cause, bien plus que les critiques des anciens, d'un récit officiel. La conviction de son « *éclipse*²² » du travail législatif est si ancrée que le sujet a longtemps semblé peu digne d'intérêt pour une doctrine²³ par ailleurs

18 Arch. CE, P. V. Ass gén. 28 janvier 1886, p. 67 et s.

19 P. Eveno, *Le journal Le Monde : une histoire d'indépendance*, Odile Jacob, 2001, p. 23.

20 E. Laferrière, « Du rôle du Conseil d'État dans la préparation des lois », partie 1, *Le Temps*, 12 novembre 1889.

21 A. Heilbronner, « Le rôle du Conseil d'État français dans la confection des lois, à travers les allocutions des gardes des Sceaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 28.

22 *Ibid.*, p. 26.

23 Voir toutefois E. Tarbouriech, « Du Conseil d'État comme organe législatif », *RDP* 1894, t. 2, pp. 262-285 ; J. Franco, « Des attributions du Conseil d'État en matière législative et réglementaire », thèse droit Rennes, 1897 ; J. Auboyet-Treuille, « L'évolution des attributions législatives du Conseil d'État », thèse droit, Paris, 1938.

éblouie par la « Belle Époque ²⁴ » de la fonction juridictionnelle, et plus encore jurisprudentielle. Les rares réflexions, relatives à l'efflorescence des règlements d'administration publique ²⁵ ou à l'émergence d'un Conseil d'État « *de fait* » ²⁶, dont les membres intègrent diverses commissions pour l'étude d'une question particulière, concernent des aspects périphériques. Et, lorsqu'une étude s'empare du sujet de front, elle répète la même antienne : « *Entre 1879 et 1919, malgré le rétablissement de la section de législation par la loi du 13 juillet 1879, le Conseil d'État ne fut saisi ni des projets ni des propositions de loi concernant des domaines importants* ²⁷. »

Nous souhaitons aujourd'hui proposer une autre histoire. Une histoire affranchie de ce récit officiel. Laferrière lui-même y encourage. En 1888, alors qu'il est chargé par le gouvernement de soutenir devant la Chambre des députés le projet de loi sur la création d'une section temporaire du Contentieux, il livre en réponse aux accusations d'Augustin-Fernand Caillard d'Aillières l'argumentaire suivant :

« *Ces services, j'ose dire que [la section de Législation] les a rendus, et qu'elle en rend de plus en plus. À l'heure qu'il est, elle est saisie de projets de lois importants ; et la haute assemblée devant laquelle j'ai l'honneur de parler a été saisie de nombreux projets de lois qui ont été délibérés par le Conseil d'État – je ne veux pas parler des lois qui sont déjà votées – comme par exemple la loi sur l'espionnage qui a été faite tout entière par le Conseil d'État et qui a été adoptée par la Chambre dans les termes mêmes où il l'avait votée* ²⁸. »

Les discours ondoiyants de Laferrière, adaptés à l'auditoire auxquels ils sont destinés, au costume qu'il endosse, à la finalité qu'il poursuit, invitent à révoquer en doute la thèse de la disparition de l'œuvre législative du Conseil d'État sous la Troisième République. Un travail pionnier pousse plus encore à suivre cette voie. Le 21 octobre 2009, Jean-Jacques Bienvenu consacrait une conférence à « l'écriture de la loi par le Conseil d'État sous la III^e République (1875-1914) ²⁹ ». À rebours de l'histoire classique, Jean-Jacques Bienvenu avançait alors que, si le Conseil d'État avait fait « *peu de choses* » en matière législative au cours de cette

24 P. Weil, D. Pouyaud, *Le Droit administratif, op. cit.*, p. 9 ; N. Hakim, F. Melleray, « La Belle Époque de la pensée juridique française », in *Le Renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2009, p. 4.

25 Voir notamment L. Aucoc, *Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'État dans la rédaction de ces règlements*, Paris, Cotillon, 1872.

26 J.-J. Weiss, « La fin d'une institution. La loi et les décrets sur le Conseil d'État », *Revue de France* 1879, préc.. Voir également R. Vanneuville, « Le Conseil d'État au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », in *Serviteurs de l'État, une histoire politique de l'administration française, 1870-1945*, Paris, La Découverte, 2000, p. 106-107.

27 L.-A. Bouvier, *Le Conseil d'État et la confection des lois*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2015, p. 27.

28 Voir Débats parlementaires. Chambre des députés, *JORF* du 18 juin 1888, p. 1803.

29 J.-J. Bienvenu, « L'écriture de la loi par le Conseil d'État sous la III^e République (1875-1914) », <https://soireesdroitpublic.wordpress.com/2009-2/>

période, il avait réalisé de « *belles choses* ». Peut-être alors existe-t-il aussi une « Belle Époque » du travail législatif du Conseil d'État qui, bien que teinté de discrétion, semble digne d'être mis au jour. Cette œuvre de révélation, Jean-Jacques Bienvenu n'a pu la réaliser entièrement. Il regrettait notamment de ne pas avoir exploré les archives du Conseil d'État et, partant, de disposer d'un corpus incomplet pour présenter ses conclusions.

La disponibilité comme l'efficacité du service des archives, particulièrement de Claire Sibille-de Grimoüard et Emmanuelle Benet, offrent aujourd'hui de prolonger les investigations de notre directeur de thèse et de lui rendre, encore, un hommage. Mais le labeur qu'il reste à réaliser pour restaurer la richesse des contributions du Conseil d'État à l'œuvre législative sous la Troisième République excède le cadre d'une « conférence Vincent Wright ». Il supposerait le temps et l'étoffe d'une thèse ³⁰.

Le cadre restreint de cette conférence a imposé de limiter ici les recherches à une période comprise entre 1879, date de la renaissance de la section de Législation, et 1899. À cette époque, le Conseil d'État n'a pas encore auréolé de prestige sa fonction juridictionnelle. Plusieurs voix s'élèvent pour déplorer « *l'envahissement des questions contentieuses* » et la réduction de l'institution à « *une sorte de cour de cassation pour litiges administratifs, qui porte des sentences d'abus contre les évêques récalcitrants et valide ou annule en dernier ressort des élections municipales* ». La pérennité du Conseil dépend de sa capacité à s'associer à la fabrique de la loi. Les mêmes auteurs regrettent alors l'« *anéantissement* » ou le « *dépérissement* » de son aptitude à la législation « *faute de servir* » ou « *parce qu'on le fait servir à n'importe quoi* ³¹ ». L'on s'étonnera d'abord de ce que les zéloteurs de la fonction de préparation et de rédaction des lois par le Conseil d'État omettent sciemment ou non deux compétences systématiques en la matière.

Depuis les lois du 11 juin 1880 et du 5 avril 1884, l'autorisation des chemins de fer locaux et la création de nouvelles communes par le Parlement suppose l'avis préalable du Conseil d'État. Le mépris inspiré encore aujourd'hui par ces consultations est certain : « *il ne s'agissait que de lois d'intérêt local. Le rôle législatif du Conseil d'État s'en trouvait accru, mais non pas grandi* ³² ». Il mériterait pourtant, et particulièrement au sujet des voies ferrées secondaires, discussion. L'on s'élèvera ensuite contre la minoration dogmatique de l'association du Conseil d'État à la confection de la loi. Sans doute, sur la période considérée, le Conseil d'État ne s'abîme pas dans l'étude des textes législatifs.

Au cours de la seule période qui s'écoule entre le 13 juillet 1879 et le 10 août 1880, douze projets de loi d'intérêt national (et soixante-quinze projets de loi d'intérêt

30 Voir la thèse en cours de L. Auneau, « Le Conseil d'État et le Parlement (1870-1914) – contribution à une histoire parlementaire du droit administratif ».

31 J. Auboyer-Treuille, *L'évolution des attributions législatives du Conseil d'État*, Paris, L. Rodstein, 1938, p. 160 ; C. Benoist, *Sophismes politiques de ce temps-Étude critique sur les formes, les principes et les procédés de gouvernement*, op. cit., p. 251.

32 *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, op. cit., p. 623, note de bas de page 2.

local) sont par exemple portés à l'attention des diverses sections³³. Sans nullement prétendre ici dresser une liste exhaustive³⁴, la bigarrure des sujets soumis à l'avis du Conseil d'État demeure frappante : loi portant création d'une caisse d'épargne du 9 avril 1881³⁵, loi du 8 décembre 1883 relative à l'élection des juges consulaires³⁶, loi du 18 avril 1886 tendant à établir des pénalités contre l'espionnage³⁷, loi ayant pour objet d'interdire la pêche aux étrangers dans les eaux territoriales de France et d'Algérie du 2 mars 1888³⁸, loi du 4 mars 1889 portant modification de la législation des faillites³⁹, loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés⁴⁰, loi du 26 juin 1889 sur la nationalité⁴¹, loi du 19 juillet 1889 sur les dépenses ordinaires de l'instruction primaire publique et sur les traitements du personnel de ce service⁴², loi du 9 mars 1891 sur les droits de l'époux survivant dans la succession de son conjoint (art. 767 et 205 du code

-
- 33 F. Helie, « Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur les travaux accomplis par le Conseil d'État depuis le 13 juillet 1879 jusqu'au 10 août 1880, *JORF* 18 août 1880, p. 9350 et s.
- 34 Voir pour d'autres illustrations le projet de loi relatif à l'avancement dans l'armée déposé au Sénat par le ministre de la Guerre le 21 janvier 1881 après délibération du Conseil d'État (*Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires, p. 5), le projet de loi concernant l'autorisation et les conditions de publicité imposées aux sociétés d'assurances sur la vie délibéré et adopté par le Conseil d'État dans ses séances des 24, 25 février et 4 mars 1886 (Collection des Imprimés 1886, n° 555), le projet de loi relatif aux syndicats professionnels (Collection des Imprimés, 1892, n° 876), le projet de loi sur le relèvement des déchéances et incapacités résultant des décisions prises par les conseils de l'instruction publique en matière disciplinaire (Collection des Imprimés, 1892, n° 885), la proposition de loi tendant à la réduction du taux de l'intérêt légal (Collection des Imprimés, 1899, n° 1184), le projet de loi remplaçant la section temporaire du Contentieux par une section permanente au Conseil d'État (Collection des imprimés, 1899, n° 1188), le projet de loi concernant la surveillance des établissements de bienfaisance privés examiné par les sections réunies de l'Intérieur et de Législation du 5 au 19 décembre 1899 (Procès-verbaux de la section de Législation 1899, p. 289) et jusqu'en 1900.
- 35 Voir le rapport sommaire fait au nom de la 6^e commission d'initiative parlementaire chargée d'examiner la proposition de loi de M. Arthur Legrand portant création d'une caisse d'épargne postale par M. Choron, *JORF* 28 avril 1879, p. 3572.
- 36 Voir *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 5 juin 1883, p. 639, 7 juin 1883, p. 651 et l'exposé des motifs du projet de loi au *JORF* 8 décembre 1879, p. 10783. Voir également *D.* 1884.4.9
- 37 Voir le rapport présenté par Victor Chauffour le 2 février 1886 (Collection des Imprimés 1886, n° 552).
- 38 *D.* 1888.4. 30.
- 39 Voir sur ce point les débats parlementaires à la Chambre des députés, 2 mars 1882 et le 6 décembre 1884, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Chambre des députés, 1882, p. 202, 1884, p. 2640-2641 et les procès-verbaux de la section de Législation du 11 mars 1882 et du 27 juin 1882.
- 40 Voir sur ce point les débats parlementaires à la Chambre des députés, le 18 juin 1888, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Chambre des députés, p. 1803 ; *D.* 1890.4.16
- 41 Voir les procès-verbaux de la section de Législation entre le 13 juin 1882 et le 7 juin 1883.
- 42 Voir le projet de loi délibéré et adopté par le Conseil d'État, dans ses séances des 3 et 4 mars 1886, Collection des Imprimés 1886, n° 563.

civil)⁴³, loi du 29 décembre 1892 relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics⁴⁴, loi du 6 février 1893 portant modification du régime de la séparation de corps⁴⁵, loi du 8 juin 1893 relative aux actes de procuration, de consentement et d'autorisation dressés aux armées ou dans le cours d'un voyage maritime⁴⁶, loi du 8 juin 1895 sur la révision des procès criminels et correctionnels et sur les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires⁴⁷, loi du 25 mars 1898 modifiant les articles 843, 844, 919 du code civil⁴⁸, loi du 31 mars 1896 relative à la vente des objets abandonnés ou laissés en gage par les voyageurs aux aubergistes ou hôteliers⁴⁹, loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux⁵⁰, loi du 5 août 1899 sur le casier judiciaire et la réhabilitation de droit⁵¹, différentes lois relatives au code rural⁵² ou encore le projet de loi sur les associations⁵³.

Si, de prime abord, ce catalogue chamarré évoque des consultations hasardeuses, il offre de précieuses informations sur l'inscription du Conseil d'État dans l'histoire constitutionnelle et politique française. Animée par l'ambition de détruire un mythe, cette contribution vient finalement alimenter un autre récit classique : celui de la rémanence – d'aucuns diraient aujourd'hui la résilience – du Conseil d'État, doué d'une stabilité incroyable face aux remous politiques et crises institutionnelles de la France. Loin d'apparaître en effet comme éclipsée, la fabrique de la loi par le Conseil d'État entre 1879 et 1899 lui permet non seulement de prolonger l'œuvre codificatrice napoléonienne mais aussi d'accompagner l'implantation de la Troisième République.

43 Voir sur ce point *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 22 octobre 1888, p. 1365.

44 Voir sur ce point notamment *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Chambre des députés, 6 décembre 1884, p. 2641 et *D.* 1893.4.56.

45 Voir le projet de loi délibéré et adopté par le Conseil d'État, dans ses séances des 28 janvier, 10 et 18 février 1886, Collection des Imprimés 1886, n° 554.

46 Voir sur ce point notamment *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Chambre des députés, 6 décembre 1884, p. 2641.

47 Voir notamment les procès-verbaux de la section de Législation entre le 10 et le 31 mai 1892 et *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 12 février 1894, p. 98.

48 *D.* 1899.4.18.

49 Voir Collection des imprimés 1892, n° 849 et *D.* 1896.4.33.

50 Voir par ex. *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 25 janvier 1883, p. 28, 26 janvier 1883, p. 45.

51 Voir le projet de loi relatif au casier judiciaire délibéré et adopté par le CE dans ses séances des 27 octobre, 3 et 10 novembre 1892, Collection des Imprimés 1892, n° 860.

52 Voir au sujet de la loi du 20 novembre 1881 sur le code rural, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 27 janvier 1882, p. 31, 25 janvier 1883, p. 28. Sur la loi des 2-6 août 1884, voir *Débats* 1884.4.121. Sur la loi du 9 juillet 1889 sur le code rural, voir *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 22 octobre 1888, p. 1365 et *D.* 1890.4.20. Sur la loi sur le code rural des 21-23 juillet 1898, voir *Débats* 1898.4.125. Voir encore, au sujet du code rural, les procès-verbaux de la section de Législation du 4 mai 1899, p. 125.

53 Voir notamment les procès-verbaux de la section de Législation entre le 25 novembre 1898 et le 3 mai 1899.

Les prolongements de l'œuvre codificatrice napoléonienne

« *Le Conseil d'État peut faire appel à un passé lointain et supposé glorieux : que l'Empire fut beau sous la République*⁵⁴ ! » ...

La question du rôle législatif du Conseil d'État sous la Troisième République est envahissante et déborde le monde des seuls juristes. La planche réalisée par N. Baldet à destination de la loge Conscience et Volonté (Grand Orient de France) offre un témoignage précieux des croyances de l'époque :

« *Aussi beaucoup de jurisconsultes préfèrent-ils le maintien du code civil, tel qu'il est, à tout remaniement qui risquerait d'en aggraver les défauts et lui ferait perdre les grandes qualités pratiques que tout le monde lui reconnaît. Attribuant à juste titre sa perfection relative à son mode de confection, on répète souvent qu'on ne le peut réviser qu'en revenant tout simplement à la procédure du Premier Empire. Cette idée contient une très grande part de vérité, et on pourrait reprendre l'idée fondamentale et réellement féconde du système du Premier et du Second Empire. Les Chambres abandonneraient le soin exclusif de préparer et rédiger les codes et les lois du même ordre au Conseil d'État. Une de ses sections, celle de Législation civile et criminelle, est toute désignée pour cette grande tâche*⁵⁵. »

À l'issue de ce travail, la loge se prononcera en faveur du renvoi systématique au Conseil d'État de la confection ou de la révision des codes. Il y a là, semble-t-il, une croyance ancrée sous la Troisième République. Le Conseil d'État tient du passé et de son rôle préalable à l'avènement du nouveau régime un titre de compétence qui lui permettra de faire enfin advenir le code rural et de modifier le code civil.

Le legs du code rural

Avec onze lois adoptées entre le 21 juillet 1881 et le 25 juin 1902, le code rural apparaît comme une des grandes affaires du Conseil d'État de l'époque. Dans le sillage de Jean-Jacques Weiss, d'aucuns pourraient être tentés, de se gausser de l'occupation du Conseil d'État à rédiger et à réviser des articles sur la propriété des volailles en fuite⁵⁶, la morve chevaline, la ladrerie porcine, les

54 V. Wright, « Le Conseil d'État et les changements de régime : le cas du Second Empire », in *Deuxième centenaire du Conseil d'État*, RA 2001, t. 1, p. 90.

55 N. Baldet, *Du Conseil d'État comme organe législatif*, Georges Chagniat, Paris, p. 25.

56 *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 27 janvier 1882, p. 30 : « Voici la rédaction de l'article 5, telle que le Conseil d'État l'a proposée et telle que la commission vous l'a proposée à son tour : "Les volailles et autres animaux de basse-cour qui s'enfuient dans les propriétés voisines ne cessent pas d'appartenir à leur maître, quoiqu'il les ait perdus de vue ; il peut les réclamer, mais seulement dans les huit jours à partir de celui où il a connu le lieu de leur retraite." »

boiteries⁵⁷, l'interdiction d'introduire en France composts et larves, la destruction des insectes nuisibles et des cryptogames⁵⁸. Ce labeur chronique recèle pourtant une signification bien plus noble que celle que lui attribuent ses détracteurs : il offre au Conseil d'État de poursuivre l'inachevé des Empires (1). Mieux, aucune œuvre législative ne symbolise aussi bien que le code rural le « *roman du Conseil d'État*⁵⁹ », sa rémanence en dépit des crises constitutionnelles et les ponts qu'il a dressés par-delà les régimes politiques (2).

L'aboutissement de l'inachevé du Second Empire

Davantage que d'un titre juridique, le Conseil d'État tient de l'histoire cette compétence consultative relative au code rural. Elle conforte ainsi l'assertion selon laquelle « *sa trajectoire est tracée par les pesanteurs historiques [...] bien plus que par un nouvel encadrement constitutionnel*⁶⁰ ». L'avènement de Bonaparte au Consulat ne marque pas seulement la réalisation du code civil. L'élaboration de codes particuliers, tel le code rural, poursuit un dessein « *éminemment politique*⁶¹ ». Si la commission pour la rédaction du code rural est constituée dès le 10 août 1801, les travaux herculéens destinés à recenser les coutumes, à unifier les législations, à mettre cet ensemble en harmonie avec le Code Napoléon se poursuivent tout au long du Premier Empire. Trop tardivement élaboré (le 23 août 1814), le projet de code, rassemblant près d'un millier d'articles, est abandonné. Bien que la mission « *d'y mettre la dernière main*⁶² » soit déjà confiée au Conseil d'État, celui-ci devient la pièce maîtresse de cette entreprise codificatrice sous le Second Empire. En 1858, le Sénat en définit le contenu et lui en confie la rédaction. Seul l'effondrement du régime justifie la mise en sommeil de ses travaux avant leur complet achèvement.

La Troisième République offre une revanche à ce rêve napoléonien inabouti. La lignée avec les grands codes est établie sitôt que le projet resurgit : « *Aujourd'hui où dans les sphères officielles se sont déjà réalisées des intentions d'établir un code rural, il convient de constater que le projet ne date pas d'hier, puisqu'il remonte à l'époque où s'élaborent tous nos codes fondamentaux*⁶³. »

57 Voir la loi du 2 août 1884, *Loi sur le code rural (vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques)*, D. 1884.4.121.

58 Voir la loi du 21 juin 1898, *Loi sur le code rural (Livre 3 : De la police rurale – Titre 1^{er} : Police administrative)*, D. 1898.4.125.

59 « *Les changements de régime, c'est le roman du Conseil d'État* », G. de Broglie in *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours, Livre jubilaire du deuxième centenaire*, Paris, A. Biro, 1999, p. 24.

60 V. Wright, « Le Conseil d'État et les changements de régime : le cas du Second Empire », préc., p. 90.

61 F. Fortunet, « Le code rural ou l'impossible codification », *Annales historiques de la Révolution française* 1982, n° 247, p. 97.

62 P. Marmottan, *Un projet de code rural sous le Premier Empire*, Paris, F. Alcan, 1913, p. 18.

63 *Ibid.*, p. 1.

Plus encore, cette rémanence constitue un authentique hommage au Conseil d'État du Second Empire. Car, le projet de loi concernant les deux premiers livres du code rural que les ministres de l'Agriculture, de l'Intérieur et des Travaux publics déposent le 16 juillet 1876 sur le bureau du Sénat n'est autre que celui issu des travaux interrompus par le Conseil d'État en 1870⁶⁴.

*L'enrichissement de l'œuvre codificatrice
sous la Troisième République*

Les consultations répétées sur ces lois destinées à former le code rural ne témoignent pas seulement d'une déférence un brin pragmatique aux Conseils d'État impériaux. Il s'agit vite en effet d'enrichir l'acquis de l'Empire d'un travail entièrement inédit. La nouvelle mission, celle d'écrire sous la République le projet d'un Livre III sur le sujet fondamental de la police rurale⁶⁵, dans le prolongement des deux premiers façonnés sous le Second Empire, arrime alors le Conseil d'État. Le code rural figure sa continuité.

Cette consultation n'allait pourtant pas de soi. En 1885, un projet gouvernemental est soumis aux sénateurs. Parce qu'il manque singulièrement de concision et de simplicité, ceux-ci réclament d'eux-mêmes l'avis du Conseil d'État⁶⁶, malgré certaines voix doutant de ses compétences en matière de « *science vétérinaire ou médicale*⁶⁷ ». Le projet gouvernemental apparaît si mal conçu que le Conseil d'État rédige un véritable « *contre-projet*⁶⁸ ». Le résultat, qui mobilise durant près

64 Voir également la présentation du projet par Paul Cuvinot in *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 25 janvier 1883, p. 28 : « en 1870, sous la présidence de notre honorable collègue M. de Parieu, le Conseil d'État terminait le travail de codification qui lui avait été confié. Le code rural, sorti des délibérations de cette Assemblée, a été déposé sur le bureau du Sénat en 1876. »

65 Voir notamment les précisions du rapporteur V. Peaudecerf sur la loi du 21 juin 1898, *Loi sur le code rural (Livre 3 : De la police rurale – Titre 1^{er} : Police administrative)*, D. 1898.4.125 : « Les art. 95 et 96 (81 et 82 actuels) édictent au surplus des prescriptions générales. Le Conseil d'État, en les formulant dans son projet, a voulu, sans aucun doute, armer le gouvernement de pouvoirs spéciaux et exceptionnels contre les dangers qui pourraient se produire par l'envahissement de végétaux ou d'animaux dangereux provenant de pays étrangers. »

66 Voir les déclarations du sénateur V. Peaudecerf : « Après mûres délibérations, après nombreuses observations dans le sein de votre commission, nous décidâmes à l'unanimité de renvoyer le projet au ministre de l'Agriculture en le priant de vouloir bien examiner si, conformément aux desiderata exprimés dans le sein de la commission, il ne serait pas convenable de renvoyer à l'examen du Conseil d'État un travail aussi considérable, aussi complexe et qui nous semblait ainsi que j'ai eu l'honneur de le dire, toucher à un peu trop de choses. L'honorable M. Develle, ministre de l'Agriculture nous répondit qu'il partageait entièrement l'avis de la commission. » *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 18 novembre 1889, p. 1059.

67 J. Darbot, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 21 novembre 1889, p. 1090.

68 D. 1898.4.125.

de deux années⁶⁹ les sections réunies des Travaux publics et de la Législation ainsi que l'Assemblée, emporte l'assentiment :

« *Le projet élaboré par le Conseil d'État* », notamment par ses divisions et subdivisions semble, en 1889, « *de beaucoup préférable*⁷⁰ ». Plus « *simple* », plus « *rationnel* », les sénateurs « *s'empressent de l'adopter* ». L'influence de l'institution ne s'arrête pas à la structure de ce nouveau livre. Certains articles de la loi du 21 juin 1898 retranscrivent avec fidélité ses suggestions⁷¹. Son empreinte, rehaussée par certaines incises dans les débats parlementaires – « *Le Conseil d'État lui-même* » – est telle que le rapporteur du projet devant le Sénat s'engage à souligner les points sur lesquels la commission parlementaire s'est émancipée « *non seulement de la rédaction, mais du fond même du texte présenté par la haute magistrature administrative*⁷² ».

La collaboration loyale et harmonieuse autour du code rural se poursuivra tout au long du XIX^e siècle, comme en atteste le procès-verbal de la séance ayant réuni les sections des Travaux publics et de Législation le 4 mai 1899. Alors que les membres du Conseil sont de nouveau sollicités pour concevoir, après le régime de police administrative, un titre relatif à la police judiciaire, Olivier Sainsère s'émeut de ce que ce travail porte « *en réalité sur une loi pénale* », quand il ne « *trouve au dossier aucune pièce constatant que le ministre de la Justice a été consulté sur le projet en délibération* ». Le rapporteur obtient alors des sections le renvoi du dossier au ministre afin d'obtenir un avis jugé « *indispensable*⁷³ ».

À sa manière, le code civil conforte à son tour l'idée d'une sédimentation de l'ouvrage des Conseils d'État napoléonien et républicain.

69 « *Le projet du gouvernement fut renvoyé au Conseil d'État et dix-huit mois ou deux ans après, M. le ministre nous retourna un nouveau projet élaboré et soumis par la haute magistrature administrative à son examen, projet que nous avons trouvé – je m'empresse de le reconnaître au nom de la commission – beaucoup mieux conçu dans son ensemble que le projet primitif. Ce projet, nous l'avons en grande partie fait nôtre.* » V. Peaudecerf, « *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 18 novembre 1889, p. 1059.

70 *D.*, 1898.4.125.

71 Voir les observations du rapporteur V. Peaudecerf sur la loi du 21 juin 1898, *Loi sur le code rural (Livre 3 : De la police rurale – Titre 1^{er} : Police administrative)*, *D.* 1898.4.125 : « *L'art. 67 (66 actuel) que nous inscrivons dans notre rédaction n'est autre, à part quelques modifications qu'il a paru nécessaire d'y apporter, que le texte du contre-projet présenté par le Conseil d'État (art. 32).* » « *L'art. 80 correspond à l'art. 87 du projet du Conseil d'État. La commission du Sénat a proposé de le conserver dans la loi.* »

72 V. Peaudecerf, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 18 novembre 1889, p. 1059.

73 Procès-verbaux de la section de Législation du 4 mai 1899, p. 125.

L'acquis du code civil

« *Le Conseil d'État n'est pas l'auteur du code civil, mais sans lui le code civil n'aurait jamais existé*⁷⁴. » Le code civil est l'objet d'un autre titre de compétence en faveur du Conseil d'État, qui puise ses racines à la fois dans une histoire légendaire et dans les qualités de légiste de ses membres. Cette habilitation procède d'une croyance, bien plus que d'une vérité historique. Avec beaucoup de finesse, André Damien a en effet dévoilé que le rôle cardinal du Conseil d'État dans l'élaboration du code civil doit beaucoup à l'imaginaire, dès lors que celle-ci porte davantage l'empreinte de Cambacérès, du Premier consul, des projets de codes de la Convention et de la commission préparatoire, qui ne comprenait pas de conseillers d'État⁷⁵. La sacralité du code civil justifie aussi d'en confier les révisions à son auteur putatif. Marqué « *au coin du génie français*⁷⁶ », érigé en étendard offrant à la France un rayonnement inouï, le code Napoléon excite, encore aux origines de la Troisième République, la prudence et la parcimonie. Ses évolutions nécessaires requièrent alors la rigueur comme l'expérience du Conseil d'État, et mobilisent au premier chef la section de Législation.

Les travaux accomplis par celle-ci, entre 1879 et 1899, traduisent à eux seuls la richesse des interventions législatives du Conseil d'État. Car ce dernier n'est pas seulement saisi pour rédiger ou réviser des textes modificatifs du code civil. Les procès-verbaux de la section de Législation attestent que les sollicitations surviennent très en amont de l'entreprise réformatrice en interrogeant « *l'opportunité*⁷⁷ » même de procéder à des corrections. Ainsi, pour la seule année 1886, les membres du Conseil d'État, après examen, découragent les velléités de remaniement des articles 1097⁷⁸, 2102 et 2272⁷⁹. Au sujet de l'article 1097 par exemple, Paul Dupré combat la vision étriquée de la réforme. Convaincu que les donations entre époux ne peuvent être disjointes des partages faits par les ascendants entre leurs descendants, il soutient que la refonte de l'article 1097 supposerait celle des articles 832 à 836 du code civil. Soucieux de rester dans le

74 A. Damien, « Le Conseil d'État et le code civil », in *Le Conseil d'État et le code civil – journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du code civil*, Paris, Éd. des Journaux officiels, 2005, p. 39.

75 *Ibid.*, p. 31.

76 G. Cornu cité par M. Moreau, « La fonction consultative du Conseil d'État et les réformes contemporaines du code civil », in *Le Conseil d'État et le code civil – journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du code civil*, *op. cit.*, p. 80.

77 « *M. Camille Sée, conseiller d'État fait un rapport sur une demande de modifications, des articles 2101 et 22782 du code civil relatifs aux honoraires des médecins. Cette demande est formulée par M. le garde des Sceaux ministre de la Justice qui désire connaître l'avis de la section de Législation sur l'opportunité de ces modifications* ». Procès-verbaux de la section de Législation du 13 janvier 1886, p. 3.

78 « *Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire ni par actes entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.* »

79 Voir notamment les Procès-verbaux de la section de Législation du 20 janvier 1886, p. 9-14, et du 12 mai 1886, p. 130.

cadre de la question soumise à la délibération de la section de Législation, Jean Gustave Courcelle-Seneuil obtient un vote en faveur de la fixité de l'article ⁸⁰.

Parce que le Conseil d'État profite d'une sorte d'effet-cliquet, d'une cristallisation de sa compétence destinée à faire perdurer la célébration du code civil, il est associé à des questions sociétales et politiques majeures. Certains ont montré que le sujet de la capacité civile, du droit de la famille, des successions étaient déjà marqués, sous le Consulat, du sceau de la politique ⁸¹. En offrant au Conseil d'État de composer la trame de la protection des enfants maltraités ou de la réforme des droits de l'époux survivant dans la succession de son conjoint, la Troisième République ne dément pas ces précédents. Deux autres exemples, le droit de la nationalité et la séparation de corps suffisent ici à dévoiler l'importance des sujets alimentant la fonction consultative.

La rénovation du droit de la nationalité

« La revendication de technicité fait à ce titre partie d'une stratégie institutionnelle destinée à faire regagner au corps le prestige qu'il possédait à sa naissance et, paradoxalement, à revendiquer pour lui un rôle politique ⁸². »

La section de Législation doit au sénateur Anselme Batbie, ancien membre du Conseil d'État, le rôle crucial qu'elle a assumé dans l'élaboration de la loi du 26 juin 1889 sur la « naturalisation ». Afin de justifier le déploiement de la fonction consultative, la technicité du labeur à accomplir est martelée devant le Sénat. Il s'agit en premier lieu de ne pas ignorer les lois étrangères qui toutes s'emparent, à leur manière, des règles de nationalité. Il s'agit en outre de surmonter l'éparpillement et l'incohérence des dispositions strictement nationales régissant l'acquisition, la perte et le recouvrement de la qualité de français en les réunissant au sein du code civil :

« C'est une matière très délicate qui demande une loi élaborée avec soin et je crois que pour réunir les meilleures conditions il serait utile de provoquer un examen d'une assemblée qui a une grande expérience de la préparation des lois ⁸³. »

Saisie par une lettre du garde des Sceaux en date du 25 juillet 1882, après le vote par le Sénat du renvoi au Conseil d'État le 22 juillet 1882, la section de Législation y consacra une partie de ses travaux à compter du mois d'octobre et jusqu'en avril de l'année suivante. L'exploration des archives du Conseil d'État témoigne de la minutie déployée par ses membres. L'on y retrouve, comme bien souvent, un amour sincère des mots et de l'expression juste. Le titre de la

80 Voir notamment les procès-verbaux de la section de Législation du 23 février 1886, p. 44-46.

81 Voir par exemple sur le lien entre les successions et l'agriculture ou l'accroissement de la propriété, C. Durand, *Études sur le Conseil d'État napoléonien*, Paris, PUF, 1949, p. 589 ; sur les liens entre puissance paternelle et pouvoir politique, voir V. Paraiso, « Pouvoir paternel et pouvoir politique », Thèse droit dact., Rouen, 2001.

82 R. Vanneville, « Le Conseil d'État au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », préc., p. 101.

83 A. Batbie, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 22 juillet 1882, p. 868.

proposition de loi ne convainc pas et cédera sous les remarques incisives de la section :

« *Le mot naturalisation a dans la pratique un sens restreint, limité à l'acte par lequel le pouvoir compétent confère à un étranger la qualité de français. On applique parfois, dans la doctrine, le mot à l'acquisition de la qualité de français par le bienfait de la loi. Mais la naturalisation entendue même dans son acception la plus large ne forme qu'une partie de notre projet, qui embrasse les règles relatives à l'acquisition, à la perte et au recouvrement de la qualité de français. Le seul mot qui dans ces conditions a semblé à la section répondre au titre du projet est celui de nationalité*⁸⁴. »

L'examen de la proposition de loi est en outre précédée d'une histoire des règles de nationalité et de naturalisation longue d'une soixantaine de pages. Cette généalogie ne relève pas de l'exercice d'érudition mais sert la rupture. Dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi, Batbie défendait la préservation des règles relatives à l'acquisition et à la perte de la qualité de français. Ce faisant, il rassurait le parterre de ses auditeurs concevant toute modification du code civil comme « *subversive et téméraire*⁸⁵ ». Pourtant, le Conseil d'État va immédiatement s'emparer de l'article 9 du code civil⁸⁶. En soulignant que la rédaction de celui-ci procède de la volonté du Premier consul, il prépare, à rebours de la continuité qui imprègne son ouvrage sur le code rural, « *des innovations considérables*⁸⁷ ». La section de Législation se prévaut d'une mémoire des débats qui ont animé le Conseil d'État face à Bonaparte au sujet de cet article pour ensevelir « les derniers vestiges⁸⁸ » de la « *rigueur excessive*⁸⁹ » du *jus soli*. Elle prend soin de tempérer la hardiesse de la réécriture de l'article 9 et d'apaiser la crainte exprimée par Batbie⁹⁰ que toute modification entraîne une révision d'ensemble de l'œuvre codificatrice. À ces fins, elle établit une continuité avec le reste du code civil et revendique une œuvre purement technique : « *Article 1^{er} (code civil, art. 10) : Est français tout individu né d'un Français en France ou à l'étranger.* » Cet article, qui consacre le principe de nationalité par filiation, n'est que la reproduction de l'article 10 § 1 du code civil. La section s'est bornée à réparer l'oubli des rédacteurs du code qui auraient dû corriger la forme de cette disposition à la suite des modifications apportées [...] à la première rédaction de l'article 9⁹¹. »

84 C. Sée, Rapport (n° d'imprimé 428 bis), distribution du 7 juin 1883, Collection des imprimés 1883, n° 44113, p. 73.

85 *Ibid.*, p. 6.

86 « *Tout individu né en France d'un étranger, pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de français; pourvu que, dans le cas où il résiderait en France il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission.* »

87 L. Le Sueur, E. Dreyfus, *La Nationalité (droit interne) : commentaire de la loi du 26 juin 1889*, Paris, G. Pedone-Lauriel, 1890, p. 1.

88 C. Sée, Rapport, préc., p. 83.

89 *Ibid.*, p. 81.

90 *Ibid.*, p. 6.

91 C. Sée, Rapport, préc., p. 112.

L'ancien article 9 est remplacé par une disposition permettant au Gouvernement d'accorder une naturalisation à l'étranger né et résidant en France. Le Conseil d'État s'oppose ainsi à ce que l'octroi de la nationalité dépende comme auparavant « *de la seule volonté de l'intéressé*⁹² ». En offrant au Gouvernement d'apprécier « *l'opportunité de la naturalisation*⁹³ », le Conseil d'État imprime un caractère politique au texte. Alors qu'une telle finalité demeure invisible dans le projet d'Anselme Batbie, la loi devient sous la plume de la section, fort habituée à traiter les demandes de naturalisation, et dans un contexte d'après-guerre, une loi de défense nationale. L'adoption de la loi sur le recrutement⁹⁴, dans les semaines qui suivront le vote de la loi sur la nationalité, atteste du lien désormais établi entre les deux projets. Les procès-verbaux de la section de Législation témoignent de cette obsession de l'enjeu conscriptif :

« Le législateur n'a pas atteint le but qu'il poursuivait en rédigeant l'article 9. Les étrangers nés en France demeurent le plus souvent au milieu de nous ; ils s'abstiennent en général de réclamer la qualité de français. Il en est qui laissent expirer le délai de l'article 9 et qui demandent ensuite l'admission à domicile et la naturalisation. Leur but est de se soustraire à la loi militaire. La loi du 29 juillet 1872 astreint en effet au service l'étranger né en France qui réclame la qualité de français, aux termes de l'article 9 du code civil. La loi passe sous silence l'étranger naturalisé qui échappe ainsi à toutes les charges militaires qui pèsent sur le Français. La chancellerie et le Conseil d'État refusent en général la naturalisation à l'étranger qui a excipé de sa qualité pour se soustraire au service militaire. C'est là un palliatif insuffisant [...] La loi de 1872 présente une lacune regrettable ; on peut la combler⁹⁵. »

Le Conseil d'État propose même la création d'une « *naturalisation de faveur* » permettant au gouvernement « *sans conditions d'âge ni de résidence, d'accorder cette naturalisation à l'étranger né en France, s'il sert ou a servi dans les armées de terre ou de mer, ou s'il satisfait à la loi du recrutement, sans exciper de son extranéité*⁹⁶ ». Les débats relatifs à l'unité de la nationalité – la femme suit la condition de son mari – sont quant à eux l'occasion d'une première prise de position en faveur de la condition féminine⁹⁷. La section de Législation réproche l'unité de nationalité dans l'hypothèse où un changement de nationalité affecte l'époux pendant le mariage : « *Si elle l'eût prévu, elle n'aurait peut-être pas consenti au mariage* ». Et les membres du Conseil d'avertir :

92 *Ibid.*, p. 83.

93 *Ibid.*, p. 84.

94 Loi sur le recrutement du 15 juillet 1889. Voir sur cette loi et les liens tortueux avec le texte sur la nationalité, L. Le Sueur, E. Dreyfus, *La Nationalité (droit interne) : commentaire de la loi du 26 juin 1889, op. cit.*, p. 230 et s.

95 *Ibid.*, p. 76-77. Voir encore p. 128.

96 *Ibid.*, p. 117.

97 Voir *infra*

« C'est là, ajoute-t-on, un principe que le législateur doit d'autant plus respecter que nos mœurs tendent de plus en plus à relâcher le lien de la puissance maritale en considérant la femme comme l'égal du mari ⁹⁸. »

Les sénateurs percevront immédiatement l'œuvre transformatrice accomplie par la section aussi bien sur le fond que sur la forme et l'importance du travail ne sera cette fois nullement minorée. Le 9 juin 1883, Théophile Roger-Marvaise souligne ainsi :

« Le Conseil d'État s'est livré à un examen sérieux et il a préparé le travail. [...] Mais le Conseil d'État, lorsqu'il s'est trouvé en présence de la proposition de loi de l'honorable M. Batbie s'est vu dans la nécessité de faire un travail absolument nouveau. Il n'était pas admissible que, dans une proposition de loi générale sur la naturalisation, des principes contraires se trouvassent en présence. Le Conseil d'État, faisant un travail absolument nouveau, a substitué au principe qui sert de base à notre législation existante un principe nouveau qu'il a emprunté aux peuples voisins. Il s'est efforcé dans ce travail de combiner ce projet qu'il adoptait, avec notre législation civile, notre droit public et notre législation internationale ⁹⁹. »

Batbie et les autres membres de la commission sénatoriale chargée d'examiner la proposition de loi ne se rallieront pas entièrement aux vues du Conseil d'État. Les différences radicales de perception seront même soulignées. Tandis que la section de Législation a eu à cœur de restreindre drastiquement l'acquisition de la nationalité française, la commission du Sénat comme celle de la Chambre des députés aspirent à la faciliter. En cas de guerre, objectera Batbie, l'on peut espérer la gratitude des naturalisés tandis qu'il faut craindre les étrangers résidant sur le territoire français : « Ils sont rappelés dans leur patrie et mettent à son service les renseignements qu'ils ont pris pendant leur séjour chez nous. Ce sont d'excellents éclaireurs ¹⁰⁰. »

La progression de la condition féminine

« J'adhère donc absolument à la solution qui vous a été présentée avec tant d'éloquence et de sagesse par l'honorable garde des Sceaux, président du Conseil, non pas de renvoyer les articles à la commission, mais de renvoyer la question à l'étude du Conseil d'État. C'est en effet une précaution bien inspirée dans tout ce qui touche à la réforme de nos lois civiles ¹⁰¹. »

Entre janvier et février 1886, l'Assemblée générale examine un texte préparé par la section de Législation qui donnera lieu à des débats virulents au Sénat l'année suivante. Insistant sur « la nature, très grave ¹⁰² » de la question, le garde

98 C. Sée, Rapport, préc., p. 106-107.

99 T. Roger-Marvaise, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 9 juin 1883, p. 671.

100 D. 1889.4.62.

101 A. Oudet, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 30 juin 1885, p. 788.

102 E. Allou, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 18 janvier 1887, p. 15.

des Sceaux avait obtenu des sénateurs, le 30 juin 1885, le renvoi de la proposition de loi ayant pour objet les nullités du mariage et des modifications au régime de la séparation de corps. Si Édouard Allou loue la patience et le soin déployé par le Conseil d'État dans l'examen du texte, la fermeté de ses prises de position inspirera un accueil nuancé.

L'invocation de la neutralité du Conseil d'État, la restriction de son immixtion dans la fabrique de la loi à de simples conseils légistiques formels participent de la stratégie légitimatrice de sa fonction consultative. Dans son plaidoyer paru dans le journal *Le Temps* en 1889, Édouard Laferrière oppose par exemple le « *politique* » ou « *les grands principes* », qui ne relèvent que des chambres, et la rédaction ou coordination législative qui devraient être confiées au Conseil d'État ¹⁰³. Suivant une logique similaire, Ernest Tarbouriech assure, dans la *RDP*, que loin de se dresser comme « *un obstacle aux réformes réclamées* », l'institution s'efforce d'en « *assurer le succès* ¹⁰⁴ ». Il concède toutefois que :

« *Le Conseil d'État ne s'est peut-être pas toujours conformé à cette règle de conduite* » et qu'il lui est arrivé « *quelques fois consulté par le Gouvernement sur les manières de réaliser des réformes, de se prononcer contre le principe même de ces réformes, ou de préconiser des solutions en contradiction absolue avec les tendances du Parlement* ¹⁰⁵ ».

Et, c'est bien parce que « *ses délibérations purement consultatives ne peuvent porter ombrage à aucun pouvoir* ¹⁰⁶ » que le Conseil d'État ne restreint pas son office et s'empare aussi pleinement que librement des questions soumises à son examen. Les appréciations qu'inspire au Conseil d'État la proposition de la loi relative aux nullités du mariage et à la séparation de corps marqueront fortement les sénateurs. Ceux-ci ne manquent pas de relever le caractère « *très ferme* ¹⁰⁷ » de l'avis rendu au sujet de la modification de l'article 180 du code civil ¹⁰⁸. Alors qu'il examine l'extension des cas de nullité du mariage, le Conseil d'État brandit « *la fixité des lois constitutives de la famille qui s'impose au législateur* » et avertit que l'annulation pour dol « *serait le renversement des principes de notre droit civil* ¹⁰⁹ ». Cet avis tranchant en faveur du maintien de l'ordre établi se double d'un rapport du président de la section de Législation, Émile Flourens, qui démontre à l'envi que le Conseil d'État se saisit de l'opportunité même de

103 E. Laferrière, « Du rôle du Conseil d'État dans la préparation des lois », partie 1, *Le Temps*, 12 novembre 1889.

104 E. Tarbouriech, « Du Conseil d'État comme organe législatif », préc., p. 266.

105 *Ibid.*, en note.

106 E. Laferrière, « Du rôle du Conseil d'État dans la préparation des lois », partie 1, *Le Temps*, 12 novembre 1889.

107 E. Allou, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 18 janvier 1887, p. 16.

108 L'article 180 § 2 du code civil est modifié ainsi qu'il suit : « *Lorsqu'il y a eu erreur sur l'identité ou sur l'état civil d'un des conjoints, le mariage peut être attaqué par celui des deux époux qui a été induit en erreur. La nullité peut aussi être demandée par celui des époux qui, par erreur, a épousé un conjoint condamné, antérieurement au mariage, à une peine afflictive et infamante.* »

109 Avis délibéré par le Conseil d'État dans ses séances des 28 janvier, 10 et 18 février 1886, Collection des imprimés 1886 (199982/15).

la réforme. L'hostilité éclate dans le ton employé et les expressions mobilisées. Flourens dépeint en effet un Conseil d'État frappé de la disproportion et de la discordance entre les motifs allégués et les résultats pratiques. Il présente encore la modification de l'article 180 comme un « remède inefficace », une « tentative impuissante » et dénonce même à demi-mot la légèreté du législateur. Anticipant les objections des concepteurs de la réforme, Flourens en démontre l'inanité. Cette modification, destinée aux catholiques refusant le divorce, n'améliorera pas leur situation, dès lors que les cas de nullité ne sont pas de ceux que consacre le droit canon. Désireux d'attester de ce que le Conseil d'État tient l'Église et la religion à distance, Flourens ajoute immédiatement :

« Il importait de répondre, en un mot, à ces préoccupations, car on y a beaucoup insisté. Mais elles ne pouvaient peser sur les résolutions du Conseil d'État. Le Conseil d'État estime, en effet, qu'il faut, en matière de droit civil, rester fidèle aux principes de la Révolution et ne pas faire de législation confessionnelle. » Pour asseoir plus encore l'autorité de ce rejet, il invoque cette connaissance intime et génétique du code civil : « Ce serait un retour à la législation antérieure à la Révolution. [...] C'est en pleine connaissance de cause que les auteurs du code civil ont réduit les cas de nullité aux plus étroites limites et repoussé ce système qui, par une fiction barbare, faisait autrefois de l'épouse légitime une concubine et rejetait les enfants au rang de bâtards [...] la législation moderne n'en doit pas moins proscrire ces fictions surannées et demeurer respectueuse des faits accomplis et des situations acquises¹¹⁰. »

Cette écriture incisive et offensive emportera « absolument¹¹¹ » la conviction de la commission chargée d'examiner la proposition de loi. Le Conseil d'État aura eu ici raison de l'élan réformateur.

Les observations formulées au sujet des améliorations à apporter au régime de la séparation de corps ne bénéficient pas du même accueil parmi les sénateurs, comme le révèlent les propos d'Édouard Allou :

« Le Conseil d'État est à mon sens allé trop loin [...] la commission, Messieurs, ne partage en aucune façon son sentiment. [...] Le Conseil a été plus hardi que nous l'avions été nous-mêmes. [...] Il est incontestable, comme je le disais tout à l'heure, que c'est là une largesse dont la femme séparée de corps devrait être profondément reconnaissante si l'on pouvait accepter la théorie à laquelle a abouti le Conseil d'État. Mais, malgré la séduction et la tentation, la commission n'a pas fléchi¹¹². »

Le reproche de prodigalité envers les femmes, adressé au Conseil d'État, rappelle que le droit de la famille constitue un sujet politique de premier ordre. Sous la Troisième République, les partisans des droits des femmes conçoivent le

110 E. Flourens, *Rapport présenté sur un projet de loi ayant pour objet les nullités de mariage et certaines modifications au régime de la séparation de corps*, distribué le 9 mars 1886.

111 E. Allou, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 18 janvier 1887, p. 16.

112 E. Allou, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 18 janvier 1887, p. 16-17.

code civil comme le principal instrument de leur oppression ¹¹³. Convaincus que l'égalité civile forme le préalable de l'égalité politique, ils placent la rénovation du code Napoléon au cœur de leurs revendications. Sans aller jusqu'à promouvoir cette égalité des droits, la section de Législation fait montre d'une sensibilité remarquable à la condition féminine. Sans doute, la présence de Camille Sée en son sein a-t-elle pu inspirer cette considération pour les droits des femmes. Avant que de rejoindre la section de Législation en 1881, il est, en qualité de député, l'auteur d'une proposition de loi sur l'instruction publique secondaire des jeunes filles ¹¹⁴. Il portera en 1880 un second projet sur la capacité civile de la femme. Les recherches menées sur le féminisme sous la Troisième République ne manquent pas de souligner l'ambivalence de Camille Sée ¹¹⁵. S'il a ouvert les portes du lycée aux jeunes filles, il leur a réservé des programmes d'enseignement distincts et un examen différent du baccalauréat destiné aux seuls garçons. S'il a milité pour l'accroissement des droits civils des majeures célibataires et des veuves, il a souhaité préserver la puissance maritale en maintenant l'épouse sous tutelle. À l'image de Camille Sée, la section de Législation en 1886 n'apparaît sans doute pas comme féministe. Mais elle s'avère à tout le moins philogyne au point de contrarier le Sénat.

Dans son rapport, Émile Flourens souligne qu'il serait « *illogique et cruel* » de ne pas améliorer le sort réservé à l'épouse en cas de séparation de corps. Invité à examiner le maintien de la solidarité du nom dans cette hypothèse, il avance :

« qu'il n'y a pas à légiférer pour donner à la femme le droit de porter exclusivement un nom qui, seul, est et reste toujours le sien. Si l'usage lui a reconnu la faculté de prendre le nom de son mari [...] Ce sont là des prérogatives auxquelles la femme est libre de renoncer sans que le législateur ait à intervenir ».

Dès lors, si le législateur peut intervenir pour interdire à l'épouse de porter le nom de son mari ou au mari de joindre à son nom celui de sa conjointe, aucune disposition n'est nécessaire pour rendre à la femme l'usage de son nom de naissance. Plus encore, la question du recouvrement par la femme séparée du plein exercice de sa capacité civile, et notamment de la libre disposition de ses biens, donne lieu à réponse engagée voire provocatrice du Conseil d'État. Flourens soutient que :

« la femme jouit en France de la plénitude des droits civils. Sur ce point, elle est placée sur un pied d'égalité absolue avec l'homme. [...] Sur quels motifs repose donc l'obligation pour la femme mariée de se faire autoriser ? Est-elle présumée incapable

113 Voir notamment L. Klejman, F. Rochefort, « Le féminisme, une utopie républicaine 1860-1914 », https://www.senat.fr/colloques/colloque_femmes_pouvoir/colloque_femmes_pouvoir5.html ; L. Klejman, F. Rochefort, « Le féminisme sous la Troisième République », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 1985, p. 11 ; F. Rochefort, « L'égalité dans la différence : les paradoxes de la République, 1880-1940 », in *Serviteurs de l'État, op. cit.*, p. 11 ; E. Taieb, « Le politique et le domestique. L'argumentation d'Hubertine Auclert sous la Troisième République », *Mots. Les langages du politique*, 2005, p. 29-30.

114 Loi du 21 décembre 1880 sur l'enseignement secondaire des jeunes filles.

115 L. Klejman, F. Rochefort, *L'Égalité en marche. Le féminisme sous la Troisième République*, Paris, Presses de Sciences Po, 1989, p. 57-59.

de gérer sa fortune? Évidemment non. Qu'elle devienne veuve, qu'elle obtienne le divorce, elle reprendra immédiatement le plein exercice de ses droits.

S'il concède que l'autorisation maritale avant l'aliénation d'un bien puise sa justification dans la « *nécessité d'assurer l'unité de direction dans cette société de deux personnes qui se forme par le mariage* », cette approbation préalable perd sa raison d'être en cas de séparation. Aux auteurs de la proposition de loi qui entendait substituer l'autorisation maritale à une tutelle de la justice, Flourens oppose cette réponse cinglante :

« Si l'on affirme ne pas contester l'égalité de la femme et l'homme au point de vue de la jouissance et de l'exercice des droits civils, on est obligé de reconnaître que tous les arguments présentés pour priver, pendant la durée de la séparation de corps, la femme de l'exercice de ses droits, pourraient, à aussi bon droit, être invoqués pour mettre également le mari, pendant la même période, sous la tutelle de la justice. [...] Pas plus pour la mère que pour le père, il n'est admissible que le législateur dépouille de la libre disposition de ses biens une personne capable ¹¹⁶. »

C'est bien ce plaidoyer en faveur de la condition féminine qui déroutera certains sénateurs. À l'encontre du Conseil d'État, Édouard Allou défendra la prééminence et le contrôle du mari, soutiendra que la femme s'absorbe dans son époux, au point de disparaître derrière son nom. Mais, en 1890, la Chambre des députés sera finalement sensible à ce réquisitoire. Lorsque le texte reviendra au Sénat en 1893, celui-ci se ralliera aux deux propositions votées par l'Assemblée générale ¹¹⁷, témoignant ainsi de ce que le Conseil d'État devance ou incarne les évolutions sociétales de la Troisième République.

116 E. Flourens, *Rapport présenté sur un projet de loi ayant pour objet les nullités de mariage et certaines modifications au régime de la séparation de corps*, distribué le 9 mars 1886, p. 11-20.

117 Voir D. 1893.4.41 et s.

Le soutènement des politiques de la Troisième République

« *Le Conseil d'État est une institution essentiellement nationale qui répond à des desseins profonds et permanents. C'est précisément pour cela qu'après avoir bien servi la France quand elle était monarchique, il continue de la bien servir quand elle est en République* ¹¹⁸ ».

Au commencement de la Troisième République, Léon Aucoc initie une rhétorique légitimatrice qui sera rapidement relayée par Laferrière. Louant le concours apporté par le Conseil d'État « *sous les régimes les plus divers, sous la monarchie constitutionnelle, sous l'Empire, sous la République de 1848* », il suggère les bénéfices qu'il y aurait à associer encore à la conception des lois une institution qui se place « *souvent* » d'un point de vue « *différent de celui qui préoccupe le plus les législateurs* ¹¹⁹ ». Mais, c'est en réalité parce que le Conseil d'État ne fait pas seulement œuvre de légistique, parce qu'il fait corps avec le nouveau régime, en promouvant ses valeurs et en permettant leur traduction juridique, qu'il laissera sa marque sur la législation de la Troisième République. Rapidement, le Conseil d'État, en tant qu'organe législatif, reflète même si fidèlement le nouveau régime qu'il en subit toutes les vicissitudes.

L'auxiliaire des valeurs républicaines

La participation du Conseil d'État à la conception de la loi sous la Troisième République a inspiré des intuitions opposées. Certains évoquent « *le rendez-vous manqué de la République* ¹²⁰ ». D'autres soutiennent à l'inverse que, l'histoire du Conseil d'État se confondant à l'époque avec celle des questions religieuses, il a naturellement participé aux travaux législatifs « *dans ce domaine comme en d'autres* ¹²¹ ». L'exploration des archives invite à nuancer ces opinions tranchées. Si le Conseil d'État n'a pas pesé frontalement sur la confection des grandes lois républicaines, sa fonction consultative lui a malgré tout procuré le moyen de s'y associer indirectement. En travaillant sur des textes accessoires, subséquents ou préparatoires de cette législation symbolique du nouveau régime, notamment les lois scolaires ou relatives à la liberté d'association, les membres du Conseil d'État ont pu affirmer leur adhérence aux idéaux républicains.

118 E. Laferrière, cité par R. Vanneuville, « Le Conseil d'État au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », préc., p. 97.

119 L. Aucoc, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel; étude historique et bibliographique*, Paris, Imprimerie nationale, 1876, p. 161-162.

120 L.-A. Bouvier, *Le Conseil d'État et la confection des lois*, op. cit., p. 27.

121 B. Basdevant-Gaudemet, « Le Conseil d'État et les questions religieuses au XIX^e siècle », in *Deuxième Centenaire du Conseil d'État*, RA 2001, t. 1, p. 272.

Le chantre des lois scolaires

« De l'école de demain sortira la France de demain, à notre France républicaine, l'école laïque peut seule préparer une démocratie toujours plus éclairée ¹²² ».

Soucieuse de sa conservation, la République des républicains livre autour de l'École l'une de ses premières batailles. Le Conseil d'État demeure largement à l'écart de ces lois qui distraient l'enseignement de l'Église et fondent l'École laïque, gratuite et obligatoire ¹²³. Les mesures financières qui accompagnent la fondation de l'École républicaine lui offrent toutefois une association inattendue, pour ne pas dire accidentelle. Le 10 mars 1884, la Chambre des députés examinant la réforme de l'instruction primaire accepte, à la demande du Gouvernement, d'ajourner la discussion des dispositions budgétaires. Le ministre de l'Instruction publique Armand Fallières ne dissimule pas en effet sa crainte que l'État ne dispose pas des ressources suffisantes pour parer immédiatement aux dépenses nouvelles engendrées par le traitement des hussards noirs ¹²⁴. Lorsque la question pécuniaire resurgit en 1886, le ministre songeant « qu'il n'était pas mauvais de faire appel aux lumières d'un corps qu'on dit parfois n'être pas assez consulté », soumit son projet au Conseil d'État ¹²⁵.

Le soin apporté au Conseil d'État dans l'élaboration du texte sur les dépenses ordinaires de l'instruction publique et sur les traitements du personnel de ce service sera loué devant la Chambre des députés et emportera une fois encore l'adhésion. Le Conseil d'État y manifeste de nouveau son engagement envers la condition des femmes en promouvant avec une hardiesse certaine pour l'époque ¹²⁶ l'égalité salariale. L'accès des jeunes filles à l'instruction suppose que l'État éducateur rémunère un personnel féminin (institutrices, inspectrices). Et, dans son rapport présenté au nom des sections réunies de l'Intérieur, de l'Instruction publique et des Finances, Pierre Marquès di Braga explique que « l'assimilation du personnel

122 E. Jacquin, Préface in E. Petit, *L'École de demain*, Paris, Librairie d'école nationale, A. Picard et Kaan, 1902, p. VII-VIII.

123 Sur les lois fondatrices de l'École sous la Troisième République, voir loi du 9 août 1879 sur l'établissement des écoles normales primaires, loi du 27 février 1880 relative au Conseil supérieur de l'instruction publique et aux conseils académiques, loi du 18 mars 1880 relative à la liberté de l'enseignement supérieur, loi du 21 décembre 1880 sur l'enseignement secondaire des jeunes filles, loi du 16 juin 1881 établissant la gratuité absolue de l'enseignement primaire dans les écoles publiques, loi du 16 juin 1881 relative aux titres de capacité de l'enseignement primaire, loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire.

124 « Ai-je besoin de dire combien la cause des instituteurs rencontre de sympathies dans le Gouvernement aussi bien que dans la Chambre? [...] Si dans les ressources du budget nous ne trouvons pas les éléments suffisants pour faire face à cette dépense, il faut envisager la nécessité de créer des ressources nouvelles. [...] Voilà le motif qui nous a déterminés à vous demander l'ajournement de l'examen de la partie financière du projet en discussion. » A. Fallières, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Chambre des députés, 10 mars 1884, p. 698.

125 A. Fallières, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 3 juin 1889, p. 644.

126 F. Rochefort, « L'égalité dans la différence : les paradoxes de la République, 1880-1940 », préc., p. 191.

*féminin au personnel masculin, quant aux classes et aux traitements, a paru dictée non seulement par l'équité mais encore par des considérations de haute convenance*¹²⁷ ».

Le rapport retient plus encore l'attention par la célébration des lois scolaires dont il est porteur. Saisissant la chance offerte par la préparation d'un texte financier, le Conseil d'État manifeste son soutien institutionnel à la création d'un service de l'Éducation nationale légitimant l'État républicain¹²⁸. L'adhésion au projet n'est donc pas seulement le fait de membres isolés du Conseil d'État, à l'exemple d'Étienne Jacquin présidant la Ligue de l'enseignement entre 1898 et 1902. L'institution entend afficher, dans le rapport qui accompagne le projet de loi, une parfaite communion de vues :

*« Les lois sur l'instruction gratuite et obligatoire, la loi actuellement en délibération au sein du Parlement, font, sans contestation possible, de l'enseignement public un service d'État. A l'enseignement primaire service d'État doit correspondre un corps de fonctionnaires rémunérés par l'État, ayant sa hiérarchie, ses cadres, ses tarifs de traitement, ses règles d'avancement [...] Sur la nécessité même de la loi et sur le principe d'un corps de fonctionnaires d'État, un accord énergique et unanime s'est établi dès le début entre le Gouvernement et les sections réunies de l'Intérieur, de l'Instruction publique etc. et des Finances. L'accord établi sur les bases fondamentales du projet ne pouvait que se maintenir sur les mesures d'application. Le projet soumis au Conseil est le fruit de cette collaboration qui est, sans réserve, tout au moins sur des points ayant quelque importance*¹²⁹. »

L'exploration des archives du Conseil d'État dévoile que celui-ci affiche à l'époque son adhésion à une laïcité de combat dès qu'une occasion lui est procurée par son office de conseiller législatif. En 1899, le rapport d'Étienne Jacquin sur le projet de loi relatif aux associations vilipende les congrégations qui revendiquent *« les droits de l'Église en matière d'enseignement pour lequel celle-ci aurait reçu une mission surnaturelle »* alors que, en méconnaissance des *« principes de la société moderne et de l'esprit de raison et de tolérance que nous a légué la Révolution »*, elles ne *« sont pas de nature à former des citoyens au jugement libre dans une République libre »*. Afin d'atténuer sans doute le ralliement à des idéaux considérés comme indissociables de la Troisième République, Jacquin ressuscite et se réfugie derrière les paroles de Gustave Rouland, ministre de l'Instruction publique sous le Second Empire :

« Je ne vois pas sans inquiétude ces ordres posséder de nombreux établissements d'instruction, non que je nie leur bonne direction morale ou religieuse, mais je crains que l'instruction qu'ils donnent au point de vue social et politique ne perpétue chez

127 P. Marques Di Braga, *Rapport présenté au Conseil d'État sur le projet de loi sur les dépenses ordinaires de l'Instruction publique et sur les traitements du personnel de ce service*, Collection des Imprimés, 1886, n° 553, p. 14.

128 Voir sur ce point la thèse de H. Orizet, *Le Service public de l'Éducation nationale sous la Troisième République*, Paris, LGDJ, BDF, t. 319, 2021.

129 *Ibid.*, p. 12-13.

*nos enfants les dissentiments et les antagonismes dont nous souffrons tant aujourd'hui et qu'il faudrait effacer dans l'intérêt de l'avenir*¹³⁰. »

Entre 1879 et 1899, l'écriture de la loi par le Conseil d'État n'est donc pas seulement animée par des titres de compétence qu'il aurait reçus en héritage. Capable de contourner sa mise à l'écart en transformant des textes accessoires en profession de foi républicaine, il ancre sa fonction consultative dans le présent et contribue grâce à elle à l'implantation du nouveau régime.

Le héraut de la liberté d'association

*« Sommes-nous, un siècle après la Révolution, trente ans après la proclamation de la République, tellement peu épris de la liberté que nous ne sachions la respecter chez les autres et nous en accommoder ? En sommes-nous tellement amoureux que nous tenions à la garder pour nous seuls*¹³¹ ? »

Même dans sa fonction consultative, le Conseil d'État n'apparaît pas étranger à la progression des libertés publiques qui marque la Troisième République. Le dépouillement des archives dévoile notamment son implication remarquable dans la confection du texte sur la liberté d'association qui allait devenir l'une des « grandes lois », voire le couronnement de l'action législative de la Troisième République¹³². Le Conseil d'État est sollicité si tardivement que l'on ne peut douter de la volonté originelle du gouvernement et des parlementaires de poser les jalons législatifs de cette liberté collective sans son concours. La prolifération des projets et propositions de loi – une quinzaine entre 1870 et 1900 –, leur enlèvement ont tardivement nourri l'espoir que les compétences législatives du Conseil d'État apportent un remède à l'échec persistant de l'action législative. Le 25 novembre 1898, le ministre de l'Intérieur Charles Dupuy déclare à la Chambre des députés sa volonté de lui soumettre le projet de loi¹³³. Achevée en juin 1899¹³⁴, la version du Conseil d'État sera finalement écartée par le nouveau ministre de l'Intérieur, Pierre Waldeck-Rousseau préférant y substituer un autre texte.

Les détracteurs de la fonction législative du Conseil d'État sous la Troisième République, ou même les simples sceptiques, pourront voir ici une confirmation de son impuissance, de l'inanité de ses rares participations à l'œuvre législative. Une comparaison entre le texte gouvernemental soumis aux assemblées et le projet élaboré par le Conseil d'État atteste toutefois d'une parenté très étroite.

130 E. Jacquin, Rapport sur un projet de loi relatif aux associations, Collection des imprimés, n° 1192, p. 22.

131 E. Jacquin, Rapport sur le projet de loi relatif aux associations, Collection des imprimés, 1899, p. 25.

132 Voir notamment J.-F. Merlet, *Une grande loi de la Troisième République : la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris, LGDJ, BDP, t. 217, 2001, p. 1-2.

133 C. Dupuy, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Chambre des députés, 25 novembre 1898, p. 2268.

134 Le projet est délibéré et adopté par le Conseil d'État dans ses séances des 29, 30, 31 mai et 4 juin 1899.

Les amendements parlementaires, bien plus que la résolution de Waldeck-Rousseau, ont creusé les différences avec les propositions du Palais-Royal et amoindri le libéralisme¹³⁵. Nous voudrions donc restituer ici la richesse du labeur réalisé qui, loin de sembler vain, apparaît comme l'un des fleurons de la fonction consultative entre 1879 et 1899. Pas moins d'une dizaine de séances, rassemblant pendant plus de trente heures les membres des sections réunies de l'Intérieur et de la Législation, y sera dédiée.

Les sections de l'Intérieur et de la Législation réalisent à cette occasion un véritable travail de ciseleur qui démontre que la participation du Conseil d'État à l'œuvre législative ne se réduit pas, sous la Troisième République, à réviser un projet de texte ou même à rédiger un contre-projet. Investis d'une mission dont ils mesurent la sensibilité et la complexité¹³⁶, leurs membres se livrent, comme souvent d'ailleurs, à « *une série d'études sur les législations étrangères* ». Les études sur l'Italie (Paul Grunebaum-Ballin), l'Angleterre (Jean Clos), la Suisse (Edmond Hannotin), l'Allemagne (Georges Cahen), la Belgique (Peschaud), les Pays-Bas (Théodore Tissier), les États-Unis (Barthou), et le rapport spécial rédigé par René Worms sur les congrégations sont regroupés dans un ouvrage de plus de deux cents pages¹³⁷ destiné aux chambres. Aucoc assurera même sa diffusion au sein de l'Académie des sciences morales et politiques¹³⁸.

Ces travaux préparatoires reçoivent pour prolongement classique un rapport d'une cinquantaine de pages sur le projet de loi lui-même rédigé par Étienne Jacquin. Consciente de ce que les tentatives législatives précédentes achoppent à la question des congrégations, l'Assemblée du Conseil d'État endosse dans ce rapport, à rebours de la hardiesse dont elle fait parfois preuve, une posture arbitrale. Elle examine successivement la thèse d'une loi unique et celle de l'établissement, à côté d'un régime associatif de droit commun, d'un droit dérogatoire et discriminant à l'égard des congrégations. La lecture des procès-verbaux enseigne que

135 Comp. le projet de Waldeck-Rousseau avec le texte de la loi du 1^{er} juillet 1901 in J.-F. Merlet, *Une grande loi de la Troisième République : la loi du 1^{er} juillet 1901*, annexe 1.

136 « *M. le vice-président du Conseil d'État informe les sections que dès l'arrivée du projet du Gouvernement au Conseil d'État et en raison de l'importance de la loi qu'il s'agit de préparer, il a chargé quelques-uns de MM. les maîtres des requêtes et auditeurs de faire des études sur la législation étrangère sur les associations et les critiques qu'elle soulève dans les pays où elle est appliquée.* » Procès-verbaux des sections réunies de l'Intérieur et de la Législation, 25 mars 1899, p. 75.

137 Conseil d'État, *Série d'études sur les législations étrangères*, Paris, Imprimerie nationale, 1899, 228 pages.

138 « *M. le vice-président du Conseil d'État a fixé le programme des études à faire et l'a partagé entre les membres du Conseil qui s'y trouvaient particulièrement préparés. Les collaborateurs ont dû exposer l'histoire résumée et les caractères généraux de la législation du pays qui leur était attribué, les conditions relatives à l'existence légale des associations, à leur personnalité juridique, les effets de la législation et les critiques qu'elle soulève de la part de ceux auxquels elle est appliquée. [...] C'est ce qui a été fait dans le volume que j'ai l'honneur d'offrir à l'Académie et cela lui donne une véritable valeur.* » L. Aucoc, *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, p. 359-360.

les discussions sont complexes et les membres tiraillés¹³⁹. Si le souci de fidélité à la volonté gouvernementale l'emporte, le rapport se défend de toute inféodation :

« le gouvernement conviait le Conseil d'État à l'étude d'une loi unique. Invité à accomplir cette œuvre, le Conseil d'État devait la tenter malgré ses difficultés, bien résolu à y renoncer en cette forme du moins si était apparue l'impossibilité de faire entrer les congrégations dans la loi générale tout en assurant à l'État laïque les garanties nécessaires¹⁴⁰ ». L'uniformité du régime rend le projet plus libéral, attisant par là même la satisfaction du Conseil d'État : « le projet fait disparaître toutes les restrictions à la faculté qu'ont naturellement les hommes de se réunir¹⁴¹. »

Si l'oscillation entre libéralisme et protection de la République marque la fin du XIX^e siècle, le Conseil d'État, dans sa fonction consultative, conçoit la progression des libertés publiques comme un moyen d'ancrage du nouveau régime. Parce que l'institution perçoit l'association comme *« l'arme de tous les progrès, l'instrument des nations libres et civilisées¹⁴² »*, Jacquin souligne que *« la liberté, d'égalité et la bonne foi¹⁴³ »* forment le cœur du texte. Le système de l'autorisation préalable est refusé au profit de la déclaration en préfecture de la constitution de l'association et de la modification de ses statuts, rapprochant ainsi la liberté d'association de la liberté de la presse ou de la liberté de réunion. Occultant le sort à part réservé aux associations étrangères¹⁴⁴, Jacquin affirme encore que *« si la faculté de s'associer est un droit, on ne doit le refuser à personne*

139 *« M. Saisset-Schneider est d'avis que les congrégations religieuses ne peuvent être comprises dans le projet. Il faut les exclure du droit commun et régler leur fonctionnement par une loi spéciale. Les principes posés par le Concordat doivent être maintenus. Il demande aux sections de voter le projet du Gouvernement et de rejeter la proposition de M. le rapporteur. M. le rapporteur répond que le Gouvernement comprend les congrégations parmi les associations qui seront régies par la loi en discussion. M. de Villeneuve dit que si l'opinion du Gouvernement est que le droit commun est applicable aux congrégations il faut que le projet le dise plus nettement. M. Massier répond que, dans l'esprit du Gouvernement, le projet doit s'appliquer à toutes les associations. M. le rapporteur, sur invitation de M. le président, donne lecture de la note jointe à la lettre d'envoi du projet, note dans laquelle il est dit que les congrégations religieuses doivent être traitées de la même façon que toutes les associations. M. Cazelles partage l'opinion de M. Saisset-Schneider. Il est d'avis qu'il faut faire deux lois : une pour les congrégations et une pour les associations ordinaires. M. le président Dislère, tout en étant du même avis que M. Cazelles, croit que, pour simplifier le travail, il faut d'abord discuter le projet de loi de M. le rapporteur. M. le vice-président est d'avis d'appliquer le droit commun à toutes les associations. M. le président Tébreaux et M. Fernand Faure disent qu'il ne faut qu'une législation de droit commun. Après une réplique de M. Saisset-Schneider, l'unité du projet, mise aux voix, est adoptée. »* Procès-verbaux des sections réunies de l'Intérieur et de la Législation, 17 avril 1899, p. 87.

140 E. Jacquin, Rapport sur le projet de loi relatif aux associations, préc., p. 26.

141 *Ibid.*, p. 43.

142 *Ibid.*, p. 26.

143 *Ibid.*, p. 43.

144 Voir art. 5 du projet du Conseil d'État : *« Un décret d'autorisation rendu en Conseil d'État et publié au Journal officiel est nécessaire pour assurer l'existence légale aux unions et associations affiliées à d'autres associations ayant leur siège à l'étranger, à celles qui relèvent de chefs de nationalité étrangère ou résident à l'étranger, et à celles qui sont composées en majorité d'étrangers... »*

*lorsqu'il s'exerce en conformité des lois*¹⁴⁵ ». Soucieux d'attester que ce texte, qu'il auréole de libéralisme, ne compromet pas la pérennité des jeunes institutions, Jacquin concède qu'il comporte les limites nécessaires, celles qu'imposent les intérêts sociaux, économiques ou les libertés¹⁴⁶. Le fait de porter atteinte « à la forme du Gouvernement de la République » figure d'ailleurs parmi les motifs exprès justifiant la dissolution judiciaire de l'association¹⁴⁷.

Sous la Troisième République, le Conseil d'État ne participe donc pas seulement à la consécration et à la consolidation des libertés publiques au moyen de sa fonction juridictionnelle. Loin d'apparaître, dans sa fonction consultative, comme un simple instrument de préservation de l'histoire, il s'affirme comme une institution dans son temps, non seulement parce qu'il promeut la démocratie libérale mais aussi parce qu'il subit l'instabilité et les dysfonctionnements de la Troisième République.

Le tributaire des vicissitudes de la Troisième République

*« Messieurs, je viens vous demander de repousser le renvoi au Conseil d'État comme vous le propose l'honorable M. Bernard Lavergne... Tout le monde ici sait que, lorsqu'une affaire est renvoyée au Conseil d'État, il n'y a pas de raison pour qu'elle en revienne jamais. [...] C'est ce que l'on appelle vulgairement un enterrement de première classe [...] il m'a suffi de signaler la sage lenteur que met le Conseil d'État à étudier les projets qui lui sont soumis pour que la majorité de la Chambre m'ait donné raison*¹⁴⁸. »

Les débats parlementaires offrent autant de témoignages de l'appui que des critiques qu'inspire la fonction consultative exercée par le Conseil d'État¹⁴⁹. Ils regorgent également de dialogues savoureux attestant de ce que chacun, partisan comme opposant de cette fonction, en reconnaît l'extrême lenteur : « *Messieurs, le Conseil d'État, j'ai eu l'honneur de le dire, n'a pas encore donné son avis ; M. Buffet :*

145 E. Jacquin, Rapport sur le projet de loi relatif aux associations, préc., p. 24.

146 *Ibid.*, p. 43.

147 Voir art. 15 du projet du Conseil d'État : « *Sont dissoutes par jugement du tribunal civil, à la requête du ministère public : 1° Toute union ou association déclarée dont les statuts ou le fonctionnement sont contraires aux lois, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, ou portent atteinte, soit à l'unité nationale, soit à la forme du Gouvernement de la République...* » Comparé avec l'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association : « *Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet.* »

148 Déclarations de M. Poulet in *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Chambre des députés, séance du 13 novembre 1883, p. 2326.

149 Sur la minutie et les lumières du Conseil d'État, voir par ex. les déclarations d'A. Fallières, Théophile Roussel in *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, séances du 3 juin 1889 (p. 644) et du 16 juin 1890 (p. 901)

*Depuis neuf ans?; Marcel Barthe : depuis neuf ans bientôt!; M. Buffet : alors renonçons-y*¹⁵⁰!»

L'apologie de cette lenteur a été péniblement tentée par Charles Benoist :

« *Quand ce sera lui qui aura préparé et rédigé les lois, il nous plaît d'espérer qu'elles cesseront d'être incohérentes et que toutes les bonnes volontés, dont nos deux chambres sont parées, ne se déploieront plus dans le vide, ni à contresens du bon sens. Elles auront enfin la direction qui leur manquait et peu à peu, à cette école, se fera leur éducation. Si même l'éducation des députés ne se faisait pas, les inconvénients en seraient bien amortis. D'abord la procédure serait beaucoup plus longue et ils légiféreraient moins. Les projets de loi étant mieux préparés, donneraient lieu à moins de joutes oratoires et à de moins bruyantes*¹⁵¹. »

Toutefois, le temps consacré à la révision ou à la rédaction de textes de loi est tel que l'évocation au sein des chambres d'une saisine du Conseil d'État est souvent perçue comme une menace ou un moyen habile de plonger une réforme dans l'oubli : « En réalité on ne peut pas accepter la proposition de l'honorable M. de Marcère, qui demande le renvoi au Conseil d'État, ce qui serait un enterrement ou, tout au moins, un ajournement indéfini¹⁵². »

Les ministres sont alors contraints d'assurer que « *le Gouvernement fera tous ses efforts pour que le Conseil d'État statue dans le plus bref délai possible, afin que la Chambre et le Sénat puissent se prononcer eux-mêmes sur une réforme désirable à tous égards*¹⁵³ ». Laferrière lui-même essaiera de repousser la dissuasion provoquée par ce temps de l'action consultative :

« *J'ajoute qu'elles [les sections] doivent s'y prêter avec toute la célérité que permet une étude attentive. Notre empressement à répondre aux questions que les assemblées ou le Gouvernement nous adressent est un de nos premiers devoirs et nous ne devons reculer devant aucun effort pour nous acquitter envers eux*¹⁵⁴. »

En dépit de ces assurances données, les membres du Conseil d'État demeureront largement impuissants à accélérer la temporalité de la fabrique de la loi entre 1879 et 1899. Car la torpeur législative apparaît moins comme la conséquence de défaillances internes au Conseil d'État que comme le reflet des dysfonctionnements de la Troisième République elle-même.

150 Voir au sujet du projet de loi concernant les trésoriers-payeurs généraux, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, séance du 10 juillet 1889, p. 901.

151 C. Benoist, *Sophismes politiques de ce temps – Étude critique sur les formes, les principes et les procédés de gouvernement*, op. cit., p. 251.

152 E. de Marcères, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 7 juillet 1887, p. 747-748. Voir encore la séance au Sénat du 9 juin 1883 où Batbie insiste pour que le vote de son texte, composé d'un article unique sur les enfants étrangers nés d'une mère française, ne soit pas ajourné jusqu'au projet du Conseil d'État sur la loi de naturalisation car la situation est « urgente » et requiert un vote à bref délai, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 9 juin 1883, p. 672.

153 Voir les déclarations de G. Lebreton au sujet de la proposition de loi sur le secret des actes signifiés par huissier, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 24 novembre 1898, p. 904.

154 Arch. CE, P. V. Ass. gén. 28 janvier 1886, p. 67 et s.

Les langueurs accidentelles du Conseil d'État

Le caractère souterrain, presque invisible pour les parlementaires, d'une part de l'association du Conseil d'État à la fonction législative alimente la croyance en son apathie. Seul l'examen des archives dévoile la richesse insoupçonnée de ses interventions qui dépassent la seule légistique. Tout d'abord, le Conseil d'État est souvent saisi par les ministres de pétitions sollicitant la modification de dispositions législatives. En janvier 1886, la section de Législation est ainsi invitée, par le garde des Sceaux, à se prononcer sur l'opportunité de modifications relatives aux articles du code civil régissant les honoraires des médecins. Camille Sée est alors chargé de rédiger un avis qui sera porté à l'ordre du jour de l'Assemblée générale¹⁵⁵. La délivrance d'une telle consultation suppose bien souvent de la part de la section de Législation un important travail préparatoire. Ainsi, l'avis sur l'opportunité de préparer un projet de loi sur la publicité à donner à la vente de fonds de commerce a supposé de prendre connaissance des « *délibérations des chambres de commerce* » comme des pétitions et projets de loi sur le sujet adressés par divers groupes de commerçants¹⁵⁶. En outre, le Conseil d'État est régulièrement sollicité afin d'interpréter des dispositions législatives d'ores et déjà en vigueur¹⁵⁷. Parfois, il est saisi d'une simple demande d'avis sur un texte de loi, comme cela semble avoir été le cas pour la loi sur le casier judiciaire et la réhabilitation de droit, la loi sur la révision des procès criminels et correctionnels et les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires¹⁵⁸ ou le projet de loi relatif au Conseil d'État, ce qui ne requiert alors pas nécessairement que le travail en section se double d'un examen en Assemblée. Dans cette hypothèse, la prise de position sur l'esprit général de la réforme se prolonge d'un avis particulier sur chacune des dispositions. Une version remaniée du projet, intégrant les modifications préalablement suggérées clôt l'œuvre consultative¹⁵⁹. Le Conseil d'État peut encore être mis à contribution pour rédiger *ex nihilo* un texte. L'on songe ici à la loi sur l'espionnage qui, selon Laferrière, « *a été faite tout entière par le Conseil d'État et a été adoptée par la chambre dans les termes même où il l'avait votée* »¹⁶⁰.

Les hypothèses de renvoi, qui supposent cette fois le labeur successif des sections et de l'Assemblée, demeurent les plus perceptibles pour les parlementaires,

155 Procès-verbal de la section de Législation, séance du 13 janvier 1886, p. 3.

156 Procès-verbal de la section de Législation, séance du 18 septembre 1885, p. 248.

157 Voir par ex. l'avis du Conseil d'État sur l'interprétation du premier paragraphe de l'article 14 de la loi du 11 juin 1880 sur les chemins de fer locaux et les tramways (collection des imprimés, 1883, n° 439).

158 Voir pour la loi sur le casier judiciaire et la réhabilitation de droit *D.* 1899.4.113, pour la loi sur la révision des procès criminels et correctionnels et les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires *D.* 1895.4.80 et Collection des imprimés, 1892, n° 853. Voir encore l'avis sur une proposition de loi tendant à la réduction du taux de l'intérêt légal, Collection des imprimés, 1899, n° 1184.

159 Voir, au sujet du projet de loi sur le Conseil d'État, l'avis adopté par le Conseil d'État dans ses séances des 20, 27 juillet et 3 août 1899, Collection des imprimés, 1899, n° 1188.

160 Voir les déclarations d'E. Laferrière à la Chambre des députés, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires, Chambre des députés*, 18 juin 1888, p. 1803.

contraints alors de patienter le plus souvent plusieurs années avant que le texte ne soit de nouveau déposé devant eux. Mais l'explorateur des archives est d'abord frappé par le soin apporté aux études préalables mobilisant l'histoire aussi bien que le droit comparé¹⁶¹. Il est ensuite fasciné par l'ampleur que le Conseil d'État donne à sa tâche, ce dernier se résignant fréquemment à la rédaction d'un contre-projet¹⁶². Le temps de la consultation peut encore être allongé par les « enquêtes » organisées en amont pour permettre au Conseil d'État de « former sa religion personnelle¹⁶³ ».

En 1898, le garde des Sceaux Georges Lebret propose par exemple de :

« disjointre de la proposition de loi le paragraphe relatif aux clercs assermentés et d'en renvoyer l'examen au Conseil d'État qui, dans une étude approfondie, en consultant les procureurs généraux, pourra certainement mettre sur pied un système que nous vous présenterons ensuite revêtu de la haute autorité sur laquelle il pourra s'appuyer¹⁶⁴ ».

Ces lenteurs orchestrées dissimulent très largement la contribution réelle du Conseil d'État à l'œuvre législative entre 1879 et 1899. Si les archives confirment que les demandes de changement de nom et de naturalisation inondent la section de Législation, elles attestent également que pas une semaine ne se passe sans qu'elle ne concoure, d'une manière ou d'une autre à la fonction législative.

Par exception, la lenteur imprégnant la fonction consultative cesse d'être volontaire pour devenir adventice. Les débats parlementaires révèlent ainsi qu'en 1890, le Sénat attend encore l'avis de la section des Finances relatif au projet de loi sur les trésoriers payeurs généraux. Saisi le 12 février 1881, le Conseil d'État a chargé Jean-Jules Clamageran de préparer un rapport le 24 mars. Lorsque ce dernier devint sénateur l'année suivante, personne ne songea à nommer un nouveau rapporteur. Ce dysfonctionnement rocambolesque plonge alors les sénateurs dans une profonde perplexité exprimée par Marcel Barthe :

« Mais il n'en est pas moins vrai qu'il est demeuré saisi de la question à résoudre. Il s'agit de savoir – car c'est là la seule question – si le mandat qui lui avait été ainsi donné le 12 février 1881 est caduc. Cette question est très importante ; il s'agit en effet des pouvoirs d'un corps constitué créé principalement pour concourir à la confection des lois. Pour savoir si le mandat qui a été donné au Conseil d'État est caduc, il faut évidemment consulter la loi. »

161 Voir pour un exemple non encore cité le travail réalisé par la section de Législation au sujet du projet de loi concernant l'autorisation et les conditions de publicité imposées aux sociétés d'assurances sur la vie délibéré et adopté par le Conseil d'État dans ses séances des 24, 25 février et 4 mars 1886, Collection des imprimés, n° 555, p. 16 et s.

162 Voir les exemples précédemment évoqués, notamment la loi sur le code rural du 23 juin 1898, la loi sur la nationalité, la loi sur la séparation de corps. Voir à l'inverse pour de simples adjonctions la loi sur la déchéance paternelle, S. 1890.4. 18.

163 « Conseil d'État », in L. Bequet, *Répertoire du droit administratif*, préc., p. 152.

164 G. Lebret, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires, Sénat, séance du 24 novembre 1898, p. 905.

Après lecture de l'article 8 de la loi du 24 mai 1872, il assure que :

« Dans cet article et dans aucun autre, il n'est pas dit un mot de la caducité du mandat conféré au Conseil d'État pour l'examen d'une proposition. Alors, pour l'examen de la question, nous devons recourir aux principes de droit les plus certains et les plus incontestables. Les déchéances ne se présument pas. Que vous demande-t-on ? On vous demande de déclarer que le mandat qui a été donné au Conseil d'État est caduc ; mais les déchéances ne se présument pas, elles doivent être expressément prévues par la loi, qui désignerait en même temps les personnes qui peuvent les demander et dans quelles conditions. Or la loi est muette sur tous ces points. De quoi s'agit-il ? Il s'agit tout simplement de savoir si un mandat ayant été donné au Conseil d'État pour examiner une proposition, la caducité peut de plein droit résulter du retard que le Conseil d'État a mis à donner son avis. [...] J'ajoute ou plutôt je répète qu'il ne s'agissait pas d'une proposition de loi à voter, mais bien d'une question de principe à résoudre. Quand le Conseil d'État est saisi de l'examen d'une proposition, il doit non seulement songer à l'autorité qui l'a lui a envoyée, que ce soit un ministre, le président de la République, la Chambre ou le Sénat, mais il doit se dire que son œuvre, qui est une œuvre d'instruction n'a pas une portée momentanée, mais qu'elle doit servir pour les assemblées subséquentes. Qui donc aurait été assez puissant pour retirer des mains du Conseil d'État l'examen de cette proposition ? On ne le dit pas. [...] Je crois donc qu'il est incontestable, tant au point du droit qu'au point de vue des faits, que le mandat donné au Conseil d'État, le 12 février 1881, par la Chambre des députés, est demeuré intact. Le Conseil d'État ne l'a pas rempli ; il en est encore saisi. Il ne nie pas qu'il ne soit de son devoir de le remplir¹⁶⁵. »

Par-delà cet exemple sans doute anecdotique, la célérité des travaux du Conseil d'État a pu être entravée par la mobilité de ses membres attachés à témoigner leur fidélité aux différents gouvernements républicains par « *une active participation à l'action politique et administrative, notamment par l'investissement des postes de directeur de ministère ou de chef de cabinet*¹⁶⁶ ». Si le rayonnement des membres du Conseil d'État par-delà l'institution contrarie parfois l'efficacité de leur participation législative, les tribulations des projets de loi apparaissent encore plus étroitement associées à celles qui affectent à l'époque le parlementarisme lui-même.

Les lenteurs consubstantielles au « parlementarisme absolu »

Quelle que soit l'attitude adoptée par le Conseil d'État face aux textes de loi, posture arbitrale ou adhésion manifeste aux idéaux républicains, l'institution subit entre 1879 et 1899 les soubresauts de la vie politique et parlementaire. En 1884, le garde des Sceaux Félix Martin-Feuillée offre un nouvel éclairage sur l'indolence présumée du Conseil d'État :

165 M. Barthe, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires, Sénat, séance du 16 juin 1890, p. 611-612.

166 R. Vanneville, « Le Conseil d'État au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », préc., p. 101.

« Je disais que la section de Législation s'est occupée de projets importants. Je ne peux les énumérer tous. [...] Beaucoup de ces projets de loi, qui ont été préparés par la section de Législation n'ont pas encore été discutés par les chambres parce qu'il faut bien le dire les discussions de la politique générale, les questions, les interpellations, ont pris beaucoup de temps ¹⁶⁷. »

À la même époque, l'instabilité ministérielle attisée par la « *conjonction des extrêmes* ¹⁶⁸ » conduit le sénateur Marcel Barthe à s'interroger sur ce qu'il advient des renvois au Conseil d'État en cas de changement de ministre ¹⁶⁹. Sans délier le Conseil d'État de son office légistique, ces changements incessants le compliquent assurément, ce dont témoignent les archives. En 1886 par exemple, Henri Chauchat rappelle que le ministre du Commerce Pierre Legrand a soumis au Conseil d'État un projet de loi tendant à organiser la surveillance du Gouvernement sur les sociétés d'assurance-vie. Deux mois plus tard, son successeur Édouard Lockroy retire ce projet et sollicite du Conseil d'État, sur le même sujet, la préparation d'un nouveau texte ¹⁷⁰. Lors même que les membres de l'exécutif demeurent inchangés, les archives révèlent que le Conseil d'État peut être saisi d'une demande d'ajournement de toute réflexion législative. Le rapport présenté par M. de Rouville sur le projet de loi relatif au relèvement des déchéances et incapacités résultant des décisions prises par les conseils de l'instruction publique en matière disciplinaire prouve qu'il n'est pas rare qu'un projet de réforme soit délaissé des années durant avant d'être ravivé :

« *Le Conseil d'État a été appelé, au mois de juillet 1892, à se prononcer sur une demande d'avis relative à l'application du droit de grâce en matière disciplinaire. La question lui avait été soumise en 1887 par le ministre de l'Instruction publique. [...] Au moment où le Conseil d'État se préparait à discuter le rapport présenté par l'un de ses membres, le Gouvernement s'entend avec la section de l'Intérieur pour ajourner tout débat. Sur le désir exprimé par le ministre de l'Instruction publique, la question de l'exercice du droit de grâce a été soumise de nouveau aux délibérations du Conseil d'État* ¹⁷¹. »

Enfin, la priorité donnée à certaines réformes par les ministres eux-mêmes éclaire l'enlisement de certaines consultations. L'avis au sujet de la réorganisation du Conseil d'État tarde ainsi à être rendu, l'institution étant entièrement

167 F. Martin-Feuillée, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires, Assemblée nationale, séance du 6 décembre 1884, p. 2641.

168 J.-M. Mayeur, *La Vie politique sous la Troisième République 1870-1940*, Paris, Le Seuil, coll. « Points », 1984, p. 115.

169 M. Barthe, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires, Sénat, séance du 16 juin 1890, p. 612.

170 H. Chauchat, Rapport sur le projet de loi concernant l'autorisation et les conditions de publicité imposées aux sociétés d'assurances sur la vie, Collection des imprimés, 1886, n° 555.

171 G. de Rouville, Rapport sur un projet de loi sur le relèvement des déchéances et incapacités résultant des décisions prises par les conseils de l'instruction publique en matière disciplinaire, collection des imprimés, 1892, n° 885.

absorbée par l'élaboration de la loi sur les associations¹⁷². Le fonctionnement du régime, bien davantage que le Conseil d'État, apparaît donc comme la cause du ralentissement de la fabrique de la loi¹⁷³.

Le temps législatif est encore étiré par cette inclination des parlementaires à placer la conception de la loi en dehors du politique. À rebours de la souveraineté qu'il affiche, le Parlement offre une résonance à la « *théorie de la compétence*¹⁷⁴ » et orchestre sa propre déliquescence. Le renvoi au Conseil d'État s'enrichit bien souvent de la consultation de commissions spécialisées ou conseils supérieurs, « *ces parlements bis de la République qui s'épanouissent à l'époque*¹⁷⁵ ». Ainsi la préparation de la loi sur la déchéance de la puissance paternelle requiert-elle, en plus de la participation du Conseil d'État, celle du Conseil supérieur de l'assistance publique¹⁷⁶. L'élaboration du code rural a également associé le comité des épizooties, tandis que le texte sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels a nécessité la collaboration de la Commission supérieure des arts et manufactures¹⁷⁷. Le Conseil d'État s'efforce d'endiguer cette concurrence dans la fabrique de la loi. Il étend d'abord son influence sur le travail législatif en rejoignant ces commissions :

« On peut dire en thèse générale qu'en ce qui concerne la préparation des lois, il y a eu depuis 1873 deux Conseils d'État : un Conseil d'État permanent, qui portait officiellement ce nom et qui siégeait au Palais-Royal; un Conseil d'État flottant, Conseil d'État sinon de titre, du moins de fait, dont les sections mobiles étaient formées par

172 Voir l'aveu de G. Lebreton, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires, Sénat, séance du 16 mai 1899, p. 435-436.

173 Voir par ex. J.-M. Mayeur, *La Vie politique sous la Troisième République 1870-1940*, op. cit., p. 108 : « *Les grandes lois républicaines, sur l'école, les syndicats, les communes, furent votées au total avec une relative rapidité. Là où un consensus existait au sein du "parti républicain", les choses allèrent vite. Ensuite, le système se dérégla et les possibilités de blocage qu'il offrait jouèrent à plein. Les gouvernements n'avaient ni l'énergie, ni les moyens de faire adopter leurs projets. Mais la raison profonde de cet immobilisme est que les républicains avaient réalisé les réformes sur lesquelles ils étaient en accord, celles qui visaient à fonder une société libérale et sécularisée.* »

174 Voir par ex. H. Chardon, *L'Organisation d'une démocratie. Les deux forces. Le nombre, l'élite*, Paris, Perrin, 1921, p. 12-13.

175 R. Vanneville, « Le Conseil d'État au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », préc., p. 107.

176 Voir en ce sens les déclarations de Théophile Roussel, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires, Sénat, séance du 10 juillet 1889, p. 901.

177 Voir sur le premier texte les débats parlementaires au Sénat lors des séances du 21 novembre 1889, *Journal officiel de la République française*, p. 1090. Sur le second texte, voir *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires, Sénat, séance du 28 novembre 1889, p. 1141 : « *L'honorable M. Ferry vous dit : Comment! c'est le Conseil d'État qui va déterminer ces exceptions? Est-ce que le Conseil d'État a une compétence suffisante? Quel sera le sort d'un maître des requêtes qui sera chargé de se prononcer sur les questions si diverses qui lui seront soumises, alors qu'il lui est impossible de les connaître toutes? L'honorable M. Ferry me permettra de lui dire que le Conseil d'État ne se prononce que lorsque les autorités spéciales, dont la compétence en ces matières est complète, ont été consultées. Le travail qui vous est soumis en ce moment n'émane pas des bureaux de l'administration : il émane de la Commission supérieure des arts et manufactures, qui n'est pas composée de conseillers d'État, d'écrivains ou de simples moralistes, mais qui est composée d'hommes appartenant à toutes les industries.* »

*les diverses commissions que tel ou tel ministre constituait auprès de lui pour l'étude de telle ou telle question*¹⁷⁸. »

Le Conseil d'État essaie ensuite d'attirer en son sein les expertises. Désireux que la réforme du code de procédure civile soit confiée aux membres du Conseil, son vice-président Faustin Hélie assure que toutes les personnes qui pourraient être appelées dans une commission extraparlamentaire à raison de leurs connaissances spéciales, notamment les professeurs, pourraient également être, en vertu de l'article 14 de la loi du 24 mai 1872, invitées au sein du Conseil d'État et prendre une part active à ses délibérations¹⁷⁹. Le Conseil d'État se défend enfin avec virulence lorsque la concurrence des comités semble prendre un tour déloyal. Au cours de la séance du 5 mai 1886, Camille Sée s'émeut de la navette que le ministre du Commerce essaie d'instaurer entre la section de Législation et le comité consultatif d'hygiène publique au sujet du projet de loi relatif aux honoraires des médecins. Il présente la demande d'une seconde délibération comme « *contraire à toutes les règles* ». Le 12 mai, la section de Législation rédige officiellement une note déplorant que le rapport produit par le comité consultatif d'hygiène publique « *emprunte dans sa rédaction le texte même du projet d'avis préparé* » par le Conseil d'État et rappelle solennellement à l'administration la confidentialité de ces travaux préparatoires¹⁸⁰.

Les lenteurs dont on accuse le Conseil d'État et la concurrence que l'on entretient n'affaiblissent pas sa fonction consultative. Bien que discret et mal connu, le concours du Conseil d'État à la fabrique de la loi entre 1879 et 1899 contribue à asseoir la légitimité et la pérennité de l'institution. C'est par exemple la section de Législation, qualifiée par les députés de « *manifestation la plus nécessaire et la plus haute de son activité* », qui provoque l'échec de la proposition de loi du 30 mai 1891 destinée à réduire le contentieux administratif en augmentant la compétence des tribunaux judiciaires¹⁸¹. Au Sénat, c'est Louis Martin qui, en 1923, militera pour l'extension des renvois au Conseil d'État par le discours suivant :

« Je ne voudrais faire de la peine à personne, et je ne suis monté à cette tribune pour blesser qui que ce soit, mais lorsque l'on voit la façon dont certaines lois sont rédigées, combien elles heurtent souvent l'esprit général de notre législation, combien les termes employés sont impropres à traduire la pensée qu'ils devraient exprimer, on se demande s'il n'y aurait pas lieu de revenir au système ancien, en retenant pour nous, sans doute, de la façon la plus nette et la plus entière l'intégralité de notre pouvoir législatif, mais en collaborant en même temps avec ceux qui vivent dans l'étude permanente de la loi, et à l'indépendance et aux lumières desquels on a toujours rendu justice. La coopération du Conseil d'État avec le pouvoir parlementaire nous donnera des lois claires et simples. C'est ce caractère de simplicité et de clarté qui

178 J.-J. Weiss, « La fin d'une institution. La loi et les décrets sur le Conseil d'État », cité in *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, p. 569.

179 Voir la lettre de Faustin Hélie adressée au garde des Sceaux le 6 juillet 1883 et reproduite in *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, p. 621.

180 Procès-verbal de la section de Législation, séance du 12 mai 1886.

181 L.-A. Bouvier, *Le Conseil d'État et la confection des lois*, op. cit., p. 34.

manque souvent à notre législation. Il sera assuré à l'avenir si l'on veut bien faire appel à cette collaboration éclairée ¹⁸². »

Sans doute, la revivification de la fonction consultative du Conseil d'État en 1958 doit-elle beaucoup à son passé glorieux scellé au plafond de la salle de l'Assemblée générale. Mais les contributions continues, raffinées, audacieuses du Conseil d'État sous la Troisième République, illustrées ici à partir de l'étude des seules années 1879-1899, auraient aussi bien pu convaincre de sa nécessité si elles avaient été mieux connues.

182 L. Martin, *Journal officiel de la République française*. Débats parlementaires. Sénat, 23 janvier 1923, p. 106.

La République et les groupements privés d'intérêt général entre 1870 et 1914 : une enquête dans les archives du Conseil d'État

Chloé GABORIAUX

Avec les lois du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels, du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels et du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, la Troisième République rompt avec une longue période de réticence à l'égard des groupements non lucratifs. Si l'on en croit Pierre Rosanvallon, la rupture n'est cependant pas complète. Sous l'expression de « jacobinisme amendé », il décrit un modèle politique où le pouvoir central conserve le monopole de l'intérêt général et où la société civile ne peut être en ce domaine que l'auxiliaire de l'État¹. Le maintien de la procédure de reconnaissance d'utilité publique des associations et fondations semble lui donner raison. D'un côté, la petite personnalité est accordée à toutes les associations déclarées ; de l'autre, celles qui voudraient bénéficier de la grande personnalité – et notamment être autorisées à recevoir dons et legs – doivent être reconnues d'utilité publique par le Gouvernement, le Conseil d'État entendu². Les activités au service du public restent ainsi sous le contrôle de l'État, y compris lorsqu'elles sont assumées par des acteurs privés.

Pour mieux comprendre le rôle que revêt la procédure dans l'esprit et les pratiques de ses artisans, nous avons enquêté dans les archives du Conseil d'État, en dépouillant plus de mille dossiers de demandes de reconnaissance comme établissement d'utilité publique d'associations et de fondations transmis par le Gouvernement à la Haute Assemblée³. Ces derniers permettent de mieux

1 Pierre Rosanvallon, *Le Modèle politique français : la société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 2004, p. 245 et suivantes.

2 Articles 6, 10 et 11 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

3 Les résultats que nous présentons ici sont tirés de : Chloé Gaboriaux, *Gardien de l'intérêt général? Le Conseil d'État et l'utilité publique des associations (1870-1914)*, Habilitation à diriger des recherches en science politique, Paris, Sciences Po Paris, vol. 2. Certains aspects de cette recherche sont plus particulièrement développés dans Chloé Gaboriaux, « Une construction sociale de l'utilité publique : associations et fondations devant le Conseil d'État (1870-1914) », *Genèses*, n° 109, décembre 2017, p. 57-78 ; Chloé Gaboriaux, « L'utilité publique des associations ouvrières au début de la Troisième République : une reconnaissance impossible? », dans Carole Christen, Caroline Fayolle et Samuel Hayat (dir.), *S'unir, travailler, résister : les associations ouvrières au XIX^e siècle*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2021, p. 201-218 ; Chloé Gaboriaux, « Chapitre 2. L'utilité publique contre l'intérêt général? La République et les associations autour de 1901 », dans Chloé Gaboriaux et Martine Kaluszynski (dir.), *Au nom de l'intérêt général*, Berne, Peter Lang, 2022, p. 51-71.

comprendre la façon dont ses membres jugent de la contribution d'une œuvre à l'intérêt général. Il est ainsi possible de rendre compte des pratiques juridico-administratives du moment et de la façon dont elles ont progressivement informé une doctrine française des relations État/groupements privés d'intérêt général. Comme on le verra, l'expression de « jacobinisme amendé » ne rend pas complètement justice à cette doctrine, ne serait-ce que parce qu'elle ne relève pas d'un courant de pensée nettement identifiable ni du volontarisme de telle ou telle famille politique : elle se construit au fil des décisions, au gré des discussions auxquelles prennent part des hommes aux positions politiques divergentes.

Dans un premier temps, nous reviendrons sur les origines anciennes de la procédure et plus généralement du dispositif juridico-administratif qui encadre les groupements privés non lucratifs au début de la Troisième République. Nous pourrions alors mettre en lumière l'inachèvement de sa *républicanisation*, au sens où les conseillers d'État républicains entrés en fonction à l'occasion de l'épuration de 1879 échouent en grande partie à faire valoir leurs idées concernant la procédure. En accordant la petite personnalité sur simple déclaration, la loi de 1901 réduit le rôle de la reconnaissance d'utilité publique mais elle ne met pas fin à l'ambivalence des pratiques administratives, qui d'un côté paraissent en général se conformer à une conception exigeante de l'intérêt général en matière de générosité publique, et de l'autre la contournent au profit d'une poignée d'œuvres.

La reconnaissance d'utilité publique, une procédure ancienne

L'histoire longue des réticences étatiques à l'égard des corps intermédiaires

En France, la construction de l'État passe, entre autres, par le contrôle des corps intermédiaires. Dès le xv^e siècle, des édits royaux visent à recenser leurs biens, limiter les dons qui leur sont faits ou même soumettre leur fondation à autorisation, avec plus ou moins d'effet⁴. L'enjeu semble d'abord patrimonial : il s'agit d'empêcher le développement de la « mainmorte ». Les corporations professionnelles, communautés religieuses ou établissements hospitaliers ont en effet pour point commun d'immobiliser des biens sur une très longue période. Leur durée de vie n'est pas limitée – contrairement à celles des personnes physiques, dont les biens sont un jour ou l'autre transmis à d'autres par le biais des successions – et ils ne se livrent pas au commerce – contrairement aux compagnies marchandes, dont les biens sont sans cesse échangés au profit de leurs animateurs. Ils sont donc susceptibles de soustraire des biens (« main ») à toute circulation et par conséquent

4 Jean Imbert, « Les « gens de mainmorte » avant l'édit d'août 1749 », *Cahier des Annales de Normandie*, n° 24, 1992, p. 337-346.

à tout prélèvement fiscal (« morte »), et de les accumuler indéfiniment, au point de concurrencer la puissance étatique émergente.

Avec l'affirmation de l'absolutisme, la soumission des corps intermédiaires à l'autorité royale devient un principe plus général. Au xvii^e siècle, le juriste et conseiller d'État Cardin Le Bret affirme ainsi la supériorité de l'État royal sur les autres groupements : « *Puisque le Roi est à la République ce que l'âme est au corps*, note ainsi le juriste Cardin Le Bret, *n'est-il pas juste qu'il ne se fasse rien de public dans son État sans sa permission ? C'est pourquoi l'on a toujours tenu pour maxime qu'on ne pouvait établir aucune congrégation, corps, ni collège, soit pour la religion, soit pour la police civile, sans le congé du Prince*⁵. »

Autrement dit, les activités des gens de mainmorte sont décrites comme relevant de la sphère publique et à ce titre, placées dans l'orbite de l'État et donc sous le contrôle du roi, dans un raisonnement qui lie étroitement dimension publique et tutelle étatique.

Sous cet angle, la Révolution ne rompt pas avec l'Ancien Régime. Certes l'État passe entre les mains de la nation et de ses représentants, mais il reste longtemps le seul échelon politique pertinent et son monopole sur l'intérêt général tend plutôt à se renforcer. Au fil des années, les contraintes qui pèsent sur les corps intermédiaires s'accroissent : les congrégations religieuses sont supprimées en 1790-1792, les groupements professionnels interdits au printemps 1791, les clubs et sociétés politiques, d'abord protégés, sont finalement strictement encadrés par la Constitution de l'an III (1795). Le mot du jacobin Le Chapelier à propos des groupements professionnels vaut alors pour l'ensemble des groupements non lucratifs :

« *Il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation*⁶. »

Rigueur du dispositif juridico-administratif au xix^e siècle

Il n'est pourtant pas question de se passer des associations « utiles » – celles qui secourent les indigents et les malades notamment. Le Conseil d'État, créé au début du Consulat, s'inquiète néanmoins de leur développement dès 1805. Dans un avis qui fait référence jusqu'en 1914 au moins, il rappelle l'ancien principe selon lequel les établissements charitables doivent être « *soumis à l'examen de l'administration publique, autorisés, régularisés et surveillés par elle*⁷ ». Les raisons de ce contrôle sont longuement exposées. Elles lient étroitement intérêts du

5 Cardin Le Bret, *Les Œuvres de Messire C. Le Bret*, Paris, Veuve Toussaint du Bray, 1643, p. 56.

6 « Bulletin de l'Assemblée nationale (14 juin 1791) », *Réimpression de l'ancien Moniteur (mai 1789-mai 1799)*, tome 8, p. 661.

7 Avis du Conseil d'État pris dans la séance du 3 nivôse an XIV (24 décembre 1805) et approuvé le 17 janvier 1806, *Recueil des lettres circulaires, instructions, programmes, discours et autres actes publics*, Paris, Imprimerie impériale, 1806, tome 6, p. 401-402.

public et intérêts de l'État, le contrôle gouvernemental des institutions privées d'assistance étant présenté comme indispensable à la « confiance » des populations à leur égard. La « garantie » étatique vise d'abord à rassurer les bénéficiaires et leurs familles sur la pérennité des soins et des secours qui leur sont apportés. Elle est aussi une façon pour l'État d'écarter les initiatives qui « *pourraient croiser et contrarier les vues du Gouvernement et ses principes sur cette importante partie de l'administration* ». Elle est enfin imposée par la responsabilité de l'État à l'égard du public :

« *Dans le cas où de semblables établissements viendraient à tomber, ils exposeraient ou le Gouvernement à payer des hospices qu'il n'aurait pas créés, ou des malheureux à se voir victimes d'une confiance mal placée, après avoir perdu dans une longue et trompeuse sécurité tout moyen d'exister*⁸. »

Les dispositions qui encadrent la création et le fonctionnement des associations jusqu'en 1901 sont prises dans les années qui suivent : les articles 291 à 294 du code pénal (1810) interdisent les associations de plus de vingt personnes qui n'auraient pas fait l'objet d'une autorisation gouvernementale; la loi du 10 avril 1834 étend la prohibition aux groupements organisés en sections de moins de vingt personnes et aggrave les sanctions en cas d'infraction. Il en résulte pour les groupements non lucratifs un régime très contraignant. Même autorisés, ils restent entravés dans leur développement : ils n'accèdent en effet à la personnalité morale que s'ils sont reconnus d'utilité publique par le Gouvernement, le Conseil d'État entendu. Dans le cas contraire, l'association n'existe pas comme entité propre, capable de posséder en son nom : ses membres sont colocataires des locaux, copropriétaires des cotisations, coresponsables des différentes décisions et activités collectives. Tout au long du XIX^e siècle, les groupements privés non lucratifs autorisés mais non reconnus d'utilité publique font ainsi face à toutes sortes d'embarras liés à l'indivision : on le lit en filigrane dans les bulletins des associations et dans les journaux lorsque les affaires sont médiatisées, ici la mort du trésorier met une association en difficulté parce que son patrimoine est confondu avec les biens personnels du défunt dans la succession, là une compagnie de gaz refuse d'éclairer un local associatif sous prétexte que l'association ne peut contracter en son nom propre, etc.

Accéder à la personnalité morale est donc essentiel pour beaucoup de groupements, ce qui implique dans la plupart des cas de solliciter du Gouvernement leur reconnaissance d'utilité publique. Elle ne leur est pourtant accordée qu'au compte-goutte, même si les gouvernements semblent se montrer un peu plus généreux en la matière à partir du Second Empire. Henri Monod, alors directeur de l'assistance et de l'hygiène publiques, note en 1900 que « *le nombre des établissements privés reconnus d'utilité publique a été : pendant la première période [1800-1819], de 12; pendant la seconde [1820-1839], de 16; pendant la troisième*

8 *Op. cit.*

[1840-1859], de 73; pendant la quatrième, de 1860 à 1879, de 179; pendant la cinquième enfin, de 1880 à 1899, de 192⁹ ».

En 1870, au début de la période qui nous intéresse, les établissements d'utilité publique sont un peu moins de 400, dont certains existent depuis le début du XVI^e siècle – il y a donc eu des disparitions et peut-être aussi quelques (rares) retraits de reconnaissance d'utilité publique.

Vers la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique

La longévité du dispositif précédemment décrit, qui survit à quatre changements de régime, ne doit pas nous amener à minorer les évolutions. L'une d'entre elles touche tout particulièrement la procédure de reconnaissance d'utilité publique et éclaire en partie son ouverture relative dans les années 1860. Jusqu'à cette date en effet, les juristes comme les praticiens du droit administratif confondent en général les établissements d'utilité publique avec les établissements publics¹⁰. Autrement dit, tout établissement d'origine privée, qui prétend avoir des activités d'ordre public – c'est-à-dire au bénéfice de tout ou partie du public, sous les yeux du public et avec le soutien de la générosité publique – non seulement ne peut exister qu'avec l'autorisation de l'État, mais intègre de surcroît, une fois autorisé, la sphère étatique : sa reconnaissance d'utilité publique en fait un organe de l'administration étatique, une personne morale publique.

Le monopole de l'État sur l'intérêt général est alors tel que la personnalité morale ne peut être accordée à des groupements *privés* d'intérêt général : soit l'intérêt général de ces groupements n'est pas reconnu par l'État et ils se voient refuser la personnalité morale ; soit l'intérêt général de ces groupements est reconnu par l'État et ils perdent leur caractère privé. On comprend dès lors la réticence des gouvernements et du Conseil d'État à les multiplier. Comme le montrent les développements qui précèdent, le lien étroit établi entre caractère public des activités bienfaitrices, reconnaissance de leur intérêt général et implication étatique ne date pas de la Révolution française : il prend sa source dans l'ancien droit et plus largement dans le phénomène de consolidation de la monarchie et d'émergence de l'État.

À partir des années 1860, la distinction entre établissement public – personne morale publique – et établissement d'utilité publique – personne morale privée – s'impose progressivement. Les établissements qui rendent des services au public restent privés lorsqu'ils sont reconnus d'utilité publique : leur accès à la personnalité morale les soumet à la tutelle étatique (qui peut en contrôler les comptes ou demander leur dissolution par exemple) mais ne les rend pas pour autant publics. Alors que l'industrialisation et l'urbanisation s'accroissent et font émerger de nouveaux besoins sociaux, les gouvernements sont plus enclins à faciliter l'assistance

9 Henri Monod, « L'assistance publique en France en 1900 », *Revue des établissements de bienfaisance*, 1900, p. 298.

10 Voir par exemple Pierre Avril, *Les Origines de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique*, Paris, Arthur Rousseau, 1900, 366 p.

privée tandis que le droit administratif les y encourage : ils peuvent désormais accorder la personnalité morale à des groupements privés sans craindre de les agréger à l'administration étatique, ce qui explique sans doute l'augmentation du nombre des établissements reconnus d'utilité publique à partir de cette date.

La républicanisation inaboutie de l'utilité publique (1870-1901)

Usages conservateurs de la procédure (1870-1879)

Quand la Troisième République est proclamée, le 4 septembre 1870, elle hérite donc d'un dispositif juridico-administratif très contraignant pour les groupements privés non lucratifs, qui réserve le bénéfice de la personnalité morale à des initiatives triées sur le volet, reconnues d'utilité publique par le Gouvernement, le Conseil d'État entendu, et soumises à un contrôle étatique plus ou moins effectif. Tout semble d'abord indiquer que ce dispositif ne survivra pas au nouveau régime : l'idée qu'il faut libéraliser le droit des groupements non lucratifs est largement partagée, à droite comme à gauche ; le Conseil d'État lui-même est remis en question – une commission provisoire est chargée de le remplacer en attendant que le pouvoir législatif se prononce. Mais les premiers projets et propositions de loi sur les associations n'aboutissent pas¹¹, le Conseil d'État est finalement maintenu, réorganisé par la loi du 24 mai 1872 et installé dans ses fonctions en août de la même année. Les dispositions du code pénal, aggravées par la loi du 10 avril 1834, restent donc en vigueur jusqu'en 1901, de même que la procédure de reconnaissance d'utilité publique.

La procédure demeure en outre très sélective : 6 associations ou fondations sont reconnues d'utilité publique par la commission provisoire, 137 par le Conseil d'État entre la date de son installation, en août 1872, et celle de son épuration, en 1879. Les archives dont nous disposons – dossiers de demandes en reconnaissance comme établissement d'utilité publique, comptes rendus des discussions en assemblée générale auxquelles certaines de ces demandes ont donné lieu – montrent néanmoins que la question de l'assouplissement de la procédure est régulièrement posée au sein de la Haute Assemblée. Pour Léon Aucoc, alors président de la section des Travaux publics, ou Paul Andral, qui n'est autre que le vice-président du Conseil d'État, l'expression même de « reconnaissance d'utilité publique » est trompeuse : elle maintient dans les mots la confusion entre établissements publics et établissements d'utilité publique, en laissant entendre à tort que les seconds ont, comme les premiers, un caractère officiel.

11 La première proposition est déposée par les députés Tolain, Lockroy, Naquet et Brisson le 8 mars 1871. 33 projets, contre-projets et rapports suivent avant l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association. Voir Jean-François Merlet (éd.), *L'Avènement de la loi 1901 sur le droit d'association : genèse et évolution de la loi au fil des journaux officiels*, Paris, Éditions des Journaux officiels, 2000, XIX-1007 p.

Or, la procédure ne vise qu'à accorder à des groupements privés la personnalité morale : il suffit donc selon eux de vérifier que ces derniers ont « *des chances d'avenir*¹² », en tenant compte de leur ancienneté, de leur solidité financière et de la réputation de leurs membres. Mais leurs collègues ne les suivent pas dans cette voie : pour la majorité d'entre eux, la reconnaissance d'utilité publique ne doit être accordée qu'aux associations et fondations qui poursuivent les mêmes buts que les gouvernements, selon la définition de l'intérêt général que ces derniers défendent.

En février 1871, le pays a élu une majorité conservatrice, qui soutient la répression de la Commune et la politique d'ordre moral engagée à partir de 1873. Le Conseil d'État réorganisé en est en grande partie l'émanation : les conseillers d'État ont été désignés en 1872 par l'Assemblée nationale et ils jouent un rôle décisif dans le recrutement des maîtres des requêtes et des auditeurs. Sans surprise, les projets de décret de reconnaissance d'utilité publique que les gouvernements soumettent alors au Conseil d'État correspondent à leurs préférences politiques : il s'agit pour plus de la moitié d'œuvres charitables traditionnelles, c'est-à-dire ouvertement confessionnelles et destinées à des publics peu différenciés – des « indigents », qu'ils soient malades, invalides, âgés ou orphelins – ou relevant de la « mutualité patronnée¹³ », c'est-à-dire dirigées par des notables au bénéfice de communautés spécifiques – anciens élèves de tel lycée, compatriotes de telle région ou tel pays, membres de telle profession, etc. ; pour environ un quart, de sociétés savantes, dont certaines se rapprochent de la corporation professionnelle (par exemple les Sociétés de médecine ou de pharmacie) ; et pour le reste essentiellement des associations – ou des congrégations¹⁴ – qui ont pour objet l'éducation religieuse. Le Conseil d'État approuve les projets de décret dans leur grande majorité, souvent après avoir demandé aux groupements d'apporter quelques modifications dans leurs statuts. Une trentaine d'entre eux seulement voient leur demande rejetée. Dans l'immense majorité, ces rejets ne signalent pas une divergence de fond entre le Gouvernement et le Conseil d'État. Ils tiennent au respect de la jurisprudence, qui n'est pas toujours bien connue des

12 Léon Aucoc à propos de la reconnaissance d'utilité publique de la Société de linguistique, Compte rendu *in extenso* de la discussion du 16 mars 1876 à l'Assemblée générale du Conseil d'État, p. 21, Arch. nat. AL//1223.

13 Henri Hatzfeld, « Note sur la mutualité au XIX^e siècle », *Prévenir*, n° 9, 1984, p. 17-23.

14 Les congrégations ont été supprimées par la loi du 19 février 1790 mais une loi du 2 janvier 1817, prévoyant les conditions dans lesquelles elles pourront recevoir des dons et des legs, permet leur reconstitution sous réserve qu'elles soient reconnues par la loi. Une interprétation complaisante de la loi Falloux du 15 mars 1850 permet alors au pouvoir exécutif de se dispenser du Parlement. Dans son article 79, cette dernière énumère les personnes que leurs fonctions d'enseignement dispenseront du service militaire, indiquant parmi elles « *les membres ou novices des associations religieuses vouées à l'enseignement et autorisées par la loi, ou reconnues comme établissements d'utilité publique* ». Le passage a été interprété par certains gouvernements comme donnant la possibilité d'autoriser des congrégations enseignantes sans passer par une loi mais en se contentant de consulter le Conseil d'État.

différents ministères¹⁵ : ressources de l'œuvre insuffisantes, caractère purement intéressé, groupement relevant de la catégorie des établissements publics et non d'utilité publique.

Il existe pourtant des points de friction qui, s'ils sont peu perceptibles, nous renseignent sur l'indépendance relative du Conseil d'État. Tout en approuvant les demandes issues d'œuvres religieuses à but charitable ou éducatif, la Haute Assemblée rejette les associations qui manifestent un prosélytisme trop affirmé : la demande de la très catholique Société bibliographique, qui prétend lutter contre les idées libérales par la production et la diffusion de « *bons livres* », est ainsi repoussée en 1875 au nom de la neutralité de l'État. Inversement, le nombre de décrets transmis à la Haute Assemblée diminue à partir de 1876. Les républicains ont désormais la majorité à la Chambre des députés et les gouvernements qu'ils forment se méfient du Conseil d'État, aux mains des conservateurs : ils ont sans doute préféré temporiser en espérant conquérir bientôt le Sénat et être ainsi en mesure de réformer le pays.

Infléchissements républicains après l'épuration de 1879

C'est chose faite en 1879. Quoique très critiques à l'égard du cadre légal qui régit les associations, les républicains doivent s'en accommoder : avant 1901, tous les projets et propositions de loi sur les associations échouent. La question religieuse, on le sait, explique en grande partie ce retard : on craint une législation qui profite excessivement aux associations et congrégations catholiques. Le dispositif décrit plus haut reste donc en vigueur. L'épuration du Conseil d'État, en juillet 1879¹⁶, laisse néanmoins attendre une évolution des pratiques administratives. Comme on va le voir, celle-ci est en réalité assez limitée et elle ne favorise pas forcément les associations républicaines.

Pour beaucoup, l'arrivée au pouvoir des républicains devait conduire à octroyer plus largement la personnalité morale. Mais le Conseil d'État s'y oppose d'emblée. Par deux notes, l'une rendue à propos de la Société de médecine pratique le 27 décembre 1879, l'autre à propos de la Société des compositeurs de musique, le 4 février 1880, la Haute Assemblée réaffirme la nécessité de réserver la reconnaissance d'utilité publique – une « *haute faveur* » – aux œuvres les plus solides et les plus méritantes. Les efforts de certains conseillers d'État pour lever les préventions de leurs collègues restent vains. Le républicain Paul Collet, président de la section de l'Intérieur de 1880 à 1889, exige ainsi des associations candidates à la reconnaissance d'utilité publique qu'elles intègrent à leurs statuts un article prévoyant la façon dont leurs biens seront dévolus en cas de dissolution. Il pensait en effet que le Conseil d'État serait moins frileux si l'on rendait plus

15 Les demandes passent alors par les ministères correspondant aux buts des œuvres : le ministère de l'Intérieur pour l'assistance, le ministère de l'Instruction publique pour l'éducation, etc.

16 Vincent Wright, « L'épuration du Conseil d'État en juillet 1879 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome XIX, octobre-décembre 1972, p. 621-653.

faciles les retraits de reconnaissance d'utilité publique, jusqu'alors compliqués par la hantise des biens sans maître, qui rendaient en quelque sorte l'État juge et partie (retirer la personnalité morale à une association qui n'avait rien prévu pour la dévolution de ses biens revenait en effet pour l'État à se les approprier)¹⁷.

Rien n'y fait : la sélection est toujours aussi drastique. La procédure garde également son caractère prétorien, même si le Conseil d'État s'applique désormais à la rendre plus impartiale. En 1883, il publie à cette fin des statuts modèles, accompagnés de la liste des pièces à fournir, qui permettent aux associations de préparer leurs dossiers plus efficacement, à leurs interlocuteurs en préfecture ou dans les ministères de les accompagner au mieux, et à la section de l'Intérieur de traiter plus systématiquement les demandes qui lui sont adressées¹⁸. À partir de 1892, des *Notes de jurisprudence* visent à dégager des décisions du Conseil d'État les principes qui les ont guidées et que les groupements sont appelés à respecter : principes déjà anciens de neutralité et de spécialité, principes plus récents de nationalité (française) et de gratuité des secours¹⁹. Destinées aux rapporteurs des dossiers au sein de la Haute Assemblée, elles sont en réalité diffusées assez largement auprès des représentants des œuvres qui demandent leur reconnaissance d'utilité publique et qui peuvent ainsi motiver leur candidature en s'appuyant sur la jurisprudence.

Il en résulte une formalisation et une standardisation de la procédure, dont les effets ne sont pas univoques. Elle rend d'abord difficile voire impossible un usage partisan de la reconnaissance d'utilité publique. Les associations républicaines les plus militantes sont ainsi écartées au nom du principe de neutralité, tandis que les nombreux groupements catholiques qui remplissent tous les critères affichés par le Conseil d'État accèdent à la personnalité morale, notamment dans le secteur de la bienfaisance : il leur suffit d'effacer de leurs statuts l'appartenance religieuse de leur personnel et d'indiquer au contraire explicitement que les soins seront donnés « sans distinction de culte ». Pour le reste, le traitement au cas par cas demeure, indépendamment des principes affichés : l'essentiel est d'inciter les associations à adopter des statuts adaptés au nouveau cours politique, non de le leur imposer, et encore moins de les forcer à agir conformément à leurs statuts... Comme le dit l'un des membres de la section de l'Intérieur à propos de la Société de bienfaisance des dames protestantes de Bordeaux, sur laquelle nous reviendrons, « *il faut distinguer entre le fait et la théorie* » : « nous ne pouvons contraindre une société à changer sa

17 Selon Adolphe Tréteau, dans le débat du 4 juin 1896 à l'Assemblée générale du Conseil d'État, voir le compte rendu *in extenso*, p. 59-60, Arch. nat. AL/2357.

18 Pour le texte complet, voir par exemple *Revue des établissements de bienfaisance*, 1885, p. 337 et suiv.

19 « Titre V. Organisation et fonctionnement des établissements d'utilité publique », dans Jean-Baptiste Bienvenu-Martin, *Notes de jurisprudence (section de l'Intérieur, des Cultes et de l'Instruction publique et des Beaux-Arts du Conseil d'État)*, Melun, Imprimerie administrative, 1892, p. 126-135 ; puis dans Joseph Reynaud, *Notes de jurisprudence (section de l'Intérieur, des Cultes et de l'Instruction publique et des Beaux-Arts du Conseil d'État)*, Melun, Imprimerie administrative, 1899, p. 175-189.

manière d'agir», il s'agit simplement de lui donner « le droit » d'adopter, à l'avenir, des pratiques plus en phase avec les idéaux républicains ²⁰.

Vers la reconnaissance d'une utilité publique distincte de l'intérêt général (1890-1901)

La liste des associations reconnues d'utilité publique entre 1879 et 1901 est dès lors déroutante : les associations les plus républicaines (de libre-pensée par exemple) n'y figurent pas, les secteurs mis en avant dans le programme républicain sont finalement peu présents (le secteur éducatif par exemple), les organisations confessionnelles sont au contraire nombreuses, même s'il n'est évidemment plus question de reconnaître les congrégations d'utilité publique. Seul un petit nombre d'établissements d'utilité publique signale les préoccupations du nouveau régime : associations de gymnastique, coloniales, hygiénistes, etc. Force est de constater que les conseillers d'État républicains n'ont pas réussi à imposer leur conception de l'utilité publique, à savoir un encouragement donné aux groupements privés à même de seconder la politique gouvernementale en matière éducative, culturelle ou sociale.

Leur échec n'est pas seulement dû à la résistance de leurs collègues conservateurs, conseillers d'État et maîtres des requêtes ayant échappé à l'épuration (comme Georges Baconnière de Salverte ou Henry Hébrard de Villeneuve) ou auditeurs nommés avant 1879 et venant progressivement remplacer les conseillers d'État ayant fait valoir leurs droits à la retraite ²¹. Il résulte paradoxalement de l'action politique des républicains au pouvoir, dans un contexte où le droit administratif gagne en rigueur. Les mesures prises par les gouvernements successifs tendent en effet à donner à des œuvres qu'on aurait eu tendance à reconnaître d'utilité publique avant 1879 la forme d'établissements publics (dotés d'une personnalité morale distincte de celle des collectivités publiques), voire de services publics (étatiques ou plus souvent départementaux ou municipaux). Il n'est plus question pour le Gouvernement et le Conseil d'État de les reconnaître d'utilité publique, mais ce n'est pas parce qu'ils en contestent l'utilité, au contraire. Comme le dit très justement Maurice Hauriou au début des années 1890, « *les établissements d'utilité publique qui rendent au public des services vraiment utiles ont une tendance à se transformer en établissements publics* ²² ».

Au contraire, des activités qui, en raison du Concordat, étaient jusqu'ici intégrées à la sphère publique, comme celles du culte et de la charité confessionnelle, en sont progressivement exclues. Il faut donc leur donner un statut qui leur permettent

20 Hippolyte Duboy, Compte rendu *in extenso* du débat du 24 avril 1890 à l'Assemblée générale du Conseil d'État, p. 13-14, Arch. nat. AL//1278.

21 Comme l'a montré Vincent Wright, l'épuration a surtout concerné les échelons supérieurs du Conseil d'État et très peu les échelons inférieurs, ouvrant à la droitisation à venir du corps, et ce d'autant plus que le recrutement par cooptation interne devient progressivement la règle.

22 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose et Forcel, 1892, p. 199.

de continuer leurs activités de façon privée : dans bien des cas, le Conseil d'État ne peut faire autrement que de les reconnaître d'utilité publique. L'exemple de la Société de bienfaisance des dames protestantes de Bordeaux, évoqué plus haut, est particulièrement éclairant. Elle a jusqu'ici fonctionné dans le giron de l'établissement public du culte qu'est le consistoire de Bordeaux, qui acceptait notamment pour elle les dons et legs faits à son profit. Avec l'arrivée au pouvoir des républicains, la chose n'est plus possible. La reprise en main des établissements publics du culte les a en effet conduits à limiter la capacité de ces derniers à fonder et faire vivre des œuvres scolaires ou charitables. Le 13 juillet 1881, un avis du Conseil d'État invoque le principe de spécialité pour leur interdire de « recevoir des biens dans l'intérêt des pauvres ». Si les œuvres existantes veulent survivre, elles doivent donc prendre la forme associative et demander leur reconnaissance d'utilité publique, ce que fait la Société de bienfaisance en question en 1889²³.

La section de l'Intérieur lui demande alors, comme aux autres œuvres du même type, de faire disparaître de ses statuts la clause selon laquelle elle réserve ses secours aux indigents de confession protestante. Mais la société refuse. À l'initiative de Paul Collet, les membres les plus républicains du Conseil d'État proposent au Conseil d'adopter une note exigeant de l'association qu'elle modifie ses statuts au nom du principe de neutralité tout en la laissant officieusement maintenir la clause incriminée. L'assemblée écarte cette solution un peu baroque et accepte les statuts dans la rédaction voulue par l'association.

La majorité de ses membres a été convaincue par l'argumentation d'Henry Hébrard de Villeneuve, qui s'appuie sur la distinction entre établissements publics et établissements d'utilité publique pour défendre l'idée que les principes qui s'appliquent aux premiers n'ont pas à s'appliquer aux seconds. Selon lui, l'utilité publique n'implique pas forcément la mise en œuvre d'un service public au sens où on commence alors à l'entendre, c'est-à-dire ouvert à tous, laïque et neutre, il suffit pour l'atteindre de rendre des « services sérieux » qui ne vont pas à l'encontre des « bonnes mœurs ». Il s'agit certes là de « vues moins élevées » que celles qui doivent guider l'assistance publique mais elles ont l'avantage de rendre plus facile la charité privée²⁴.

Le revirement de jurisprudence intègre bientôt les Notes de la section de l'Intérieur : « peut être reconnue comme établissement d'utilité publique une œuvre d'assistance ayant un caractère confessionnel²⁵ ». Sans accorder plus largement la personnalité morale, la haute assemblée concentre dès lors ses exigences sur les garanties de durée et de bonne gestion des œuvres, rendant possibles des contributions privées à l'intérêt général qui ne coïncident pas forcément avec les conceptions que s'en font les pouvoirs publics. La « républicanisation »

23 Il en est de même en 1905, lorsque la loi de séparation des Églises et de l'État transforme les établissements publics du culte en associations culturelles. Les œuvres charitables qui évoluaient dans leur orbite sont alors invitées à prendre la forme associative et à demander leur reconnaissance comme établissement d'utilité publique.

24 Compte rendu *in extenso* du débat du 24 avril 1890 à l'Assemblée générale du Conseil d'État, p. 28-29, Arch. nat. AL//1278.

25 Jean-Baptiste Bienvenu-Martin, *Notes de jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 129.

de la procédure est ainsi doublement inaboutie. D'une part, les promesses de libéralisation ne sont pas (encore) tenues : le cadre juridique reste très restrictif et le dispositif administratif prétorien, sans recours possible. D'autre part, les républicains ne parviennent pas à réserver la reconnaissance d'utilité publique aux initiatives privées conformes à leurs vues : le Conseil d'État préfère généralement les intégrer d'une façon ou d'une autre à la sphère publique et se montre par ailleurs de plus en plus ouvert aux demandes des associations qui n'appartiennent pas au monde de la République militante.

1901 ou la consécration de l'essence publique du don

L'avènement de la liberté associative

À partir des années 1880, le législateur offre par ailleurs à de plus en plus de groupements non lucratifs d'accéder à une personnalité morale plus ou moins étendue sans passer par la reconnaissance d'utilité publique : c'est le cas pour les syndicats professionnels avec la loi du 21 mars 1884, des sociétés de secours mutuels avec celle du 1^{er} avril 1898 et plus généralement de toutes les associations avec celle du 1^{er} juillet 1901. La procédure de reconnaissance d'utilité publique a pu paraître un moment sur la sellette : entre 1879 et 1901, un certain nombre de projets et de propositions de loi sur les associations s'en dispensent, soit qu'ils accordent à toutes les associations la personnalité morale pleine et entière, soit qu'ils confient aux représentants de la nation le soin de distinguer les groupements qui pourront y accéder. Elle est cependant maintenue, dans les mêmes formes ou presque.

Là encore, le Conseil d'État surprend le monde politique et associatif, qui comptait sur un assouplissement de la procédure. Non seulement la Haute Assemblée se montre encore plus sévère, au motif que la petite personnalité suffit à la plupart des activités, mais le règlement d'administration publique qui organise l'exécution de la loi de 1901 accentue la rigueur de la procédure : les dossiers passent désormais par le seul ministère de l'Intérieur, réputé plus exigeant ; ce dernier peut instruire les demandes « *s'il y a lieu* » ; conformément à la loi de 1901, la reconnaissance comme établissement d'utilité publique se fait désormais par un règlement d'administration publique (adopté à l'Assemblée générale du Conseil d'État) et non plus par un simple décret (que la section de l'Intérieur pouvait depuis 1886 approuver seule, même s'il lui était toujours possible de présenter telle ou telle affaire en Assemblée générale).

À l'époque, le maintien de la procédure de reconnaissance d'utilité publique suscite les critiques. Pourquoi ne pas consacrer pleinement la liberté associative en permettant aux groupements déclarés d'accéder à la grande personnalité et d'être ainsi en capacité de recevoir dons et legs ? Le danger de la mainmorte religieuse n'a-t-il pas été écarté par le titre III de la loi de 1901, qui réserve un traitement particulier aux congrégations ? Les républicains sont ainsi accusés, par leurs adversaires mais aussi par certains de leurs amis politiques, de ne pas

être allés au bout de leurs ambitions²⁶ : ils ont proclamé la liberté de s'associer mais en empêchant la plupart des groupements de se développer puisque les appels à la générosité publique leur sont interdits ; ils ont commencé à soustraire l'association et son patrimoine à la sphère du droit public mais les maintiennent néanmoins dans son orbite pour les dons et legs²⁷.

Les historiens ont analysé diversement ce qui est ainsi souvent présenté comme un inachèvement : la loi de 1901 aurait été moins un outil de libéralisation de l'initiative privée non lucrative qu'une loi de combat contre les congrégations²⁸ ; les restrictions à la personnalisation morale des associations témoigneraient d'une hantise ancestrale pour la propriété collective²⁹ ; elles souligneraient l'incapacité des républicains au pouvoir à penser l'autonomisation du social³⁰. L'intérêt des archives qui documentent la procédure de reconnaissance d'utilité publique est d'en rendre compte autrement que par le manque – manque de libéralisation ou sortie manquée du jacobinisme : elles permettent de mettre en lumière les raisons que ses praticiens ont avancé en faveur de son maintien et de la replacer dans le système de pensée qui lui donne sens.

La générosité publique sous le contrôle de l'État

Les travaux que le Conseil d'État consacre en 1899 au projet de loi sur les associations du gouvernement Dupuy comme les discussions que suscitent à l'Assemblée générale certaines demandes de reconnaissance comme établissement d'utilité publique font en effet nettement apparaître le rôle assigné à la procédure dans le cadre de la libéralisation de la législation associative. Il s'agit d'abord de préserver les intérêts du public, dans l'esprit de l'avis du 17 janvier 1806. En faisant appel à la générosité publique, les associations ne manifestent pas seulement la liberté de leurs associés, elles affectent des intérêts qui bien souvent ne sont pas représentés au sein du groupement et que le droit privé ne suffit pas non plus à faire valoir : ce sont ceux des héritiers qui pourraient se sentir lésés par la générosité excessive de leurs ascendants, ceux des testateurs qui ne sont plus là pour s'assurer que leurs libéralités sont bien employées, ceux des bénéficiaires qui ignorent souvent qu'un don a été fait à leur intention et qui, en seraient-ils conscients, sont en général trop vulnérables pour revendiquer quoi que ce soit.

L'intervention de l'État est alors nécessaire, non pas au nom d'un intérêt général abstrait et érigé au rang d'un mythe, mais pour défendre ces intérêts

26 Chloé Gaboriaux, « La loi 1901 faute de mieux : les républicains face à l'association au tournant du xx^e siècle », *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*, vol. XXXII, n° 2, 2011, p. 53-65.

27 Voir par exemple les discussions au sein de la Société d'études législatives, qu'on peut suivre à travers son *Bulletin*.

28 Jacqueline Lalouette et Jean-Pierre Machelon (dir.), *Les Congrégations hors la loi ? Autour de la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris, Letouzey et Ané, 2002, 304 p.

29 Jean-Pierre Hirsch, « L'impossible propriété collective », dans Steven L. Kaplan et Philippe Minard (dir.), *La France, malade du corporatisme ? XVIII^e-XX^e siècles*, Paris, Belin, 2004, p. 171-194.

30 Pierre Rosanvallon, *op. cit.*

très concrets qui sinon resteraient lettre morte. L'enjeu est déjà exprimé dans l'avis de 1806. Au-delà des individus qui pourraient en souffrir, c'est l'intérêt du public qu'il faut préserver : spolier un héritier, trahir un testateur, priver un indigent des secours lui étant destinés, c'est porter atteinte non seulement aux personnes en question mais aussi à la confiance du public dans les institutions.

Le contrôle des dons et legs est d'autant plus justifié que la République n'a pas les moyens de ses ambitions. Les pouvoirs publics rechignent alors à financer par le seul impôt leur programme social, culturel et éducatif³¹. Ils cherchent alors à réorienter les dons, dont les Églises ont longtemps profité, vers l'État et les collectivités territoriales. Alors que le solidarisme offre aux républicains une doctrine qui leur permet de justifier la redistribution, le Conseil d'État s'en remet à la tradition, en exhumant l'antique théorie de la représentation des pauvres, qui avait permis aux évêques de revendiquer la gestion de l'argent et des biens à destination charitable jusqu'à la Révolution³². Il parvient ainsi à réaffirmer les prérogatives du pouvoir exécutif en matière de dons et legs, au nom de leur nature spécifique, à la fois privée et publique : d'origine privée, ils échappent selon lui à la compétence du pouvoir législatif, qui ne peut statuer que sur la répartition des ressources publiques ; à destination de tout ou partie du public, *a fortiori* des populations les plus vulnérables, ils tombent sous le contrôle des exécutifs étatiques, départementaux ou municipaux, qui sont leurs représentants chacun à leur échelon.

La création d'établissements publics ou d'utilité publique devient alors un outil privilégié par le Conseil d'État pour orienter la générosité publique. Il est en effet difficile pour les collectivités publiques d'attirer les dons et legs. La règle de non-affectation qui s'applique aux finances publiques leur interdit d'assigner telle recette à telle dépense et elles ont donc du mal à convaincre les mécènes que leurs libéralités seront effectivement employées à telle ou telle cause, à travers tel ou tel service public. La fondation d'un établissement public ou d'utilité publique permet de créer une personne morale distincte, avec un budget distinct, et d'impliquer les donateurs dans le fonctionnement de l'œuvre, à travers leur participation au conseil d'administration. Les vœux des donateurs et testateurs sont ainsi mieux respectés. Lorsqu'il a le choix, le Conseil d'État préfère généralement la première solution : contrairement aux établissements d'utilité publique, les établissements publics doivent soumettre leurs budgets à la Cour des comptes, ce qui garantit une bonne gestion des deniers privés devenus publics que sont les dons et legs.

31 Le budget de l'État ne dépasse alors pas les 13 % de la production nationale. Ministère de l'Économie et des Finances, *Rapport sur la dépense publique et son évolution*, 2013, p. 13, https://www.performancepublique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/medias/documents/ressources/PLF2013/rapport_depense_2013.pdf.

32 Voir à ce sujet la note résumant les explications de Georges Coulon, alors vice-président du Conseil d'État, devant la commission du Sénat chargée d'examiner le projet de loi relatif à la représentation des pauvres : Georges Coulon, « La représentation des pauvres », *La Revue philanthropique*, mai-octobre 1905, p. 156-162. Voir aussi Maurice Décuty, *De la représentation des pauvres : étude sur l'organisation générale des services d'assistance en France*, Paris, A. Pedone, 1908, 192 p.

Au début de la Troisième République, le Conseil d'État met ainsi en œuvre une doctrine fondée sur la reconnaissance du caractère public du don, qui implique de réserver la grande personnalité morale à quelques rares associations ou fondations. Comme l'écrit Paul Dislère, président de la section de l'Intérieur de 1898 à 1910, dans un rapport en forme de bilan, l'objectif est en effet d'orienter les libéralités vers des personnes morales publiques ou, à défaut, vers des œuvres privées dont il faut maintenir le nombre au plus bas. Multiplier celles qui sont susceptibles de recevoir dons et legs ne déboucherait selon lui qu'à fragmenter les ressources et à rendre plus difficile encore leur contrôle par l'État, au détriment des bénéficiaires (les services qui leur sont rendus perdraient en efficacité) et des donateurs (dont les fonds risqueraient d'être plus souvent mal employés) et plus largement du public (dont la générosité pourrait être découragée dès lors que son *utilité* paraîtrait moins assurée)³³.

Deux poids, deux mesures : l'exemple des fondations

En deux décennies, le Conseil d'État a ainsi contribué à mettre en place un modèle qui, toujours selon Paul Dislère, n'a rien à envier à celui des États-Unis, dont on vante alors les records philanthropiques³⁴. Les Français donneraient autant, simplement leurs dons iraient plus souvent à des institutions publiques que privées³⁵. Leur générosité serait dès lors plus productive, car elle irait abonder les budgets d'institutions moins nombreuses et mieux contrôlées, donc plus efficaces. Ce qui frappe pourtant dans les archives, c'est la difficulté de la section de l'Intérieur, sous la direction des républicains Georges Coulon (1890-1897) et Paul Dislère (1898-1910), à faire valoir cette doctrine pour les grosses fondations, qui atteignent avant 1914 des montants inédits.

Jusque dans les années 1890, la question ne se pose pas vraiment. La différence entre association et fondation est de toute façon peu perçue. Les deux apparaissent aux membres du Conseil d'État comme des établissements d'utilité publique aux origines différentes, certes, mais qui fonctionnent ensuite à peu près de la même façon. Il y a toujours une œuvre, toujours animée par un groupe, plus ou moins nombreux, et toujours financée par des dons plus ou moins importants. Lorsque ces derniers sont pourvus d'une affectation précise, on les appelle fondations. Les noms de certains établissements d'utilité publique témoignent de cette indistinction, où une association peut coexister avec une fondation. Par exemple, l'Œuvre de l'assistance par le travail-Fondation Mamoz est d'abord une association simplement autorisée, qui risque à la mort de son créateur de voir

33 « Note relative aux dons et legs faits aux établissements publics ou d'utilité publique en 1910 », *Journal officiel de la République française*, 17 juin 1911, p. 4757-4759.

34 Voir son intervention dans la discussion relative à la reconnaissance comme établissement d'utilité publique de la Société des architectes des Bouches-du-Rhône, 16 juin 1904, p. 24-25, Arch. nat. AL/12418. Il est très difficile de quantifier les dons de part et d'autre de l'Atlantique et donc de confirmer ou d'infirmer ses propos.

35 En 1910, les dons auraient atteint plus de 46 millions de francs – estimation basse – dont moins de 7 millions à des organisations privées.

son patrimoine confondu dans la succession et qui est finalement dotée par les héritiers, ce qui conduit ses animateurs à demander sa reconnaissance d'utilité publique. L'association dite « Œuvre de l'hôpital Cibiel » a tout de la fondation mais son mécène et animateur, le notable Alfred Cibiel a cru bon de la présenter au Conseil d'État comme une association, afin d'y impliquer son réseau social.

À partir de 1890, les dotations se font plus importantes et les fondateurs plus exigeants. En 1893, le Conseil d'État reconnaît d'utilité publique la Fondation Thiers, dont l'instigatrice, Élise Dosne, la belle-sœur du grand homme, refuse certaines des modifications demandées par la section de l'Intérieur, qui auraient permis de mettre l'œuvre en conformité avec la jurisprudence, notamment en ce qui concerne la rémunération – importante – des membres du conseil d'administration. Mais la fondatrice a de puissants appuis, elle pourrait renoncer à son projet, au détriment des étudiants. Le Conseil d'État cède. Pour éviter que le cas ne se reproduise, il élabore en 1896 des statuts modèles propres aux fondations, reconnaissant ainsi la spécificité de ces institutions³⁶. En 1899, alors qu'il examine le projet de loi Dupuy sur les associations, il y fait insérer un titre IV absent de l'avant-projet gouvernemental intitulé « Des fondations d'intérêt public » : ces dernières sont soumises à un contrôle financier renforcé – le même que celui qui s'applique aux établissements publics. Il ne verra jamais le jour : la loi de 1901, issue d'un projet de loi qui n'a pas été soumis au Conseil d'État, ne dit rien des fondations.

Le silence de la loi n'aide pas la section de l'Intérieur à faire respecter sa jurisprudence, comme le montrent les cas de la Société Goncourt (qui est en réalité une fondation dont le produit sert à faire vivre les dix membres du conseil d'administration) en 1902, de la Fondation Rothschild pour l'amélioration de l'existence matérielle des travailleurs (qui demande et obtient que son dossier soit instruit par le ministère du Commerce et la section des Travaux publics) en 1904, des Asiles de Trégastel (dont la dotation est rendue à la fondatrice au moment de sa dissolution alors que les statuts prévoyaient sa dévolution à l'Association des dames françaises) en 1905, ou encore de la Fondation Carnegie (transformée en établissement public mais soustraite au contrôle de la Cour des comptes) en 1910. Le montant des dotations ne suscite pas seulement la révérence de certains membres du Conseil et la crainte de la plupart d'entre eux de les voir affectées à des opérations moins utiles. Il fait réagir les membres d'autres sections, notamment du Contentieux, qui font valoir en Assemblée générale des principes issus du droit privé plutôt que du droit public : la propriété privée, le respect des testaments, l'intérêt des familles, etc.

Ces arguments n'interviennent pas dans les affaires de moindre importance, pour lesquelles l'Assemblée générale adopte généralement les solutions de la section de l'Intérieur sans discussion. Tandis que les philanthropes les plus riches peuvent être exonérés des rigueurs de la jurisprudence, ses exigences s'appliquent systématiquement aux œuvres les plus modestes. Le projet de fondation de l'Asile Rozier-Saunier, à Machézal dans la Loire, est ainsi repoussé, bien qu'il figure dans le testament de Jeanne Saunier, petite notable de la commune, veuve du

36 Voir la *Revue des établissements de bienfaisance*, 1897, p. 331.

maire et propriétaire ou proche des propriétaires du relais de poste. La dotation paraît insuffisante au rapporteur, qui propose plutôt de faire accepter le legs par le département pour qu'il en fasse bénéficier les orphelins auxquelles la testatrice destinait l'établissement.

Un calcul de régression logistique confirme la préférence du Conseil d'État pour les œuvres les plus riches : entre 1870 et 1914, celles qui présentent un actif de plus de 60 000 francs ont presque deux fois plus de chance d'être reconnues d'utilité publique que les autres, toutes choses (ancienneté et nombre de membres) égales par ailleurs. D'autres critères comptent, qui favorisent également la philanthropie : entre 1901 et 1914, les associations ou fondations d'assistance ont deux fois plus de chance d'être reconnues d'utilité publique que celles qui, poursuivant les mêmes fins, se fondent sur l'entraide et le mutuellisme ; celles qui sont fondées à Paris et en région parisienne, près de trois fois plus que leurs homologues du reste de la France et de l'outre-mer ; celles qui sont examinées lorsque la section de l'Intérieur est dirigée par Henry Hébrard de Villeneuve près de cinq fois plus que lorsque Paul Dislère était à la manœuvre. Avec lui, le Conseil d'État se fait plus généreux, plus soucieux aussi des volontés des donateurs, fût-ce au prix de l'éparpillement des activités de bienfaisance. À peine avait-elle porté ses fruits que la doctrine de la générosité publique semblait ainsi céder le pas devant celle de la charité privée.

* * *

La République maintient donc une forme de contrôle sur les groupements privés d'intérêt général, freinant ainsi, comme l'a montré Pierre Rosanvallon, l'autonomisation du social. Elle s'inscrit à cet égard dans une tradition ancestrale, qui remonte bien avant la Révolution et qui renvoie moins à la sacralisation de la généralité – celle de la volonté générale et de l'intérêt général – qu'à une certaine conception de l'espace public, à la fois ancienne et profondément renouvelée par le programme républicain. Notre enquête permet de montrer quels en sont les enjeux.

Les activités de ces groupements apparaissent d'emblée comme porteuses de troubles potentiels pour l'ordre public, dès lors qu'elles impliquent la confiance de catégories diverses, donateurs et bénéficiaires, mais aussi de leurs familles et de proche en proche de tous ceux qui, à l'avenir, auraient l'idée de donner et/ou de leur confier leurs proches. D'abord extrêmement contrôlées, elles sont ensuite libéralisées mais sans jamais être totalement dérégulées, au nom des intérêts des familles, des donateurs et des bénéficiaires. Elles font surtout appel à la générosité publique, que le nouveau régime, peu enclin à développer outre mesure la fiscalité, s'efforce d'orienter vers les causes conformes sinon à sa politique, du moins aux vœux des donateurs.

Le Conseil d'État lui en fournit les outils juridiques – à travers la constitution d'établissements publics et d'utilité publique notamment – non sans imprimer sa propre marque : à la fin de la période étudiée, à l'initiative d'Henry Hébrard de Villeneuve (président de la section de l'Intérieur entre 1911 et 1919 et qui devient vice-président du Conseil d'État en 1919), il adopte en la matière un libéralisme ambivalent – au sens où les œuvres privées sont moins contrôlées sans pour autant que la procédure ne perde son caractère prétorien.

Il y a 30 ans, l'arrêt *Nicolo* : petite histoire d'un grand arrêt

Patrick FRYDMAN

Je voudrais d'abord remercier la présidente de Boisdeffre pour ses brillants propos introductifs à cette conférence, dont j'ai relevé au passage avec reconnaissance le caractère bienveillant à mon égard.

Je me réjouis, comme elle, de l'ampleur du public venu assister à cette conférence. Ce succès tient sans doute au fait que j'ai la chance d'avoir à traiter d'un sujet plus porteur que « la polysynodie sous la Régence » ou « le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet », pour prendre des exemples de conférences récentes du Comité d'histoire auxquelles j'avais assisté, qui étaient d'ailleurs fort intéressantes mais peuvent paraître plus éloignées des préoccupations contemporaines.

Il importe de souligner d'emblée que je ne compte pas aujourd'hui réexposer devant vous la théorie juridique présidant à l'arrêt *Nicolo*, ni les motifs d'opportunité ayant justifié le revirement de jurisprudence majeur que celui-ci a constitué : j'ai livré ma pensée sur cette affaire dans mes conclusions prononcées devant l'Assemblée du contentieux il y a 30 ans et ne suis pas là, me semble-t-il, pour les répéter... ni, encore moins, pour les modifier. N'ayant pas changé d'avis, je ne verrais d'ailleurs rien à y ajouter, ni à y retrancher. Ce dont j'ai prévu de vous entretenir aujourd'hui est d'une tout autre nature : il s'agit de narrer ce que j'appellerai la « petite histoire » de l'arrêt, c'est-à-dire de raconter concrètement comment il s'est fait.

Je me permettrai de faire, s'agissant de la teneur et de la forme de la narration qui va suivre, quatre brèves observations liminaires :

Mes souvenirs peuvent être, sur certains points, en partie effacés – voire légèrement déformés – par le passage du temps. (Ils datent, par définition, de 30 ans...). Mais ils ont été récemment ravivés, en tant que de besoin, par la consultation d'archives, notamment celles de la vice-présidence du président Long, que Mme Sibille-de Grimouïard a aimablement mises à ma disposition, et surtout de mes archives personnelles sur cette affaire – ne représentant pas moins de trois cartons entiers – conservées à la cave de mon domicile parisien.

L'honnêteté m'oblige à avouer que je ne dirai pas aujourd'hui tout ce que je pourrais révéler sur cette affaire et sur la façon dont je l'ai vécue. D'abord parce que je suis tenu par le secret du délibéré. (Il faudra encore attendre 45 ans, sauf évolution législative d'ici là, pour que les notes de délibéré, qui ne sont communicables qu'à l'issue d'un délai de 75 ans, soient librement accessibles...). Ensuite, parce qu'il y a des choses qui, pour différentes raisons, ont vocation à demeurer confidentielles, y compris d'ailleurs, pour ce qui me concerne, un événement personnel douloureux qui s'est produit au moment même où j'écrivais mes

conclusions et qui y est resté indissociablement associé dans mon esprit, mais qui n'a bien sûr aucun intérêt pour l'histoire du droit. Enfin, j'ai dû beaucoup sélectionner dans mes souvenirs, car j'aurais pu autrement parler de ce sujet jusqu'au bout de la nuit, mais ce n'est pas le format des conférences imposé par le Comité d'histoire, ni d'ailleurs, j'imagine, celui souhaité par le public!

Il s'agira ici de relater mon propre vécu des événements, qui, comme toute expérience personnelle, présente inévitablement une part de subjectivité. D'autres acteurs de l'affaire – dont certains ne sont malheureusement plus là pour pouvoir nous apporter leur propre témoignage – en auraient sans doute des souvenirs différents, soit que ces derniers procéderaient d'une autre vision des mêmes faits, soit qu'ils se rapporteraient à des faits dont je n'aurais pas moi-même été témoin à l'époque.

Enfin, sur le plan de la forme, l'auditoire voudra bien me pardonner d'avoir pris le parti de m'écarter ici résolument du style académique qui sied normalement aux conférences du Comité d'histoire. C'est que, comme toujours, la forme et le fond sont intimement liés et qu'on ne saurait raconter une histoire – qui plus est, comme vous le verrez, jusque dans certains détails cocasses – sur le même ton que celui dont on use pour disserter sur l'évolution du droit...

* * *

Il faut d'abord que je vous avoue – au risque de vous surprendre et, sans doute, de vous décevoir – que l'arrêt *Nicolo* n'a pas été, du point de vue de son élaboration concrète, la grande œuvre jurisprudentielle solidement appuyée sur l'argumentation des écritures des parties, longuement préparée et abondamment débattue en séance d'instruction qu'on pourrait imaginer. La réalité est tout à l'opposé de ce schéma idéal.

Il ne faut bien sûr pas méconnaître le rôle qu'ont joué, en amont de ce revirement de jurisprudence, toutes les réflexions préalables sur la question juridique de la suprématie des traités et du droit européen sur les lois, qui avaient donné lieu à d'innombrables contributions intellectuelles, et le mûrissement de la réflexion qui s'était progressivement opéré au sein du Conseil d'État à ce sujet. La genèse de l'arrêt et de mes conclusions est d'abord évidemment à rechercher là et c'est précisément, du reste, ce qui a permis de juger cette affaire dans les conditions quelque peu acrobatiques que je vais maintenant exposer.

Mais l'affaire *Nicolo* elle-même, c'est un dossier au contenu indigent, qui a été traité en une huitaine de jours à peine et selon une procédure d'examen préparatoire réduite à sa plus simple expression.

Un dossier au contenu indigent

Il ne m'a malheureusement pas été possible de consulter à nouveau le dossier de l'affaire *Nicolo* lors de la préparation de la présente conférence car les Archives nationales ont provisoirement interrompu la communication de tous

les documents conservés à leur dépôt de Fontainebleau, dans l'attente de leur prochain transfert au nouveau dépôt de Pierrefitte.

Mais ce dossier, qui était parfaitement squelettique, consistait, de mémoire, en :

– une requête d'environ une page, écrite par le requérant lui-même (qui agissait sans avocat) et, il faut bien le dire, à peine compréhensible. Sa teneur rendait nécessaire un certain effort de requalification, succédant d'ailleurs à une phase initiale de déchiffrement, pour pouvoir y déceler l'argumentation formellement exposée dans l'arrêt selon laquelle la loi du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants français au Parlement européen était contraire au traité de Rome en ce qu'elle s'appliquait aux départements et territoires d'outre-mer. À l'évidence, M. Nicolo – qui était par ailleurs, il convient de le souligner –, un éminent scientifique, spécialiste notamment de technologie de l'information n'avait pas conscience, en écrivant cette requête, qu'elle donnerait lieu à un grand arrêt qui lui vaudrait de voir son nom entrer dans l'histoire du droit public...

– des écritures du Gouvernement à peine plus développées, qui ne se plaçaient en rien dans la perspective d'un éventuel revirement de jurisprudence et étaient en partie consacrées, d'ailleurs, à une conclusion tendant à la condamnation du requérant à une amende pour recours abusif (laquelle était au demeurant irrecevable, puisque le prononcé de telles amendes relève d'un pouvoir propre du juge...).

De mémoire, l'épaisseur du dossier ne devait pas dépasser 5 millimètres, cote cartonnée comprise!

Un dossier traité en une huitaine de jours à peine...

(en faisant abstraction, bien sûr, du délai de lecture, d'ailleurs lui-même réduit à une semaine)

Les événements se sont déroulés de la façon suivante :

– Lors d'une séance d'instruction consacrée à tout autre chose, qui, je crois, avait lieu le 4 octobre, le président Vught, alors président de la 10^e sous-section (selon la terminologie de l'époque), auprès de laquelle j'étais commissaire du gouvernement, est arrivé avec une pile de dossiers, qui étaient, expliqua-t-il, ceux concernant le contentieux des élections européennes du 18 juin 1989.

Il exposa que, à la demande du président Long, il avait recherché si une de ces affaires ne poserait pas la question du contrôle de conformité des lois aux traités internationaux, ce qui pourrait donner l'occasion de réexaminer la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État en la matière, et qu'il en avait identifié une : la requête d'un certain M. Nicolo.

Je vois encore très bien cette scène, qui se passait dans la salle alors officiellement dénommée « salle de travail du contentieux » (mais plus couramment désignée sous le nom de « salle du casino », du fait de l'affectation historiquement assignée à ce lieu lors des fêtes que donnait le régent au Palais-Royal) et devenue

aujourd'hui la salle Raymond-Odent, où la 10^e sous-section tenait habituellement ses réunions.

L'entrée en matière du président Vught que je viens de relater n'avait pas manqué de provoquer une poussée d'adrénaline immédiate chez le jeune commissaire du gouvernement bouillonnant que j'étais à l'époque, car il ne m'a évidemment pas échappé qu'il s'agirait d'une affaire historique et que j'allais vivre un des grands moments de ma vie professionnelle. Me sont alors revenus à l'esprit, en un instant, les cours à Sciences Po où mon maître de conférences, le futur président Stirn, exposait la controverse juridique existant à ce sujet, en défendant bien sûr avec brio la thèse alors retenue par le Conseil d'État, mais aussi les commentaires critiques de nombreux auteurs de doctrine, qui voyaient communément dans cette position du juge administratif, à l'époque, l'un des grands « points noirs » du droit public.

Une difficulté naissait du fait que cette affaire faisait partie, comme je l'ai dit, d'un lot de nombreuses requêtes (ou, plus exactement, de « protestations », selon la terminologie propre à la matière électorale) concernant ces élections européennes – qui, à l'époque, devaient obligatoirement être toutes jugées par l'Assemblée du contentieux. (Cette aberration, qui conduisait à enrôler y compris des désistements en Assemblée, a été heureusement corrigée depuis lors par une modification de la loi de 1977 introduite en 2003.) Plusieurs de ces affaires posaient des questions juridiques de contentieux électoral elles-mêmes très délicates (concernant, notamment, les conditions d'organisation de la campagne électorale officielle et de traitement des différentes listes dans les médias audiovisuels privés). Or, le président Long souhaitait, pour que le Conseil d'État statue sur ces élections avec la célérité requise, que toutes ces affaires soient examinées par l'Assemblée lors de sa séance la plus prochaine, qui était fixée au 13 octobre – soit 9 jours plus tard. Délai évidemment très contraignant, que je me suis cependant engagé, sur le moment, à tenir...

– Fort heureusement, le lendemain matin, ma collègue Anne-Marie Leroy, qui était l'autre commissaire du gouvernement de la 10^e sous-section, me proposa très aimablement de prendre en charge ces autres dossiers, afin de me permettre de me consacrer pleinement à l'affaire majeure qui m'avait été attribuée. Après quelques hésitations, j'ai accepté avec gratitude cette offre et n'ai gardé, outre l'affaire *Nicolo* elle-même, que l'affaire *Roujansky* (sur laquelle je souhaitais conclure en même temps car elle posait la question du contrôle de constitutionnalité des lois et il me paraissait opportun, en termes de « tactique », de montrer à l'Assemblée du contentieux que ma proposition audacieuse ne conduirait pas à mettre à bas la théorie de la loi-écran dans son ensemble), ainsi que l'affaire *Sitbon* (que je trouvais émoustillante car elle posait la question inédite de l'éligibilité au Parlement européen d'un ancien président de la République eu égard à sa qualité de membre de droit du Conseil constitutionnel).

Ayant par ailleurs à mon agenda, dans mon souvenir, une séance de sous-section jugeant seule dans le courant de la semaine, je n'ai pu réellement m'atteler à la préparation de ces affaires que le vendredi en début d'après-midi, soit très exactement une semaine avant l'Assemblée du contentieux prévue le 13 octobre à 14 h 00. C'était là un redoutable défi en termes de calendrier, qui, en tant que tel, est resté dans ma mémoire.

– Mon premier souvenir, après le prononcé de mes conclusions, est d’ailleurs que le président Vught (qui se trouvait assis, dans la salle, juste à côté du commissaire du gouvernement, selon l’ordre de préséance à l’Assemblée du contentieux) s’est tourné vers moi pour me lancer à mi-voix : « *Remarquable! Pour votre prochaine Assemblée, je vous donnerai le dossier la veille!* »

Une procédure d’examen préparatoire réduite à sa plus simple expression

C’est là la conséquence directe de ce que je viens d’expliquer quant au délai extrêmement contraint dans lequel devait être jugée l’affaire.

Rien n’a pu être fait – même si je tiens à souligner que les textes régissant la procédure devant le Conseil d’État ont en eux-mêmes bien été respectés – selon les règles de fonctionnement interne habituelles de la section du Contentieux :

- il n’y a pas eu de note du rapporteur (ce qui peut évidemment surprendre, dans une affaire de cette importance) ;
- il n’y a pas eu non plus de note de révision (et pour cause, puisqu’il n’y avait pas de travail préparatoire du rapporteur à réviser...);
- il n’y a pas eu davantage de séance d’instruction (ce qui est pour le moins contraire à l’usage, pour une affaire d’Assemblée...).

Il y eut seulement une brève réunion informelle consacrée à l’affaire avec le président Vught, le rapporteur désigné (Cyrille de Montgolfier, qui était alors un jeune auditeur d’un an et demi d’ancienneté) et l’un des responsables du centre de documentation, ancêtre de l’actuel Centre de recherches et de diffusion juridiques (CRDJ), auquel la sous-section avait demandé en urgence de procéder à une recherche de documentation. Ce responsable du centre, Michel Azibert (qui était d’ailleurs en instance de départ en détachement) me remit alors effectivement un petit dossier documentaire, comportant quelques articles de doctrine et les références d’anciennes conclusions de commissaires du Gouvernement, ainsi qu’une feuille de petit format sur laquelle il avait noté quelques idées sur le sujet – au demeurant très pertinentes – en style télégraphique. Cette feuille, que j’ai retrouvée avec émotion dans mes archives, a été en fait le seul document préparatoire qui m’ait été fourni pour élaborer mes conclusions.

– Pendant une partie de la semaine, il n’y avait pas non plus au dossier de projet de décision. (Il faut dire que la sous-section et le rapporteur étaient accaparés, parallèlement, par les autres affaires concernant les élections européennes inscrites à la même Assemblée). J’en ai fait un jour la remarque au président Vught, qui m’a répondu, dans l’inimitable style humoristique dont il était coutumier : « *C’est pourtant vrai! Nous allons griffonner un bout de projet avec le rapporteur.* » J’ai alors vu effectivement arriver un projet rédigé (et pas seulement un « *bout de projet griffonné* ») qui avait été préparé sur-le-champ par le rapporteur et aussitôt revu par le président Vught, et dont l’une des caractéristiques essentielles – sur laquelle je reviendrai – était d’ailleurs d’éviter délibérément tout considérant de principe expliquant le revirement de jurisprudence.



Voilà comment a été préparée, dans des conditions un peu particulières, comme vous pouvez le constater, l'affaire *Nicolo*, pour ce qui est du moins du travail de la sous-section, car, dans le même temps, le président Long s'employait de son côté à faire progresser les esprits. Ainsi qu'il l'a narré lui-même en 2014 dans un entretien à l'AJDA sur la « Genèse de la décision *Nicolo* », dont je vous recommande la lecture, il entreprenait en effet les membres de l'Assemblée du contentieux en ce sens « *au hasard des rencontres dans les couloirs* », selon ses termes – mais je pense qu'il s'attachait en vérité à aider un peu ce hasard –, afin de les convaincre du bien-fondé d'une évolution jurisprudentielle qu'il appelait de ses vœux et qu'il estimait désormais possible, compte tenu du changement d'approche du Conseil d'État à l'égard du droit européen dont témoignait notamment l'arrêt *Alitalia* rendu quelques mois plus tôt.

Je me doutais évidemment de ce qui se déroulait ainsi en coulisse, même si le président Long ne m'en a d'ailleurs informé explicitement que bien plus tard.

Comment ai-je occupé la semaine dont je disposais pour préparer ces conclusions ?

Ni en lisant le dossier – ce qui n'a dû me prendre qu'une dizaine de minutes tout au plus, compte tenu de son inconsistance –, ni en lisant les notes préparées par la sous-section – puisqu'il n'y en avait pas –, ni non plus, il faut bien le dire, en réfléchissant tant que cela au sujet, car j'y avais en fait réfléchi depuis bien longtemps déjà – à la vérité, depuis mes études à Sciences Po. Et c'est ce qui m'a heureusement facilité les choses : je savais, dès le départ, dans quel sens je concluais, et je n'avais pas davantage d'hésitation quant au fondement de la solution que je proposerais de retenir, à savoir la théorie, qui avait au demeurant déjà été soutenue par le professeur Chapus et par le président Genevois, d'une habilitation implicitement donnée au juge, par l'article 55 de la Constitution, à l'effet d'écarter les lois contraires à un traité international. La difficulté était en réalité plutôt, pour moi, en ce qui concerne la rédaction de mes conclusions, d'arriver à présenter les choses avec suffisamment d'habileté pour que les membres de l'Assemblée du contentieux acceptent de se « déjuger » pour se rallier en douceur au revirement de jurisprudence que je préconisais.

C'est pourquoi j'ai occupé, moi aussi, une partie de cette semaine à rencontrer les membres de l'Assemblée – ce qui est, de toute façon, dans les usages au Conseil d'État avant une séance de jugement de cette formation.

Sans entrer dans les détails de chacun de ces entretiens, je dirai que l'ambiance générale était à une certaine résignation face à une évolution jurisprudentielle qui apparaissait sans doute inévitable en opportunité, même si elle n'était pas pour autant considérée comme véritablement justifiée en droit. Je n'ai rencontré, au cours de mes rendez-vous avec les présidents de section, ni hostilité affirmée à la thèse que je soutenais, ni non plus le moindre enthousiasme à son égard.

Il y avait, parmi tous ces entretiens, deux rencontres que je redoutais particulièrement :

– La première était la rencontre avec le président Combar nous, alors président de la section du Contentieux, que je redoutais, d’abord parce que j’ignorais quelle serait sa position personnelle sur l’affaire et que je craignais intuitivement qu’elle ne fût pas spontanément favorable à ma thèse, mais aussi parce que la véritable statue du commandeur que représentait cette grande figure du Conseil d’État avait, par nature, quelque chose d’impressionnant pour le jeune homme de 28 ans, tout juste promu maître des requêtes, que j’étais alors.

Je l’ai trouvé, sur le fond, et pour mon plus grand soulagement, plutôt résigné, lui aussi, pour des raisons d’opportunité, à un revirement de jurisprudence, même s’il a souligné d’emblée que, pour lui, la solution de l’arrêt *Syndicat général des fabricants de semoules de France* de 1968 – maintes fois réaffirmée depuis lors, y compris en Assemblée, notamment par l’arrêt *Union démocratique du travail* de 1979 – était juridiquement « impeccable ».

En revanche, l’entretien m’a catastrophé, de façon imprévue, sur un tout autre plan : le président Combar nous m’a intimé la consigne d’être très bref dans mes conclusions, en me fixant une durée limite de « 20 minutes », ce qui n’est objectivement pas beaucoup pour une grande affaire d’Assemblée. Il a justifié cette injonction en m’expliquant, d’abord, que le rôle de la séance était très chargé. (Il est vrai que ce rôle comportait, en plus des dossiers déjà cités, des affaires mettant en cause des décrets en Conseil d’État concernant les statuts de cadres d’emplois de la fonction publique territoriale). Mais il a aussi et surtout souligné qu’il était inutile de « faire des tirades » sur le sujet, en ajoutant ces mots, que je cite à peu près de mémoire :

« Il n’est d’ailleurs pas nécessaire que vous exposiez en détail la question de droit car tous les membres de l’assemblée la connaissent par cœur. On n’a pas vraiment besoin de vous pour nous l’expliquer ! » (ce qui, en soi, était d’ailleurs parfaitement exact...).

Cette limite de 20 minutes m’a en fait posé beaucoup plus de problèmes que l’affaire elle-même car, d’une part, je craignais d’être trop long (ce qui m’a conduit à procéder, parfois avec regret, à diverses coupures dans le texte de mes conclusions) et, d’autre part, je m’inquiétais, en sens inverse, de ce que penseraient la doctrine et, de façon générale, les autres observateurs extérieurs – ignorant évidemment cette consigne interne – d’un commissaire du gouvernement qui paraîtrait avoir expédié en quelques pages des conclusions sur une affaire d’une telle importance juridique. Je ne suis d’ailleurs finalement jamais parvenu à résoudre ce dilemme et ai rédigé des conclusions aussi courtes que possible dans les limites du raisonnable, mais sans respecter vraiment cette obsédante limite de 20 minutes et en la dépassant même substantiellement – ce que, du reste, le président Combar nous ne m’a nullement reproché après coup.

– L’autre rencontre que je redoutais était celle prévue avec la présidente Questiaux (alors présidente de la section des Travaux publics, mais aussi et surtout ancien commissaire du gouvernement dans l’affaire dite « des Semoules » qui avait fixé la jurisprudence antérieure).

Mais, là aussi, j’ai trouvé face à moi une interlocutrice plutôt résignée à un revirement par rapport à cette jurisprudence et même prête, à la vérité, à se laisser convaincre de son bien-fondé. Je la revois notamment me disant qu’elle

« *n'aim[ait] pas les jurisprudences à rebours* ». Elle m'a surtout exposé les arguments qu'on pouvait faire valoir à l'encontre de ma thèse, en m'expliquant qu'elle serait très attentive aux contre-arguments que j'arriverais à y opposer dans mes conclusions (ce que je me suis attaché à faire : toute une partie de ces dernières – qui a beaucoup contribué à me faire dépasser les 20 minutes! – était consacrée à relever le défi qu'elle m'avait, en quelque sorte, ainsi lancé, en répondant aux arguments qu'elle avait énumérés).

Il y avait, à l'opposé de ces deux rencontres que je craignais, deux moments que j'attendais avec plaisir :

– Le premier était la traditionnelle réunion avec le vice-président précédant le jugement d'une affaire en Assemblée.

Comme je le presentais, bien sûr, même si je n'avais jusqu'alors eu aucun contact direct avec lui au sujet de cette affaire, le président Long a indiqué qu'il était en faveur du revirement de jurisprudence. Il s'est surtout enquis de savoir dans quel sens j'entendais moi-même conclure – ce qu'il ne savait pas encore, non plus, de son côté – en me laissant comprendre que cela lui importait pour deux raisons : d'abord, bien sûr, parce qu'il pensait que cela pouvait avoir une influence sur l'issue des délibérations, qui restait incertaine, mais aussi parce qu'il espérait, dans un souci de communication extérieure, qu'en cas d'adoption de ce revirement, mes conclusions puissent servir d'« *explication de texte* » à l'arrêt lui-même. Je me souviens être sorti de cette réunion avec un large sourire, ce qui n'avait été le cas à l'issue d'aucune de mes autres rencontres.

– L'autre entretien dont je me réjouissais à l'avance n'était pas organisé avec un membre de l'Assemblée du contentieux mais avec un éminent collègue, qui avait beaucoup écrit sur le sujet et ne manquait pas une occasion de prôner l'abrogation de la jurisprudence dite « *des Semoules* » : Bruno Genevois, qui était alors secrétaire général du Conseil constitutionnel, et que j'étais allé voir, en voisin, dans l'aile Montpensier du Palais-Royal, afin de bénéficier de sa science.

Cet entretien fut un grand moment, que je regrette de n'avoir pas pu filmer, car, après avoir commencé à me parler du sujet, en me félicitant chaleureusement de mon soutien à la thèse qu'il défendait de longue date, il s'est mis en fait à improviser les conclusions qu'il aurait aimé prononcer sur l'affaire, allant même, dans mon souvenir, jusqu'à se lever un moment de son bureau, pour mieux se mettre en situation de commissaire du gouvernement, et à ponctuer régulièrement son propos de « *Messieurs* » : « *Messieurs, vous avez toujours considéré que... Mais, Messieurs, vous devrez désormais juger que...* ». Je me souviens d'ailleurs m'être dit, sur le moment, que mon interlocuteur méconnaissait visiblement le fait qu'il y avait, déjà à cette époque, des dames siégeant à l'Assemblée du contentieux ! J'ai essayé en vain, à deux ou trois reprises, d'interrompre ce monologue passionné, en glissant timidement que je saurais écrire mes conclusions moi-même... Mais je dois reconnaître que la prose du président Genevois sur le sujet valait la peine d'être entendue, surtout pour le vrai commissaire du gouvernement de l'affaire. Je n'exclus pas, au demeurant, d'y avoir grappillé, par-ci par-là, quelques formules pour les mettre à profit dans mes conclusions.

La suite des événements est sans doute mieux connue, parce qu'elle était en partie publique

Ce fut la séance d'Assemblée du 13 octobre – un vendredi 13, mais je n'ai jamais été superstitieux – dont je n'ai en fait pas grand-chose à dire, au-delà de la teneur de mes conclusions elles-mêmes, si ce n'est que celles-ci m'ont valu, lors de la traditionnelle pause précédant le délibéré, des félicitations chaleureuses du vice-président et de beaucoup d'autres présidents participant à la séance – y compris de certaines grandes figures de l'Assemblée du contentieux de l'époque dont les penchants naturels ne me laissaient pourtant pas penser qu'ils pourraient être particulièrement séduits par mon argumentation. J'avoue que j'y ai été très sensible.

On ne sera pas surpris d'apprendre que le président Genevois m'a demandé, après la séance, si j'accepterais de lui communiquer mes conclusions afin qu'il puisse me faire part de ses commentaires avant leur publication – ce que j'ai fait de bonne grâce, tout en craignant, au fond de moi, qu'il n'en propose une véritable réécriture à sa façon... Mais je dois dire qu'il s'est en fait borné, à mon grand soulagement, à y apporter des annotations d'ordre purement typographique, qui étaient d'ailleurs parfaitement justifiées.

Les retombées médiatiques de l'affaire ont été immédiates, car l'attachée de presse du Conseil d'État, Mme Schwartz, avait lancé dès avant la séance de jugement, à la demande du président Long, une opération de communication très développée pour l'époque (où l'on était loin, en la matière, du savoir-faire de la « dircom » dont s'est depuis lors dotée l'institution). Il a même été question de diffuser mes conclusions aux journalistes le jour même de la séance, mais j'avais objecté qu'il me paraissait plus convenable de s'en tenir à l'usage établi selon lequel on ne communique les conclusions du commissaire du gouvernement (ou, aujourd'hui, du « rapporteur public ») qu'après la lecture de l'arrêt.

À l'initiative du président Long, il a été décidé, peu après la séance, que cette lecture serait, précisément, avancée à une semaine, soit au 20 octobre, compte tenu de la pression médiatique qui s'est rapidement faite insistante.

L'arrêt, qui a donné lieu à un communiqué de presse diffusé avec mes conclusions, a été très substantiellement évoqué dans toute la presse écrite d'information générale et a notamment eu l'honneur de faire la une du *Monde*.

J'ai même, à la demande du président Long, répondu à la sollicitation d'une chaîne de télévision de l'époque, la 5, qui m'a invité, le soir de la lecture, à son journal télévisé, où j'ai été interviewé par la journaliste Nathalie Saint-Cricq (devenue aujourd'hui chef du service politique de France 2, mais qui était alors aussi jeune que moi...).

De façon générale, la tonalité des réactions dans la presse écrite fut, comme on pouvait s'y attendre, très différente selon la tendance politique des journaux en cause, allant de sévères critiques à des louanges appuyées, en passant bien sûr par des comptes rendus plus neutres dans les organes de presse sans connotation politique particulière.

La réception de l'arrêt par la classe politique fut évidemment, de la même façon, très diverse, sachant que les réactions les plus affirmées furent celles – très hostiles – en provenance des milieux dits « souverainistes ». Il me sera d'ailleurs permis de relever ici que certaines personnalités, de gauche comme de droite, qui se sont alors exprimées à ce sujet ont pu, me semble-t-il, verser regrettablement dans l'excès.

Mais il y eut aussi des messages de soutien, dont certains d'un grand poids. Je pense en particulier à une lettre personnelle manuscrite que le Premier ministre de l'époque, Michel Rocard, avait envoyée le 13 novembre 1989, soit quelques semaines après la lecture, au président Long (et dont celui-ci m'avait très aimablement adressé une copie en me faisant observer, dans un mot d'accompagnement, que son auteur y citait mes conclusions). On pouvait notamment y lire que le Premier ministre voyait dans « *cette décision historique [...] le symbole le plus tangible de l'engagement irréversible de la France dans la construction de l'Europe* ».

J'ai d'ailleurs découvert, en préparant la présente conférence, dans les archives du président Long, d'autres lettres émanant de diverses autorités alors en fonction, comme le garde des Sceaux, Pierre Arpaillange, et la ministre des Affaires européennes, Édith Cresson, réagissant à des courriers par lesquels le vice-président leur avait personnellement communiqué l'arrêt, accompagné de mes conclusions. Je n'eus pas connaissance, à l'époque, de ces derniers échanges, mais n'ai évidemment pas été surpris d'apprendre leur existence, d'autant que le vice-président m'avait, peu après la séance d'Assemblée, demandé en bonne et due forme mon accord pour transmettre mes conclusions à différents interlocuteurs.

Du côté de la doctrine, les réactions furent majoritairement positives, mais il y eut aussi des oppositions très virulentes de certains professeurs, accusant le Conseil d'État et son commissaire du gouvernement d'avoir bafoué les fondements du droit public en violant l'autorité de la loi ou, tout à l'opposé, d'ailleurs, de ne pas avoir adopté un raisonnement assez proeuropéen. J'ai même retrouvé, dans mes archives, une lettre que j'avais projeté d'écrire à l'époque – avant, finalement, de renoncer à l'envoyer – à un professeur de droit qui m'avait attaqué en des termes mettant en cause mon honorabilité, au motif – qui peut tout de même surprendre – que mes conclusions auraient eu de scandaleux relents antieuropéens. (Il me reprochait essentiellement, comme d'autres auteurs de la même tendance, d'y avoir contesté l'application, en droit interne, de la théorie de la suprématie absolue du droit communautaire affirmée dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – aspect de mes conclusions qui avait précisément beaucoup plu, tout au contraire, à une autre partie de la doctrine et, d'ailleurs, des membres de l'Assemblée du contentieux).

Après ces premières réactions, j'ai dû faire, pendant des années, ce que j'appellerais le « service après-vente » de l'arrêt *Nicolo*. Celui-ci était d'autant plus nécessaire qu'une des caractéristiques de cet arrêt est que, de façon pour le moins insolite – mais c'est là le reflet de l'état d'esprit dominant, ci-dessus décrit, qui entourait son élaboration –, il ne comporte aucune explicitation de la solution juridique nouvelle retenue par le Conseil d'État, en dehors de la seule mention, dans les visas, de l'article 55 de la Constitution. Pas de considérant de principe, pas même la moindre explication du raisonnement suivi par le juge... Nous

sommes loin – c'est le moins qu'on puisse dire – des préconisations actuelles du Conseil d'État résultant de la récente réforme du mode de rédaction des décisions de la juridiction administrative!

Pour comprendre l'arrêt, il fallait donc, en fait, se référer aux conclusions du commissaire du gouvernement. C'est d'ailleurs pourquoi celles-ci avaient été systématiquement jointes, comme je l'ai dit, au communiqué de presse diffusé aux journalistes, puis à tous les courriers personnels adressés par le président Long à ce sujet. Et, dans les années suivantes, je n'ai cessé d'être amené à expliquer l'arrêt, souvent à la demande du Conseil d'État lui-même, devant les auditoires les plus divers, à l'université Paris-I, au CNAM ou à l'IHEDN, par exemple, mais aussi dans des lieux aussi exotiques que l'université de Fort-de-France ou même l'université australe de Buenos Aires – où l'on m'a demandé un jour de donner une conférence sur le sujet qui a été, à ma grande surprise, massivement suivie par les étudiants argentins.

Le souvenir certainement le plus insolite que je garde de ce rôle de « service après-vente » est une conférence que le secrétaire général du Conseil d'État de l'époque, Michel Pinault, m'avait demandé de prononcer devant le Rotary Club du Mans – car il avait des attaches personnelles dans cette ville – et où je me suis retrouvé devant un parterre de notables locaux, composé en grande partie de dirigeants d'entreprises de rillettes, qui me regardaient avec des yeux écarquillés me laissant deviner qu'ils avaient un peu de mal à appréhender le sujet dont je les entretenais...

Je terminerai cette évocation de la réception de l'arrêt *Nicolo* en indiquant que la réaction la plus cocasse en la matière est sans doute celle qui m'est venue, plus tard, du président Théry, lorsqu'il s'est lancé dans la publication de ses célèbres *Scènes de la jurisprudence administrative* illustrant les grands arrêts du Conseil d'État. Il m'a en effet fait observer qu'un grave défaut de l'arrêt *Nicolo* était que l'illustration d'une notion aussi abstraite que le contrôle de conventionnalité des lois lui posait un véritable casse-tête. Il a cependant ajouté que je m'étais heureusement racheté ensuite par l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* car le lancer de nains ne soulevait pas, de ce point de vue, les mêmes difficultés...

* * *

Pour conclure mon propos, je voudrais d'abord rendre hommage au président Marceau Long, qui a été – je ne peux manquer de le souligner en toute humilité – le premier promoteur du revirement de jurisprudence auquel a procédé l'arrêt *Nicolo*, même s'il m'a toujours dit, et a d'ailleurs publiquement écrit, qu'il m'attribuait une grande part de ce succès.

Je crois, en vérité, que les rôles ont été un peu partagés, en une sorte de « coproduction », et tout est dit à ce sujet dans un mot datant de 2003 – retrouvé, là aussi, dans mes archives personnelles – qu'il m'avait envoyé en réponse aux félicitations que je lui avais adressées lorsqu'il a été élevé à la dignité de grand-croix de la Légion d'honneur. Il m'y écrivait notamment qu'il était très sensible à l'évocation des efforts qu'il avait entrepris, pendant sa vice-présidence, en faveur



de « [l'] "ouverture européenne" [du Conseil d'État] avec les arrêts *Alitalia*, et surtout *Nicolo*, auquel vous avez attaché votre nom » et poursuivait en ces termes :

« Vous savez que je souhaitais cette évolution, et l'avais discrètement préparée auprès de nos collègues de l'Assemblée [du contentieux] ... Encore fallait-il des conclusions dignes de l'enjeu : vous avez eu le souffle qui était nécessaire... »

Je lui laisse bien sûr la responsabilité de cette dernière phrase mais c'est aujourd'hui pour moi l'occasion de dire ici la grande admiration que je porte au président Long, qui, au-delà de l'affaire *Nicolo*, au-delà même, plus généralement, du renouveau de la jurisprudence qu'il a impulsé, a permis au Conseil d'État de renaître à l'issue d'une période qui n'était pas la plus florissante de son histoire.

Enfin, je voudrais vous dire tout le plaisir que j'ai éprouvé à évoquer devant vous ces souvenirs des intenses moments où s'est fait, il y a 30 ans, l'arrêt *Nicolo*... malgré le petit désagrément que m'avait initialement occasionné l'invitation de la présidente de Boisdeffre, car je dois avouer qu'être convié par le Comité d'histoire à raconter ma propre expérience m'a donné subitement un « coup de vieux » que j'ai eu psychologiquement un peu de mal à supporter!...



Escalier d'honneur et palier du premier étage du Conseil d'État, photographie prise depuis le hall d'honneur.

© Conseil d'État

Deuxième partie

Table ronde
« La loi du 24 mai 1872,
150 ans après »

Colloque organisé par le Comité d'histoire
du Conseil d'État et de la juridiction
administrative le 30 mai 2022

Allocution d'accueil

Didier-Roland TABUTEAU ¹

Mesdames et Messieurs les présidents,
Mesdames et Messieurs les professeurs,
Mesdames et Messieurs les membres du Comité d'histoire du Conseil d'État
et de la juridiction administrative,
Mesdames et Messieurs,
Chers amis,

Je suis particulièrement heureux d'ouvrir cette demi-journée de travail consacrée à la loi du 24 mai 1872, dont nous célébrons aujourd'hui, avec quelques jours de retard, le 150^e anniversaire. Comment ne pas mesurer la solennité du texte que nous évoquons pour le Conseil, la juridiction administrative dans son ensemble et je dirais même pour l'État de droit.

Je voudrais d'emblée remercier le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, à qui l'on doit cette initiative, en particulier sa présidente, Martine de Boisdeffre, et les membres de son conseil scientifique. Parmi eux, Jean-Marie Delarue et Jean-Pierre Machelon qui ont élaboré le programme de cet après-midi ; ce dernier interviendra dans quelques minutes, suivi par Marc Bouvet et Éric Anceau : qu'ils soient tout particulièrement remerciés. Comme bien sûr Rémy Schwartz, président-adjoint de la section du Contentieux et président du Tribunal des conflits, ainsi que la professeure Anissa Hachemi, qui évoqueront enfin l'indépendance et l'impartialité de la juridiction administrative et le mythe fondateur que constitue cette loi du 24 mai.

« Mythe fondateur », réforme qui, comme le notait Roland Drago, libéra le Conseil d'État « *d'entraves visibles ou invisibles* ² », le révéla à lui-même, lui permit d'être « *l'inspirateur d'un corps de doctrine qui n'aurait pu être pleinement concevable sous le régime de la justice retenue* ³ » : il ne fait pas de doute que la loi du 24 mai 1872 marque un moment charnière dans l'histoire de la juridiction administrative.

Pourquoi ?

Comment ce texte de compromis – entre les pouvoirs exécutif et législatif ; entre des « *républicains invoquant les privilèges régaliens de la monarchie* » et des

1 Texte écrit en collaboration avec Guillaume Halard, magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

2 R. Drago, *La Loi du 24 mai 1872*, EDCE, 1972, p. 13.

3 *Ibid.*

« *monarchistes armés d'un souvenir de la République*⁴ » –, comment ce texte initialement destiné à rester provisoire, comment ce texte imparfait à maints égards a-t-il pu à ce point s'imposer comme le socle de la justice administrative moderne ?

Cette question sera au cœur des discussions de cette après-midi et je voudrais, en introduction, esquisser deux éléments de réponses qui me paraissent fondamentaux.

En premier lieu, la loi du 24 mai 1872 a ancré le Conseil d'État et la justice administrative dans notre tradition républicaine.

Du Conseil du roi au Conseil d'État napoléonien, les racines monarchiques et impériales de notre maison sont évidentes : ce sont elles qui, tout au long du XIX^e siècle, ont cristallisé les critiques des libéraux, qui n'ont jamais admis le paradoxe contenu dans la loi des 16 et 24 août 1790, qui avait poussé le dogme de la séparation des pouvoirs au point de le contredire⁵.

Gaëtan de La Rochefoucauld disait ainsi, en réponse à la fameuse maxime d'Henri de Pansey : « *Lorsqu'on juge, on n'administre pas, et lorsqu'on administre, on ne juge pas* ». Cormenin considérait pour sa part qu'« *en principe, la juridiction du Conseil d'État est inconstitutionnelle*⁶ ».

Pour autant, ni la II^e, ni la III^e République ne remirent en cause son existence. Il est vrai que sa suppression fut, un temps, envisagée par le gouvernement de la Défense nationale, qui suspendit en 1870⁷ les membres du Conseil d'État et institua une commission provisoire afin d'expédier les affaires administratives et contentieuses urgentes dans l'attente du retour au calme.

Mais quelques mois plus tard, comme l'a démontré Vincent Wright, « *il n'y avait plus aucune différence d'opinion fondamentale sur l'existence même du Conseil*⁸ » : libéraux et conservateurs convergeaient en effet pour reconnaître, à la fois, la nécessité et la légitimité d'une juridiction spécialisée chargée de juger les litiges administratifs, autrement dit pour consacrer le dualisme juridictionnel.

Gambetta fut d'ailleurs l'un des principaux défenseurs du projet préparé par Anselme Batbie : il voyait la justice administrative, dans un État moderne, comme une « *nécessité de premier ordre* » afin de « *ne pas laisser entamer les services publics* », ni son « *pouvoir supérieur* », découlant de l'irréductible singularité de sa mission au service de l'intérêt général.

Cela ne signifie toutefois pas qu'il n'était tenu aucun compte des droits des administrés et que la justice administrative était conçue comme un organe de

4 Un ancien membre du Conseil d'État, *Le Conseil d'État sous le Second Empire et la Troisième République*, Paris, 1880, p. 20.

5 J.-M. Sauvé, « Dualité entre les deux ordres de juridiction », Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'École nationale de la magistrature le 21 juillet 2017.

6 L.-M. Cormenin, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Le Doux, 1818, p. 88-89.

7 Décret n° 53 du 15 septembre 1870.

8 V. Wright, *La réorganisation du Conseil d'État en 1872*, EDCE, 1972, p. 21.

défense de l'administration : tout au contraire, c'est la capacité du Conseil d'État, éprouvée par plusieurs décennies de pratique, à soumettre cette administration au droit, à la contrôler plus qu'à la servir, à « protéger [aussi] fermement les droits privés contre [ses] exagérations » « tout en faisant leur part aux exigences de l'intérêt administratif⁹ », ainsi que l'écrivait Reverchon lui-même, plusieurs années après sa révocation.

C'est sa capacité, en d'autres termes, à concilier l'intérêt public et les droits privés en réunissant, selon les mots de Léon Aucoc, « les lumières, la modération et l'indépendance¹⁰ » qui convainquit les députés que la séparation des pouvoirs ne s'opposait pas à l'existence d'une telle institution.

De manière pragmatique, l'Assemblée nationale de 1872 compléta donc l'ouvrage inachevé de la Constituante, en incluant expressément le Conseil d'État et le dualisme juridictionnel dans le corpus républicain. En jetant les bases d'une « conception française de la séparation des pouvoirs » faisant le lien entre notre histoire particulière et les principes universels de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cette loi confortait aussi, en passant, les conseils de préfecture, mis sur la sellette quelques mois plus tôt.

Cette inclusion nécessitait toutefois un ajustement fondamental, qui est le second grand apport de la loi du 24 mai 1872 : le passage de la justice retenue à la justice déléguée et bien sûr l'affirmation de l'indépendance du Conseil d'État.

Nombreux sont les auteurs qui, aujourd'hui¹¹ comme hier¹², considèrent que le Conseil d'État avait déjà acquis, dans les faits, une réelle indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Le chef de l'État, qui gardait formellement le pouvoir de suivre ou non les projets de décisions préparés par le Conseil d'État, n'avait en effet jamais été, comme le disait déjà Napoléon, qu'une « griffe ».

Il était toutefois arrivé, comme l'a rappelé Édouard Laferrière¹³, que le chef de l'État retarde la signature d'un arrêt qui ne lui convenait pas ou qu'un ministre tente de le convaincre de ne pas suivre la position du Conseil d'État.

La République ne pouvait pas s'accommoder d'un tel système, manifestement contraire aux principes démocratiques. Aussi, en affirmant que le Conseil d'État statue souverainement sur les recours contentieux en matière administrative, le législateur permit à la justice administrative de franchir une étape décisive.

Il est vrai que pour protéger effectivement le juge administratif des interférences de l'exécutif, une telle affirmation était nécessaire, mais pas suffisante. L'indépendance exige également des garanties relatives à la nomination, la

9 E. Reverchon, journal *Le Droit* du 12 mars 1863.

10 L. Aucoc, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789*, Paris, 1876, p. 164.

11 Not. J. Chevallier, *Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administrative active*, Paris, LGDJ, p. 202.

12 Cormenin écrivait par exemple dès 1822 : « J'affirmerais volontiers qu'il n'y a pas de tribunal en France qui juge avec plus d'indépendance de caractère et de conscience que le Conseil d'État. »

13 E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2^e édition, 1896.

révocation et le déroulement de la carrière des membres du Conseil d'État. Sur ce point, la loi de 1872 reste imparfaite.

L'Assemblée nationale, chargée d'élire les conseillers d'État, gardait par exemple le pouvoir de les révoquer, et le chef de l'État de les suspendre pendant deux mois. Les membres du gouvernement se voyaient par ailleurs confier une place au Conseil puisque le garde des Sceaux en était le président et que les ministres avaient voix délibérative en Assemblée générale dans les affaires dépendant de leur ministère.

Toutes ces anomalies ont rapidement disparu. Après que la loi du 2 août 1875 eut redonné au Président de la République le pouvoir de nommer les conseillers d'État et que la dernière purge en date – si l'on exclut l'épisode de la Seconde Guerre mondiale – fut intervenue en 1879 à la fin de l'« Ordre moral », une solide coutume républicaine s'instaura, en vertu de laquelle l'exécutif n'intervient pas dans la carrière des membres du Conseil d'État, sauf formellement en les nommant par décret en conseil des ministres.

Les ministres n'y ont plus aucune place et, si le chef du Gouvernement peut encore présider l'Assemblée générale, cette faculté n'a jamais été comprise ni pratiquée autrement que de façon exceptionnelle et cérémoniale.

C'est cette coutume, ininterrompue et très profondément ancrée dans la tradition républicaine, qui a permis au Conseil constitutionnel de juger dès le 22 juillet 1980 que l'indépendance de la juridiction administrative est protégée par un principe fondamental reconnu par les lois de la République résultant de la loi du 24 mai 1872¹⁴. Cette protection constitutionnelle a ensuite été reconnue à maintes occasions¹⁵.

C'est également cette coutume qui a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à juger le 9 novembre 2006 que si « *l'inamovibilité des membres du Conseil d'État n'est pas prévue par les textes* », elle « *se trouve garantie en pratique comme est assurée leur indépendance par des usages anciens tels que la gestion de l'institution par le bureau du Conseil d'État, sans ingérences extérieures (...) ou l'avancement à l'ancienneté, garant de l'autonomie tant à l'égard des autorités politiques qu'à l'égard des autorités du Conseil d'État elles-mêmes* »¹⁶.

Aussi ne fait-il aucun doute que si le législateur ou l'exécutif entendaient remettre en cause cette indépendance, leurs décisions seraient inévitablement censurées par les juges constitutionnel ou administratif.

J'ajouterai enfin que cette indépendance concerne le Conseil d'État dans l'ensemble de ses activités, qu'il soit juge ou conseiller.

14 CC, 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, n° 80-119 DC, pt. 6.

15 CC, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, n° 86-224 DC, pt. 15; CC, 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, n° 89-271 DC, pt. 6.

16 CEDH 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines*.

Le dualisme fonctionnel n'a aucune incidence sur l'indépendance du Conseil : les membres des sections consultatives et contentieuses sont soumis au même statut et protégés par les mêmes garanties. La charte de déontologie de la juridiction administrative s'applique aussi bien aux membres exerçant des fonctions consultatives qu'à ceux qui siègent à la section du Contentieux.

Qu'en tant que conseillères, les sections consultatives et l'Assemblée générale cherchent à entretenir des relations constructives avec le Gouvernement afin de l'aider à élaborer des normes conformes au droit, cohérentes et efficaces est une chose – que j'estime au demeurant essentielle pour l'action publique et la mise en œuvre des politiques voulues par les autorités issues des élections – mais soyons clairs, cela ne signifie en rien que leurs avis ne seraient pas rendus en toute indépendance.

C'est précisément ce positionnement – constructif mais indépendant – qui fait toute la richesse et l'intérêt de la mission consultative du Conseil d'État pour notre État de droit.

L'indépendance des formations consultatives du Conseil d'État n'était pas encore d'actualité en 1872. Elle n'a d'ailleurs été pleinement reconnue par les textes que récemment. En 1945, il était non seulement prévu que les ministres avaient voix délibérative à l'Assemblée générale pour les affaires relevant de leur département ministériel, mais que les commissaires du Gouvernement disposaient d'une voix par ministère devant les sections administratives. Dès 1963, il a été prévu que les fonctionnaires exerçant les fonctions de commissaires du Gouvernement n'auraient qu'une voix consultative, mais c'est seulement en 2008 que les dispositions prévoyant la possibilité d'une voix délibérative des ministres ont été expressément abrogées.

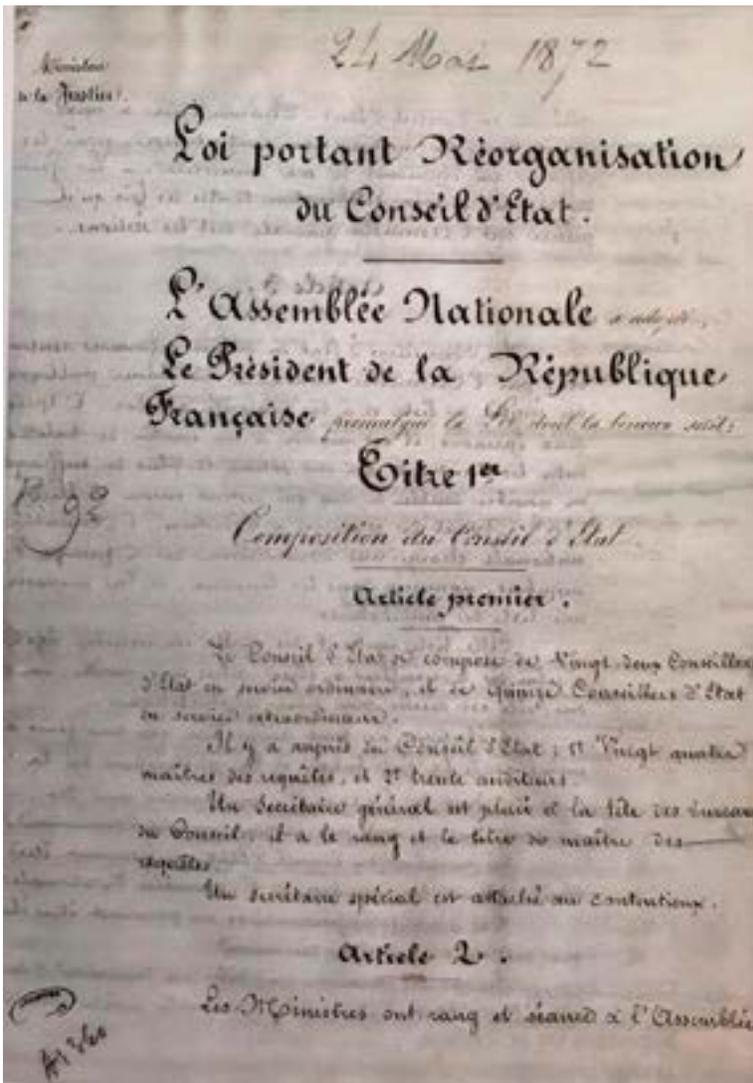
Il faut aussi souligner le pas important franchi par le codificateur en l'an 2000¹⁷, qui a fait du vice-président le président de droit de l'Assemblée générale alors que les textes antérieurs le présentaient comme un président par défaut, en l'absence du Premier ministre ou du garde des Sceaux.

Parallèlement, les textes ont conforté les garanties d'impartialité rendues nécessaires par le dualisme fonctionnel. Cette question, résolue à l'issue d'un dialogue intense, parfois rugueux avec la Cour européenne des droits de l'homme, avait bien été identifiée par le législateur de 1872.

Un décret du 6 mars 2008¹⁸ interdit dorénavant explicitement à un membre du Conseil d'État de prendre part au jugement d'un acte administratif pris après un avis dont il aurait délibéré : cette règle figurait déjà à l'article 20 de la loi du 24 mai 1872, mais avait été suspendue en 1939, avant d'être abrogée par l'acte dit loi du 18 décembre 1940, et de renaître de façon coutumière après la Libération.

17 Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative.

18 Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État.



Loi portant réorganisation du Conseil d'État (24 mai 1872), première page.
© Archives du Conseil d'État

Le même décret met fin à la présence des représentants des sections administratives dans les sous-sections réunies et la section du Contentieux siégeant en formation de jugement. Et il modifie la composition de l'Assemblée du contentieux pour en exclure, lorsqu'elle est saisie d'un recours contre un acte pris après avis du Conseil d'État, le président de la section administrative qui a eu à en délibérer. Sur ce point, le décret de 2008 revient à une composition qui est plus proche de celle de 1872 que de celle qui résultait de la réforme de 1963¹⁹.

Le décret du 23 décembre 2011²⁰ interdit quant à lui aux membres de la section du Contentieux, pour des actes pris après avis du Conseil d'État, de prendre connaissance de ces avis, dès lors qu'ils n'ont pas été rendus publics ou produits par le Gouvernement dans le cadre du débat contradictoire, ni des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis.

En d'autres termes, des cloisons textuelles viennent dorénavant séparer les travaux des sections administratives et de la section du Contentieux afin de prévenir les risques de partialité et de donner à voir une justice qui inspire davantage confiance à nos concitoyens.

On le voit, Mesdames et Messieurs, fondatrice, la loi du 24 mai 1872 l'est assurément : dans le sens le plus littéral du terme, puisqu'elle a posé les bases, les pierres d'angle d'un édifice qui n'a cessé d'être complété, par les textes comme par la coutume, depuis 150 ans. Cet édifice, c'est celui d'une justice administrative moderne, indépendante et efficace, qui n'a plus jamais cessé de progresser pour toujours mieux garantir notre État de droit.

C'est sur ces mots que je m'empresse de céder la parole à Jean-Pierre Machelon et de remercier une nouvelle fois le conseil scientifique du Comité d'histoire du Conseil d'État ainsi que tous les intervenants – faut-il dire, pour un anniversaire, les convives? – qui nous ont rejoints pour approfondir encore notre compréhension de cette grande loi du 24 mai 1872.

Je remercie également très chaleureusement, une nouvelle fois, Martine de Boisdeffre, présidente de la section du Rapport et des Études; Claire Sibille-de Grimoüard, directrice de la bibliothèque et des archives du Conseil d'État; deux de ses agents : Véronique Kleinholt et Laurent Desjardins, et leurs stagiaires; et enfin la direction de la communication et le cabinet du Conseil. Sans eux, rien n'aurait été possible.

19 Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État.

20 Décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011 modifiant le code de justice administrative.

La loi du 24 mai 1872 : présentation de la table ronde

Jean-Pierre MACHELON

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs (chacun en ses titres et qualités),

Qu'il faille ces jours-ci célébrer au Palais-Royal le 150^e anniversaire de la loi du 24 mai 1872 « *portant réorganisation de Conseil d'État* » semble relever de l'évidence. Son article 9 attribue de façon définitive la justice déléguée au Conseil d'État statuant au contentieux. Appelée désormais à statuer « *souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative* » et sur les recours pour excès de pouvoir, la Haute Assemblée, un moment menacée de suppression, se voit confirmée avec éclat dans son existence et reçoit en propre, à côté de sa fonction consultative, le pouvoir de juger. Dans le même temps, le règlement des conflits d'attributions entre « *l'autorité administrative et l'autorité judiciaire* » lui est retiré pour être confié, comme sous la Seconde République, à un tribunal spécial (article 25). Une étape majeure est franchie dans l'histoire du contentieux administratif.

D'autres raisons encore poussent à s'intéresser au sujet, sur lequel des regards doctrinaux nouveaux sont d'ailleurs portés – en particulier dans le numéro de l'*Actualité juridique. Droit administratif (AJDA)* qui vient de paraître ¹. Le maintien en vigueur de la loi de 1872, malgré l'obsolescence progressive de ses dispositions, a de quoi intriguer le juriste et l'historien ; et, de même, sa récente réécriture, avec un intitulé différent, pour régir le droit des conflits. Comment un texte très daté, voté par une assemblée monarchiste au milieu d'une sorte d'inter règne entre l'Empire et la République, a-t-il pu à ce point s'enraciner qu'il apparaît toujours comme un pilier de la justice administrative ? Et pourquoi est-il laissé en pleine lumière à l'époque contemporaine alors que son contenu a changé ?

La réflexion est sollicitée dans plusieurs directions. Notre table ronde va en privilégier cinq, avec, par deux fois, un temps d'échanges avec les participants.

L'examen du contexte historique de la loi est indispensable pour mesurer la portée initiale de ses dispositions. Celle-ci n'apparaît pas d'emblée. À nos yeux distancés, les trente articles promulgués par Thiers, Président de la République, ne semblent aucunement révolutionnaires, ni vraiment conservateurs ; tout au plus, pour certains d'entre eux, un peu étranges...

Mon collègue Éric Anceau, de l'université Paris-Sorbonne, éclairera en historien la genèse de la loi, à partir d'une analyse politique des années 1870-1872.

1 Melleray Fabrice, Montecler Marie-Christine (de), dir., « Dossier : La justice déléguée à 150 ans », *AJDA* 23 mai 2022, n° 18-22, p. 1015-1040.

Ces années de transition institutionnelle méritent d'être scrutées de près. Sans être exactement une loi de circonstance, la loi du 24 mai 1872 doit en effet beaucoup aux contingences politiques. Avec pragmatisme, le gouvernement souhaitait réserver « *les questions d'avenir* » et se borner à donner au Conseil d'État les moyens de « *pourvoir aux nécessités d'un service régulier* », dont n'aurait pas disposé, selon lui, la commission provisoire instituée au lendemain du 4 septembre. L'Assemblée nationale imposa d'autres préoccupations. En période d'incertitude constitutionnelle, la majorité monarchiste tenait à s'attribuer à titre définitif, comme en 1848, la nomination des conseillers d'État en service ordinaire. Inquiète de ses revers dans les élections partielles, elle cherchait à freiner l'évolution du pays vers la République ; à cette fin, il lui fallait mettre en défaut, sur un point sensible, l'autorité de Thiers et l'influence de son garde des Sceaux Jules Dufaure, dont elle se méfiait à l'extrême.

L'angle d'attaque était bien choisi. L'attention du monde politique se portait en priorité sur les institutions à venir. C'est peu dire qu'en 1872 la substitution de la justice déléguée à la justice retenue, qui mettait fin à une fiction, et la résurrection du Tribunal des conflits, qui semblait en découler, n'éveillait pas grand intérêt à l'Assemblée. L'absence de véritable débat sur le sujet le confirme.

Les dispositions adoptées furent du reste, pour une large part, de simples reprises de la législation antérieure. M. Marc Bouvet, professeur d'histoire du droit à l'université d'Angers, montrera que la loi de 1872 est un miroir de l'histoire du Conseil d'État. À considérer ses sources, elle apparaît comme le premier aboutissement d'une longue évolution, commencée en 1806.

Les travaux préparatoires fournissent ici de solides repères. Le projet gouvernemental affichait des ambitions modestes ; il se défendait de toute originalité. Selon l'exposé des motifs, « *il ne [contenait] que des règles déjà éprouvées à différentes époques*² ». Les discussions à l'Assemblée nationale n'en changèrent pas le caractère. Dominées par le rapporteur du projet, Anselme Batbie, professeur de droit administratif à la faculté de Paris et membre très écouté du centre droit orléaniste, elles s'orientèrent vers des solutions transactionnelles, peu innovatrices, adaptables au futur régime constitutionnel, quel qu'il fût.

Avec le recul, la compilation réalisée dans le corpus législatif – au bout d'une année de travaux – révèle une continuité inattendue à travers les régimes politiques successifs du XIX^e siècle, Second Empire compris. Cette continuité, bien connue des contemporains, doit être soulignée, même si une longue tradition venue de la Troisième République tend à l'estomper.

Les données historiques précisées, notre table ronde fera ressortir l'évolution ultérieure de la justice administrative. L'apport d'un siècle et demi de justice déléguée sera synthétisé par M. Rémy Schwartz, président adjoint de la section du Contentieux du Conseil d'État.

La matière est d'une ampleur considérable. En 1872, l'essentiel restait à faire ; et, par la suite, les textes, la pratique institutionnelle et la jurisprudence administrative ont balisé un chemin tourmenté. Durant quelques années encore,

2 Assemblée nationale, annexe n° 279, *Journal officiel*, 19 juin 1871, p. 1453.

le ministre demeura le juge de droit commun du contentieux administratif³. Au Conseil d'État, à peine instaurée, la justice déléguée subit de plein fouet l'épreuve des réalités politiques, *a priori* peu compatible avec l'exercice normal de la fonction juridictionnelle. Il en resta quelques traces. Toutefois, passé la lourde épuration de 1879, le défaut d'indépendance statutaire des membres de l'institution – dont la nomination avait été intégralement rendue à l'exécutif par les lois constitutionnelles de 1875 – cessa progressivement d'être un sujet de critiques, celles-ci mettant davantage en question, surtout dans la période la plus récente, l'impartialité du juge administratif dans l'expédition du contentieux.

Sur ce terrain, et d'autres, le code de justice administrative, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001, vise à répondre aux exigences contemporaines. Il fait notamment, depuis 2016, une large place aux principes déontologiques.

En marge de cette évolution, la loi de 1872 conserve cependant toute sa place. Elle est devenue un mythe fondateur, associé – non sans quelque anachronisme – à la République renaissante. Mme Anissa Hachemi, professeure de droit public à l'université Paris-VIII – Vincennes-Saint-Denis, en dévoilera les mystères.

Ce sera, dans notre table ronde, un quatrième temps, bien nécessaire car les mystères n'ont cessé de s'épaissir. En 1872, le centenaire de la promulgation de la loi a été l'occasion de célébrer avec solennité, et un rien d'hyperbole, la nouvelle naissance du Conseil d'État, alors même qu'il ne subsistait que trois articles de la construction primitive (les articles 25, 26 et 27 sur les conflits et le Tribunal des conflits). De manière significative, la loi de 1872 était présentée en tête du fascicule annuel d'*Études et documents du Conseil d'État (EDCE)* comme la « base de tous les développements de la jurisprudence administrative moderne⁴ ».

Aujourd'hui, rien ne subsiste du contenu originel du texte. Et pourtant celui-ci est toujours là pour conforter la légitimité du juge administratif et de la justice administrative dans son ensemble – ce qui est paradoxal, et même doublement, puisqu'il n'a jamais concerné que le seul Conseil d'État ; nonobstant le tropisme provincial de l'Assemblée élue en 1871, la loi laissait de côté les conseils de préfecture et les juridictions administratives spécialisées. Du strict point de vue juridique, la loi de 1872 n'offre plus de référence pertinente que pour un rappel historique. En droit positif, c'est l'article 111-1 du code de justice administrative qui dispose aujourd'hui que « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours [...] ». Et, au niveau le plus élevé de l'ordre juridique, ce sont des décisions du Conseil constitutionnel, en date de 1980 et 1987, qui garantissent l'existence et l'indépendance des juridictions administratives, au titre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁵.

3 Jusqu'à l'arrêt *Cadot*, rendu par le Conseil d'État le 13 décembre 1889 (décision n° 66145, *Rec.*, p. 1148, conclusions Jagerschmidt).

4 Letourneur (Maxime), « Avant-propos », *EDCE 1972*, fasc. n° 25, Paris, 1973, p. 9.

5 Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 46 ; décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8.



Peinture représentant le palais d'Orsay avant son incendie en 1871, par Albert Girard, toile non collée, 1875.

© Conseil d'État

En définitive, comment lire aujourd'hui la loi du 24 mai 1872? Et quelle loi?

Faut-il insister sur le dernier avatar du texte, intitulé depuis 2015 « loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits »⁶? La question se pose pour ses seize articles. La nouvelle mouture de la loi n'est pas insignifiante : elle met fin à la présidence du Tribunal par le ministre de la Justice, garde des Sceaux, et modifie substantiellement la procédure applicable.

Faut-il plutôt rester attentif à la « loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État », c'est-à-dire à la version ancienne, celle qui nous rassemble cet après-midi et qui a consacré, il y a 150 ans, la naissance du Conseil d'État moderne? La vision traditionnelle est présentement encore d'un grand intérêt ; elle met en relief l'exemple, unique je crois, d'une butte témoin législative d'un autre temps sauvegardée pour sa valeur symbolique.

Il n'est sans doute pas nécessaire de trancher. En tout cas, dans ce bref propos introductif, je me garderai bien de le faire. Car ce serait anticiper sur la conclusion générale de la table ronde, que nous livrera tout à l'heure Mme Martine de Boisdeffre, présidente de la section du Rapport et des Études du Conseil d'État et présidente du Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, qui a organisé notre réunion.

Je vous remercie de votre attention.

6 En conséquence du titre III de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 « relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ».

La genèse de la loi du 24 mai 1872

Éric ANCEAU

Introduction

À la suite de la révolution du 4 septembre 1870 qui met un terme au Second Empire, la question se pose pour le nouveau gouvernement de la Défense nationale républicain du maintien ou non d'un Conseil d'État marqué du sceau des Napoléon.

Quoique héritier du Conseil de la monarchie d'Ancien Régime, le Conseil d'État est en effet créé dans sa forme contemporaine par Napoléon Bonaparte avec de larges compétences législatives, administratives et judiciaires dont celle de « *rédiger les projets de loi du Gouvernement et les règlements d'administration publique* », mais avec la faculté pour le Premier consul puis l'Empereur de retenir la justice, de présider le Conseil et d'en nommer les membres. Après l'Empire, le Conseil est menacé, mais est finalement maintenu par les monarchies censitaires et par la Deuxième République, la Restauration lui faisant perdre ses attributions législatives¹ et la monarchie de Juillet confirmant cette disposition, tout en sanctuarisant son rôle administratif et judiciaire par la loi du 19 juillet 1845². Quant à la Deuxième République, elle décide, non sans débats, de réattribuer un rôle législatif au Conseil en raison de l'existence à la fois d'une Assemblée unique et d'un Président de la République élus l'un et l'autre au suffrage universel direct, de manière à alléger leurs responsabilités par son concours et à faciliter leurs relations mutuelles, ce que confirme la loi du 3 mars 1849³. Le Conseil est à la fois « *consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés*⁴ ». Louis-Napoléon revient, pour sa part, à la formule initiale de son oncle au lendemain de son coup d'État du 2 décembre 1851⁵.

1 Voir à ce sujet Bigot (Guillaume), « L'administration napoléonienne est-elle compatible avec l'esprit libéral de la Charte? », *Jus Politicum*, vol. VII, 2015, p. 151-164.

2 Voir Bouvet (Marc), *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, Paris, LGDJ, 2001.

3 C'est ce qu'exprime Vivien dans son rapport du 10 janvier précédent. *Moniteur universel* du 12 janvier, reproduit par Duvergier (Jean-Baptiste), *Collection complètes des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, Paris, A. Guyot et Scribe, t. 49, p. 50.

4 Constitution du 4 novembre 1848, chap. VI (« Du Conseil d'État »), art. 72 et 75.

5 Duvergier (J.-B.), ouvr. cité, t. 52, p. 27. Titre VI de la Constitution « Du Conseil d'État ». Sur le Conseil du Second Empire, voir Wright (Vincent), *Le Conseil d'État sous le Second Empire*, Paris, A. Colin, 1972.

Au sein du gouvernement républicain de la Défense nationale de septembre 1870, Gambetta et Jules Simon réclament la suppression du Conseil, mais leur collègue en charge de la Justice, Crémieux, obtient l'ajournement de la mesure⁶. Pour ne pas « *injurier l'avenir* », les décrets des 15 et 19 septembre 1870 remplacent le Conseil de l'Empire par une commission provisoire restreinte de huit membres, chargée d'expédier les affaires courantes, avant que l'Assemblée nationale constituante qui doit être élue par le peuple français ne se prononce définitivement⁷. C'est seulement après l'élection de celle-ci que la question fondamentale du maintien ou non du Conseil d'État peut être posée ainsi que trois questions complémentaires résultant des hésitations du premier XIX^e siècle : comment désignera-t-on les membres du nouveau Conseil ? quelles seront les fonctions de celui-ci ? enfin, comment réglera-t-on les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire ?

Pour retracer cette genèse de la loi du 24 mai 1872, nous disposons des travaux parlementaires préparatoires⁸, des débats sur le projet de loi qui se déroulent en trois lectures du 19 février au 24 mai 1872 et qui ne couvrent pas moins de soixante-dix-huit pages du *Journal officiel*⁹, des papiers des principaux acteurs et

6 Voir ici les *Procès-verbaux des séances du conseil du Gouvernement de la Défense nationale dressés par Dréo*, Paris, C. Lavauzelle, 1905, séances des 4, 7 et 13 septembre, p. 68, 86 et 117.

7 *Bulletin des lois de la République française*, XII^e série, 2^e semestre 1870, t. 1, Imp. nationale, 1871, n^o 5, p. 36, et n^o 10, p. 63-64.

8 En particulier les procès-verbaux de la commission d'examen du projet de loi gouvernemental sur le Conseil d'État de juin 1871 : Archives nationales, C 2861 et le rapport : *JORF*, numéro du 19 février 1872, annexe n^o 863, p. 1195-1199 et *JORF* numéro du 20, annexe n^o 863, p. 1224-1226.

9 Séance de première lecture du 19 février 1872 (*Journal officiel de la République française* [désormais *JORF*], numéro du 20 février, p. 1215-1223) ; second rapport de la commission parlementaire du 25 avril 1872 (*JORF*, numéro du 28 avril, annexe n^o 1079, p. 2829) ; séances de seconde lecture du 29 avril (*JORF*, numéro du 30 avril, p. 2869-2877), du 30 avril (*JORF*, numéro du 1^{er} mai, p. 2896-2906), du 1^{er} mai (*JORF*, numéro du 2, p. 2924-2934), du 2 mai (*JORF*, numéro du 3, p. 2950-2961) et du 3 mai (*JORF*, numéro du 4, p. 2982-2991) ; rapport complémentaire du 23 mai (*JORF*, numéro du 29 mai, annexe n^o 1171, p. 3584-3586, et *JORF*, numéro du 30 mai, p. 3604-3605) et séance de troisième lecture du 23 mai (*JORF*, numéro du 24, p. 3456-3457 et p. 3462-3464) et du 24 mai (*JORF*, numéro du 2 mai, p. 3483-3487).

en particulier d'un manuscrit inédit d'Anselme Batbie qui joue un rôle central dans cette histoire¹⁰, et enfin d'une bibliographie abondante¹¹.

Deux remarques complémentaires sont enfin nécessaires avant d'entrer dans le vif du sujet : la lecture proposée ici est celle d'un historien du politique et non d'un juriste ; elle tient compte du format imparti et des autres contributions proposées. Cela posé, c'est une présentation linéaire et factuelle en deux temps qui a été retenue. Elle correspond au processus de fabrique de la loi et commence par une présentation succincte du projet gouvernemental et du rapport parlementaire destinée à montrer combien l'un et l'autre sont marqués par les incertitudes du contexte et par le jeu politique. Elle se poursuit par l'examen des trois lectures devant l'Assemblée et des ajustements qu'elles entraînent.

Un projet gouvernemental et un rapport parlementaire marqués par l'incertitude du moment et par le jeu politique

Le projet déposé devant une Assemblée divisée

Les élections législatives du 8 février 1871 se déroulent dans le contexte très difficile de la défaite contre l'Allemagne, de l'occupation de quarante-trois départements et de l'impossibilité pour tous les candidats en général de mener une campagne digne de ce nom et pour les anciens serviteurs de l'Empire en particulier de se présenter. Elles sont marquées par le désir de paix de la majeure partie du pays, hors de certaines grandes villes et des pays de la frontière de l'Est. Sur les 675 sièges pourvus, les monarchistes (principalement orléanistes

10 Batbie (Anselme), *Les Origines de la Troisième République*, manuscrit, 614 fol. J'en profite pour remercier l'université Panthéon-Assas qui détient ledit manuscrit et mon collègue Armel Le Divellec qui m'y a donné accès.

11 Précisément sur le rôle de Batbie, voir Meynaud-Zeroual (Ariane), « Batbie et la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État », Plessix (Benoît) (dir.), *Figures administratives de la Faculté de droit de Paris. Anselme Batbie (1828-1887). Actes de la table ronde organisée le 14 octobre 2016, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2017, n° 37, p. 77-114. Plus largement, Aucoc (Léon), *Le Conseil d'État avant et depuis 1789*, Paris, Imprimerie nationale, 1876 ; Paillole (Jean), *La Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État*, Mémoire de doctorat en droit, Paris-II, 1972 ; Drago (Roland), « La loi du 24 mai 1872 », *EDCE*, 1972, n° 25, p. 13-20 ; Wright (Vincent), « La réorganisation du Conseil d'État en 1872 », *EDCE*, 1972, n° 25, p. 21-64 ; *id.* « La loi du 24 mai 1872 » dans Fougère (Louis) (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, CNRS, 1974, p. 545-558 ; Pacteau (Bernard), *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2003, p. 183-206. Je tiens aussi à remercier Grégoire Bigot qui m'a communiqué son article « L'élaboration de la loi du 24 mai 1872 : enjeux politiques et constitutionnels ».

et légitimistes) sont plus de quatre cents et les républicains (des plus modérés aux plus radicaux) à peu près deux cent cinquante ¹².

L'Assemblée qui se réunit à Bordeaux puis à Versailles, faute de pouvoir le faire à Paris fait de Thiers, l'homme d'État orléaniste qui vient d'être plébiscité dans vingt-six départements, le chef de l'exécutif et celui-ci compose un cabinet avec les plus modérés des membres du gouvernement de Défense nationale et ses amis politiques comme Jules Dufaure qui devient ministre de la Justice. Ce cabinet qui conclut la paix avec l'Allemagne, qui écrase l'insurrection de la Commune, qui lance de grands emprunts pour reconstruire la France et essayer de libérer le territoire le plus tôt possible de l'occupant, s'attache aussi à doter le pays des premières lois qu'il juge indispensables et, dans ce but, dépose, dès le 1^{er} juin 1871, un « projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État ¹³ ». Le fait est significatif : il montre que le Conseil d'État est une priorité. Il faut dire que les membres de la commission provisoire sont surchargés de travail et s'en plaignent ¹⁴.

Cependant, le projet présenté par Dufaure ne vise qu'à « réorganiser provisoirement, pour un temps dont personne ne peut assigner la durée, le Conseil d'État ¹⁵ ». Thiers et ses ministres savent, en effet, qu'ils sont tributaires de l'Assemblée et qu'ils ne peuvent préjuger de la future Constitution dont celle-ci doit doter le pays.

En effet, l'idée d'une restauration monarchique est dans l'air, même si elle échoue une première fois en juillet 1871, moment où des élections législatives complémentaires viennent corriger le scrutin de février. Les républicains obtiennent ainsi 99 nouveaux sièges sur les 113 à pourvoir ce qui entraîne un rééquilibrage des forces, même si les monarchistes demeurent majoritaires.

Le Gouvernement a pris les devants et se montre donc modéré, prudent et modeste dans son projet ¹⁶. Il propose de recréer un Conseil d'État, mais en fait un corps neutre, administratif et judiciaire, juge d'appel et de l'excès de pouvoir, qui

12 Il est difficile de donner précisément le chiffre des députés de chaque parti car beaucoup de candidats sont restés dans le flou et se présentent sur des listes panachées, voire sur plusieurs. Jean-Jacques Chevallier avance cent quatre-vingt-deux légitimistes et deux cent quatorze orléanistes (Chevallier [Jean-Jacques], *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris, A. Colin, 9^e édition, 2001, p. 293). Voir aussi Garrigues (Jean) (dir.), *Histoire du Parlement de 1789 à nos jours*, Paris, A. Colin, 2007, Gouault (Jacques), *Comment la France est devenue républicaine : les élections générales et partielles à l'Assemblée nationale, 1870-1875*, Paris, A. Colin, 1954, Locke (Robert R), *French Legitimists and the Politics of Moral Order in the Early Third Republic*, Princeton, Princeton UP, 1974, Hudemann (Rainer), *Fraktionsbildung im französischen Parlament : zur Entwicklung des Parteiensystems in der frühen Dritten Republik, 1871-1875*, Munich, Artemis Verlag, 1979 et Mayeur (Jean-Marie), *La Vie politique sous la Troisième République (1870-1940)*, Paris, Seuil, Points, 1984.

13 JORF, numéro du 19 juin 1871, annexe n° 279, p. 1453-1456.

14 Batbie (Anselme), manuscrit cité, p. 379. Il revient sur ce point dès le début de son rapport. JORF, numéro du 19 février 1872, annexe n° 863, p. 1195. Voir aussi Laforest-Divonne (Jacques), « La commission provisoire remplaçant temporairement le Conseil d'État (septembre 1870-juillet 1872) », *EDCE*, n° 30, 1978-1979, p. 137-154.

15 JORF, numéro du 19 juin 1871, annexe n° 279, p. 1453.

16 Batbie (Anselme), manuscrit cité, fol. 380.

exerce une justice déléguée, à l'opposé du Second Empire. Le Tribunal des conflits sera rétabli à peu près dans la forme de 1848. En outre, le Conseil conservera un rôle législatif. Même si l'exposé des motifs précise qu'il « *n'interviendra plus d'une manière permanente dans la préparation des lois* ¹⁷ » comme sous les empires, il est précisé qu'il « *donne [ra] son avis [...] sur les projets de loi que l'Assemblée nationale ou le Gouvernement juger [o] nt à propos de lui renvoyer* ¹⁸ ». C'est dans la loi républicaine du 9 mars 1849 que le Gouvernement a ici puisé son inspiration. Néanmoins, et contrairement à la Deuxième République, les membres du Conseil, dont le nombre sera réduit au strict minimum par souci d'équilibre budgétaire, demeureront nommés par le chef du pouvoir exécutif ¹⁹. Enfin, il est fortement insisté sur le caractère provisoire du Conseil dans l'espoir de mieux le faire adopter.

La commission parlementaire et son rapport

Dans les jours qui suivent le dépôt du projet de loi, l'Assemblée désigne une commission d'examen du projet. Sous l'autorité de son président, Saint-Marc Girardin, universitaire, journaliste, membre de l'Institut, parlementaire depuis la monarchie de Juillet de sensibilité orléaniste et lui-même ancien maître des requêtes au Conseil d'État, elle conserve l'esprit et les grandes lignes du projet mais l'amende sur quelques points importants, après des débats longs et animés.

D'emblée, elle doit en effet se prononcer sur la proposition de suppression du Conseil formulée par le républicain Bethmont. Certains légitimistes, libéraux et républicains ne veulent plus entendre parler du Conseil, ni de justice administrative. L'argument de la séparation des pouvoirs et d'une vraie indépendance de la justice est avancé. Une nette majorité se dégage cependant pour le maintien du Conseil et pour l'adoption d'une justice administrative déléguée ²⁰.

En revanche, la commission revient sur le principe de la nomination des conseillers auquel tenait le Gouvernement pour réimposer l'élection comme sous la Deuxième République. Sans retenir formellement un contre-projet de Prosper de Chasseloup-Laubat, l'ancien ministre présidant le Conseil d'État sous le Second Empire, ménageant la possibilité pour le législateur de transformer le Conseil en deuxième chambre pour le cas où les futures institutions n'en prévoiraient pas une, elle entend néanmoins le signaler à l'Assemblée pour qu'il soit pris en compte lors du débat ²¹. Ce fait traduit la préoccupation de plusieurs libéraux et conservateurs de la commission de se prémunir contre les risques d'une Assemblée unique et toute-puissante souhaitée par certains républicains et renvoie au spectre de la Convention et aux débats plus récents de l'été et de l'automne 1848.

17 *JORE*, numéro du 19 juin 1871, annexe n° 279, p. 1453. La formulation prend de façon transparente le contrepied de la Constitution du 14 janvier 1852.

18 *Ibid.*, p. 1455. Article 6.

19 *Ibid.*, p. 1455. Article 3 du titre 1^{er}, « Composition du Conseil d'État ».

20 Voir Arch. nat. C 2861 : procès-verbaux de la commission.

21 Voir Pacteau (Bernard), « Prosper de Chasseloup-Laubat au Conseil d'État », *Conférences « Vincent Wright »*, vol. 3, Paris, La Documentation française, 2019, p. 117-146.

La commission confie le soin de rédiger son rapport à Anselme Batbie, ancien auditeur au Conseil d'État, professeur de droit public et administratif à la faculté de Paris et membre comme il se doit de la majorité. L'homme, qui est un nouveau venu sur les bancs parlementaires, est cependant en train de se faire une réputation parmi ses pairs en siégeant dans plusieurs commissions clés et en imposant ses qualités d'expertise juridique et de débateur.

Batbie lit son rapport le 29 janvier 1872 en ouverture de la discussion parlementaire²². Après avoir souligné l'importance du projet gouvernemental et la nécessité pour la France de disposer de nouveau rapidement d'un Conseil d'État, il revient sur le principal point de désaccord entre le cabinet et la commission : donner à l'Assemblée la prérogative d'élire les conseillers d'État soulignera le rôle essentiel de celle-ci dans le processus d'élaboration de la loi, renforcera le lien de confiance entre les deux institutions et incitera l'Assemblée à recourir au Conseil : « La faculté de soumettre un projet de loi au Conseil d'État, dit-il, sera exercée avec plus ou moins de fréquence suivant le degré de confiance que l'Assemblée aura dans les membres du Conseil²³ ».

Cependant, contrairement à la loi de 1849 qui prévoyait un renouvellement par moitié du Conseil à chaque nouvelle législature, la commission ne retient pas ce principe. Pour éviter une inamovibilité des conseillers, ceux-ci pourront être suspendus pendant deux mois par le chef de l'État et révoqués par l'Assemblée²⁴. Batbie conclut son rapport en revenant sur le fait que le Conseil sera principalement administratif et par exception législatif, selon la tradition des régimes parlementaires, mais il ajoute que, si l'Assemblée le souhaite, il pourra être transformé, le cas échéant, en seconde chambre, livrant au passage, à l'appréciation de l'Assemblée, l'amendement de Chasseloup-Laubat visant à compléter à cet effet le Conseil par l'élection de 172 membres pris parmi les conseillers généraux²⁵.

Des débats qui traduisent plusieurs visions du Conseil et calculs politiques

La première lecture

Dès l'ouverture du débat, le 19 février, le projet présenté par la commission essuie l'attaque en règle « *d'une coalition parlementaire* » composée de républicains, d'indépendants libéraux et de légitimistes, pour reprendre la formule qu'emploie

22 *JORF*, numéro du 19 février 1872, annexe n° 863, p. 1195-1199, et *JORF*, numéro du 20, annexe n° 863, p. 1224-1226.

23 *JORF*, numéro du 19 février 1872, p. 1198.

24 *Ibid.*

25 *JORF*, numéro du 20 février 1872, p. 1224.

publiquement Batbie lui-même, un peu plus tard²⁶. En effet, si ces hommes se divisent sur le maintien du Conseil d'État et sur la question de la désignation des conseillers, ils se retrouvent pour condamner le rôle politique et judiciaire que le cabinet et la majorité de la commission entendent lui faire jouer.

L'espoir d'une restauration monarchique n'incite pas les légitimistes à soutenir le projet. À cela s'ajoutent d'autres considérations. Le légitimiste Claude-Marie Raudot attaque l'existence de l'institution elle-même au nom de la nécessité du bicamérisme que le Conseil peut empêcher :

« *Si vous voulez un régime représentatif*, dit-il à ses collègues, *vous n'avez pas besoin de Conseil d'État, ce sont les chambres qui doivent être elles-mêmes le Conseil d'État*²⁷. » Un Conseil élu empêcherait, selon lui, l'instauration d'une Chambre haute :

« *Que la France devienne une Monarchie ou qu'elle reste une République, il faut absolument qu'il y ait deux Chambres [...]. Si vous partagez cette manière de voir, ne faites donc pas remplir la place de cette seconde chambre par le Conseil d'État qu'on vous propose d'instituer.* »

Par ailleurs, ce chantre de très longue date de la décentralisation dénonce la justice administrative comme une atteinte à la séparation des pouvoirs, du sommet – le Conseil d'État – à la base – les conseils de préfecture dont il essaie au même moment d'obtenir la suppression au sein de la commission de décentralisation : « *Je vous ferai remarquer*, souligne-t-il, *qu'en Belgique il n'y a pas de Conseil d'État, et qu'en somme ce petit peuple nous donne souvent des exemples que nous ferions bien d'imiter*²⁸. » Un peu plus tôt dans le débat, le libéral Antonin Lefèvre-Pontalis a développé le même argument en invoquant pour sa part les exemples anglais et américain²⁹.

Du côté républicain, Agénor Bardoux attaque, lui aussi, un projet qui « *viole la grande loi de la séparation des pouvoirs* » et « *compromet singulièrement l'examen d'une question jusqu'ici réservée* », à savoir « *la possibilité d'une seconde Chambre*³⁰ ». Quant à Gambetta, il prononce l'un de ses premiers grands discours depuis son retour de Saint-Sébastien où il est parti prendre quelques semaines de repos. Lui qui avait réclamé la suppression du Conseil d'État au lendemain du 4 septembre le défend maintenant comme « *une création française* », « *une des meilleures de la monarchie française* ». Parce qu'il se dit partisan d'une organisation « *harmonique au pouvoir central et à la forme de ce pouvoir* », il se prononce même pour la nomination des conseillers d'État comme Dufaure et Thiers et contre Batbie, son ancien professeur de la faculté de droit. Cependant, comme Raudot, Lefèvre-Pontalis et Bardoux, il se montre hostile au rôle politique du Conseil et réclame le renvoi de cette question à l'examen des autres institutions :

26 Il utilise cette expression dans la séance du 29 avril, lors de la seconde lecture. Voir *JORE*, numéro du 30 avril 1872, p. 2870.

27 *JORE*, numéro du 20 février 1872, p. 1219

28 *Ibid.*

29 *Ibid.* p. 1215.

30 *Ibid.*, p. 1217.

« Est-il possible de se prononcer dès à présent sur cette institution qu'on présente tantôt comme une seconde chambre dissimulée, comme une seconde chambre hybride – permettez-moi le mot, il a été employé en 1848 – comme la fausse monnaie d'une seconde chambre [...] ? Évidemment, nous ne pouvons nous engager à résoudre une pareille question ³¹. »

En attendant, il propose d'accroître les effectifs de la commission provisoire pour lui permettre d'accomplir pleinement sa tâche ³².

Face à une telle coalition, Batbie rappelle que le Conseil d'État tel que le proposent le Gouvernement et la commission, « n'est pas, à proprement parler, un corps politique, c'est un auxiliaire pour la préparation des lois » et qu'il y a ici urgence à agir car de nombreux parlementaires de tout bord se plaignent officieusement de la situation actuelle ³³, et Dufaure appuie ce point de vue au nom du cabinet ³⁴. En revanche, alors que celui-ci continue de soutenir la nomination des conseillers par un cabinet dont ils devront avoir la confiance puisqu'ils le conseilleront, Batbie défend le point de vue de la commission favorable à l'élection, en arguant qu'il y a plusieurs autres exemples éloquents où les agents de l'État prennent le conseil d'élus qui n'émanent pas de leur choix, ainsi le préfet ne choisit pas son conseil général, le sous-préfet son conseil d'arrondissement et le maire son conseil municipal. En outre, il souligne que le système de l'élection des conseillers a plutôt bien fonctionné sous la Deuxième République.

Mais la raison principale qui le pousse à s'arc-bouter sur l'élection est très politique et il ne peut la donner publiquement. Comme plusieurs de ses collègues de la commission, il pense que cette petite leçon donnée à Thiers donnera une satisfaction à bon compte à l'opposition et même à une partie de la majorité tout en permettant de faire passer l'essentiel du projet gouvernemental et en évitant une crise de gouvernement dont quasiment personne ne veut alors ³⁵. Devant tant d'incertitudes, l'Assemblée décide une seconde lecture du projet.

De la deuxième lecture à la troisième et au scrutin final

La deuxième lecture qui devrait être consacrée à l'examen des articles commence de nouveau par une discussion générale, tant les enjeux constitutionnels liés à la recréation du Conseil d'État préoccupent une partie de l'Assemblée.

Quelques jours plus tôt, le libéral et centriste Paul-Louis Target, inquiet du risque d'une crise gouvernementale ³⁶, a déposé un amendement pour différer l'examen du projet en avançant qu'on ne peut déterminer les attributions

31 *Ibid.*, p. 1220.

32 *Ibid.*, p. 1221.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*, p. 1222.

35 Batbie (Anselme), manuscrit cité, fol. 380.

36 Par un retournement malicieux de l'histoire, on sait que ce sont lui et ses amis qui, par leur basculement, entraîneront la chute de Thiers un an plus tard, en mai 1873.

législatives, administratives et judiciaires du Conseil tant que le régime et la Constitution ne sont pas connus. Cela conduit Batbie à produire un deuxième rapport au nom de la commission pour demander le rejet de cet amendement ³⁷.

Lors de la première séance de la deuxième lecture, le 29 avril, Target défend son amendement et pointe au passage les contradictions entre le projet gouvernemental et la version amendée par la commission, « *absolument opposés l'un à l'autre* », selon lui, car du mode de désignation des conseillers découleraient l'équilibre des pouvoirs et l'existence ou non d'une seconde chambre ³⁸. Il est appuyé par le légitimiste Amédée Lefèvre-Pontalis, le frère d'Antonin : cette loi est « *une loi constitutionnelle ou, pour mieux dire, c'est un chapitre de Constitution* ³⁹ ». Or, il est inconcevable de l'examiner alors que la Constitution n'est pas encore à l'ordre du jour. Il ajoute que la coalition des partis contre le projet prouve bien qu'il y a un problème. L'orléaniste très influent Jean-Charles Rivet, dont la proposition d'août 1871 a conféré à Thiers le titre de Président de la République, soutient l'amendement Target, ainsi que les légitimistes Armand Fresneau et Raudot. De leur côté, Batbie, Dufaure et Saint-Marc-Girardin le combattent. C'est seulement après le rejet de cet amendement par 364 voix contre 239 que la discussion peut enfin s'engager sur le vote des articles du projet de loi ⁴⁰.

Il ne faut pas attendre longtemps avant que le débat ne s'envenime de nouveau. C'est l'examen de l'article 3 sur l'élection des conseillers, le 1^{er} mai, qui en est l'occasion. Au nom du cabinet, Dufaure réclame avec force le retour à la version initiale :

« Pourquoi s'écarter de la règle constamment suivie dans notre pays? dit-il, pourquoi lorsque, pendant soixante-dix ans, le Conseil d'État a été nommé par le chef du pouvoir exécutif, refuseriez-vous dans ce moment au chef du pouvoir exécutif le droit de le nommer? et remarquez-le, dans ce moment, le chef du pouvoir exécutif est plus faible qu'il ne l'a jamais été, et plus faible cent fois que les rois, auxquels on a toujours attribué la nomination des membres du Conseil d'État ⁴¹. »

Cependant, il n'est pas suivi. L'amendement qui propose la nomination par l'exécutif des conseillers d'État en service ordinaire et des maîtres des requêtes est rejeté par 338 voix contre 316 ⁴². Le renouvellement par tiers et tous les trois ans des conseillers est également décidé à la suite.

Dans la séance du 3 mai, l'article 9 sur le contentieux administratif est à son tour vivement attaqué par Raudot comme totalement arbitraire. Le légitimiste réclame de nouveau la dévolution de tout le contentieux administratif au juge ordinaire, au nom de la séparation des pouvoirs et en invoquant Montesquieu.

37 JORF, numéro du 26 avril, annexe n° 1079, p. 2829.

38 JORF, numéro du 30 avril 1872, p. 2869-2870.

39 *Ibid.*, p. 2871.

40 *Ibid.*, p. 2872-2877.

41 JORF, numéro du 2 mai 1872, p. 2930.

42 *Ibid.*, p. 2934.

L'article 9 n'en est pas moins voté comme, à la suite, les autres articles avec quelques modifications mineures⁴³.

Même s'il n'a pas été nommé cité dans le débat, Thiers a pris comme un affront le fait qu'on lui refuse la faculté de nomination et, de fait, sa forte personnalité et l'aversion qu'elle suscite chez beaucoup de parlementaires ne sont pas étrangères au vote. Le Président aurait pu aller à l'affrontement en posant la question de confiance avec la quasi-certitude de l'emporter car la majorité a encore besoin de lui, mais il a décidé de jouer l'apaisement. Cependant, Batbie a pris, à cette occasion, la mesure de la menace d'une crise gouvernementale. Cabinet et commission envisagent donc, d'un commun accord, de revenir à la présidence du Conseil et du Tribunal des conflits par le garde des Sceaux et de donner au cabinet la nomination du vice-président du Conseil et des présidents de sections. Un rapport complémentaire est préparé en ce sens par Batbie⁴⁴, dont l'examen est renvoyé à une troisième lecture qui est annoncée le 23 mai et intervient le 24.

Ce jour-là, même s'il agit par prétérition, Batbie fait comprendre à l'Assemblée qu'elle ne doit pas procéder à un vote de tendance et de défiance à l'égard de Thiers⁴⁵. Il insiste beaucoup et de façon très explicite sur le caractère doublement pacificateur du texte en ce sens qu'il vise à réconcilier tous les partis de l'Assemblée mais aussi à établir un lien de confiance entre les futurs pouvoirs par les attributions et par la composition du Conseil projeté. Il obtient gain de cause. Moyennant quelques légères modifications, les amendements demandés par le rapporteur sont adoptés.

La loi votée le 24 mai et promulguée le 30 rétablit donc le Conseil d'État, décide que les conseillers d'État en service ordinaire seront élus par l'Assemblée nationale et qu'ils ne pourront être révoqués que par elle, mais elle laisse finalement à l'exécutif la présidence du Conseil et les nominations du vice-président et des présidents de sections, impose que le Conseil soit obligatoirement consulté sur tous les projets de décrets et règlements d'administration publique, précise qu'il peut, en outre, donner son avis sur les projets d'initiative parlementaire à la demande du Parlement et sur les projets gouvernementaux à la demande des ministres, le fait repasser de la justice retenue à la justice déléguée, comme tel était le cas avant 1852, en lui donnant le pouvoir de statuer en dernier ressort sur le contentieux administratif et sur les recours pour excès de pouvoir. Elle remet enfin en place un Tribunal des conflits comme sous la Deuxième République⁴⁶.

43 *JORF*, numéro du 4 mai 1872, p. 2983 et suiv.

44 *JORF*, numéro du 29 mai, annexe n° 1171, p. 3584-3586, et *JORF*, numéro du 30 mai, p. 3604-3605.

45 *JORF*, numéro du 25 mai, p. 3483-3487.

46 *JORF*, numéro du 31 mai 1872, p. 3625-3627, et *Bulletin des lois de la République française*, XII^e série, 1^{er} sem. 1872, t. IV, Imp. nationale, 1872, n° 92, p. 505-512.

Conclusion

L'historien est toujours prudent face aux mythes qui décontextualisent et qui ôtent au passé sa part d'incertitude. La loi du 24 mai 1872 qui est aujourd'hui présentée comme la « *charte républicaine du Conseil d'État*¹ » et qui attribuerait à celui-ci « *de façon définitive la justice déléguée*² », n'échappe pas à son regard critique, d'autant plus lorsqu'on en vient, comme en 2015, à modifier son titre originel de « loi de réorganisation provisoire du Conseil d'État » pour en faire une « loi relative au tribunal des conflits », lequel n'en constitue pourtant qu'une partie. L'étude de la genèse de la loi donne à voir une réalité différente de l'image que la postérité en conserve.

D'abord, la loi du 24 mai 1872 n'a été conçue et adoptée que parce qu'elle était provisoire. Ensuite, ce que la mémoire collective en retient n'est pas ce qui a le plus préoccupé les acteurs de l'époque. La justice déléguée, le recours pour excès de pouvoir et le rétablissement du Tribunal des conflits ont été peu débattus car ils faisaient assez largement consensus. Orléanistes et républicains se sont trouvés d'accord pour les consacrer et ont puisé dans les lois de 1845 et de 1849 pour élaborer celle de 1872, éminemment transactionnelle, pacificatrice et adaptable. Il s'agit alors de ne pas injurier un avenir qui pourrait certes être républicain, mais aussi monarchiste.

En amont, l'existence même du Conseil d'État a été l'objet des premiers débats mais surtout, une fois l'hypothèque levée, trois questions ont monopolisé l'attention : le maintien ou non de la justice administrative, le rôle législatif à accorder ou non au Conseil alors que le pays n'a pas encore de Constitution, et le mode de désignation de ses membres. Pendant que les protagonistes faisaient un large usage de l'histoire de l'institution en l'instrumentalisant de façon souvent diamétralement opposée, pour essayer de parvenir à leurs fins dans ces trois domaines, trois éléments ont été déterminants : l'action de Batbie, vraie révélation de cette séquence politique par son expertise, son talent oratoire et ses qualités transactionnelles, la volonté majoritaire de laisser l'avenir ouvert et le spectre de Thiers planant sur les débats. En effet, le Président rarement nommé est cité est omniprésent dans les esprits.

Si le Président de la République obtient ce qu'il veut sur le fond, à savoir la création d'un Conseil capable de seconder efficacement l'exécutif et le législatif par la dualité de ses fonctions, à travers une véritable synthèse orléano-républicaine, il subit l'affront de perdre, pour sa part, au cours du processus législatif, la faculté de nommer les conseillers d'État en service ordinaire. Naît alors chez lui une rancœur durable à l'égard de l'Assemblée. Batbie note que, par la suite,

1 Voir ce que dit à ce sujet Gonod (Pascale) dans « La nouvelle vie de la loi du 24 mai 1872. Codification et "nidification" législative », *Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, p. 236.

2 Letourneur (Maxime), « Avant-propos », *EDCE*, 1972, n° 25, p. 9. Plus largement, le volume du centenaire est représentatif de cette façon de voir.

« souvent il cita la loi sur le Conseil d'État comme un de ses griefs contre la majorité et c'est celui dont il parlait avec le plus d'animation, même avec une sorte de colère³. »

À cette occasion s'est constituée une alliance de circonstances entre légitimistes et républicains qui en annonce d'autres comme celle qui se noue trois ans plus tard, entre les mêmes, à l'occasion de l'élection des sénateurs inamovibles. En 1872, elle ne suffit cependant pas, car elle ne rassemble pas la totalité des deux familles politiques. Gambetta nous livre d'ailleurs, au passage, l'un des premiers exemples de l'opportunisme républicain dont il se révèle, par la suite, le grand inspirateur⁴.

Quant au Conseil d'État, il est définitivement confirmé par la deuxième des trois lois constitutionnelles de 1875, celle du 25 février sur l'organisation des pouvoirs publics⁵. Cette loi, comme les deux autres, ne modifie quasiment pas la loi de 1872, sauf sur un point important : elle rend à l'exécutif le droit de nommer les conseillers d'État en service ordinaire. C'est un euphémisme de dire que Mac Mahon, désormais Président de la République, ne suscite pas les mêmes craintes que Thiers chez les membres de l'Assemblée.

3 Batbie (Anselme), manuscrit cité, fol. 382.

4 Voir Grévy (Jérôme), *La République des opportunistes, 1870-1885*, Paris, Perrin, 1997.

5 *JORF*, numéro du 28 février 1875 et *Bulletin des lois de la République française*, XII^e série, 1^{er} sem. 1875, t. X, Imp. nationale, 1875, n^o 246, p. 165-166.

La loi de 1872, miroir de l'histoire du Conseil d'État

Marc BOUVET

Introduction

La loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État¹ est effectivement un miroir de l'histoire du Conseil d'État dans la mesure où non seulement elle maintient et remet en vigueur des textes antérieurs fondamentaux mais aussi parce qu'elle se présente essentiellement comme une compilation de dispositions de textes sur le Conseil d'État datant des régimes précédant la Troisième République, depuis la création de l'institution par la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799).

En raison de contraintes éditoriales, il est impossible de voir ici l'ensemble de la loi de 1872 qui suppose d'exposer toute l'histoire du Conseil d'État avant cette loi. Pour mieux éclairer l'ancrage historique de la loi de 1872, nous nous attarderons sur deux points : la composition du Conseil d'État et le rôle de juge administratif suprême du Conseil d'État.

La composition du Conseil d'État

Tout d'abord, selon la loi du 24 mai 1872, les ministres, sans être membres à part entière du Conseil d'État, ont rang et séance à l'Assemblée générale du Conseil d'État où ils ont voix délibérative². Cette règle est traditionnelle, apparue avec le sénatus-consulte du 16 thermidor an X (4 août 1802) sous le Consulat³,

1 *Bull. des lois (Bulletin des lois de la République française)*, 12^e série, t. 4, p. 505-512.

2 Article 2 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

3 À l'origine, au début du Consulat, en vertu de l'article 4 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799) portant règlement pour l'organisation du Conseil d'État, « les ministres ont la faculté d'entrer dans l'Assemblée générale du Conseil d'État, sans que leur voix y soit comptée ». *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 10. Puis, l'article 68 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X (4 août 1802) leur donne voix délibérative au sein de l'Assemblée générale du Conseil d'État. *Bull. des lois*, 3^e série, t. 6, p. 545.

confirmée par des textes de la Restauration ⁴, de la monarchie de Juillet ⁵, de la Deuxième République ⁶ et du Second Empire ⁷. Les ministres n'ont aucun droit d'entrée dans les sections dans la mesure où la loi de 1872 n'évoque que leur présence en Assemblée générale et ne les comprend pas dans la composition des sections, qui sont d'ailleurs présidées par des présidents de section désignés parmi les conseillers d'État en service ordinaire. Cette situation s'inscrit dans la continuité du Second Empire ⁸. C'est un signe d'indépendance du Conseil d'État. Toujours dans une logique d'indépendance mais aussi d'impartialité du Conseil d'État, les ministres sont exclus de la connaissance du contentieux ⁹,

-
- 4 Les ordonnances royales sur le Conseil d'État de la Restauration ne sont pas explicites sur ce point mais maintiennent implicitement, par le biais de certaines dispositions, le principe selon lequel les ministres assistent avec voix délibérative aux Assemblées générales du Conseil d'État entre 1814 et 1830.
 - 5 Article 21 de l'ordonnance du Roi du 18 septembre 1839 sur l'organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 447. Article 14 de la loi du 19 juillet 1845 sur le Conseil d'État, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 31, p. 192.
 - 6 Cependant, sous la Deuxième République, les ministres ont seulement un droit « d'entrée » sans voix délibérative à l'Assemblée générale du Conseil d'État. Article 51 de la loi organique du Conseil d'État du 3 mars 1849, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 208.
 - 7 Article 53 de la Constitution du 14 janvier 1852 et article 3 du décret organique du 25 janvier 1852 sur le Conseil d'État, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 70 et 218.
 - 8 Articles 3, 11 et 17 du décret organique du 25 janvier 1852, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 218-220. Avant le Second Empire, les ministres peuvent être présents dans les sections. Sous le Consulat et l'Empire, les ministres peuvent assister aux séances des sections mais « sans voix délibérative ». Article 6 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799), *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 10. Sous la Restauration et la monarchie de Juillet, non seulement les ministres peuvent entrer dans le comité (nom donné sous ces deux régimes aux sections) dépendant de leur ministère mais ils en sont même les présidents de droit (par exemple, le ministre des Finances préside le comité des Finances du Conseil d'État). Néanmoins, ces présidences ministérielles sont largement formelles, d'autant plus qu'il est prévu que chaque comité est présidé, en l'absence du ministre, par un conseiller d'État vice-président de comité chargé très largement de diriger l'activité du comité. Pour la Restauration : articles 9, 10 et 11 de l'ordonnance du Roi du 29 juin 1814 concernant l'organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 262-263 ; article 10 de l'ordonnance du Roi du 23 août 1815 portant organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 159 ; article 40 de l'ordonnance du Roi du 26 août 1824 relative à l'organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 156. Pour la monarchie de Juillet : article 20 de l'ordonnance du Roi du 18 septembre 1839 sur l'organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 447 ; article 13 de la loi du 19 juillet 1845 sur le Conseil d'État, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 31, p. 192. Sous la Deuxième République, les ministres ont seulement un droit « d'entrée » sans voix délibérative dans les sections de législation et d'administration. Article 51 de la loi organique du 3 mars 1849, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 208.
 - 9 Article 2 de la loi du 24 mai 1872, *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

conformément à une règle née au début de la monarchie de Juillet, en 1831¹⁰, et constante par la suite¹¹.

Parmi les ministres se distingue le garde des Sceaux, ministre de la Justice, qui selon la loi du 24 mai 1872, est le président du Conseil d'État¹². Cette présidence du garde des Sceaux est empruntée spécifiquement à la monarchie de Juillet durant laquelle le ministre de la Justice préside le Conseil d'État entre 1831 et 1848¹³. En tant que président du Conseil d'État, le garde des Sceaux a le droit de présider avec voix délibérative l'Assemblée générale et les sections administratives¹⁴. En revanche, à l'instar des autres ministres, il n'a pas le droit d'entrée à la section

10 L'exclusion des ministres de la connaissance des affaires contentieuses soumises au Conseil d'État est née de manière coutumière au lendemain des ordonnances royales des 2 février et 12 mars 1831 réformant la procédure contentieuse devant le Conseil d'État. Voir notre thèse Bouvet (Marc), *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de science administrative », 2001, p. 342. Cette exclusion des ministres est consacrée par les dispositions des textes fixant la composition des organes d'instruction et de jugement du contentieux du Conseil d'État. Articles 26 et 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, et articles 18 et 21 de la loi du 19 juillet 1845, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 193-194.

11 Sous la Deuxième République, les ministres ayant seulement un droit d'entrée sans voix délibérative dans l'Assemblée générale et les sections de législation et d'administration, ils ne peuvent par définition pas participer à la connaissance des affaires contentieuses soumises à la section du contentieux du Conseil d'État. Article 51 de la loi organique du 3 mars 1849, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 208. Sous le Second Empire, l'exclusion des ministres du contentieux est consacrée par les articles 17 et 19 du décret organique du 25 janvier 1852 fixant la composition des organes d'instruction et de jugement du contentieux du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 220-221.

12 Article 4 de la loi du 24 mai 1872, *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

13 Déjà sous la Restauration, le garde des Sceaux joue le rôle de président du Conseil d'État. En principe, entre 1814 et 1830, le roi est le président de droit du Conseil d'État. Cependant, l'article 8 de l'ordonnance du 29 juin 1814 prévoit qu'en l'absence du roi, le Conseil d'État est présidé par le Chancelier, *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 262. L'article 18 de l'ordonnance du 23 août 1815 dispose qu'en l'absence du roi, la présidence du Conseil d'État « appartiendra au président de notre conseil des ministres, et, en son absence, à notre garde des Sceaux, ministre secrétaire d'État au département de la justice », *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 160. Dans les faits, le garde des Sceaux préside le Conseil d'État sous la Restauration, et d'ailleurs, le Conseil d'État dépend de son ministère. Cependant, c'est spécifiquement sous la monarchie de Juillet que le ministre de la Justice est le président de droit du Conseil d'État. Cette attribution est confiée à tous les ministres de la Justice lors de leur nomination, à partir de l'ordonnance du 13 mars 1831 nommant Barthe « garde des Sceaux, ministre secrétaire d'État au département de la justice, et président du Conseil d'État », *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, partie 2, p. 225. Le principe de la présidence de droit du Conseil d'État par le ministre de la Justice est consacré d'une manière impersonnelle et générale par l'article 2 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, et par l'article 2 de la loi du 19 juillet 1845, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 189.

14 Article 2 de la loi du 24 mai 1872, *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

du Contentieux et à l'Assemblée du contentieux¹⁵, dans un souci d'impartialité déjà présent de manière déterminante sous la monarchie de Juillet¹⁶.

Par ailleurs, le Conseil d'État comprend un service ordinaire composé de conseillers d'État, de maîtres des requêtes et d'auditeurs¹⁷. Les conseillers d'État en service ordinaire existent sans discontinuer depuis la création du Conseil d'État par la Constitution du 13 décembre 1799. Curieusement, sans doute pour des considérations budgétaires, leur nombre est réduit à vingt-deux¹⁸, bien moindre que sous tous les autres régimes antérieurs¹⁹. Pour être conseiller d'État,

15 Articles 2, 10 et 17 de la loi du 24 mai 1872, *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505, 508 et 509.

16 Sous la monarchie de Juillet, le garde des Sceaux est définitivement exclu du comité du Contentieux à partir de la nomination comme président de ce comité du conseiller d'État en service ordinaire Girod de l'Ain avec le titre de « président du contentieux » par une ordonnance royale du 11 octobre 1832, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 5, partie 2, p. 225. Le principe d'exclusion du ministre de la Justice du comité du Contentieux est ensuite consacré de manière générale et impersonnelle par l'article 26 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, et par l'article 18 de la loi du 19 juillet 1845, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448 ; t. 31, p. 193. En revanche, sous la monarchie de Juillet, le ministre de la Justice demeure le président de droit de l'Assemblée générale du contentieux. Article 1^{er} de l'ordonnance du roi du 2 avril 1831 et article 21 de la loi du 19 juillet 1845, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, partie 2, p. 394-395 ; t. 31, p. 194. Cependant, sous la monarchie de Juillet, signe d'indépendance et d'impartialité du Conseil d'État statuant au contentieux, la présidence de l'Assemblée générale du contentieux par le ministre de la Justice est formelle, ce dernier ne venant que très rarement. Sur toutes ces questions, voir Bouvet (Marc), *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, *op. cit.*, p. 321-323 et 343.

17 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

18 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

19 À l'origine, sous le Consulat et l'Empire, le nombre de conseillers d'État en service ordinaire n'est pas fixe. Selon l'article 1^{er} du règlement du Conseil d'État du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799), les conseillers d'État sont entre trente et quarante. *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 10. Ce nombre maximal est porté à cinquante par l'article 66 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X (4 août 1802). *Bull. des lois*, 3^e série, t. 6, p. 545. Dans les faits, l'effectif des conseillers d'État en service ordinaire évolue entre vingt-sept (1801) et quarante-cinq (1813). Sous la Restauration, l'article 2 de l'ordonnance du 29 juin 1814 fixe à vingt-cinq le nombre maximal de conseillers d'État en service ordinaire. *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 260. Puis selon l'article 6 de l'ordonnance du 23 août 1815, leur nombre maximal est porté à trente. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 158. En pratique, le nombre maximal est toujours atteint. Ce nombre de trente devient fixe avec l'article 7 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 150. Finalement, l'article 3 de l'ordonnance du 5 novembre 1828 vient réduire à vingt-quatre le nombre fixe de conseillers d'État en service ordinaire. *Bull. des lois*, 8^e série, t. 9, p. 617-618. Ce nombre est maintenu pendant les premières années de la monarchie de Juillet jusqu'à ce qu'il soit élevé à trente par l'article 4 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, nombre consacré par l'article 4 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 190. Sous la Deuxième République, le nombre de conseillers d'État en service ordinaire est augmenté à quarante par l'article 10 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203. Sous le Second Empire, le nombre de conseillers d'État en service ordinaire n'est pas fixe mais compris entre quarante et cinquante par l'article 47 de la Constitution du 14 janvier 1852 et l'article 2 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 69 et 218. En pratique, il y a toujours cinquante conseillers d'État en service ordinaire.

il faut avoir au moins 30 ans²⁰, comme sous la Restauration et la monarchie de Juillet²¹, avant que toute condition d'âge disparaisse sous la Deuxième République et le Second Empire. La loi de 1872 renoue avec le principe de l'élection des conseillers d'État par l'Assemblée nationale, une première fois établi sous la Deuxième République par la Constitution du 4 novembre 1848 et la loi organique du 3 mars 1849. C'est le sujet qui préoccupe le plus l'Assemblée nationale, d'autant plus que c'est contraire à la règle de la nomination par le chef de l'État en vigueur sous tous les autres régimes, sauf sous de la Deuxième République. Les conseillers d'État sont élus par l'Assemblée nationale, en séance publique, au scrutin de liste et à la majorité absolue²². Les modalités techniques de l'élection prévues par la loi de 1872, dans le détail desquelles nous n'entrerons pas²³, sont strictement reprises et identiques à celles prévues par la loi organique du 3 mars 1849²⁴. Une petite différence tient à la durée de la fonction. En vertu de la Constitution du 4 novembre 1848, les conseillers d'État sont élus pour six ans avec renouvellement par moitié au tirage au sort tous les trois ans et rééligibilité indéfinie²⁵. Selon la loi du 24 mai 1872, les conseillers d'État sont élus sans condition de durée avec renouvellement par tiers au tirage au sort tous les trois ans et rééligibilité indéfinie²⁶. Par ailleurs, la loi de 1872 donne à l'Assemblée nationale le pouvoir de révoquer les conseillers d'État sur la proposition du président de la République²⁷, comme cela était déjà prévu sous la Deuxième République par la Constitution du 4 novembre 1848²⁸, sachant que depuis 1799, la révocation a toujours existé entre les mains de l'autorité de nomination.

Parmi les conseillers d'État en service ordinaire se distingue tout d'abord, selon la loi du 24 mai 1872, le vice-président du Conseil d'État, nommé par le chef de l'État²⁹. Cette fonction est rétablie exactement comme elle avait été créée

20 Article 6 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

21 Il n'existe aucune condition d'âge pour être conseiller d'État en service ordinaire sous le Consulat et l'Empire et durant les dix premières années de la Restauration, jusqu'à ce qu'il soit nécessaire d'avoir au moins trente ans à partir de l'article 8 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 150. Cette condition d'âge de trente ans est maintenue sous la monarchie de Juillet par l'article 14 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et l'article 8 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 445, t. 31, p. 190.

22 Article 3 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

23 Article 3 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505-506.

24 Articles 11 et 12 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

25 Article 72 de la Constitution du 4 novembre 1848. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 2, p. 594-595.

26 Article 3 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

27 Article 3 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

28 Article 74 de la Constitution du 4 novembre 1848. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 2, p. 595.

29 Article 4 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

et conçue sous la monarchie de Juillet³⁰. Si d'autres vice-présidents ont existé ensuite sous la Deuxième République et le Second Empire, c'était de manière très différente. À côté, sont établis des présidents de section nommés par le chef de l'État parmi les conseillers d'État en service ordinaire³¹. Les présidents de section sont apparus dès l'origine du Conseil d'État avec le règlement du Conseil d'État du 26 décembre 1799³². Ils ont ensuite quasiment disparu sous la Restauration et la monarchie de Juillet où les comités sont présidés par les ministres, sauf le comité du Contentieux sous la monarchie de Juillet qui est doté d'un président choisi parmi les conseillers d'État en service ordinaire dans un souci d'impartialité³³. Les présidents de section sont ensuite réapparus sans discontinuer sous la Deuxième République et le Second Empire³⁴.

Ensuite, s'agissant des maîtres des requêtes en service ordinaire, ils existent sans discontinuer depuis leur création sous l'Empire par le décret du 11 juin 1806³⁵. Leur nombre est fixé à vingt-quatre par la loi du 24 mai 1872³⁶, comme sous la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849³⁷. Ils étaient plus nombreux sous tous les autres régimes³⁸, sauf sous le Premier Empire³⁹. Pour être maître des requêtes, il faut avoir au moins vingt-sept ans⁴⁰, comme

30 Le vice-président du Conseil d'État tel que conçu par la loi de 1872 est créé pour la première fois par les articles 2 et 4 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, puis consacré par les articles 2 et 4 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 189-190.

31 Article 10 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

32 Article 6 du règlement du Conseil d'État du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799). *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 10.

33 Voir *supra*.

34 Article 27 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 205. Articles 11 et 17 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 219-220

35 Articles 4 et 5 du décret du 11 juin 1806 sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 5, p. 198.

36 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

37 Article 16 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

38 Sous la Restauration, l'article 3 de l'ordonnance du 29 juin 1814 fixe à cinquante le nombre maximal de maîtres des requêtes en service ordinaire. *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 260. Puis selon l'article 6 de l'ordonnance du 23 août 1815, leur nombre maximal est réduit à quarante. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 158. En pratique, le nombre maximal est toujours atteint. Ce nombre de quarante devient fixe avec l'article 10 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 151. Finalement, l'article 3 de l'ordonnance du 5 novembre 1828 vient réduire à trente le nombre maximal de maîtres des requêtes en service ordinaire. *Bull. des lois*, 8^e série, t. 9, p. 618. Ce nombre de trente devient fixe sous la monarchie de Juillet en vertu de l'article 4 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et de l'article 4 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 190. Sous le Second Empire, le nombre de maîtres des requêtes en service ordinaire est fixé à quarante par l'article 2 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 218.

39 Le nombre de maîtres des requêtes en service ordinaire reste indéterminé durant tout le Premier Empire. Dans les faits, l'effectif évolue entre sept (1806) et dix-neuf (1813).

40 Article 6 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

sous la Restauration et la monarchie de Juillet ⁴¹, avant que cette condition d'âge soit réduite à vingt-cinq ans sous la Deuxième République ⁴² et que toute condition d'âge disparaisse sous le Second Empire. Conformément à une règle fixée depuis leur création, les maîtres des requêtes sont nommés et révoqués par le chef de l'État. La loi de 1872 précise que pour la nomination des maîtres des requêtes, le vice-président du Conseil d'État et les présidents de sections sont appelés à faire des présentations ⁴³, conformément à une règle qui existait sous la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849 ⁴⁴. La loi de 1872 ajoute que le décret de révocation d'un maître des requêtes doit être rendu après avoir pris l'avis des présidents de sections ⁴⁵, conformément à une règle qui existait déjà là encore sous la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849 ⁴⁶.

Enfin, s'agissant des auditeurs en service ordinaire, ils sont créés sous le Consulat par l'arrêté du 19 germinal an XI (9 avril 1803) ⁴⁷, supprimés au début de la Restauration par l'ordonnance du 29 juin 1814 ⁴⁸, puis rétablis définitivement sous le même régime par l'ordonnance du 26 août 1824 ⁴⁹. Leur nombre est fixé à trente ⁵⁰. C'est également leur nombre sous la Restauration en vertu de l'ordonnance du 26 août 1824 ⁵¹. Sous la Deuxième République, ils n'étaient que vingt-quatre ⁵², mais sous tous les autres régimes, ils étaient beaucoup plus

41 Il n'existe aucune condition d'âge pour être maître des requêtes en service ordinaire sous le Premier Empire et durant les dix premières années de la Restauration, jusqu'à ce qu'il soit nécessaire d'avoir au moins vingt-sept ans à partir de l'article 11 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 151. Cette condition d'âge de vingt-sept ans est maintenue sous la monarchie de Juillet par l'article 14 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et l'article 8 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 445 ; t. 31, p. 190.

42 Article 17 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

43 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

44 Article 17 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

45 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

46 Article 17 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

47 Arrêté du 19 germinal an XI (9 avril 1803) portant création d'auditeurs près des ministres et des sections du Conseil d'État. *Bull. des lois*, 3^e série, t. 8, p. 113-115.

48 L'ordonnance du 29 juin 1814 supprime les auditeurs en n'y faisant aucune référence. *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 259-265.

49 Article 1^{er} de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 149.

50 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

51 Article 15 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 152.

52 Article 16 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

nombreux⁵³. Les auditeurs sont divisés en deux classes, la seconde classe et la première classe⁵⁴, conformément à une règle fixée par l'ordonnance du 26 août 1824⁵⁵, et qui est maintenue ensuite sous tous les régimes, sauf sous la Deuxième République où il n'y avait qu'une classe. Pour accéder à l'auditorat, il faut avoir au moins vingt et un ans⁵⁶, conformément à une règle constante sous tous les régimes depuis le décret du 7 avril 1811⁵⁷. La loi de 1872 réintroduit le principe du concours d'accès à l'auditorat⁵⁸, auparavant apparu sous le seul régime de la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849⁵⁹. Pour être admis auditeur de seconde classe, il faut passer un concours dans les formes qui seront déterminées par un règlement rédigé par le Conseil d'État⁶⁰. Pour être admis auditeur de première classe, il faut également passer un concours dans les formes fixées sous la Deuxième République par le règlement du 9 mai 1849⁶¹, expressément remis en vigueur par la loi de 1872⁶². Seuls les auditeurs de seconde classe peuvent candidater à ce concours⁶³. Une fois admis, les auditeurs sont nommés par le chef de l'État comme cela a toujours été le cas, même lorsqu'il n'existait aucun concours. Les auditeurs de seconde classe ne sont que des stagiaires⁶⁴, conformément à une règle constante sous tous les régimes depuis l'ordonnance du 26 août 1824, et qui valait d'ailleurs pour tous les auditeurs, quelle que soit leur classe⁶⁵. La durée maximale de leur stage est fixée à quatre

53 À l'origine, en vertu de l'article 1^{er} de l'arrêté du 19 germinal an XI (9 avril 1803), le nombre d'auditeurs est limité à seize. *Bull. des lois*, 3^e série, t. 8, p. 113. Mais rapidement sous l'Empire, l'auditorat devient pléthorique. En dernier lieu, le nombre d'auditeurs en service ordinaire est fixé à trois cent cinquante par l'article 1^{er} du décret du 7 avril 1811 relatif à la classification des auditeurs près le Conseil d'État. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 14, p. 325. Sous la monarchie de Juillet, leur nombre est fixé à quatre-vingts par l'article 4 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 puis à quarante-huit par l'article 4 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 444 ; t. 31, p. 190. Sous le Second Empire, leur nombre est tout d'abord fixé à quarante par l'article 2 du décret organique du 25 mars 1852 avant d'être à nouveau rapidement élevé à quatre-vingts par l'article 2 du décret du 25 novembre 1853 concernant les maîtres des requêtes et les auditeurs au Conseil d'État. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 218, 11^e série, t. 2, p. 987.

54 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

55 Article 16 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 152.

56 Article 6 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

57 Article 19 du décret du 7 avril 1811. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 14, p. 327.

58 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

59 Article 20 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 204.

60 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

61 Arrêté du 9 mai 1849 qui promulgue le règlement d'administration publique sur le concours pour la nomination des auditeurs au Conseil d'État. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 438-443.

62 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

63 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

64 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

65 L'article 23 de l'ordonnance du 26 août 1824 précise bien que « le temps pendant lequel les auditeurs sont attachés au Conseil d'État est un temps d'épreuve et de stage ». *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 152.

ans⁶⁶, comme sous la Deuxième République⁶⁷, alors qu'elle était de cinq ou six ans sous les autres régimes⁶⁸. En revanche, pour la première fois, les auditeurs de première classe sont des fonctionnaires dont la durée des fonctions n'est pas limitée⁶⁹. Les auditeurs de seconde et de première classe peuvent être révoqués dans les mêmes conditions de protection que les maîtres des requêtes⁷⁰, comme sous la Deuxième République une fois de plus⁷¹, sachant que depuis leur création, les auditeurs ont toujours été susceptibles d'être révoqués par le chef de l'État.

À côté du service ordinaire existe un service extraordinaire réduit à quinze conseillers d'État⁷². Le service extraordinaire est créé par un arrêté du 7 fructidor an VIII (25 août 1800) au début du Consulat⁷³, puis a toujours existé ensuite, sauf sous la Deuxième République⁷⁴. Sous le Consulat et l'Empire, le service extraordinaire est purement honorifique. Sous la Restauration et la monarchie de Juillet, au-delà des membres en service extraordinaire honorifique, un nombre variable de conseillers d'État et de maîtres des requêtes en service extraordinaire sont autorisés à participer aux travaux du Conseil⁷⁵. Sous le Second Empire, seul un petit nombre de conseillers d'État en service extraordinaire (vingt au maximum) peuvent participer aux travaux du Conseil d'État⁷⁶. C'est dans cette logique que s'inscrivent les conseillers d'État en service extraordinaire de la loi de 1872 qui ont voix délibérative à l'Assemblée générale et dans les sections

66 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

67 Article 22 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 204.

68 Sous la Restauration et la monarchie de Juillet, la durée maximale du stage des auditeurs est de six ans. Article 23 de l'ordonnance du 26 août 1824, article 12 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, article 7 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 152; 9^e série, t. 19, p. 445; t. 31, p. 190. Sous le Second Empire, la durée maximale est de cinq ans. Article 2 du décret du 7 septembre 1863. *Bull. des lois*, 11^e série, t. 22, p. 279.

69 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

70 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

71 Article 21 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 204.

72 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505. L'article 7 de la loi de 1872 ajoute qu'il n'y a plus ni maître des requêtes ni auditeur en service extraordinaire. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

73 L'article 1^{er} de l'arrêté du 7 fructidor an VIII (25 août 1800) crée les conseillers d'État en service extraordinaire. Duvergier (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État, à partir de 1788*, Paris, Guyot et Scribe puis Sirey, éditée à partir de 1834, t. 12, p. 293. Les articles 5 et 11 du décret du 11 juin 1806 créent les maîtres des requêtes et les auditeurs en service extraordinaire. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 5, p. 198-199.

74 Le service extraordinaire est supprimé par un décret du gouvernement provisoire du 18 avril 1848. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 1^{er}, p. 276. La loi organique du 3 mars 1849 maintient la suppression du service extraordinaire en ne l'évoquant pas.

75 Article 25 de l'ordonnance du 26 août 1824, articles 8 à 10 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et articles 9, 10 et 28 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 153; 9^e série, t. 19, p. 444; t. 31, p. 191 et 195.

76 Articles 2 et 9 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 218-219.

administratives où ils sont affectés⁷⁷. En revanche, dans une logique d'impartialité, ils sont exclus du contentieux⁷⁸, conformément à une règle posée dès le début de la monarchie de Juillet par l'ordonnance du 20 août 1830⁷⁹, et constante par la suite. Les conseillers d'État en service extraordinaire sont nommés par le chef de l'État, comme cela a toujours été la règle⁸⁰. Ils sont obligatoirement des administrateurs actifs et ils perdent leur titre dès qu'ils quittent l'administration active⁸¹, cette exigence ayant été très variable sous les régimes précédents⁸².

Enfin, il y a au sein du Conseil d'État un secrétaire général⁸³ dont la fonction est créée dès l'origine du Conseil d'État par l'arrêté du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799)⁸⁴, et qui a toujours existé ensuite. Le secrétaire général a le rang et le titre de maître des requêtes⁸⁵, conformément à une règle fixée sous la monarchie de Juillet par l'ordonnance du 18 septembre 1839⁸⁶, puis reprise sous le Second Empire⁸⁷. Le secrétaire général est nommé et révoqué dans les mêmes conditions que les maîtres des requêtes en service ordinaire⁸⁸, comme sous la Deuxième République⁸⁹, sachant que plus généralement, le secrétaire général a toujours été nommé et révoqué par le chef de l'État.

La loi du 24 mai 1872 est donc bien le miroir de l'histoire du Conseil d'État s'agissant de sa composition. Il en est de même en ce qui concerne le rôle du Conseil d'État comme juge suprême du contentieux administratif.

77 Article 11 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509.

78 Article 10 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

79 Article 11 de l'ordonnance du roi du 20 août 1830 relative à la réorganisation provisoire du Conseil d'État. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 1^{er}, partie 2, p. 57.

80 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

81 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

82 Sur ce point, la situation du service extraordinaire a trop évolué pour être exposée ici.

83 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

84 Article 13 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799). *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 12.

85 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

86 Sous la Restauration déjà, Prosper Hochet, secrétaire général du Conseil d'État depuis 1819, reçoit à titre personnel le rang et le titre de maître des requêtes en 1821, qu'il conserve jusqu'à son admission à la retraite en 1839. Puis la règle est généralisée de manière impersonnelle sous la monarchie de Juillet par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et l'article 2 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 189.

87 Article 2 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 218.

88 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

89 Article 24 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 204.

Le Conseil d'État, juge suprême du contentieux administratif

Selon le célèbre article 9 de la loi du 24 mai 1872, « *le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formés contre les actes des diverses autorités administratives* »⁹⁰. D'après cet article, de manière implicite et sans que cela soit clairement formulé par la loi de 1872, le Conseil d'État conserve la plupart des attributions contentieuses dont il disposait auparavant. Comme depuis son origine et invariablement, le Conseil d'État reste un juge en premier et dernier ressort, un juge d'appel en dernier ressort et le juge de cassation de l'ordre administratif⁹¹.

En revanche, le Conseil d'État perd définitivement son pouvoir de trancher les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire confié au Tribunal des conflits rétabli par la loi du 24 mai 1872⁹², comme il l'avait déjà perdu sous la Deuxième République au profit du premier Tribunal des conflits créé par la Constitution du 4 novembre 1848⁹³. D'ailleurs, la loi de 1872 rétablit le Tribunal des conflits dans sa composition et ses attributions sur quasiment le même modèle que celui établi par la Constitution du 4 novembre 1848 et la loi organique du 3 mars 1849⁹⁴. De plus, le règlement du 28 octobre 1849 et la loi du 4 février 1850 sur le Tribunal des conflits sont expressément remis en vigueur par la loi du 24 mai 1872⁹⁵, preuve une fois de plus de son ancrage historique.

S'agissant de la procédure contentieuse devant le Conseil d'État⁹⁶, les règles d'introduction et d'instruction des affaires contentieuses demeurent celles du décret du 22 juillet 1806, constamment resté en vigueur sous le Premier Empire, la Restauration, la monarchie de Juillet, la Deuxième République et le Second Empire, et expressément maintenu par la loi du 24 mai 1872⁹⁷. D'ailleurs, plus largement, la loi de 1872 dispose que « *les lois et règlements relatifs à l'instruction et*

90 *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

91 Voir notre étude Bouvet (Marc), « La procédure contentieuse devant le Conseil d'État au XIX^e siècle », dans Hautebert (Joël) et Soleil (Sylvain) (dir.), *La Procédure et la construction de l'État en Europe (XVI^e-XIX^e siècle)*, Rennes, PUR, 2011, p. 743-799.

92 Article 25 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 511.

93 Article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 2, p. 599.

94 Articles 25 à 28 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 511. Article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848 et article 64 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 2, p. 599 ; t. 3, p. 209. Voir Bouvet (Marc), « Le Tribunal des conflits », dans Seiller (Bertrand) (dir.), *La Constitution administrative de la France*, actes du colloque de l'université-Paris-II des 28-30 septembre 2011, Paris, Dalloz, 2012, p. 49-64.

95 Article 27 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 511.

96 Sur tous les développements qui vont suivre, voir Bouvet (Marc), « La procédure contentieuse devant le Conseil d'État au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 743-799.

97 Article 24 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510.

au jugement des affaires contentieuses continueront à être observés»⁹⁸, ce qui illustre encore en quoi la loi de 1872 est bien un miroir de l'histoire du Conseil d'État.

Au sein du Conseil d'État, un organe spécial, la section du Contentieux, est chargée de diriger l'instruction écrite et de préparer le rapport de toutes les affaires contentieuses soumises au Conseil d'État⁹⁹, conformément à une tradition née sous le Premier Empire avec le décret du 11 juin 1806 instituant la commission du Contentieux¹⁰⁰, et constante sous tous les régimes suivants¹⁰¹. La section du Contentieux est présidée par le vice-président du Conseil d'État¹⁰², exactement comme sous la monarchie de Juillet¹⁰³. Dans un souci d'impartialité, la section du Contentieux n'est composée que de membres en service ordinaire¹⁰⁴, selon une règle née là encore sous la monarchie de Juillet¹⁰⁵, et qui a toujours été conservée sous les régimes suivants¹⁰⁶. En principe, la section du contentieux n'est qu'un organe d'instruction, conformément à une tradition constante depuis

98 Article 24 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510.

99 Article 15 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509.

100 Articles 24 et 25 du décret du 11 juin 1806. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 5, p. 201.

101 Sous la Première Restauration, cet organe spécial est le comité Contentieux. Article 9 de l'ordonnance du 29 juin 1814. *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 262. Sous la Seconde Restauration, il s'agit successivement du comité du Contentieux selon l'article 13 de l'ordonnance du 23 août 1815, puis du comité de la Justice et du Contentieux selon l'article 11 de l'ordonnance du 5 novembre 1828. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 159-160; 8^e série, t. 9, p. 620. Sous la monarchie de Juillet, cet organe devient le comité de Législation et de Justice administrative en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 12 août 1830, confirmé par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 février 1831. Puis cet organe retrouve son nom de comité du Contentieux en vertu des articles 26 et 27 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, confirmé par les articles 18 et 19 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 1^{er}, partie 2, p. 14; t. 2, p. 131; t. 19, p. 448; t. 31, p. 193. Sous la Deuxième République, cet organe spécial prend définitivement le nom de section du Contentieux qu'il conserve ensuite sous le Second Empire. Article 36 de la loi organique du 3 mars 1849 et article 17 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206; t. 9, p. 220. On peut souligner que la loi de 1872 reproduit les mots employés par les textes de la monarchie de Juillet et du Second Empire sur le rôle de la section du Contentieux.

102 Article 10 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

103 Article 26 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, confirmé par l'article 18 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448; t. 31, p. 193.

104 Article 10 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

105 La règle selon laquelle le comité du Contentieux est composé exclusivement de membres en service ordinaire est apparue de manière coutumière dès le début de la monarchie de Juillet en 1831, puis est consacrée par l'article 26 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 18 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448; t. 31, p. 193.

106 Sous la Deuxième République, la section du Contentieux n'est par définition composée que de membres en service ordinaire dans la mesure où le service extraordinaire n'existe plus et que les ministres en sont exclus. La règle née sous la monarchie de Juillet est à nouveau consacrée sous le Second Empire par l'article 17 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 220.

le décret du 11 juin 1806, sauf sous la Deuxième République¹⁰⁷. Cependant, à titre d'exception, la section, en plus d'instruire, juge les affaires dans lesquelles il n'y a pas de constitution d'avocat¹⁰⁸, pour expédier plus rapidement le petit contentieux, exactement comme cela était déjà prévu sous le Second Empire¹⁰⁹.

Sous réserve des affaires jugées par la section du Contentieux, l'organe de jugement est en principe la formation appelée communément « l'Assemblée du Contentieux »¹¹⁰, créée au début de la monarchie de Juillet en 1831¹¹¹. L'Assemblée du Contentieux est présidée par le vice-président du Conseil d'État, et est en outre composée des membres de la section du Contentieux auxquels sont adjoints deux conseillers d'État en service ordinaire de chacune des autres sections administratives¹¹², conformément à une configuration déjà inaugurée sous le Second Empire par le décret organique du 25 janvier 1852¹¹³.

La procédure de jugement devant l'Assemblée du Contentieux obéit aux règles fondamentales déjà posées au début de la monarchie de Juillet par les ordonnances du 2 février 1831 et du 12 mars 1831, et maintenues sous la Deuxième République et le Second Empire. Avant de délibérer, l'Assemblée du Contentieux tient une audience publique¹¹⁴, qui se déroule en trois temps : le

107 Sous la Deuxième République, il n'existe au sein du Conseil d'État qu'un seul organe s'occupant du contentieux, la section du Contentieux, qui est chargée à la fois de l'instruction et du jugement de toutes les affaires contentieuses. Article 36 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206.

108 Article 19 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510.

109 Article 21 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 221.

110 Article 17 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509.

111 Depuis l'origine du Conseil d'État en 1799, sous le Consulat, l'Empire et la Restauration, l'organe de jugement est l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État. Dans un souci d'impartialité, l'organe de jugement devient, dès le début de la monarchie de Juillet, l'Assemblée générale du Contentieux créée par la combinaison de l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1831 et de l'article 4 de l'ordonnance du 12 mars 1831. L'Assemblée générale du Contentieux n'est composée que de tous les membres en service ordinaire, sous la présidence du garde des Sceaux. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 131 et 234. Cette composition est confirmée par l'article 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 21 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 194. Pour davantage de précisions, voir Bouvet (Marc), *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, op. cit., p. 342-343.

112 Article 17 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509.

113 Article 19 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 220.

114 Article 17 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509. Le principe de l'audience publique est instauré pour la première fois au début de la monarchie de Juillet par l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1831, puis consacré par l'article 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 21 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 131 ; t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 194. Ce principe est encore consacré sous la Deuxième République et le Second Empire par l'article 37 de la loi organique du 3 mars 1849 et par l'article 19 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 220.

rapporteur de la section du Contentieux lit son rapport¹¹⁵, ensuite les avocats des parties peuvent présenter des observations orales¹¹⁶, enfin le commissaire du gouvernement donne ses conclusions, étant précisé que ces commissaires ont été créés par l'ordonnance du 12 mars 1831, appelés au départ les commissaires du roi, et ont pris définitivement le nom de commissaires du gouvernement au lendemain de la Révolution de 1848¹¹⁷. Les commissaires du gouvernement sont nommés par le chef de l'État et sont au nombre invariable de trois depuis l'ordonnance du 12 mars 1831¹¹⁸.

Le délibéré de l'Assemblée du Contentieux est encadré par des règles de bonne justice. Notamment, dans un souci d'impartialité, les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les décisions qui ont été préparées par les sections auxquelles ils appartiennent, s'ils ont pris part

115 Article 17 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509. Le principe de la lecture publique du rapport à l'audience publique est instauré pour la première fois au début de la monarchie de Juillet par l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1831, puis consacré par les articles 27 et 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 21 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 131 ; t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 194. Ce principe est encore consacré sous la Deuxième République et le Second Empire par l'article 37 de la loi organique du 3 mars 1849 et par l'article 19 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 220.

116 Article 18 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510. Le droit pour les avocats des parties de présenter des observations orales à l'audience publique est instauré pour la première fois au début de la monarchie de Juillet par l'article 3 de l'ordonnance du 2 février 1831, puis consacré par l'article 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 21 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 131 ; t. 19, p. 449 ; t. 31, p. 194. Ce principe est encore consacré sous la Deuxième République et le Second Empire par l'article 37 de la loi organique du 3 mars 1849 et par l'article 20 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 221.

117 Articles 16 et 18 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509-510. L'institution des commissaires du gouvernement et le droit de donner par l'un d'entre eux ses conclusions dans chaque affaire à l'audience publique sont instaurés pour la première fois au début de la monarchie de Juillet par l'article 2 de l'ordonnance du 12 mars 1831, puis consacrés par les articles 28 et 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, par les articles 20 et 21 de la loi du 19 juillet 1845, par les articles 36 et 37 de la loi organique du 3 mars 1849 et par les articles 18 et 20 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 234 ; t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 194 ; 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 220-221.

118 Article 16 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509. Auparavant, article 2 de l'ordonnance du 12 mars 1831, article 28 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, article 20 de la loi du 19 juillet 1845, article 36 de la loi organique du 3 mars 1849 et article 18 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 234 ; t. 19, p. 448 ; t. 31, p. 194 ; 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 220. Sur l'histoire des commissaires du gouvernement, voir BOUVET (Marc), « Les commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'État statuant au contentieux entre 1831 et 1872 », dans Bigot (Grégoire) et Bouvet (Marc), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, coll. « Colloques et débats », 2006, p. 129-181.

aux délibérations ¹¹⁹, conformément à un principe déjà posé par l'ordonnance du 12 mars 1831 et constant par la suite ¹²⁰.

Enfin, après le délibéré, les décisions de la section du Contentieux et de l'Assemblée du Contentieux sont souveraines dans la logique du passage de la justice retenue à la justice déléguée ¹²¹, ce qui est cocasse de la part d'une Assemblée nationale majoritairement monarchiste. Cette réforme est considérée par beaucoup comme fondamentale. En fait, elle peut être relativisée. Tout d'abord, le Conseil d'État a déjà bénéficié de la justice déléguée sous la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849 ¹²². Surtout, depuis le début de la Restauration en 1814, la justice retenue est une pure fiction ¹²³. Louis XVIII, Charles X, Louis-Philippe et Napoléon III ont toujours signé les projets d'arrêt du Conseil d'État sans même jamais les lire ¹²⁴. Cette fiction est d'ailleurs soulignée lors des travaux préparatoires de la loi de 1872. Barbie, le 29 janvier 1872, emploie lui-même le terme « fiction » pour qualifier la justice retenue telle qu'elle existait avant 1872 ¹²⁵. Le passage à la justice déléguée n'a ému quasiment personne en 1872 car ce n'est pas une réelle innovation, c'est un principe qui s'inscrit simplement dans l'histoire du Conseil d'État antérieure à la Troisième République, illustrant là encore que la loi du 24 mai 1872 est bien un miroir de l'histoire du Conseil d'État.

119 Article 20 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510.

120 Article 3 de l'ordonnance du 12 mars 1831, article 33 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, article 20 de la loi du 19 juillet 1845 et article 22 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 234 ; t. 19, p. 449 ; t. 31, p. 194 ; 10^e série, t. 9, p. 221.

121 Article 9 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

122 Article 36 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206.

123 Sous le Consulat et l'Empire, la justice retenue est déjà largement une fiction. Voir BOUVET (Marc), « Le Conseil d'État napoléonien, juge administratif suprême sous le Consulat et l'Empire », dans LENTZ (Thierry) (dir.), *Napoléon et le droit*, Paris, CNRS, 2017, p. 138-139.

124 Voir BOUVET (Marc), « La procédure contentieuse devant le Conseil d'État au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 743-799. Sous la monarchie de Juillet, en 1845, alors que s'agit à la Chambre des députés le débat entre les partisans de la justice retenue et ceux de la justice déléguée, Vivien, conseiller d'État en service ordinaire vice-président du comité de Législation du Conseil d'État et député, affirme en connaissance de cause que la justice retenue n'a jamais été exercée. Chambre des députés, séance du 28 février 1845. *Moniteur universel* du 1^{er} mars 1845, p. 468.

125 Assemblée nationale, séance du 29 janvier 1872. *Journal officiel* du 19 février 1872, p. 1197.

Un siècle et demi de justice déléguée vers l'indépendance et l'impartialité ?

Rémy SCHWARTZ

À la question : « Êtes-vous indépendant et impartial dans l'exercice de vos fonctions », un membre du Conseil d'État affecté à la section du Contentieux et plus largement de la juridiction administrative n'hésitera pas un instant à répondre par l'affirmative. Il n'aura à vrai dire aucun doute. Mais encore faut-il que ce sentiment soit partagé subjectivement par les usagers de la justice administrative.

Nous n'avons pas à cet égard de sondage. Je constate simplement que ces usagers n'hésitent pas à saisir la justice administrative, comme en témoigne, entre autres, l'explosion du nombre de demandes aux juges administratifs, dont les référés, au cours des dernières décennies.

Usagers des services publics, associations de défense de l'environnement ou simples particuliers témoignent chaque jour de leur confiance dans la justice administrative française. Les décisions peuvent être contestées par les uns, ce qui est tout à fait normal en démocratie. Mais je constate à travers les écrits des requérants dans leur totale diversité, les échanges avec les avocats aux conseils mais aussi aux barreaux qui sont présents aux audiences de référé, une confiance dans le juge auquel ils font appel. Un président-adjoint de la section du Contentieux voit passer chaque année des centaines d'affaires. J'ai toujours perçu une réelle confiance des usagers dans le juge, dans sa capacité à rendre une justice en toute indépendance et impartialité.

Qu'entendons-nous par « indépendance » et « impartialité » ?

Être un juge indépendant et impartial suppose de pouvoir statuer à l'abri des pressions et influences politiques ou partisans, en toute neutralité vis-à-vis des intérêts qui s'affrontent.

Être un juge indépendant, libre de ces influences, permet de statuer de façon impartiale. Mais les deux notions ne se recoupent pas totalement. L'indépendance ne suffit pas car le juge doit, aujourd'hui plus qu'hier, donner les garanties objectives ET subjectives de statuer en toute impartialité.

Les conditions de l'indépendance du Conseil d'État et plus largement de la juridiction administrative sont depuis longtemps réunies

Être une juridiction indépendante implique que ses membres disposent de garanties de nomination et de déroulement de carrière qui les préservent des influences.

La loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État a posé l'ossature de cette indépendance structurelle du Conseil, organisée autour des trois grades historiques : auditeur, maître des requêtes et conseiller d'État. Elle prévoyait un Conseil d'État présidé par le garde des Sceaux, un vice-président nommé par décret du Président de la République parmi les conseillers d'État en service ordinaire, l'élection par l'Assemblée nationale des conseillers d'État en service ordinaire, les conseillers d'État en service extraordinaire, appartenant à l'administration d'active, étant nommés par décret du Président de la République. Les maîtres des requêtes étaient nommés sur présentation du vice-président du Conseil d'État et des présidents de section, préfiguration de l'actuel bureau du Conseil d'État (organe d'« autogestion » de cette institution singulière), un tiers au moins des places étant réservé aux auditeurs de 1^{re} classe. Quant aux auditeurs de 1^{re} et 2^e classe, ils étaient nommés sur concours.

L'élection par l'Assemblée nationale des conseillers d'État a disparu mais nous voyons formée l'ossature de ce qu'est le Conseil d'État : le concours comme base pour l'entrée et le choix des pairs au vu des mérites pour le déroulement de carrière.

La loi du 1^{er} mars 1923 modifiant l'organisation du Conseil d'État a réservé aux maîtres des requêtes les deux tiers des emplois vacants de conseiller d'État. La loi de finances du 8 avril 2010 a quant à elle réservé les trois quarts des emplois de maître des requêtes aux auditeurs de 1^{re} classe.

L'ordonnance du 31 juillet 1945 s'est inscrite dans cette architecture : les deux tiers au moins des emplois vacants des conseillers d'État étaient réservés aux maîtres des requêtes sur la base de listes établies par le vice-président délibérant avec les présidents de section et les trois quarts au moins des emplois vacants de maître des requêtes étant réservés aux auditeurs de 1^{re} classe, anciens auditeurs de 2^e classe qui seront tous issus de l'ENA. Le décret du 30 juillet 1963 relatif au statut des membres du Conseil d'État a conforté cette structuration

La loi du 24 mai 1872 a posé le socle de l'organisation du Conseil d'État : des tours extérieurs qui viennent s'intégrer dans un corps central composé de membres issus de la méritocratie du concours. Ses membres ont la garantie que le déroulement de leur carrière dépendra de l'appréciation de leurs mérites par l'institution. C'est la garantie essentielle de l'indépendance de la juridiction, une des missions essentielles du Conseil d'État.

Par ses décisions n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016 relative aux statuts des magistrats judiciaires et n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 relatif aux magistrats administratifs, le Conseil constitutionnel a jugé que les principes d'indépendance

et d'impartialité des juridictions supposent que leurs fonctions juridictionnelles soient en principe exercées par « *des personnes qui entendent y consacrer leur vie professionnelle* » et, si des personnes peuvent venir exercer temporairement des fonctions juridictionnelles, c'est à condition de bénéficier de garanties appropriées et des mêmes droits et garanties que les magistrats. Nos exigences constitutionnelles excluent ainsi qu'une juridiction puisse reposer sur des emplois fonctionnels. Son indépendance ne serait pas assurée, la suite de la carrière de ses membres pouvant alors dépendre du bon vouloir de l'exécutif. Elle doit reposer sur un corps central composé de membres « *qui entendent y consacrer leur vie professionnelle* », tout en accomplissant des mobilités dans l'administration.

Le Conseil d'État, depuis la loi du 24 mai 1872, est structuré autour d'un tel corps central. Les membres du Conseil d'État usuellement exercent des fonctions administratives en mobilité puis reviennent dans leur « maison ».

La dernière réforme issue de l'ordonnance du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État a complexifié un peu le schéma organisationnel du Conseil d'État mais a préservé sa structuration.

Le concours est la voie *indirecte* majeure d'accès au Conseil d'État.

Chaque année des auditeurs sont choisis parmi les administrateurs de l'État ou corps et cadres d'emplois comparables, ayant au moins deux ans de service public effectifs en cette qualité. Ce sont donc de jeunes cadres supérieurs des fonctions publiques issus des concours. Ils sont nommés directement par le vice-président après avis d'un comité consultatif composé de quatre membres, dont deux du Conseil d'État. Ces auditeurs sont d'abord nommés sur un emploi fonctionnel pour trois ans puis intégrés en qualité de maître des requêtes sur proposition d'une commission d'intégration composée de trois membres du Conseil d'État, dont le vice-président, et de trois personnalités qualifiées. Il n'y a aucune raison que ces auditeurs ne soient pas intégrés, sauf s'ils décidaient de quitter le Conseil. Historiquement, un auditeur n'a jamais, en droit, été assuré d'être nommé maître des requêtes. Or, il n'y a jamais eu d'auditeurs non nommés maître des requêtes. Je ne vois pas la commission d'intégration changer le cours de cette histoire.

Les maîtres des requêtes sont nommés au moins pour moitié parmi les auditeurs.

Ils sont issus également du corps des magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel puisque chaque année deux d'entre eux sont nommés maîtres des requêtes sur proposition du vice-président délibérant avec les présidents de sections (le bureau) et avis du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (CSTA). Ils ont été recrutés dans le corps des magistrats administratifs par concours, ont exercé des fonctions juridictionnelles et administratives en mobilité. Ils sont choisis au vu de leurs mérites évalués par leurs pairs.

À cela s'ajoutent les cadres supérieurs des fonctions publiques et magistrats qui candidatent pour exercer les fonctions de maître des requêtes en service extraordinaire pendant quatre ans. Ils sont choisis par le bureau du Conseil d'État après sélection par une commission interne de trois membres, présidée



actuellement par un président adjoint de la section du Contentieux. Et au terme de leur mobilité, l'un d'entre eux peut être intégré, désormais sur proposition de la commission d'intégration, après audition. Il est certain que leur manière de servir appréciée par les pairs, c'est-à-dire les membres du Conseil d'État, sera décisive.

C'est le vice-président qui détermine chaque année le nombre de recrutement au grade de maître des requêtes.

Il n'y a plus désormais de tour extérieur de maîtres des requêtes au choix discrétionnaire du président de la République. Cette fin des nominations au tour extérieur discrétionnaire au grade de maître des requêtes est passée inaperçue, alors que c'est un point important de la réforme.

Tous les auditeurs et maîtres des requêtes sont ainsi indirectement issus des concours de la fonction publique et choisis au vu de leur mérite, l'institution ayant une place déterminante dans leur recrutement.

Puis vient le grade de conseiller d'État, les nominations étant réservées dans la proportion de quatre sur cinq aux maîtres des requêtes. Pour chaque période de deux ans, un membre du corps des magistrats administratifs ayant atteint le grade de président est nommé sur proposition du bureau et avis du CSTA. C'est l'excellence d'une carrière au sein du corps des conseillers de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel qui conduit à cette intégration. Chaque année désormais, une personne particulièrement qualifiée sera nommée conseiller d'État sur proposition du vice-président et avis de la commission d'intégration. Et les nominations des conseillers d'État au tour extérieur « discrétionnaire » sont désormais prononcées après avis de la commission d'intégration.

À ces règles statutaires qui garantissent l'accès au Conseil d'État des membres issus indirectement des concours des fonctions publiques, choisis très largement par leurs pairs au vu de leur excellence, s'ajoute la culture de l'institution façonnée au fil des décennies qui ont suivi la loi du 24 mai 1872. Tout nouveau membre du Conseil d'État, quels que soient ses origines et son parcours, est accueilli par ses pairs qui lui transmettent l'ADN de l'institution : sa culture de l'indépendance au service de l'intérêt général et des libertés publiques. Et le mode collégial de fonctionnement de l'institution permet à tous de s'affranchir de ses subjectivités.

Un déroulement de carrière, garantie de l'indépendance

L'auditeur devient et continuera à devenir maître des requêtes puis conseiller d'État.

Toute sa carrière dépendra de l'évaluation de ses mérites par ses pairs. La troïka, qui regroupe le président de la section du Contentieux et ses adjoints, choisit ceux qui deviendront responsables du centre de documentation, rapporteurs publics et assesseurs, ni le bureau ni le vice-président n'interférant avec ces choix. Le vice-président et le bureau accueillent les propositions que le président de la section du Contentieux a retenues en troïka pour les nominations aux fonctions de président de chambre. Les noms retenus pour l'exercice de toutes ces fonctions

font le plus souvent l'objet d'un consensus, d'une évidence. Chacun est évalué par ses pairs et il ne doit sa carrière qu'à ses mérites évalués collectivement.

De même, l'usage veut que, pour les postes de président de section, le bureau, après débats au cours desquels sont évalués les mérites et aptitudes des candidats potentiels, propose au président de la République trois noms. Et la tradition républicaine fait que le président de la République retient en principe le premier de la liste qui lui est proposée, et à, tout le moins, l'un des trois noms proposés. Et l'usage conduit aussi le bureau à ne proposer qu'un seul nom pour les fonctions de président de la section du Contentieux. La section du Contentieux a ainsi toujours à sa tête un de ses membres choisis par l'institution.

Une inamovibilité de droit et de fait, une progression de carrière garantie à l'abri de toute pression extérieure, l'accès aux postes à responsabilités assuré au vu des mérites et des aptitudes évalués par les pairs, telles sont les réalités de l'indépendance dont jouissent les membres du Conseil d'État.

Une impartialité revisitée

Pendant longtemps, les membres du Conseil d'État ont estimé que leur indépendance, associée à l'usage du déport en cas « d'intérêt » dans un litige, suffisait pour garantir l'impartialité de l'institution.

Mais l'arrêt *Kress c/France* du 7 juin 2001 de la Cour européenne des droits de l'homme a montré les exigences des apparences. Le procès équitable ne permettait plus au commissaire du gouvernement de participer au délibéré, ce qu'il ne faisait d'ailleurs pas, mais lui permettait d'y assister. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme nous a montré l'importance « des apparences ».

Il en a résulté la nécessité d'être plus vigilants. Désormais, nous sommes même d'une extrême vigilance. Il ne suffit plus d'avoir le sentiment d'être impartial. Il faut aussi veiller à ce que les usagers aient le sentiment que leur juge, sur un litige donné, est impartial. Tout membre du Conseil qui a participé à une formation consultative ayant émis un avis sur un texte, doit impérativement se déporter au contentieux si la légalité de ce texte est contestée, pratique confortée et explicitée par un décret du 6 mars 2008. Tout collègue qui revient d'un cabinet ministériel doit pendant plusieurs années ne pas siéger au contentieux dans les litiges en lien apparent, aussi minime soit-il, avec ses anciennes fonctions.

Le nom de « commissaire du gouvernement » auprès de la section du Contentieux, qui pouvait prêter à confusion dans l'opinion publique, a été changé en « rapporteur public ». La composition de l'Assemblée du contentieux a été changée, les membres de la section du Contentieux y devenant majoritaires. Et le code de justice administrative s'est enrichi de longues dispositions sur les déclarations d'intérêts et la déontologie.

Lorsque je suis entrée au Conseil d'État, il y a 35 ans révolus, la perception que nous donnions à l'usager n'était absolument pas une préoccupation. Nous étions indépendants et cela suffisait pour nous sentir totalement impartiaux.

Aujourd'hui, tout nouveau membre du Conseil d'État sait que son indépendance est la garantie de son impartialité mais il sait aussi que cela ne suffit pas. Il lui revient d'être extrêmement vigilant pour que cette indépendance ne puisse donner l'apparence de ne pas être pleine et entière.

Je ne connais pas la perception qu'avaient les usagers du Conseil d'État à la fin du XIX^e siècle. Mais, comme je l'ai indiqué, je vois au quotidien des usagers qui ont confiance dans la justice administrative, en son indépendance et son impartialité. C'est sans doute la plus belle postérité de la loi du 24 mai 1872.

Un mythe fondateur : la loi du 24 mai 1872, pilier de la justice administrative

Anissa HACHEMI

En mai 2022, l'*AJDA* publiait un dossier – « La justice déléguée a 150 ans »¹ –, dont le titre est à plusieurs égards remarquable.

D'abord, ce n'est pas à strictement parler l'anniversaire de la loi du 24 mai 1872 qui est célébré, mais celui de la justice déléguée. En 1972, dans un article commémorant – aux *Études et documents* – le centenaire de la loi, Roland Drago relevait déjà que seuls trois articles relatifs aux conflits et au tribunal du même nom subsistaient du texte d'origine². Aujourd'hui, le titre et le contenu de la loi du 24 mai 1872 ont changé, compliquant davantage encore la célébration. Il ne s'agit plus de la *loi portant réorganisation du Conseil d'État*³, mais de la *loi relative au Tribunal des conflits* dont les dispositions sont issues de la loi du 16 février 2015⁴. Si la loi de 1872 a toujours été une poupée russe, sa physiologie est désormais curieuse. Au début de la III^e République, elle contenait plusieurs dispositions empruntées aux législations passées, notamment aux lois de 1845 et de 1849⁵. Aujourd'hui, elle ne contient plus que des dispositions bien postérieures à son adoption. Non dépourvue de tout enjeu symbolique, cette « *nidification législative* »⁶ aboutit à la disparition de la présidence du Tribunal des conflits par le ministre de la Justice alors que la loi est toujours formellement datée de 1872⁷.

Cette distorsion temporelle n'a pas entamé – ensuite – le consensus existant sur l'apport fondamental de la loi. En effet, c'est bien la reconnaissance de la justice déléguée que l'on retient habituellement de ce texte. Ce souvenir a toutefois été

1 COLLECTIF, « La justice déléguée a 150 ans », *AJDA*, n° 18, 2022, p. 1015 et s.

2 DRAGO (Roland), « La loi du 24 mai 1872 », *EDCE*, 1972, p. 13.

3 Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État, *JO*, 31 mai 1872, p. 3625 et s.

4 Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

5 À ce sujet, voir la contribution à ce colloque de Marc Bouvet : « La loi de 1872, miroir de l'histoire du Conseil d'État ».

6 GONOD (Pascale), « La nouvelle vie de la loi du 24 mai 1872. Codification et "nidification" législative », *Le Service public. Liber Amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, p. 239-245.

7 *Ibid.*, p. 244.

consciencieusement et sagement entretenu. Aux *Études et documents*, Roland Drago débute son propos en remarquant que :

« l'ordonnance du 31 juillet 1945, la réforme de 1953, la "crise" de 1962-1963 ont quelque peu oblitéré pour les jeunes générations, le souvenir de la loi du 24 mai 1872. Il semble donc souhaitable de célébrer le centenaire d'un texte qui, en instituant la "justice déléguée", a fait du Conseil d'État une véritable juridiction⁸ ».

Car, enfin, c'est bien la justice déléguée du Conseil d'État – et du Conseil d'État seulement – qui a cent-cinquante ans. Jusqu'à la loi du 24 mai 1872 – et exception faite de la 1^{re} République –, ce dernier exerçait une justice retenue. Mais avant même l'adoption de ce texte, la justice administrative était par ailleurs largement déléguée. Les conseils de préfecture, depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, étaient juges d'attribution en première instance. Les ministres, depuis la fin du Premier Empire, étaient réputés juges de droit commun en première instance du contentieux administratif. Mais bien que déléguée, cette justice n'était pas moins vertement critiquée.

Qualifier la loi du 24 mai 1872 de pilier de la justice administrative pourrait ainsi paraître doublement paradoxal. Paradoxal, en premier lieu, parce que cette loi ne concerne pas l'ensemble de la justice administrative. En effet, ce texte ne porte que sur le Conseil d'État et le nouveau Tribunal des conflits. Aucune de ses dispositions ne vise le ministre-juge. Quant aux conseils de préfecture, ils apparaissent incidemment, à l'article 24, alinéa 4, de la loi, à propos de l'absence d'effet suspensif des recours. En effet, le Conseil d'État connaît en appel de leurs décisions. S'il connaît aussi de celles des ministres, ces derniers ne sont significativement pas cités au titre de leurs attributions contentieuses.

Parler de pilier de la justice administrative pourrait paraître paradoxal, en second lieu, car la délégation de la justice administrative ne suscite pas nécessairement son éloge. Contrairement à ce que soutient Roland Drago à propos du Conseil d'État, la justice déléguée des conseils de préfecture et des ministres n'empêche pas – loin s'en faut – que l'on doute alors de leur caractère de « véritable juridiction ». Ils restent des administrateurs-juges au sein desquels le principe de séparation de la juridiction et de l'administration active⁹ n'est pas assuré.

Certes, depuis l'adoption de la loi du 24 mai 1872, la justice administrative a profondément changé. En 1889, l'arrêt *Cadot*¹⁰ sonne le glas de la théorie du ministre-juge. La réforme de 1953¹¹ supprime les conseils de préfecture au profit des tribunaux administratifs. Mais le caractère fondateur de cette loi n'en paraît que plus discutable. Ainsi, la justice administrative, dont elle est censée être le pilier, a largement disparu. Ses fondations mêmes semblent avoir disparu,

8 DRAGO (Roland), *loc. cit.*, p. 13, nous soulignons.

9 CHEVALLIER (Jacques), *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, 317 p., rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015.

10 CE, 13 décembre 1889, *Cadot, Rec.*, p. 1148.

11 Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif.

ses dispositions d'origine étant aujourd'hui abrogées. Certaines, dès les premières années de la loi, ont d'ailleurs été sensiblement modifiées.

Tel est le cas de l'article 3 relatif au mode de désignation des conseillers d'État. L'Assemblée majoritairement monarchiste d'une République qui n'en a encore que le nom se méfie du Président Thiers. Elle lui refuse donc la nomination des conseillers d'État qu'elle préfère élire. Mais une fois Thiers remplacé par Mac Mahon, l'Assemblée rend au Président de la République ce droit¹², à l'occasion du vote de la loi constitutionnelle du 25 février 1875¹³. L'épuration de 1879¹⁴ en est la manifestation la plus éclatante, au point que l'on pourrait se demander si elle ne constitue pas – plus que la loi de 1872 – le véritable acte de naissance du Conseil d'État républicain.

Si la curieuse destinée de l'article 3 de la loi du 24 mai 1872 a souvent été remarquée, c'est parce qu'il a été son point le plus discuté. L'abcès s'étant alors fixé sur le mode de désignation des conseillers d'État, l'article 9 accordant justice déléguée au Conseil a été adopté dans une relative indifférence. Ce fait, lié au contexte politique, a pu être analysé comme une chance¹⁵, la justice déléguée ayant auparavant suscité d'interminables discussions parlementaires, en particulier sous la monarchie de Juillet. Elle n'en soulève pas moins un nouveau paradoxe : la justice déléguée du Conseil d'État aujourd'hui célébrée ne semble guère avoir ému ses créateurs. La contextualisation de la loi du 24 mai 1872 peine ainsi à rehausser son aspect fondateur.

Mais les débats parlementaires ayant conduit à son adoption ne sont que le reflet de la querelle constitutionnelle du temps. La justice déléguée transforme la légitimation du Conseil d'État qui, progressivement, irradie l'ensemble de la justice administrative. Le principe fondamental, reconnu par les lois de la République, d'indépendance de la justice administrative dégagé sur son fondement¹⁶ – alors même que la loi est « *d'un millésime pourtant pas encore résolument républicain*¹⁷ » – en est la cristallisation. En effet, la loi du 24 mai 1872 donne

12 HALÉVY (Daniel), « Sur un épisode méconnu », *Journal des débats*, 10 janvier 1936; DREYFUS (Robert), « À propos du Conseil d'État », *Journal des débats*, 29 janvier 1936; « Discussion, sur l'initiative de MM. Daniel Halévy et Robert Dreyfus, de la portée historique des lois de 1872 et 1875 relatives au Conseil d'État », *Bulletin de la Société d'histoire moderne*, mars 1936, p. 149-151; « Réplique de M. Daniel Halévy aux critiques de M. Robert Dreyfus », *Bulletin de la Société d'histoire moderne*, mai 1936, p. 159-162; HALÉVY (Daniel), *La Fin des notables. La République des ducs*, Paris, Grasset, 1937, rééd., 1995, p. 137-140; DREYFUS (Robert), *De Monsieur Thiers à Marcel Proust*, Paris, Plon, 1939, p. 141-209; WRIGHT (Vincent), « La réorganisation du Conseil d'État en 1872 », *EDCE*, 1972, spéc. p. 21-22; LANGLADE (Martine), « De Thiers à Mac Mahon : les avatars du mode de désignation des conseillers d'État (1872-1875) », *EDCE*, 1984-1985, p. 319-338.

13 Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics, article 4.

14 WRIGHT (Vincent), « L'épuration du Conseil d'État en juillet 1879 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 4, octobre-décembre 1972, p. 621-653.

15 Par ex. : LANGLADE (Martine), *loc. cit.*, spéc. p. 321.

16 CC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, n° 80-119 DC.

17 GAUDEMET (Yves), « Les bases constitutionnelles du contentieux administratif (Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Déc. 86-224 DC) », *RDP*, 1987, p. 1347.

à ses partisans les moyens juridiques, mais aussi et peut-être surtout rhétoriques, de la défendre.

Ainsi, la loi du 24 mai 1872 permet de mettre un terme tant à la querelle des origines de la justice administrative qu'à celle de son avenir.

La querelle des origines de la justice administrative

Les débats ayant conduit à l'adoption de la loi de 1872 sont l'occasion d'une querelle parlementaire sur les origines de la justice administrative dans laquelle la doctrine a le dernier mot

Une querelle parlementaire

Ainsi, les origines historiques de la justice administrative sont utilisées par les différents orateurs pour attaquer les positions de leurs adversaires.

Le 1^{er} juin 1871, le ministre de la Justice Dufaure présente le projet de loi en ces termes : « *Les dispositions du projet que nous soumettons aux délibérations de l'Assemblée sont empruntées en partie à la loi du 19 juillet 1845, en partie à la loi du 3 mars 1849.*

La combinaison des deux systèmes différents adoptés à ces deux époques a paru commandée par l'organisation actuelle du pouvoir exécutif¹⁸. La combinaison d'une loi monarchique et d'une loi républicaine semble au Gouvernement appropriée, en ces temps d'incertitude constitutionnelle. En 1872, un observateur souligne ainsi qu'elle « est une sorte de transaction *entre les doctrines de la monarchie constitutionnelle de 1830 et celle de la République de 1848*¹⁹ ». Mais cette transaction ne convainc personne et durant toute la discussion, les orateurs n'ont cessé de se jeter à la tête les origines tantôt monarchiques, tantôt impériales, tantôt révolutionnaires de la justice administrative. Or l'argument est d'autant plus remarquable qu'il est souvent à contre-emploi.

Ainsi, dans une volte-face souvent remarquée, le républicain Gambetta « s'étonne [...] que ce soit l'honorable M. Raudot, si familier avec les institutions françaises et avec les institutions de l'ancienne Monarchie, qui vienne faire un pareil

18 « Projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État, présenté par M. Thiers, chef du pouvoir exécutif de la République française, président du conseil des ministres, et par M. Dufaure, garde des Sceaux, ministre de la Justice », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du *Journal officiel*, 1871, t. III « du 13 mai au 11 juillet 1871 », annexe n° 279, p. 206, nous soulignons.

19 BŒUF (François), *Explication de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État et le Tribunal des conflits*, Paris, Dauvin, 1872, préface, non paginée, nous soulignons.

procès au Conseil d'État. En effet [...], cette création du Conseil d'État [...] est une des meilleures de la monarchie française ²⁰ ».

Le légitimiste Raudot, pour sa part, vilipende le legs napoléonien. Il s'attaque ainsi à la voix délibérative des ministres :

« Je me suis reporté à la Constitution qui a été faite après le coup d'État et à l'organisation du Conseil d'État après le coup d'État, en 1852, et j'ai trouvé, mot pour mot, les dispositions qui sont dans le projet de la commission [...]. Soyons donc un peu sérieux. Si nous faisons une Révolution, n'allons pas le lendemain reprendre les abus contre lesquels on vient de faire cette Révolution ²¹. »

Le rapporteur Batbie lui rétorque sèchement :

« L'honorable M. Raudot me paraît avoir arrêté trop tôt ses études rétrospectives. Si, au lieu de se borner à étudier la loi sur le Conseil d'État qui a été faite après les événements de 1851, il était remonté plus loin, s'il avait étudié la loi de 1845, il aurait trouvé [...] une disposition autrement plus grave que notre article 2 ²². »

L'origine révolutionnaire de la justice administrative fait également débat. Cette dernière est-elle la fille ou le fléau de la Révolution française ? Lors de la première délibération de la loi, le député Lefèvre-Pontalis attaque les attributions contentieuses du Conseil d'État qu'il estime usurpées à l'autorité judiciaire. Dans la lignée d'un Tocqueville, il déclare que :

« L'établissement et l'extension de cette justice administrative passent, dans le langage ordinaire, pour être une des grandes conquêtes de la Révolution française. Cependant il serait bien facile [...] d'établir que c'est le système de la monarchie absolue et de l'Ancien Régime qui s'y retrouve. Les attributions de l'ancien conseil d'État, les pouvoirs des intendants de l'ancienne monarchie ont survécu, sous d'autres noms, à nos transformations politiques et ce sont les traditions de l'Ancien Régime aggravées ou rajeunies [...] que la justice administrative a fait passer dans le droit public de notre société moderne ²³ ».

À l'inverse, le député Gaslonde assène qu' :

« en retirant au Conseil d'État la justice administrative [...], c'est l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789 que vous détruiriez [...]. Mais cette grande Assemblée

20 « Séance du lundi 19 février 1872 », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du *Journal officiel*, 1872, t. VII, *Du 13 janvier au 22 février 1872*, p. 652, nous soulignons.

21 « Séance du mardi 30 avril 1872 », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du *Journal officiel*, 1872, t. XI, *Du 22 avril au 25 mai 1872*, p. 132.

22 *Idem*.

23 « Séance du lundi 19 février 1872 », *op. cit.*, p. 642, nous soulignons.

*posa un principe qui a été fécond en conséquence, le principe de la séparation des pouvoirs, et c'est aujourd'hui de ce principe que découle la justice administrative*²⁴ ».

À cette querelle parlementaire dont les enjeux sont plus politiques qu'historiques, la doctrine – en particulier organique – met un terme.

Le dernier mot doctrinal

Le champ de la légitimation historique de la justice administrative connaît un regain, à compter de l'adoption de la loi du 24 mai 1872. Sous le Second Empire, Dareste²⁵, ami de Laboulaye et cofondateur de la *Revue historique de droit français et étranger*, avait consacré de substantielles études historiques à la question. Mais au début de la III^e République, deux membres éminents du Conseil d'État écrivent l'histoire de la justice administrative pour y mettre un terme.

En 1876, Léon Aucoc publie ainsi un ouvrage au titre explicite : *Le Conseil d'État avant et depuis 1789*²⁶. L'initiative du président de la section des Travaux publics²⁷, relayée par l'Imprimerie nationale, revêt de ce fait une dimension officielle. Aucoc s'en explique en préface par la nécessité de reconstituer les archives du Conseil, détruites par l'incendie de 1871²⁸. Mais il s'agit surtout de marquer tant la continuité historique de l'institution que son aboutissement. Après un premier livre consacré aux « sources de l'histoire du Conseil d'État »²⁹, un deuxième livre sur le « Conseil d'État jusqu'en 1789 »³⁰, le troisième et dernier livre s'intéresse au « Conseil d'État depuis sa reconstitution en l'an VIII »³¹. Son dernier chapitre est significativement dédié au « Conseil d'État réorganisé par la loi du 24 mai 1872 »³². Aucoc conclut : « On a vu, par l'expérience faite sous les régimes les plus divers, sous la monarchie constitutionnelle, sous l'Empire, sous la République de 1848, quel concours le Conseil d'État pouvait apporter »³³. Il fait ainsi de la diversité des origines du Conseil non plus une tare, mais une force.

24 « Séance du 3 mai 1872 », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du *Journal officiel*, 1872, t. XI, *Du 22 avril au 25 mai 1872*, p. 198. Sur l'argument tiré de la séparation des pouvoirs lors de la discussion parlementaire de la loi de 1872, voir notamment : LEMÉE (Mathilde), « Les bases constitutionnelles du droit administratif (1789-1940). Une théorie à l'épreuve de l'histoire », Rennes, th. dactyl., 2017, p. 293 et s.

25 PLESSIX (Benoît), « Rodolphe Dareste ou le droit administratif vu par un avocat aux conseils érudit au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 24, 2004, p. 65-97.

26 AUCOC (Léon), *Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel*, Paris, Imprimerie nationale, 1876, 434 p.

27 Cette qualité est mentionnée par la page de titre de l'ouvrage.

28 AUCOC (Léon), *op. cit.*, p. I.

29 *Ibid.*, p. 3.

30 *Ibid.*, p. 25.

31 *Ibid.*, p. 89.

32 *Ibid.*, p. 142.

33 *Ibid.*, p. 161, nous soulignons.

Une démarche comparable s'observe chez Laferrière, à ceci près que le *Traité* consacre à la législation comparée une large part de son livre préliminaire³⁴. Comme les origines historiques du Conseil, l'originalité de la justice administrative française a été l'objet de la querelle parlementaire³⁵. Le vice-président du Conseil évoque cette double controverse dès la préface :

« Si les institutions de justice administrative ne sont point particulières à notre pays, celles qui fonctionnent en France n'en portent pas moins l'empreinte de nos traditions nationales et de notre génie propre. Elles se rattachent si étroitement à notre histoire, à sa constante évolution vers l'unité politique et administrative, qu'on ne peut les bien comprendre qu'en voyant l'action successivement exercée sur elles par l'Ancien Régime, la Révolution, le Consulat, et par la législation moderne.

Le livre I^{er} est consacré à cette étude et retrace l'histoire de la juridiction administrative en France, depuis ses origines jusqu'à l'époque actuelle. Cette évolution historique aboutit aux institutions qui sont en vigueur aujourd'hui³⁶ ».

Ainsi, la loi de 1872 a « associé et combiné les trois grandes lois organiques qui ont successivement régi le Conseil d'État pendant un demi-siècle³⁷ ». La loi de 1872 est l'aboutissement, par sa synthèse, de l'histoire de la justice administrative.

Dans cette mise en ordre historique, la Révolution française occupe une place particulière où se croisent débats parlementaires, jurisprudence et doctrine. Dans son rapport sur le projet de loi sur les conseils de préfecture présenté à l'Assemblée de la II^e République³⁸, Boulatignier est le premier à écrire l'histoire des origines révolutionnaires de l'administrateur-juge³⁹. Repris notamment par Dareste et Laferrière, David s'y réfère explicitement dans ses conclusions sur l'arrêt *Blanco*. Si cette décision transforme la loi de séparation des autorités des 16 et 24 août 1790 en loi de dévolution des compétences, le jeune Tribunal des conflits ne fait que reprendre les arrêts *Rotschild*⁴⁰ et surtout *Dekeister*⁴¹. Cependant, le Conseil d'État du Second Empire, alors juge des conflits, n'était pas parvenu à les imposer à la Cour de cassation⁴². La loi du 24 mai 1872 permet alors une victoire aussi bien juridique que rhétorique. D'un point de vue juridique, la

34 LAFERRIÈRE (Édouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887, 1^{re} éd., t. I, p. 26 et s.

35 BIGOT (Grégoire), « L'élaboration de la loi du 24 mai 1872 : enjeux politiques et constitutionnels », *AJDA*, 2022, p. 1016 et s. ; LEMÉE (Mathilde), *op. cit.*, p. 301 et s.

36 LAFERRIÈRE (Édouard), *op. cit.*, p. XI, nous soulignons.

37 *Ibid.*, p. 237.

38 BOULATIGNIER (Sébastien-Joseph), « Rapport sur le livre quatrième de la loi sur l'administration intérieure. Des conseils de préfecture », *Impressions. Projets de lois, propositions, rapports, etc.*, Paris, Imprimerie de l'Assemblée nationale, 1851, t. XXIX, 128 p.

39 HACHEMI (Anissa), *Le Juge administratif et la loi (1789-1889)*, Paris, LGDJ, 2020, spéc. p. 329 et s.

40 CE, 6 décembre 1855, *Rotschild*, S.1856. II.508.

41 CE, 6 août 1861, *Dekeister c. l'administration des postes*, *Rec.*, p. 672.

42 BIGOT (Grégoire), *L'Autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999, spéc. p. 480 et s.

création du Tribunal des conflits permet d'imposer cette solution, même si c'est au prix d'un partage dont la réalité historique est aujourd'hui discutée⁴³. D'un point de vue rhétorique, le caractère paritaire du Tribunal et la reconnaissance de la justice déléguée permettent de répondre aux soupçons de partialité pesant auparavant sur le choix de la compétence administrative. En fondant cette dernière sur la loi de 1790 confirmée par le décret du 16 fructidor an III, l'arrêt *Blanco* ouvre une nouvelle ère jurisprudentielle mais aussi – et surtout – doctrinale. Sa relecture par Hauriou⁴⁴, Teissier⁴⁵ ou encore Waline⁴⁶, assurent pour longtemps l'avenir de la justice administrative.

La querelle de l'avenir de la justice administrative

L'avenir de la justice administrative – définitive ou provisoire – fait l'objet d'une querelle parlementaire à laquelle la doctrine met un terme.

Une querelle parlementaire

Lors des débats parlementaires, l'avenir de la justice administrative est suspendu à deux questions, d'ailleurs liées : la nature encore incertaine du régime et le sort des conseils de préfecture.

Là encore, les premiers mots de la présentation du projet de loi par Dufaure donnent le ton :

« la composition et les attributions du Conseil d'État ne pourront être réglées d'une manière définitive qu'au moment où l'Assemblée nationale donnera au pays, avec sa Constitution politique, son organisation administrative et judiciaire »⁴⁷.

Le gouvernement propose donc un projet de loi provisoire, ce que refuse la commission. Son rapporteur Batbie se déclare :

43 GONOD (Pascale), « L'arrêt *Blanco* a-t-il été rendu sur partage? », *RFDA*, 2022, p. 301 et s.

44 RIVERO (Jean), « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *L'Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 461-471.

45 CHAPUS (René), *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, 1954, réimp. La Mémoire du Droit, 2010, spéc. p. 90 et s.

46 HACHEMI (Anissa), « Une crise, un grand arrêt? À propos de Marcel Waline et de l'arrêt *Blanco* », dans BLANCO (Florent), GILBERT (Simon), JACQUEMET-GAUCHÉ (Anne), *Autour de l'arrêt Blanco*, Paris, Dalloz.

47 « Projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État, présenté par M. Thiers, chef du pouvoir exécutif de la République française, président du conseil des ministres, et par M. Dufaure, garde des Sceaux, ministre de la Justice », *op. cit.*, p. 206, nous soulignons.

« convaincu que la durée des lois ne dépend pas de notre volonté [...]. Notre œuvre, en effet, sera définitive ou provisoire, suivant qu'elle sera maintenue ou changée, ce qui dépend des circonstances dont nous ne sommes pas les maîtres⁴⁸ ».

Dès la première délibération, les orateurs s'opposent donc sur le caractère définitif ou provisoire du projet, mesuré à l'aune de la nature constitutionnelle du régime. Pour Gambetta par exemple :

« le moment [n'est pas] venu pour en agiter la discussion ; et ici [il se permet de dire] à la commission qu'il est tout à fait inopportun [sans savoir] sur quelle base définitive [sera organisé] le pouvoir de créer, d'organiser un Conseil d'État qui ne peut pas être indifféremment une institution adaptée à la Monarchie ou à l'Empire »⁴⁹.

Il plaide donc pour l'ajournement du projet et le renforcement de la commission provisoire alors chargée de remplacer le Conseil. Les enjeux constitutionnels du débat pèsent ainsi sur l'avenir de la justice administrative⁵⁰.

Mêlés à ces enjeux, les conseils de préfecture sont également invoqués pour réclamer l'ajournement du projet. La position de Raudot l'illustre. Membre de la commission de décentralisation, il rapporte que la « sous-commission [...] de la justice administrative [a conclu] à l'unanimité [...] qu'elle fût supprimée⁵¹ ». En effet, s'écrie-t-il, « le Conseil d'État, c'est la forteresse de la centralisation qui nous énerve et qui nous tue⁵² ». Si la défaite de 1870 exacerbe les revendications décentralisatrices⁵³, les conseils de préfecture sont également un levier de centralisation⁵⁴ à détruire. Raudot rapporte ainsi que la majorité de la commission de décentralisation est favorable à leur suppression. Dès lors : « avant de décider quelle sera l'organisation de la Cour d'appel, qui est ici le Conseil d'État, il serait logique de voir d'abord quelle sera l'organisation du tribunal de première instance... (Assentiment) et même si on conservera le tribunal de première instance et la justice administrative⁵⁵ ».

Le lendemain, le député Target reprend cet argument⁵⁶ pour défendre un contre-projet ajournant la loi « en attendant qu'il ait été statué sur la Constitution

48 « Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État par M. Batbie, membre de l'Assemblée nationale », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du Journal officiel, 1872, t. VII, Du 15 janvier au 22 février 1872, p. 124, nous soulignons.

49 « Séance du lundi 19 février 1872 », *op. cit.*, p. 652, nous soulignons.

50 BIGOT (Grégoire), *loc. cit.*

51 « Séance du lundi 19 février 1872 », *op. cit.*, p. 648.

52 *Ibid.*, p. 651.

53 Raudot poursuit : « Voilà pourquoi je voudrais détruire cette forteresse. D'abord – ce qui n'est pas à négliger dans la position où nous sommes –, cela nous procurerait immédiatement un million d'économie » ; *idem*, nous soulignons.

54 HACHEMI (Anissa), *op. cit.*, p. 525 et s.

55 « Séance du 22 avril 1872 », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du Journal officiel, t. XI, Du 22 avril au 23 mai 1872, p. 4, nous soulignons.

56 « Séance du 23 avril 1872 », *ibid.*, p. 11.

*politique du pays*⁵⁷ ». Les questions constitutionnelle et d'organisation de la justice administrative apparaissent ainsi inextricablement liées.

La grande habileté de Batbie, dans son rapport sur ce contre-projet, est de parvenir à les dissocier. Les conseils de préfecture dit-il : « *ne sont qu'une juridiction d'exception* », Target « *exagère [leurs] compétences* » et « *alors même que les conseils de préfecture seraient supprimés, le Conseil d'État aurait encore à statuer sur un grand nombre d'affaires, et d'affaires importantes, spécialement sur les recours pour excès de pouvoirs qui peuvent être formés directement (omissio medio) sans passer par une juridiction de première instance*⁵⁸ ».

Le contre-projet est rejeté. Alors qu'à la tribune parlementaire des monarchies restaurées, les conseils de préfecture ont longtemps servi de bouclier au Conseil d'État⁵⁹, les débats ayant conduit à l'adoption de la loi du 24 mai 1872 renversent cet argument. Mais attaqué au nom des conseils de préfecture, le Conseil d'État est sauvé par le recours pour excès de pouvoir que la doctrine ne tarde pas à exploiter.

Le dernier mot doctrinal

L'article 9 de la loi du 24 mai 1872⁶⁰ – notamment sa reconnaissance expresse du recours pour excès de pouvoir – est exploité par les doctrines organique et universitaire pour assurer l'avenir de la justice administrative.

En 1878, Aucoc publie à la *Revue des deux Mondes* un article intitulé « Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoirs »⁶¹. Défenseur infatigable de la juridiction administrative⁶², il y balaie les critiques qui lui sont adressées en faisant valoir les « services qu'elle a rendus au public en le protégeant contre les erreurs et les entraînements des agents de l'administration⁶³ ». Or ces services ont été rendus aux administrés grâce au recours pour excès de pouvoir. Aucoc l'avoue : « *le Conseil d'État, on peut le reconnaître aujourd'hui, a eu quelque peine à trouver dans les textes de lois, avant la loi du 24 mai 1872, la base de ce recours*⁶⁴ ». Après avoir retracé l'histoire croisée du Conseil d'État et du recours pour excès de pouvoir, il estime que :

57 *Ibid.*, p. 10.

58 « Séance du 25 avril 1872 », *ibid.*, p. 9, nous soulignons.

59 HACHEMI (Anissa), *op. cit.*, p. 545 et s.

60 « *Le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives* ».

61 AUCOC (Léon), « Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoirs », *Revue des Deux Mondes*, 1^{er} septembre 1878, p. 5-31.

62 Par ex. : ACADEMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Alphonse Picard et Fils, 1894, p. 80 et s.

63 AUCOC (Léon), *loc. cit.*, p. 6.

64 *Idem*, nous soulignons.

« la théorie des recours pour excès de pouvoirs est encore plus une création dans le sens propre du mot. Il ne s'agissait plus ici de donner le commentaire d'un texte, il s'agissait à peu près de faire sortir ce texte du néant, et l'on y a réussi. Rien de plus net et de plus précis que l'article 9 de la loi du 24 mai 1872⁶⁵ ».

On ne saurait s'offusquer de cette création prétorienne dès lors qu'elle est libérale. C'est pourquoi Aucoc se réjouit de constater que : « désormais, toute cette jurisprudence, protectrice des droits des citoyens, est à l'abri de toute contestation⁶⁶ ». Il fait mine alors de s'interroger : « est-il nécessaire de conclure⁶⁷ ? » La justification rétrospective – et assumée – du recours pour excès de pouvoir par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 assure l'avenir de la justice administrative.

Laferrière use également de cette disposition en la transformant. Vice-président du Conseil d'État depuis 1886⁶⁸, il œuvre à l'abandon de la doctrine du ministre-juge qui discrédite la justice administrative. Dès la première édition du *Traité* en 1887, il soutient que la prétendue compétence de droit commun des ministres n'a pas de fondement. En 1889, l'arrêt *Cadot* est rendu au visa notamment de la loi du 24 mai 1872. Le Conseil n'explicite cependant pas son raisonnement. Dans la seconde édition du *Traité*, en 1896, Laferrière justifie la compétence de droit commun du Conseil d'État et l'abandon de la théorie du ministre-juge par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 :

« la fonction juridictionnelle générale appartient au Conseil d'État, qui est le véritable juge des décisions administratives – actes de gestion ou de puissance publique, – toutes les fois qu'une autre juridiction n'a pas reçu mission d'en connaître. Cette idée s'accorde d'ailleurs avec les dispositions de la loi du 24 mai 1872 (art. 9), d'après laquelle le Conseil d'État "statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative"⁶⁹ ».

Lors de son adoption en 1872, cette disposition signifie que le Conseil d'État exerce une justice déléguée. Sous la plume de Laferrière, cette souveraineté signifie désormais qu'il est juge de droit commun du contentieux administratif. En donnant un fondement à l'arrêt muet *Cadot*, Laferrière dégage la justice administrative d'une de ses dernières « entraves »⁷⁰.

Hauriou ne s'y trompe pas. En 1892, l'arrêt *Cadot* fait l'objet de sa toute première note d'arrêt. Plus de 30 ans plus tard, en préface du premier des trois tomes de ses notes d'arrêt, il écrit :

« Je ne puis sans émotion me reporter par la pensée à l'année 1892 où ma note sur l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889 allait décider à la fois de mon avenir comme

65 *Ibid.*, p. 18-19, nous soulignons.

66 *Ibid.*, p. 29, nous soulignons.

67 *Idem.*

68 GONOD (Pascale), *Édouard Laferrière. Un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997, 446 p.

69 LAFERRIÈRE (Édouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2^e éd., p. 323, nous soulignons. Sur cette évolution, HACHEMI (Anissa), *op. cit.*, p. 589 et s.

70 DRAGO (Roland), *loc. cit.*, p. 13.

arrétiste et comme théoricien du droit administratif. L'arrêt Cadot, c'était la consécration de la doctrine du Conseil d'État juge de droit commun dans le contentieux administratif des indemnités, mais, alors que les contemporains y saluaient surtout la condamnation de l'ancienne doctrine du ministre-juge, j'y voyais, aiguillé par Édouard Laferrière, la création d'un contentieux de plein droit pour la pleine juridiction [...]. C'était se jeter en plein dans la conception contentieuse du droit administratif⁷¹ ».

L'avenir de la juridiction administrative, mais aussi du droit administratif était désormais assuré.

71 HAURIOU (Maurice), *La Jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, Sirey, 1929, t. 1, p. VII, nous soulignons.

Conclusion

La loi du 24 mai 1872 aujourd'hui

Martine de BOISDEFFRE

Messieurs les présidents, Mesdames et Messieurs, chers collègues, chers amis,

Au moment de conclure ce colloque, dont les interventions et les échanges ont été tout à fait passionnants et riches d'enseignements, y compris dans les dernières questions, je souhaite exprimer ma gratitude à Jean-Pierre Machelon et Jean-Marie Delarue, qui ont conçu son programme, aux professeurs Éric Anceau, Marc Bouvet, Anissa Hachemi, et au président Rémy Schwartz, qui sont intervenus cet après-midi, à tous les membres du Comité d'histoire, ainsi qu'à Claire de Grimouard et à ses équipes de la bibliothèque du Conseil d'État, qui ont réalisé un livret du participant, que je vous incite à consulter et conserver.

Le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, dont l'objet est de développer la recherche sur l'histoire du Conseil d'État, de la juridiction administrative et du droit public, s'est également fixé pour mission de célébrer les anniversaires importants. Nous avons ainsi fêté les 30 ans de l'arrêt *Nicolo* avec une conférence du président Frydman dans le cadre du cycle « Vincent Wright ». Nous célébrons aujourd'hui, et Jean-Pierre Machelon le rappelait, nous ne pouvions pas ne pas le faire, les 150 ans de la loi du 24 mai 1872.

Je voudrais souligner que c'est un objectif ambitieux, voire audacieux ou téméraire, car cette loi du 24 mai 1872, considérée par les juristes publicistes comme un des textes fondateurs de la justice administrative française¹, a déjà fait l'objet de nombreux écrits et travaux importants, et encore tout récemment de la publication, que l'on a évoquée, d'un dossier, qui lui est consacré, dans le dernier numéro de *l'Actualité juridique-Droit administratif*². J'en profite pour saluer son directeur, Fabrice Melleray, qui nous fait le plaisir d'être là. Le président Schwartz, qui a contribué à ce dossier, est des nôtres également. Et quant aux autres rédacteurs, qui ne sont pas ici, je sais qu'au moins ils nous regardent ou vont le faire.

1 Sur l'idée de fondation de la justice administrative, voir P. Gonod, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997 ; *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014 ; B. Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003.

2 « La justice déléguée à 150 ans » avec des articles de G. Bigot, R. Schwartz, E. Fraysse et F. Blanco, *AJDA*, 2022, p. 1015.

Pourtant, lorsque la loi a été discutée et votée par la nouvelle Assemblée nationale constituante élue le 8 février 1871 après la chute du Second Empire, qui aurait pu imaginer que la communauté juridique l'évoquerait encore 150 ans après, et même qu'elle l'étudierait et la célébrerait ?

Je voudrais insister, en ce qui me concerne, sur cinq points.

Le premier concerne **les caractéristiques paradoxales de cette loi** qui ont été dégagées par l'ensemble des intervenants à un titre ou à un autre.

C'est d'abord une loi dont le contexte souligne **les liens entre le Conseil d'État et les questions constitutionnelles**. Et donc la question même de la nature du Conseil d'État, question que l'on pose et loi que l'on fait intervenir avant même que ne soient fixées la Constitution politique et l'organisation administrative de la France ⁴.

Or cette dialectique du Conseil d'État et de la Constitution s'est poursuivie pendant 150 ans, pour se trouver finalement tranchée, si j'ose dire définitivement, par la Constitution de 1958 pour la fonction consultative du Conseil d'État ⁵ et par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 pour la fonction contentieuse, à travers l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité ⁶ où le Conseil d'État apparaît comme filtre ⁷. Il est intéressant de le constater, et c'est tout l'intérêt de regarder à nouveau cette loi tous les cinquante ans. Ce constat en effet, je ne peux le faire qu'au regard d'évolutions constitutionnelles, somme toute récentes, en tout cas pour la dernière d'entre elles.

Parce qu'il n'y a pas de Constitution, on discute beaucoup de la nature du Conseil d'État, de ses origines. Finalement il me semble que la loi opte plutôt pour une nature administrative, neutre, même avec l'élection des conseillers d'État en service ordinaire par l'Assemblée nationale ⁸. Je n'ose rappeler – c'était Élisie

3 Sur cette interrogation, voir E. Fraysse, « L'organisation du Conseil d'État par la loi du 24 mai 1872 », *AJDA*, 2022, p. 1027.

4 Voir sur ce point le rapport introductif du projet de loi cité dans E. Fougères (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, éd. du CNRS, 1974, p. 545.

5 Article 37 de la Constitution pour les décrets modifiant les textes de forme législative pris dans le domaine du règlement; article 38 pour la consultation du Conseil d'État sur les ordonnances; article 39 pour la consultation du Conseil d'État sur les projets de loi.

6 Article 61-1, alinéa 1^{er}, de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

7 Dans sa décision du 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (QPC)*, le Conseil constitutionnel a estimé que le constituant « a confié au Conseil d'État et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution, la compétence pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question de constitutionnalité ».

8 Le mode de désignation des conseillers d'État en service ordinaire a fait l'objet de vifs débats à l'Assemblée nationale lors de l'examen et du vote de la loi du 24 mai 1872. C'est le choix de l'élection par l'Assemblée nationale qui l'a emporté sur celui de la nomination par le chef de l'État (article 3, alinéa 1^{er}, de la loi).

Frayse dans l'AJDA qui y faisait référence⁹ – que j'ai commis un article sur le sujet. Mais il y a prescription puisque c'était en 1984-1985 et sous mon nom de jeune fille¹⁰. Cela posé donc, cette nature est, c'est vrai, plutôt une nature neutre, ce n'est pas une chambre que l'on crée. C'est un organe, Grégoire Bigot l'a écrit¹¹, dont finalement la légitimité est la compétence, l'expertise, je n'ose dire technocratique, car maintenant c'est très mal vu.

Il y a également, parce qu'il n'y a pas de Constitution encore, insistance sur le fait que c'est une loi provisoire¹². C'est donc d'une loi provisoire que nous débattons et dont nous considérons qu'elle a été au fondement ou l'un des fondements de la justice administrative. Cette loi provisoire va devenir définitive, comme beaucoup de choses en France d'ailleurs.

Enfin, c'est une loi de compromis. Cela a été très bien dit par nos deux premiers orateurs, Éric Anceau et Marc Bouvet, et Anissa Hachemi y est également revenue¹³. Une loi de compromis entre les monarchistes et les républicains, avec l'ombre portée de Thiers. D'ailleurs, quand ce dernier est remplacé par Mac Mahon, le pouvoir de nomination des conseillers d'État en service ordinaire peut revenir au Président de la République¹⁴.

Que fait cette loi de compromis? Cela a été bien dit aussi par nos premiers orateurs. **Elle inscrit le Conseil d'État dans la tradition républicaine.** Et comme l'a fort bien souligné Anissa Hachemi, elle permet que se construise une histoire du Conseil d'État telle que la doctrine, notamment celle du Conseil d'État¹⁵ et pas seulement, va l'élaborer.

Deuxième point. Et là j'emprunte essentiellement à Marc Bouvet. Cette loi, que l'on présente souvent comme un point de départ, est en réalité **un point d'aboutissement.** C'est effectivement un miroir de l'histoire antérieure du Conseil d'État. On a glané ce qui paraissait le plus intéressant. C'est donc un point d'aboutissement à la fois en termes de texte mais aussi en termes d'exercice

9 E. Fraysse, « L'organisation du Conseil d'État par la loi du 24 mai 1872. Ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre », préc., p. 1027.

10 M. Langlade, « De Thiers à Mac Mahon : les avatars du mode de désignation des conseillers d'État (1872-1875) », *EDCE*, 1984-1985, p. 319.

11 G. Bigot, « L'élaboration de la loi du 24 mai 1872 : enjeux politiques et constitutionnels », *AJDA*, 2022, p. 1016. L'auteur évoque la « *légitimité technocratique et d'exercice* » du Conseil d'État qui a permis sa survie à la Restauration.

12 Le rapport introductif du projet de loi présenté par le gouvernement la présente comme une réorganisation provisoire du Conseil d'État dans l'attente de l'adoption de la Constitution de la France (cité dans E. Fougères [dir.], *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, op. cit., p. 545).

13 Voir aussi en ce sens E. Fraysse, « L'organisation du Conseil d'État par la loi du 24 mai 1872. Ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre », préc., p. 1027.

14 Article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

15 Il s'agit de la « doctrine organique », constituée des publications du Conseil d'État (*recueil Leboucq*, études et rapports d'activité, communiqués de presse, etc.) et de celles de ses membres dans le cadre de leurs fonctions juridictionnelles (conclusions des rapporteurs publics) ou en dehors (chroniques, études, interventions dans des colloques, ouvrages, etc.).

de ses fonctions par le Conseil d'État pendant tout le siècle écoulé, à travers heurs et malheurs, risque de disparition, quasiment suspension, et finalement maintien jusqu'à la commission provisoire de 1870. Marc Bouvet, je l'en remercie, l'a fort bien montré sur le thème de la composition du Conseil d'État. Mais aussi à propos de l'exercice de sa fonction juridictionnelle, en rappelant notamment que l'article 20 de la loi du 24 mai 1872, imposant le déport aux membres du Conseil d'État ayant pris part à la délibération d'un avis consultatif sur un texte, qui est ensuite contesté au contentieux, reproduit fidèlement une disposition de l'ordonnance du 12 mars 1831, et en rappelant également que bien souvent, dans l'exercice même de la justice retenue, le chef de l'État signait sans les lire les projets de décision du Conseil d'État, faisant confiance à son expertise.

Troisième point. La loi est un mythe fondateur. Je reprends là le titre de l'intervention confiée à Anissa Hachemi. Pour moi, ce mythe correspond à une réalité. Une réalité qui repose sur une **triple confirmation** et une **double consécration**.

Une **triple confirmation**. C'est d'abord la confirmation de l'**existence même du Conseil d'État**¹⁶. On aurait pu le passer par pertes et profits. On a failli. On ne l'a pas fait. C'est donc aussi la confirmation de la nécessité d'une juridiction administrative spécialisée. Je reviendrai plus tard sur les conseils de préfecture.

Deuxième confirmation : celle de la **dualité des fonctions consultative et contentieuse du Conseil d'État**¹⁷. L'article 8 du titre II « Fonctions du Conseil d'État » prévoit ainsi que le Conseil d'État « *donne son avis* » sur les projets de texte, et son article 9 qu'il « *statue souverainement* » sur les recours contentieux. Toutefois, le contraste entre l'exaltation de sa fonction contentieuse, avec la « *justice déléguée* », et l'abaissement de sa fonction consultative, devenue en grande partie facultative, a été souligné. Aux termes de l'article 8, la consultation du Conseil d'État est facultative « *sur les projets d'initiative parlementaire* », « *sur les projets de loi préparés par le gouvernement* », « *sur les projets de décret et, en général, sur toutes les questions qui lui sont soumises par le Président de la République et par les ministres* », elle n'est obligatoire que sur les règlements d'administration publique.

En pratique, la faculté de consulter le Conseil d'État sur les textes de loi ne sera que peu exploitée sous la III^e République. Malgré les efforts considérables de Laferrière pendant les douze années de sa présidence du Conseil d'État (1886-1898), l'intervention du Conseil d'État en matière législative restera cantonnée

16 Certains parlementaires avaient demandé à nouveau sa suppression lors des débats devant l'Assemblée nationale. À cet égard, le revirement de Gambetta, qui prit sa défense, joua un rôle décisif. « *J'estime [...] que la juridiction administrative déferée à un Conseil d'État, dans un pays organisé comme le nôtre, est une nécessité de premier ordre* », déclara-t-il en effet à l'Assemblée nationale le 19 février 1872 (propos cités par E. Fougères [dir.], *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, op. cit., p. 551).

17 Voir en ce sens F. Blanco, « Les fonctions du Conseil d'État », *AJDA*, 2022, p. 1033 : « *Alors que le modèle français, construit autour d'un Conseil d'État, attributaire des fonctions de juger et de conseiller, a pu connaître en Europe des phases successives d'ascension et de déclin (...), ce dualisme fonctionnel ressortira finalement renforcé et pérennisé de la gestation et de l'adoption de la loi du 24 mai 1872* ».

à des textes d'intérêt local. L'effacement du rôle législatif du Conseil d'État s'explique par le « *légicentrisme* » du régime : c'est la loi votée par le Parlement qui incarne la volonté générale de la nation.

Il n'en reste pas moins que la fonction consultative est inscrite dans les textes. En outre, le Conseil d'État joue dès cette époque, dans l'exercice de cette fonction, un rôle prépondérant dans l'élaboration des règlements d'administration publique – rôle utile et indispensable qui ne contrevient pas au « *dogme de la "souveraineté" parlementaire* »¹⁸.

La troisième confirmation est celle de la composition et de l'organisation du Conseil d'État. La loi fixe les trois grades d'auditeur, de maître des requêtes et de conseiller d'État. Le président Schwartz et Marc Bouvet sont revenus à plusieurs reprises sur ce point dans leurs interventions. La loi consacre également une organisation du Conseil d'État en sections, dont trois sont « *chargées d'examiner les affaires d'administration pure, et une de juger les recours contentieux* »¹⁹.

Une double consécration. La première est celle de la justice déléguée, du Conseil d'État comme juge souverain. Certes, la justice retenue était sans doute une fiction. Toutefois, écrire dans la loi que la justice déléguée se substitue à la justice retenue va permettre au Conseil d'État, à la doctrine et aux requérants de s'en saisir, pour ouvrir un véritable « âge d'or » du contentieux administratif sous la Troisième République.

Par l'arrêt *Cadot* (1889)²⁰, évoqué par Anissa Hachemi, le Conseil d'État se reconnaît compétent pour connaître, dans le silence des textes, de tout recours en annulation contre une décision administrative. Ainsi, il met fin à la théorie du « ministre-juge » et devient, sous réserve de la compétence d'attribution assez réduite des conseils de préfecture, le juge de droit commun en premier ressort du contentieux administratif.

La seconde consécration est celle du recours pour excès de pouvoir. En prévoyant que « *le Conseil d'État statue souverainement (...) sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités*

18 L. Dubois de Carratier, « Le Conseil d'État français, son œuvre législative et le "régime d'assemblée" (1875-1958) », *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazère*, Paris, Litec-Lexis-Nexis, 2009, p. 323.

19 Article 10 de la loi du 24 mai 1872.

20 CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, in *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris Dalloz, 2021, p. 39.

*administratives*²¹ », la loi du 24 mai 1872 consacre le recours pour excès de pouvoir comme un véritable recours juridictionnel²².

Et grâce à une conception large de l'intérêt à agir du requérant²³, ainsi qu'à la gratuité du recours, dispensé de l'obligation de ministère d'avocat, le recours pour excès de pouvoir devient l'emblème de cet « âge d'or » du contentieux administratif sous la III^e République. En 1929, Gaston Jèze a pu le qualifier, suivant une formule devenue célèbre, de « *l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés individuelles*²⁴ ».

Plus récemment, l'attribution au juge administratif, par la loi du 8 février 1995, de pouvoirs d'exécution (injonction et astreinte), qu'il peut désormais exercer d'office²⁵, a initié une profonde évolution du recours pour excès de pouvoir, afin qu'il réponde encore plus efficacement et utilement aux attentes des justiciables. Je rappellerai la modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse²⁶ ou d'un revirement de jurisprudence²⁷, l'appréciation dynamique de la légalité²⁸, l'enrichissement de l'office du juge de pouvoirs de régularisation²⁹ et d'abrogation³⁰. Tout cela illustre, suivant les mots de Sophie Roussel dans ses conclusions sur l'arrêt *Association ELENA* (2021)³¹, la « *vitalité* »

21 Article 9 de la loi du 24 mai 1872.

22 Sur la « juridictionnalisation » du recours pour excès de pouvoir par la loi du 24 mai 1872, voir F. Blanco, « Les fonctions du Conseil d'État », préc., p. 1038. L'article 9 de la loi, qui attribue au Conseil d'État les « *recours en matière contentieuse administrative* » et les « *demandes d'annulation pour excès de pouvoirs* », amorce la distinction des recours de plein contentieux et d'excès de pouvoir, qui sera ensuite théorisée par Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (Paris, Berger-Levrault et Cie libraires-éditeurs, 1^{re} éd., 1887, 2^e éd., 1896). Voir sur ce point F. Blanco, article précité, p. 1039 ; R. Drago, « La loi du 24 mai 1872 », *EDCE*, 1972, p. 13 à 20, spéc. p. 15 et 18-19.

23 Voir notamment : CE, 20 mars 1901, *Casanova*, in *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 54, par lequel le Conseil d'État reconnaît au contribuable communal un intérêt à agir en excès de pouvoir contre une décision administrative ayant un effet sur les finances ou le patrimoine de la commune ; CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, in *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 94, par lequel le Conseil d'État reconnaît à une association un intérêt à agir en excès de pouvoir pour la défense de l'intérêt collectif que ses statuts lui donnent pour mission de protéger.

24 G. Jèze, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 180.

25 Loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

26 CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, n° 255886.

27 CE, Ass., 29 juin 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545.

28 CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216. Voir sur ce point : L. de Fournoux, « Appréciation dynamique de la légalité en excès de pouvoir : vers un juge médiateur », *RFDA* 2021, p. 1021.

29 Le contentieux de l'urbanisme en offre l'illustration la plus remarquable : CE, 3 juin 2020, *Société Alexandra*, n° 420736.

30 CE, Section, 19 novembre 2021, *Association ELENA et autres*, n° 437141 et 437142.

31 CE, Section, 19 novembre 2021, *Association ELENA et autres*, précité.

du recours pour excès de pouvoir et « *sa capacité à se renouveler, afin qu'il continue d'être cette "souplesse de sûreté" (selon une formule de Léon Aucoc) toujours ouverte* ».

Un mythe qui correspond à une réalité : une triple confirmation, une double consécration. Et en cela un mythe ou une réalité fondatrice. Je ne parlerai pas de pilier mais de base jetée pour la **construction d'un ordre juridictionnel administratif**. C'est mon **quatrième point**.

La loi du 24 mai 1872 a d'abord permis la construction progressive d'un ordre juridictionnel administratif. En confirmant, comme je l'ai déjà dit, le Conseil d'État dans sa dualité de fonctions, elle confirme le dualisme juridictionnel, dont la légitimité et l'utilité étaient contestées.

Elle confie à un tribunal spécial et paritaire, le Tribunal des conflits, le règlement des conflits de compétence entre les juridictions administratives et judiciaires, sur le modèle de celui créé par l'article 89 de la Constitution de 1848. La loi du 16 février 2015³² est venue la modifier, comme l'a rappelé Jean-Pierre Machelon, pour mettre fin à la présidence du tribunal par le garde des Sceaux, dernier vestige de la justice retenue, qui, bien qu'exceptionnelle en pratique, n'était plus conforme à notre conception de la justice ni aux exigences du procès équitable.

Les conseils de préfecture, même si la loi ne les mentionne pas, échappent comme le Conseil d'État à la suppression dont ils étaient régulièrement menacés³³. En effet, bien qu'exerçant déjà en principe une justice déléguée, cela a été rappelé aussi, ils sont violemment critiqués à partir de 1871, en raison de leur dépendance à l'égard des préfets qui les président.

Pourtant, à la fin du XIX^e siècle, comme l'explique Katia Weidenfeld, « *l'amélioration prend le pas [...] sur la suppression* ³⁴ ». La loi du 22 juillet 1889 leur donne un code de procédure. Le décret-loi du 6 septembre 1926 les remplace par 22 conseils interdépartementaux. Seul le conseil de préfecture de la Seine conserve le même ressort territorial. En outre, le décret-loi met fin à la présidence du préfet et prévoit le recrutement des conseillers par concours. Enfin, le décret du 30 septembre 1953 leur substitue les tribunaux administratifs auxquels est donnée la compétence de droit commun en premier ressort en matière de contentieux administratif, le Conseil d'État conservant une compétence directe pour connaître des recours contre les actes administratifs les plus importants (ordonnances, décrets, etc.).

La loi du 31 décembre 1987 parachève la constitution de l'ordre juridictionnel administratif, vous le savez tous, en instituant les cours administratives

32 Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, précitée. Voir sur ce point, R. Schwartz, « Le Tribunal des conflits, une juridiction singulière », *AJDA* 2022, p. 1023, spéc. p. 1026 : « *Le choix a été fait de conserver le cadre de la grande loi républicaine du 24 mai 1872 que les dispositions du titre III de la loi du 16 février ont modifiée* ».

33 Voir sur ce point : K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif, Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 85 à 88.

34 K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif, Du XIV^e siècle à nos jours, op. cit.*, p. 86.

d'appel, pour connaître des recours en appel contre les jugements des tribunaux administratifs, sous réserve du maintien d'une compétence résiduelle du Conseil d'État. Si celui-ci est principalement, depuis 1987, juge de cassation des arrêts des cours, il est, en raison des compétences qu'il conserve en premier ressort et en appel, et suivant une formule de René Chapus³⁵, « *tout à la fois au sommet, au centre et à la base de l'ordre des juridictions administratives* ».

Et je l'ai indiqué tout à l'heure, cet ordre juridictionnel administratif bénéficie maintenant d'une reconnaissance constitutionnelle³⁶.

La loi du 24 mai 1872 a jeté ensuite **les bases d'une conquête progressive par le juge administratif de son indépendance³⁷ et de son impartialité**. Je vais renvoyer à ce qui a été dit par le président Schwartz sur les garanties de nomination et de déroulement de carrière des membres de la juridiction administrative, sur les règles statutaires pour assurer leur indépendance et leur impartialité, ainsi que sur l'obligation de déport. J'ajouterai aussi les obligations déontologiques, qui sont inscrites dans une charte de déontologie, prévue par la loi et commune à l'ensemble des membres de la juridiction administrative, dont un collège de déontologie veille à l'application.

Je voudrais dire aussi un mot de l'indépendance du Conseil d'État dans sa fonction consultative. Dans cette salle où nous nous trouvons, c'est le Conseil d'État, conseil du gouvernement et du Parlement³⁸, qui intervient. Et je tiens à souligner que le Conseil d'État exerce cette fonction consultative avec la même indépendance que sa fonction contentieuse, avec le souci d'aider le gouvernement à trouver la bonne solution et la bonne rédaction, mais en pleine indépendance, en vérifiant la conformité du projet de texte qui lui est soumis avec la Constitution, mais aussi avec le droit européen, soit le droit de l'Union européenne et celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans un dialogue, une articulation permanente de ces droits et du droit national.

35 R. Chapus, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2001, n° 987.

36 Le Conseil constitutionnel a également reconnu à la juridiction administrative une réserve constitutionnelle de compétence, en se fondant sur la tradition républicaine initiée par la loi du 24 mai 1872. Voir CC, décision du 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* : « *conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions* » administratives des personnes publiques.

37 Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur celle-ci pour consacrer, dans sa décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, le principe de l'indépendance de la juridiction administrative à l'égard du législateur et du Gouvernement comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, à valeur constitutionnelle.

38 Par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil d'État a retrouvé une fonction de conseiller du Parlement, sur les propositions de loi d'initiative parlementaire, que la loi du 24 mai 1872 (article 8) lui avait déjà confiée.

Il y a donc dans la loi du 24 mai 1872, parce qu'y était posé le principe de la souveraineté du juge, le ferment, les grains qui peu à peu permettront que se construisent l'indépendance et l'impartialité du Conseil d'État.

Ce que je voudrai dire pour terminer – **et ce sera mon dernier point** – c'est que **la loi**, et même la loi du 24 mai 1872, si importante qu'elle soit et c'est pour cela qu'elle est au fronton des textes fondateurs qui vous dominent dans cette salle ³⁹, **était nécessaire mais qu'elle n'était pas suffisante.**

Il y a la loi et il y a l'usage qui en est fait. Le Conseil d'État, et avec lui l'ensemble de la juridiction administrative se sont saisis de cette loi. Ils se sont saisis des opportunités qu'elle leur ouvrait. Ils ont été puissamment aidés par la doctrine, par des auteurs, comme Aucoc, Laferrière, Hauriou, Duguit, qui ont créé la légende, rédigé le mythe. Comme l'écrit Benoît Plessix dans son très bel ouvrage sur le droit public, cet usage par la juridiction administrative s'est traduit par un « *processus constant de juridictionnalisation* ⁴⁰ ». Et par la constitution d'une œuvre, qui est la jurisprudence.

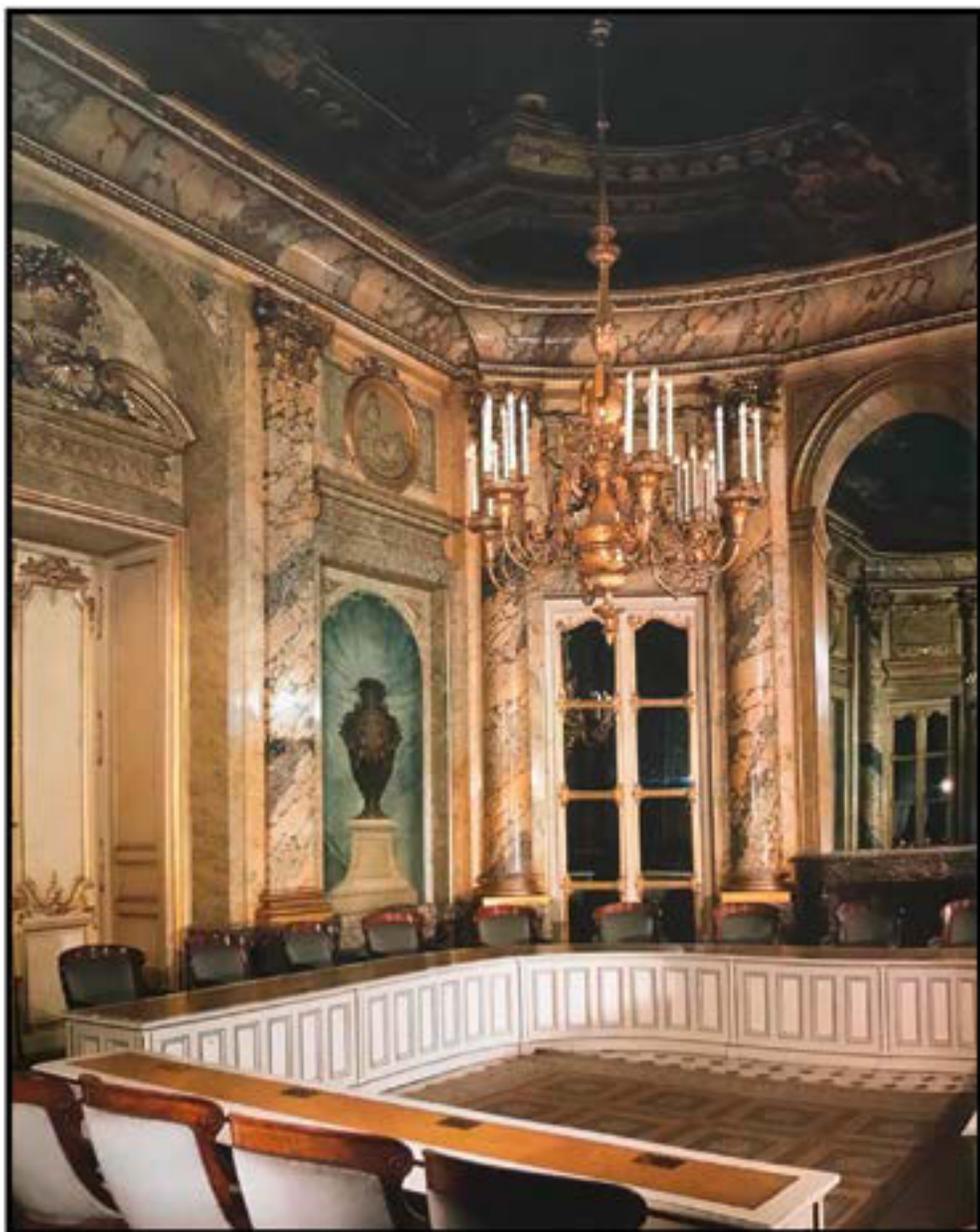
Il y a aussi l'œuvre de la **doctrine**, par ce qu'elle a écrit, interprété, la façon dont elle a stimulé le Conseil d'État, dont elle l'a interpellé. L'interaction entre la juridiction administrative et la doctrine est essentielle.

Il y a enfin l'usage des **requérants**, et avec eux de leurs **avocats** bien sûr. Ne les oublions pas! Si l'on peut penser que la confiance des requérants, telle qu'elle s'est manifestée notamment pendant la pandémie de Covid-19, avec cette explosion des recours en référés ⁴¹, est bien un gage de la légitimité de la juridiction administrative et de son indépendance, car on fait confiance à des institutions que l'on croit légitimes, les requérants sont allés au-delà. Ils nous ont imposé une vision, une action de la juridiction administrative, en exigeant une justice de qualité, une justice diligente, une justice compréhensible, une justice effective. Le Conseil d'État, la juridiction administrative se sont efforcés pendant 150 ans de s'adapter, pour répondre à ces attentes et rendre au service de nos concitoyens la moins mauvaise des justices.

39 Lors des travaux d'aménagement de cette salle de l'Assemblée générale, entre 1873 et 1876, en prévision de l'installation du Conseil d'État au Palais-Royal, la date du 24 mai 1872 a été inscrite avec celles des autres textes fondateurs du Conseil d'État sur une plaque rivetée dans un médaillon, « *sorte de Tables de la Loi* » (M. Sanson, *Le Conseil d'État au Palais-Royal, Architecture, Décors intérieurs*, éditions du Patrimoine, Centre des monuments nationaux, 2^e éd., 2018, p. 139).

40 B. Plessix, *Le Droit public*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je? », 2022, p. 76.

41 En 2020, le juge des référés du Conseil d'État a rendu 840 décisions sur des recours en référé contre des mesures relatives au Covid-19 (source : *Le Conseil d'État et la juridiction administrative. Chiffres clés 2020*).



Le Tribunal des conflits, photographie in Marc Sanson et Renaud Denoix de Saint Marc,
Le Conseil d'État au Palais-Royal : architecture, décors intérieurs,
Paris, Monum-Éditions du Patrimoine, 2006.
© Éditions du Patrimoine

Je terminerai par un peu de droit comparé. Aujourd'hui il n'est pas de Conseil d'État qu'en France, ni même qu'en Europe (Belgique, Pays-Bas, Italie, Grèce). Il y a des Conseils d'État dans le monde entier. Le Conseil d'État de Colombie a été créé par Bolivar en 1817 sur le modèle du Conseil d'État napoléonien. Un Conseil d'État a été créé en 2016⁴² en République démocratique du Congo. Quant au modèle de la juridiction administrative spécialisée, il est majoritaire dans les pays de l'Union européenne. Par exemple, en République slovaque, une Cour administrative suprême est instituée depuis le 1^{er} janvier 2021 – première étape vers l'organisation d'un ordre juridictionnel administratif distinct du système judiciaire.

Il n'y a toutefois pas de « bon modèle ». Nous avons le nôtre. La loi du 24 mai 1872 a permis, grâce à l'ensemble des acteurs que j'ai évoqués, d'améliorer l'exercice de la justice administrative.

Nous nous efforcerons de continuer.

42 Le Conseil d'État, dont l'existence est consacrée par l'article 154 de la Constitution du 18 février 2006, a été institué par la loi organique n° 16 / 027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif.

Annexes

État des ressources documentaires relatives à la loi du 24 mai 1872

Cette bibliographie ¹ s'articule en trois parties (présentées dans le sommaire ci-dessous). La première partie regroupe les sources de l'époque portant sur la loi du 24 mai 1872, reflet de la réception des contemporains.

La seconde partie rassemble des références récentes en histoire et en droit sur le contexte du Conseil d'État au moment de l'avènement de la Troisième République (4 septembre 1870-10 juillet 1940), puis, plus précisément sur la loi du 24 mai 1872. Enfin, un dernier ensemble de textes concerne la réception et la conception de la loi près d'un siècle après sa promulgation.

Les références sont classées par type de documents puis par ordre alphabétique des noms d'auteurs et chronologiquement pour les articles de presse.

Sommaire

I. Les sources contemporaines de la loi du 24 mai 1872

A Presse quotidienne

1. Le temps des délibérations à l'Assemblée [1^{er} juin 1871-mai 1872]
2. L'adoption de la loi [fin mai-juin 1872]
3. La mise en place du Conseil et la réception de la loi dans la presse [juin-juillet 1872]

B. Archives conservées aux Archives nationales

1. Archives du Conseil d'État
2. Sources complémentaires

C. Monographies

II. Études sur la loi du 24 mai 1872 : contenu et portée

A. Monographies

B. Revues spécialisées

III. De 1872 à 1972 : la construction d'une date charnière dans l'histoire du Conseil d'État

A. La naissance d'une rupture à partir de la réforme de 1963

1. Monographies
2. Revues spécialisées et presse généraliste

B. 1972 : une effervescence intellectuelle célébrant le centenaire de la loi du 24 mai

1. Études et documents
2. Monographies et revues spécialisées

1 Bibliographie établie par Hubert Riolet, étudiant à l'École normale supérieure de Lyon, pendant son stage à la direction de la bibliothèque et des archives du Conseil d'État (juin-août 2021).

I. Les sources contemporaines de la loi du 24 mai 1872

A Presse quotidienne

1. *Le temps des délibérations à l'Assemblée* [1^{er} juin 1871-mai 1872]

DUPEYRÉ Maurel. Compte rendu analytique de la séance du 1^{er} juin 1871 – Projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État présenté par M. Thiers (...), *Journal officiel de la République française*, 2 juin 1871. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k20932667>

Assemblée nationale : séance du 19 février 1872. Première délibération sur le projet de loi relatif à la réorganisation du conseil d'État. *Le Soir*, 20 février 1872.

DUFEUILLE Eugène. *Journal des débats politiques et littéraires*, 2 mai 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k458262n/f1>

La Séance, *Le Rappel*, 2 mai 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k75301921/>

DURUY Albert. Questions du jour, La réorganisation du Conseil d'État, *La Liberté*, n° 122, 3 mai 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k47787239/f1>

On a beaucoup ri de l'embarras de nos députés l'autre jour, quand il s'est agi de voter sur la question du Conseil d'État, *Le Corsaire*, 3 mai 1872.

Assemblée nationale, Suite de la discussion sur la réorganisation du Conseil d'État. *La France*, 4 mai 1872.

Nouvelles politiques, *L'Univers*, 13 mai 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k699062p/>

2. *L'adoption de la loi [fin mai-juin 1872]*

Assemblée nationale – Séance du 24 mai, *La Liberté*, n° 144, 26 mai 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k47787469/f3>

RAVELET Armand, « L'Assemblée, hier, a voté en troisième lecture le projet de loi sur le Conseil d'État » (...). *Le Monde*, n° 125, 26 mai 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6709380r/f1>

Nouvelles politiques, « Le *Journal officiel* promulgue la loi portant réorganisation du Conseil d'État [...] », *L'Univers*, 2 juin 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6990810/>

3. La mise en place du Conseil et la réception de la loi dans la presse [juin-juillet 1872]

Examen des membres potentiel du Conseil d'État, *L'Univers*, 14 juillet 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6991230/>

Le Conseil d'État, *Le Rappel*, 23 juillet 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k7533259p/>

Vote et constitution du Conseil d'État, *L'Univers*, 28 juillet 1872. [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k699137v/>

B. Archives conservées aux Archives nationales

FLAMENT-GUELFUCCI Emmanuelle, CHAVE, Isabelle (dir.). Guide de recherche dans les archives du Conseil d'État. Paris, La Documentation française/Conseil d'État, 2018, 442 p. (« Histoire et mémoire », 6). ISBN : 978-2-11-145651-8.

1. Archives du Conseil d'État

Vice-présidence

- Fonds Odilon Barrot [1791-1873, vice-président du Conseil d'État de 1872 à 1873] : (...) correspondance reçue (1872), documents relatifs à ses fonctions de vice-président du Conseil d'État [271AP/5 (dossier C/22); 271AP/29 (dossier n° 3)] [Instrument de recherche en ligne : consulté le 24/06/2021]

https://www.siv.archives-nationales.culture.gouv.fr/siv/rechercheconsultation/consultation/ir/consultationIR.action?irId=FRAN_IR_000709

Secrétariat général : bureau central

- Organisation et réformes du Conseil d'État et de la justice administrative : organisation du travail (...), registre des décrets et décrets du Président de la République, registre des arrêtés et arrêtés du ministre de la Justice (1871-1914) [20040382/5-13]
- Organisation des séances d'assemblée générale : installation du vice-président : discours du président du Conseil, discours du garde des Sceaux, discours du vice-président (1972-1913) [20040382/154]
- Statistiques d'activité du Conseil d'État : statistiques relatives aux affaires administratives et au contentieux (1872-1914) [20040382/228-229]
- Gestion des membres et du personnel ; gestion du personnel : (...) correspondance (1872-1914) [20040382/113]
- Relations institutionnelles : relations avec des particuliers : fichier des correspondants et correspondances (1876-1918) [20040382/317-332]

- Publications : projets de lois, de décrets et d'avis, (...) réception des impressions du Conseil d'État (1871-1917) [20040382/365]
- Délibérations (1871-1872) [20170110/1]

Sections administratives

- Assemblée générale : énumération des affaires appelées (1871-1892) [AL//1295-1308] (1871-1892)
- Assemblée générale : discussions (1871-1914) [AL//1208-1294]

Section du Contentieux

Minutes des décisions (1870-1914) [AL//7517] (1870-1879, reliquat) ; [AL//1309-1424] (1870-1892)

Commission provisoire du contentieux : registres des arrêts (1871-1972) [19820803/1-2]

Ce versement de la Commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État est constitué de délibérations de la Commission réunie en assemblée générale et de la section de législation sur des pourvois contre des arrêtés de conseils de préfecture et sur des requêtes contre des décisions du conseil des prises (délibérations prenant la forme de projets de décret, d'arrêté et d'avis adoptés par la Commission, et soumis à l'approbation du président de la République). Il comprend également des registres de procès-verbaux de la section de législation et des procès-verbaux de la section des travaux publics. On notera cependant que les Archives nationales conservent d'autres versements du Conseil d'État contenant des archives de la Commission provisoire [dont : 20170110/1-20170110/4]

Dossiers d'affaires administratives (1865-1872), essentiellement examinés par la commission provisoire [AL//7285-7351]

Section de Législation, de la Justice, des Affaires étrangères, de l'Intérieur, de l'Instruction publique, des Cultes et des Beaux-arts. Registres de procès-verbaux microfilmés (1871-1904). Procès-verbaux des affaires examinées par la section (9 mars 1871-24 juillet 1872) [20000011/1-2]

Procès-verbaux des assemblées générales de la commission provisoire, puis du Conseil d'État : énumération des affaires appelées (1871-1892) [AL//1295-1308]

Administration générale du Conseil d'État : registre des décrets et décrets du Président de la République, registre des arrêtés et arrêtés du ministre de la Justice, du vice-président, du secrétaire général et des présidents de section, demandes et liste des congés. Exercices 1871-1872 (Commission provisoire), exercices 1872-1874 (Conseil d'État réorganisé) [20040382/5]

2. Sources complémentaires

Assemblée nationale ; Conseil d'État, réorganisation : procès-verbaux de séance, projet de loi, exposé des motifs, amendements (1871) [C//2861]

Fonds Alexandre Ribot (1842-1923, conseiller d'État) (années 1848-1855) [563AP/1-58] [Instrument de recherche en ligne : consulté le 24/06/2021]
<http://www.archivesnationales.culture.gouv.fr/chan/chan/AP-pdf/563-AP.pdf>

Archives de la commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État (1870 – 1872). Procès-verbaux des assemblées générales de la commission provisoire, puis du Conseil d'État : énumération des affaires appelées (1871-1892). [AL//1295-1308]

Annales de l'Assemblée nationale : compte rendu *in extenso* des séances, annexes (1871-1875) [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9737559v/>

Bulletin des lois de la République française, n° 101, 1872. Paris, Imprimerie nationale des lois, p. 378-411.

Rapport du préfet de la police à Thiers, 4 mai 1872. Bibliothèque nationale [na.fr. 20658]

C. Monographies

AUCOC, Léon. *Le Conseil d'État avant et depuis 1789*, Paris, Imprimerie nationale, 1876, 460 p. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://archive.org/details/leconseildtatav01aucogoog/page/n449/model/2up>

BATBIE Anselme. *Rapport fait à l'Assemblée nationale sur le projet de loi concernant la réorganisation du Conseil d'État*, Versailles, impr. de Duboscq et Thésé, 29 janvier 1872, 8 p.

BATBIE Anselme, *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi relatif à la réorganisation du Conseil d'État (...)*, Versailles, impr. de Cerf, 25 avril 1872, 3 p.

BATBIE Anselme, *Rapport supplémentaire fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État*, Versailles, impr. de Cerf, 23 mai 1872, 16 p.

BATBIE Anselme Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Larose et Forcel, 1886, 4 784 p. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=Qa0O8cfpZxwC&oi>

BARROT Odilon, *De l'organisation judiciaire en France*, Paris, Libr. académique Didier, 1872, 247 p. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://books.google.fr/books?id=OLAOAAAAYAAJ&pg>

BCEUF François, *Explication de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État et le Tribunal des conflits*, Paris, Dauvin frères, 1872, 67 p. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58377166/f1.item.texteImage>

BOYER DE SAINTE-SUZANNE Émile-Victor-Charles (de), *Les Actualités administratives. Recrutement de l'armée, réorganisation du Conseil d'État, (...)*. Paris, E. Lachaud, 1872, III-172 p.

BRUGERE René. *Le Conseil d'État, son personnel et ses formations, évolutions, tendances*. Thèse de doctorat, faculté de droit, Toulouse, Impr. toulousaine, 1910. 168 f.

CONSEIL D'ÉTAT, *Tribunal des conflits*. 1^o. *Loi du 24 mai 1872*... 2^o. *Règlement intérieur du Conseil d'État*... (...). Paris, administration du « Recueil des arrêts du Conseil d'État », 1873.

CLÉMENT Raoul, *Exposé pratique de la procédure suivie devant le Conseil d'État et devant le Tribunal des conflits*, Paris, Cotillon, 1882, 360 p. [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5564670t?rk=21459;2>

DELARBRE Jules, *Organisation du Conseil d'État. Loi du 24 mai 1872, annotée d'extraits de l'exposé des motifs, de la discussion au sein de l'Assemblée nationale*, Paris, Maresq aîné, 1872, 188 p.

DUVERGIER Jean-Baptiste. *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*. Paris, A. Guyot et Scribe, 1872, 539 p. [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5492392b>

PICOT Georges, *Études d'histoire parlementaire : M. Dufaure*. Paris, C. Lévy, 1883, X-414 p. [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=cYUxQAAMAAJ&oi>

PISTOYE Alphonse-Charles (de), *Du Conseil d'État : de sa réorganisation*, Paris, A. Marescq aîné, 1872, 77 p.

REMUSAT Charles (de), *Mémoires de ma vie*, présentés et annotés par Charles-H. Pouthas, préface de Gilberte de Coral-Rémusat, Paris, Plon, 1958-1967.

THIERS Adolphe, *Notes et Souvenirs de M. Thiers (1870-1873)*. Paris, 1901, 467 p.

VARAGNAC Émile, « Le Conseil d'État et les projets de réforme : I. Les origines des questions », Paris, *Revue des Deux Mondes*, 3^e période, vol. 112, n^o 4, 1892, p. 771-810 [En ligne : consulté le 24/06/2021]

https://fr.m.wikisource.org/wiki/Le_Conseil_d%E2%80%99%C3%89tat_et_les_Projets_de_r%C3%A9forme/01

VARAGNAC Émile, « Le Conseil d'État et les projets de réforme : II. La collaboration aux lois et la réorganisation du contentieux », Paris : *Revue des Deux Mondes*, 3^e période, vol. 113, n^o 2, 1892, p. 288-318 [En ligne : consulté le 24/06/2021]

https://fr.m.wikisource.org/wiki/Le_Conseil_d%E2%80%99%C3%89tat_et_les_Projets_de_r%C3%A9forme/02

II. Études sur la loi du 24 mai 1872 : contenu et portée

A. Monographies

ALLORANT Pierre, BADIER Walter et GARRIGUES Jean (dir.), *Les Dix décisives. 1869-1879*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2022, 450 p.

AUZANNEAU Christophe, *La Troisième République et le droit administratif impérial : étude sur les fluctuations du champ de son application (1872-1914)*, thèse de doctorat, université Rennes-I, 2001.

CHEVALLIER Jacques, *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ², (coll. « Anthologie du droit »), 2015, 324 p.

DUCLERT Vincent et ROUSSO Henry, *La République imaginée : 1870-1914*, Paris, Belin (coll. « Histoire de France »), 2010, 861 p.

FOUGERE Louis (dir.), *Le Conseil d'État : Son histoire à travers les documents d'époque (1799-1974)*. Paris, Éditions du CNRS, 1974, XVI-1012 p.

GONOD Pascale, *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014, 146 p.

GROS Damien, *Naissance de la Troisième République*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014, 527 p.

LAROCHE Cyril, *Les Actes non susceptibles de recours devant le Conseil d'État au dix-neuvième siècle*, thèse de doctorat, droit public, université Paris-V, 2005, 250 f.

LOCHAK Danièle, *Le Rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ-Lextenso-éditions (coll. « Anthologie du droit »), 2015, 355 p.

PACTEAU Bernard, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Léviathan », 2003, XVII-264 p.

PACTEAU Bernard, « Prosper de Chasseloup-Laubat au Conseil d'État » in Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, *Conférences « Vincent Wright »*, Paris, La Documentation française, 2019, volume 3, p. 117-146;

SANDEVOIR Pierre, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1964, 458 p.

VANNEUVILLE Rachel, « Le Conseil d'État au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République » in *Serviteurs de l'État, une histoire politique de l'administration française, 1870-1945*, Paris, La Découverte, 2000, p. 97-108.

2 LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

YVERT Benoît, *Premiers ministres et présidents du Conseil : histoire et dictionnaire raisonné des chefs du Gouvernement en France, 1815-2002*, Paris, Perrin, 2002, 729 p.

B. Revues spécialisées

BIGOT Grégoire, « L'élaboration de la loi du 24 mai 1872 : enjeux politiques et constitutionnels », *Actualité Juridique Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2022, n° 18, p. 1016-1022.

BLANCO Florent, « Les fonctions du Conseil d'État », *Actualité juridique Droit administratif*. Paris, Dalloz, 2022, n° 18, p. 1033-1040.

BOISDEFFRE Martine (de), « Le Conseil d'État français », *La Revue administrative*, 1999, vol. 52, n° 4, p. 18-21.

BOSVIEUX-ONYEKWELU Charles, « Le service public au Conseil d'État : comment un grand corps se professionnalise en captant une idée (1872-1940) », *Sociologie du travail*, octobre-décembre 2018, vol. ° 60, n° 4. [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://journals.openedition.org/sdt/8069>

CHATRIOT Alain, « La difficile écriture de l'histoire du Conseil d'État », *French Politics, Culture & Society*, 2008, vol. ° 26, n° 3, Berghahn Books, p. 23-42 [En ligne : consulté le 24/06/2021]

https://www.jstor.org/stable/42843561?seq=1#metadata_info_tab_contents

CHEVALLIER Jacques, « Du principe de séparation au principe de dualité », *Revue française de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1990, pp. 712-723.

DELVOLVÉ Pierre, « Le Conseil d'État, cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs*, vol. 123, n° 4. Paris, Le Seuil, 2007, pp.51-60

DREYFUS Françoise, « La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite : les concours et l'*open competition* », *Revue française d'administration publique*, 2012/2, n° 142, p. 327-337.

<https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2012-2-page-327.htm>

FRAYSSE Élise, « L'organisation du Conseil d'État par la loi du 24 mai 1872 », *Actualité juridique Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2022, n° 18, p. 1027-1032.

GONOD Pascale, « La présidence du Conseil d'État républicain », *La Revue administrative*, 1998, vol. 51, n° 306, p. 696-712 [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://www.jstor.org/stable/40771310>

GONOD Pascale, « Le Conseil d'État républicain (de 1872 à nos jours) », *La Revue administrative*, 1999, vol. 52, n° 8, p. 33-42

<https://www.jstor.org/stable/40773403>

LA FOREST-DIVONNE Jacques, « La commission provisoire remplaçant temporairement le Conseil d'État, septembre 1870-juillet 1872 », *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 30, 1978-1979, p. = 137-154.

MACHELON Jean-Pierre, « L'avènement de la Troisième République (1870-1879) », *La Revue administrative*, 1998, vol. 51, p. 19-25 [En ligne : consulté le 24/06/2021].

https://www.jstor.org/stable/40771060?seq=1#metadata_info_tab_contents

MACHELON Jean-Pierre, « Dufaure Jules Armand Stanislas 1798-1888 », in Alain CORBIN et Jean-Marie MAYEUR (dir.), *Les Immortels du Sénat, 1875-1918 : Les cent seize inamovibles de la Troisième République*, Paris, Éditions de la Sorbonne, coll. « Histoire de la France aux XIX^e et XX^e siècles », 2021, p. 312-315.

MEYNAUD-ZEROUAL Ariane, « Batbie et la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 2017, p. 77-114.

MONNIER François, « L'innovation au Conseil d'État », *La Revue administrative*, 1999, vol. 52, n° 5, p. 16-27 [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://www.jstor.org/stable/pdf/40773538.pdf>

POUMAREDE, Jacques, « Jules Dufaure et les premiers concours de la magistrature (1875-1878) », in Jean-Pierre Allinne (dir.), *Itinéraire(s) d'un historien du droit : Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, coll. « Méridiennes », 2020, p. 473-497 [En ligne : consulté le 24/06/2021]

<https://books.openedition.org/pumi/29563>

SCHWARTZ Rémi, « Le tribunal des conflits, une institution singulière », *Actualité juridique Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2022, n° 18, p. 1023-1026.

WRIGHT Vincent, « L'épuration du Conseil d'État en juillet 1879 », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, 1972, vol. 19, n° 4, p. 621-653 [En ligne : consulté le 24/06/2021]

https://www.persee.fr/doc/rhmc_0048-8003_1972_num_19_4_2239

III. De 1872 à 1972 : la construction d'une date charnière dans l'histoire du Conseil d'État

A. La naissance d'une rupture à partir de la réforme de 1963

1. Monographies

DRAGO Roland, « La réforme du Conseil d'État » (décrets du 30 juillet 1963), *AJDA*, 1963.

2. Revues spécialisées et presse généraliste

GONOD Pascale, « La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872 », *Revue française de droit administratif*, mai 2015, n° 02, p. 331.

MARCHILHACY Pierre. « La réforme du Conseil d'État 1799-1963 », *Le Monde*, 24 mai 1963, [En ligne : consulté le 24/06/2021]
https://www.lemonde.fr/archives/article/1963/05/24/la-reforme-du-conseil-d-etat-1799-1963_3093074_1819218.html

SAUVÉ Jean-Marc, « La qualité de la justice administrative », *Revue française d'administration publique*, n° 159, n° 3, 2016, p. 667-674.

SANDEVOIR Pierre, « Le Conseil d'État et la réforme de 1963 », *La Revue administrative*, vol. 16, n° 96. Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 574-583 [En ligne : consulté le 24/06/2021]
<https://www.jstor.org/stable/40777440>

BAILLON-PASSE, Christian. *Les « Années Pompidou » en droit public ! | Blog Avocats*, 25/07/2011. [En ligne : consulté le 24/06/2021]
https://blogavocat.fr/space/christian.baillon-passe/content/les--annees-pompidou--en-droit-public--_a71851ac-8bb6-47bf-bc77-f767c27098a4

B. 1972 : une effervescence intellectuelle célébrant le centenaire de la loi du 24 mai

1. Études et documents

DRAGO Roland, « La loi du 24 mai 1872 », *Études et documents du Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 1973, n° 25, p. 13-20.

LETOURNEUR Maxime, « Avant-propos », 1972...1872! », *Études et documents du Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 1973, n° 25, p. 9-10.

WRIGHT Vincent, « La réorganisation du Conseil d'État en 1872 », *Études et documents du Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 1973, n° 25, p. 21-64.

2. Monographies et revues spécialisées

PAILLOLE Jean, « La loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État », Mémoire de doctorat, université Paris-II, 1972, 152 f.

BARAV Ami, « Le commissaire du Gouvernement près le Conseil d'État français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », Paris, *Revue internationale de droit comparé*, 1974, vol. 26, n° 4, p. 809-826.

GAUDEMET Yves, *Les Méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2014, 326 p.

Index des noms propres

A

Allou (Edouard) 61, 62, 64
Andral (Paul) 86
Arpaillange (Pierre) 108
Aucoc (Léon) 65, 69, 86, 115, 164, 168,
169, 177, 179
Azibert (Michel) 103

B

Baconnière de Salverte (Georges Napo-
léon) 90
Bardoux (Agénor) 131
Barthe (Marcel) 74, 76
Barthou 69
Batbie (Anselme) 57, 58, 59, 60, 114,
122, 127, 130, 131, 132, 133, 134,
135, 163, 166, 168
Beauharnais (Eugène de) 38
Beaumarchais (Pierre Augustin Caron
de) 39
Beccaria (Cesare) 41
Bellinzani (Francesco) 25
Bethmont (Eugène) 129
Bolivar (Simon) 181
Bonaparte (Joseph) 38
Bonaparte (Napoléon),
Voir Napoléon I^{er}
Borghèse (cardinal). *Voir* Paul V
Boulatignier (Sébastien Joseph) 165
Boulay de la Meurthe (Antoine Claude
Joseph, comte) 31

C

Caillard d'Aillières (Augustin Fernand)
46, 48
Cambacérés (Jean-Jacques Régis de)
35, 39, 40, 56
Chaptal (Jean Antoine) 36
Chapus (René) 104, 178

Charles Albert, roi de Sardaigne 39
Charles X, roi de France 151
Chasseloup-Laubat (Prosper de) 129,
130
Chauchat (Henri) 76
Cibiel (Alfred) 96
Clamageran (Jean-Jules) 74
Clos (Jean) 69
Colbert (Jean-Baptiste) 25
Collet (Paul) 88, 91
Combarous (Michel) 105
Cormenin (Louis Marie de La Haye de)
29, 33, 35, 114
Corvetto (Louis Emmanuel) 41
Coudet (Auguste) 31
Coulon (Georges) 95
Courcelle-Seneuil (Jean Gustave) 57
Crémieux (Adolphe) 126
Cresson (Edith) 108

D

Daresté (Rodolphe) 164, 165
Daru (Pierre) 41
David (Marie René Edmond) 165
De Mouy (inspecteur des Fermes) 17
De Pomereu (inspecteur des Fermes) 17
Dislère (Paul) 95, 97
Dosne (Élise) 96
Dufaure (Jules) 122, 128, 131, 132, 133,
162, 166
Duguit (Léon) 179
Dupré (Paul) 56
Dupuy (Charles) 68, 93, 96

F

Flourens (Emile) 61, 62, 63
Fresneau (Armand) 133

G

- Gambetta (Léon) 114, 126, 136, 162, 167
Gaslonde (Charles) 163
Genevois (Bruno) 104, 106, 107
Girardin (Marc), dit Saint-Marc Girardin 129, 133
Grunebaum-Ballin (Paul) 69

H

- Habsbourg-Lorraine (Marie-Louise de) 35, 39
Hannotin (Edmond) 69
Hauriou (Maurice) 90, 166, 169, 179
Hébrard de Villeneuve (Henry) 90, 91, 97
Heilbronner (André) 47
Hélie (Faustin) 78

J

- Jacquin (Etienne) 67, 69, 70, 71
Jolibois (Eugène) 45

L

- La Batie (Marie Julien de) 45
Laferrière (Edouard) 47, 48, 61, 72, 73, 115, 165, 169, 170, 174, 179
Le Bret (Cardin) 83
Lebret (Georges) 74
Lebrun (Charles François) 35
Le Chapelier (Isaac René Guy) 83
Lefèvre-Pontalis (Amédée) 133
Lefèvre-Pontalis (Antonin) 131, 133, 163
Legrand (Pierre) 76
Le Peletier Claude 18
Lockroy (Edouard) 76
Locré de Roissy (Jean Guillaume) 31, 32
Long (Marceau) 99, 102, 104, 106, 107, 108, 109
Louis (Joseph Dominique, baron) 41
Louis XVI, roi de France 40
Louis XVIII, roi de France 41, 151

Louis-Philippe I^{er}, roi des Français 151

M

- Mac Mahon (Edme Patrice Maurice, comte de) 136, 161, 173
Marquès di Braga (Pierre) 66
Martin-Feuillée (Félix) 75
Martin (Louis) 78
Mirabeau (Emilie de Covet de Marignane Riquetti, comtesse de) 39
Molé (Louis Mathieu, comte) 35, 36, 40, 41
Monod (Henri) 84
Montgolfier (Cyrille de) 103
Moreau de Beaumont (Jean-Louis) 22, 23, 24, 25, 26, 27

N

- Napoléon I^{er} 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 53, 58, 125
Napoléon III 125, 151
Nesle (Gilles) 15
Nicolo (Raoul Georges) 99, 100, 101, 102, 104, 108, 109, 110

P

- Pasquier (Etienne, baron puis duc) 33
Peschaud (Marcel Charles) 69
Pinault (Michel) 109
Portalis (Jean Etienne Marie) 37, 39
Portalis (Joseph Marie, comte) 37
Prost de Royer (Antoine François) 24

Q

- Questiaux (Nicole) 105

R

- Raudot (Claude-Marie) 131, 133, 162, 163, 167
Reverchon (François Alexis Emile) 115
Richelieu (Armand Emmanuel du Plessis, duc de) 41
Rivet (Jean-Charles) 133
Rocard (Michel) 108

Roederer (Pierre Louis, comte) 31, 40
Roger-Marvaise (Théophile) 60
Rouland (Gustave) 67
Rousselot de Surgy (Jacques Philibert)
24
Rouville (G. de) 76

S

Sainsère (Olivier) 55
Saunier (Jeanne) 96
Sée (Camille) 63, 73, 78
Sieyès (Emmanuel Joseph), dit l'abbé
Siéyès 30, 31
Simon (Jules) 126
Stendhal (Henri Beyle, dit) 29, 41
Stirn (Bernard) 102

T

Tarbouriech (Ernest) 61
Target (Paul Louis) 132, 133, 167

Teissier (Pierre Eugène Georges) 166
Théry (Jean-François) 109
Thibaudeau (Antoine) 35
Thiers (Adolphe) 30, 121, 122, 128, 131,
132, 133, 134, 135, 136, 161, 173
Tissier (Théodore) 69
Tocqueville (Alexis Henri Charles
Clérel, comte de) 163
Treilhard (Jean-Baptiste, comte) 40

V

Vught (Gabriel) 101, 102, 103

W

Waldeck-Rousseau (Pierre) 68, 69
Waline (Marcel) 166
Weiss (Jean-Jacques) 46, 52
Worms (René) 69

Liste des auteurs

Éric ANCEAU

Maître de conférences à l'université Paris-Sorbonne

1870-1872 : la genèse de la loi du 24 mai 1872

(conférence prononcée le 30 mai 2022)

Martine DE BOISDEFFRE

Présidente de la section du Rapport et des Études du Conseil d'État, présidente du Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative

La loi du 24 mai 1872 aujourd'hui

(conférence prononcée le 30 mai 2022)

Thomas BOULLU

Maître de conférences en histoire du droit à l'université de Strasbourg, faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, lauréat du prix de thèse 2020 du Comité d'histoire

L'accommodement en droit fiscal et douanier aux XVII^e et XVIII^e siècles

Contribution à l'étude de l'émergence d'un droit de l'administration monarchique

(conférence prononcée le 5 octobre 2020)

Marc BOUVET

Professeur d'histoire du droit à l'université d'Angers

La loi de 1872, miroir de l'histoire du Conseil d'État

(conférence prononcée le 30 mai 2022)

Patrick FRYDMAN

Conseiller d'État, ancien président de la Cour administrative d'appel de Paris

Il y a 30 ans, l'arrêt Nicolo : petite histoire d'un grand arrêt

(conférence prononcée le 14 octobre 2019)

Chloé GABORIAUX

Maîtresse de conférences en science politique à Sciences Po Lyon et directrice de la revue *Mots. Les langages du politique*.

La République et les groupements privés d'intérêt général (1870-1914) : une enquête dans les archives du Conseil d'État

(conférence prononcée le 7 mars 2022)

Anne-Laure GIRARD

Professeure de droit public à l'université de Poitiers, faculté de droit et de sciences sociales

La fabrique de la loi par le Conseil d'État (1879-1899)

(conférence prononcée le 20 septembre 2021)

Anissa HACHEMI

Professeure de droit public à l'université Paris-VIII – Vincennes-Saint-Denis

Un mythe fondateur : la loi du 24 mai 1872, pilier de la justice administrative

(conférence prononcée le 30 mai 2022)

Jean-Pierre MACHELON (†)

Professeur émérite de l'université Paris-Cité, doyen honoraire de la faculté de droit, directeur d'études émérite de l'École pratique des hautes études (Sciences historiques et philologiques)

La loi du 24 mai 1872, 150 ans après : présentation de la table ronde
(conférence prononcée le 30 mai 2022)

Terry OLSON

Conseiller d'État, président de la Cour administrative d'appel de Versailles

Le Conseil d'État napoléonien
(conférence prononcée le 9 décembre 2019)

Rémy SCHWARTZ

Conseiller d'État, président adjoint de la section du Contentieux, président du Tribunal des conflits

Un siècle et demi de justice déléguée : vers l'indépendance et l'impartialité?
(conférence prononcée le 30 mai 2022)

Didier-Roland TABUTEAU

Vice-président du Conseil d'État

La loi du 24 mai 1872, 150 ans après
(conférence prononcée le 30 mai 2022)

Table des illustrations, cartes et graphiques

Illustrations

- Arch. nat. G² 197, Accommodement conclu le 27 février 1787
entre la Ferme générale et Gilles Nesle, marchand épicier
à Argenteuil, pour la somme de 24 livres..... 15
© Thomas Boullu
- Arch. nat. G⁷ 1169, dossier de procédure, « bon du roi »
dans l'affaire Chapotin 25
© Thomas Boullu
- L'installation du Conseil d'État au palais du [Petit] Luxembourg
[25 décembre 1799], par Louis Charles Auguste Couder,
huile sur toile, 1856 42
© Jean-Baptiste Eyguesier, Conseil d'État
- Escalier d'honneur et palier du premier étage du Conseil d'État,
photographie prise depuis le hall d'honneur 110
© Conseil d'État
- Loi portant réorganisation du Conseil d'État (24 mai 1872),
première page..... 118
© Archives du Conseil d'État
- Peinture représentant le palais d'Orsay avant son incendie en 1871,
par Albert Girard, toile non collée, 1875..... 124
© Conseil d'État
- Le Tribunal des conflits, photographie in Marc Sanson et Renaud Denoix
de Saint Marc, *Le Conseil d'État au Palais-Royal : architecture, décors
intérieurs*. Paris, Monum-Éditions du patrimoine, 2006, p. 88 180
© Éditions du Patrimoine

Cartes et graphiques

- Arrêts rendus en matière d'imposition indirecte.
*Données extraites sur la base d'un sondage comprenant
1115 arrêts rendus par le Conseil du roi (1715-1791)*..... 17
- Professions des fraudeurs. *Échantillon de 1711 professions recueillies
sur les 1115 arrêts du sondage (1715-1791)*..... 18
- Professions des fraudeurs ayant reçu en formulé une offre
d'accommodement. *Échantillon de 151 professions recueillies
sur les 1115 arrêts du sondage (1715-1791)*..... 18
- Répartition géographique des fraudeurs ayant reçu en formulé
une proposition d'accommodement. *Échantillon de 159 localités
identifiées au sein des 1115 arrêts issus du sondage (1715-1791)* 19

Histoire et Mémoire N°9

Ce volume de la collection « Histoire et mémoire » rassemble les conférences du cycle « Vincent Wright » prononcées entre 2019 et 2022, ainsi que les communications de la table ronde sur les 150 ans de la loi du 24 mai 1872, qui a consacré l'indépendance du juge administratif.

Sont présentés ainsi aussi bien la notion de transaction en matière d'impositions indirectes sous le règne de Louis XIV que l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989, par lequel le Conseil d'État a, selon un complet revirement de jurisprudence, consacré la pleine suprématie des traités internationaux sur les lois, marquant ainsi le début d'une ère nouvelle dans l'histoire du droit public français.

Avec la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'État juge désormais « souverainement » les recours contre l'administration. Comment un texte ancien, voté par une assemblée monarchiste, peut-il être encore aujourd'hui un pilier de la justice administrative moderne ? Tel a été l'objet du colloque du 30 mai 2022.

Le Conseil d'État a été appelé ainsi à connaître des projets fondamentaux, tels la révision des procès criminels et les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires, la séparation de corps, la réforme de la nationalité ou encore, en 1899, la loi sur les associations. La richesse de ses interventions dans la fonction législative mérite d'être pleinement dévoilée.

La Haute Assemblée a pu ainsi jouer un rôle décisif dans l'élaboration d'une doctrine exigeante de l'intérêt général.

Les auteurs, historiens du droit, juristes, membres du Conseil d'État, proposent une diversité de thèmes, qui vont de l'Ancien Régime jusqu'à la fin du XX^e siècle, reflétant ainsi la variété des travaux du Comité d'histoire.

CONSEIL D'ÉTAT

LES RAPPORTS DU CONSEIL D'ÉTAT

LES ÉTUDES DU CONSEIL D'ÉTAT

DROITS ET DÉBATS

HISTOIRE ET MÉMOIRE

JURISPRUDENCES

Direction de l'information légale et administrative

La Documentation française

<https://www.vie-publique.fr/publications>