

Un universitaire au Palais-Royal : réflexions naïves sur le travail de Jean Rivero lors de la réforme du Conseil d'État de 1963

Olivier CARTON

« *Il n'est passion qui ébranle tant la sincérité des jugements comme la colère.* » Cet aphorisme de Montaigne sied parfaitement au jugement que porta le général de Gaulle sur le Conseil d'État au lendemain d'un arrêt *Canal* resté fameux dans l'histoire du droit administratif¹. Les *Mémoires d'espoir* ne laissent planer aucun doute quant à l'ire du grand homme : « *intolérable usurpation*² », arrêt rendu par un corps qui « *s'insurge contre ce qui est la loi et dont il est clair que l'ambiance politique l'a fait sortir de ses attributions*³ ». Un acte « *scandaleux*⁴ » compromettant l'action des pouvoirs publics « *à l'égard d'une subversion criminelle qui n'est pas encore réduite*⁵ ». Les mots sont durs, venant du fondateur de la V^e République, l'homme du 18 Juin, un « *homme difficile* » qui « *mêlait sans cesse son image à l'avenir de la France* »⁶. Le Général termine sa diatribe en précisant : « *En même temps, la décision est prise d'apporter par la loi à ce corps abusif la réforme qui s'impose*⁷. »

Il n'est pas question de s'attarder trop longuement sur cet arrêt que certains appelèrent « *le Petit-Clamart d'un grand corps* ». Volonté de rappeler l'importance des principes généraux du droit dans un contexte troublé de fin de guerre d'Algérie au sortir d'une année 1962 riche en événements politiques ? Choix délibéré de borner l'action gaullienne malgré les difficultés intérieures et internationales rencontrées par la France, « *sa* » France ? Abrupt rappel à l'ordre juridique de la présidence après un usage peu orthodoxe du texte constitutionnel, en l'occurrence l'article 16 de la Constitution en 1961 et l'article 11 du texte suprême, l'année suivante, pour imposer une modification du mode d'élection du président de la

1 CE Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, *Rec.* p. 552.

2 Ch. de Gaulle, *Mémoires*, Bibliothèque de la Pléiade, 2000, p. 1166. Ces mots sont d'ailleurs repris dans l'ouvrage *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974*, éd. CNRS, 1974, p. 902.

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*, p. 1167.

5 *Ibid.*

6 M. Debré, *Trois Républiques pour une France*, Albin Michel, 1988, t. I, p. 162.

7 *Op. cit.*, p. 1167.

République⁸ ? L'homme politique n'eut pas la même vision que le juriste. Les historiens du droit administratif trancheront.

Cet arrêt devint une affaire à laquelle participa le professeur Jean Rivero en 1963, une affaire qu'il décrit partiellement en 1999 dans l'ouvrage *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours*⁹. La colère – initialement mortifère – du général de Gaulle se transformant en projet de réforme de l'institution, Jean Rivero prit rapidement position dans un article publié dans *Le Monde* du 31 octobre 1962¹⁰. Il y prône le maintien et la protection de l'indépendance, des compétences et de l'autorité du Conseil¹¹. Ce positionnement aussi doctrinal que politique eut l'heur de plaire à Léon Noël, alors président du Conseil constitutionnel, qui l'invita à participer à la commission de réforme du Conseil que lui-même présidait. Selon Jean Rivero, Léon Noël souhaitait l'y intégrer afin de contrebalancer au sein de cette commission l'influence de ceux qui voulaient réduire l'influence et le rôle de la haute assemblée¹². Les procès-verbaux consultés permettent aujourd'hui de contredire quelque peu cette appréciation doctrinale. Si, durant cette crise, cette propension à nuire au Conseil a probablement existé, nulle trace de cette nuisance ne nous est parvenue par le biais de ces archives.

Quelle allait être l'action du professeur Rivero au sein de cette commission ? son influence ? ses souhaits ? ses critiques voire ses émotions ? Peut-on tirer de certains silences certaines conclusions ? Les archives du Conseil d'État ont conservé les procès-verbaux des vingt-trois séances de travail de cette commission¹³, de sa séance solennelle d'installation le 4 janvier 1963, sous la présidence du garde des Sceaux, M. Foyer, à sa dernière séance du 18 avril 1963, séance close par un président Noël convaincu que le travail de cette commission « *améliorera l'efficacité du Conseil d'État et confirmera la haute autorité*

8 Le Conseil d'État ayant, sur ce point, rendu un avis négatif.

9 J. Massot (dir.), *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours : livre jubilaire du deuxième centenaire*, éd. Adam Biro, 1999, p. 32-36.

10 « *Le rôle du Conseil d'État dans la tradition française* », *Le Monde*, 31 octobre 1962, p. 1 et 4.

11 « *Ils [les régimes successifs] savaient, d'autre part, que rien n'est plus étranger au Conseil que l'esprit de fronde ; par son rôle consultatif, par sa position auprès du gouvernement, il lui est intimement lié [...]. Les régimes successifs ont pensé, à juste titre, qu'en définitive, ce prestige et cette sérénité servaient leur autorité même lorsque, sur un point précis et dans l'immédiat, la décision du juge pouvait leur paraître gênante ; c'est que, dans la tradition libérale, l'autorité s'enracine dans la règle ; affaiblir la règle, discréditer le juge, c'est pour le pouvoir saper ses propres bases [...]. ; de plus, la décision que le pouvoir entend soustraire au contrôle du juge devient par là même suspecte ; la franche acceptation, par l'exécutif, de ce contrôle coupe court à l'inquiétude latente du citoyen face aux décisions du pouvoir, et le raffermir par là même* », loc. cit., p. 4.

12 « *Une crise sous la V^e République : de l'arrêt Canal à l'affaire Canal* », in *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours*, op. cit., p. 35.

13 Procès-verbaux de la commission Noël, cote 199924/3. La cote étant identique pour l'ensemble des documents utilisés pour cette étude, seule sera mentionné, par la suite, le jour de la session. L'auteur entend, ici, remercier très chaleureusement Mme Emmanuelle Flament-Guelfucci, directrice de la bibliothèque et des archives du Conseil d'État, et M. Stéphane Longuet, archiviste au Conseil d'État, pour l'aide offerte à travers un accès privilégié à des sources inédites, leur disponibilité et leur patience.

dont il jouit auprès des juristes du monde entier¹⁴». Il convient donc de retirer de ces séances de travail tantôt aussi longues que denses, tantôt aussi courtes que techniques, les interventions, les propos parfois allégoriques, rarement piquants et toujours passionnés d'un universitaire conscient de la solennité du moment, mû par l'efficacité de l'institution et par l'intérêt du requérant. Il faut tout d'abord s'attarder sur les aspects formels de cette intervention (I) pour ensuite en aborder la substantifique moelle (II).

I. De la liberté formelle de l'homme...

Au sein d'une commission essentiellement composée d'hommes, membres du Conseil d'État, qu'ils soient ou non affectés à des fonctions extérieures au Conseil¹⁵, Jean Rivero incarna donc l'*Alma mater*. Rude bât... qui ne l'empêcha nullement, parfois, de vitupérer¹⁶!

Il intervint quasi constamment dans ce processus consultatif, ne manquant qu'une des vingt-trois réunions qui s'étalèrent sur presque quatre mois, en l'occurrence la séance du 4 avril durant laquelle fut évoqué l'examen d'un projet de vingt-quatre pages constituant l'introduction et le premier chapitre du rapport final¹⁷. Le travail qu'il y fournit fut également constant. Hormis la séance d'installation, Jean Rivero intervint durant toutes les séances, qu'il s'agisse de quelques remarques purement formelles ou, au contraire, de propos plus nombreux et substantiels. Il participa d'ailleurs à la séance du 31 janvier en tant que rapporteur : il eut pour mission de compléter le rapport du président Odent quant aux limites de la compétence du Conseil d'État.

14 Des résultats (fortuitement ?) rendus publics alors que le rapport final ne devait être connu que du gouvernement. Voir R. Drago : « *La réforme du Conseil d'État* », *DA* 1963, p. 525. Pour une analyse de la réforme finalement adoptée par les décrets du 30 juillet 1963, voir J.-A. Mazères : « *La réforme du contentieux administratif du 30 juillet 1963 : simple retouche ou orientation nouvelle ?* », *JCP* 1964. I.1817. Pour une lecture des décrets, voir *D*1963. III.512 *sqq.*

15 Cette commission était composée de MM. Noël, président, Chenot, ancien garde des Sceaux et membre du Conseil constitutionnel, Toutée, président de la section des finances, Odent, président adjoint de la section du contentieux, Gazier, maître des requêtes et secrétaire général du Conseil d'État, Belin, maître des requêtes et secrétaire général du gouvernement, Boitreaud, maître des requêtes et conseiller technique de la présidence de la République, Grévisse, maître des requêtes et directeur des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice, Marcel, maître des requêtes chargé de mission auprès du garde des Sceaux, Lasry, maître des requêtes. Deux autres membres de la commission, anciens ministres, n'appartenaient pas à l'institution, MM. Guillaumat et Jeanneney. Il convient de noter que A. Parodi, vice-président du Conseil d'État, était présent lors de la séance d'installation mais qu'il n'apparaît plus ensuite dans les procès-verbaux des séances.

16 « *Pourquoi la commission permanente est-elle toujours saisie dans la bousculade ?* », séance du 23 février.

17 Il faut également écarter la séance du 28 mars consacrée au résumé, par M. Lasry, de propositions de la commission : faute de secrétariat, la retranscription fut sommaire – quatre pages.

Ces dizaines de remarques, propositions, critiques et même reproches essaimés ici et là s'inscrivirent, par leur qualité, dans le sillon tracé tantôt par L. Noël, tantôt par le président Odent ou par F. Gazier ou par tel ou tel intervenant, qu'il fût présent dès le début de ce processus consultatif singulier ou qu'il s'y intégrât au fil des séances¹⁸. La forme de cet apport universitaire différa néanmoins de l'académisme classique inhérent à l'institution. Jean Rivero usa, non à l'envi, mais fort impertinemment de métaphores animalières ou cinématographiques ! Ainsi jugea-t-il préférable le 9 février de « *noyer le poisson plutôt que de le sortir de l'eau pour que tout le monde le voie* ». Le 28 février, à propos de l'étude des fonctions administratives du Conseil d'État et, plus précisément, à l'occasion d'une remarque de L. Noël portant sur le caractère superflu de certains avis du Conseil sur des textes techniques, le père du Huron s'exprime ainsi : « *c'est un problème très grave. L'activité du Conseil évoque celle de ces machines très compliquées que l'on voit dans les films à gags et qui, après l'intervention de nombreux mécanismes, déposent un morceau de sucre dans une tasse* ». Ne se satisfaisant pas de ce trait, le président Noël déplorait immédiatement que notre universitaire « *ne se plaçât pas sur le même terrain que le rapporteur* ». Poursuivant la métaphore, Jean Rivero regrette que le Conseil d'État ne soit pas saisi d'actes décisifs pour l'avenir du pays « *alors qu'on lui demande si une personne appelée "Canard volant" peut changer de nom !* ».

L'homme usa donc d'une liberté de ton remarquable. Cela n'était pas évident au regard de la composition prestigieuse de la commission, des votes parfois serrés qui eurent lieu et de certains échanges doctrinaux antérieurs à cette commission et touchant aux faiseurs de systèmes regrettés par B. Chenot et revendiqués par Jean Rivero¹⁹. Cette liberté ne fut d'ailleurs pas du goût de certains membres du Conseil. Les échanges furent ainsi, sinon piquants, tout au moins empreints de sécheresse courtoise entre un président Odent plutôt offensif et un professeur s'arc-boutant sur ses positions²⁰.

Jean Rivero fut probablement le plus velléitaire à l'occasion de la lecture du rapport final de la commission, rapport rédigé par M. Lasry. En 1999, l'universitaire nous fit part de sa surprise quand, à la lecture de ce rapport, eurent disparu les articles auxquels il avait consacré son énergie. Ainsi écrit-il : « *À la question posée sur cette disparition la réponse ne fut pas dénuée d'embarras : il semble que les articles en question ont été discutés mais n'ont pas fait l'objet d'un vote.* » Réaction immédiate du président Noël : « *Mais si ! Nous avons adopté ces articles selon la même procédure que tous les autres ! Réintégrez-les à leur place²¹ !* » Les procès-verbaux ne contiennent pas *in extenso* la trace de ce souvenir professoral. Mais il est vrai que Jean Rivero se montra particulièrement actif lors des séances consacrées à cette lecture finale, en l'occurrence les séances des 21, 23, 28 et 30 mars ainsi que celle du 18 avril. Il protesta « *avec véhémence* » pour obtenir, après la lecture de l'article relatif à l'exécution des arrêts du Conseil, que l'administré puisse être,

18 Ce fut le cas de Marceau Long à compter du 14 février 1963.

19 « *Apologie pour les faiseurs de systèmes* », D 1951, Chr. 23.

20 Séances des 2 et 7 février.

21 *Loc. cit.*, p. 36.

lui aussi, aidé dans ladite exécution ; le 30 mars, il se heurta à M. Toutée quant à la défense des principes généraux du droit, le conseiller d'État s'en défiant, citant l'arrêt *Debaene*, « une pyramide de paradoxes », un ensemble des principes philosophiques simplement proposés au législateur²² ; la dernière séance est probablement la plus mouvementée, les archives nous décrivent un professeur Rivero critique, intervenant à plusieurs reprises pour, ici, défendre de nouveau les principes généraux du droit, là, préférer l'appellation « *commissaire du droit* » au classique « *commissaire du gouvernement* » ou, enfin, demander un ajout...

II. ... aux préoccupations institutionnelles et humanistes de l'universitaire

Quelles furent donc ses propositions et contre-propositions ? Quel point de vue défendit-il en précisant que, le jour où il rapporta sur les limites de la compétence du Conseil, il se sentait « *géné de paraître critiquer une maison qui n'est pas la sienne* » mais « *qu'il croit qu'on l'excusera [...] sachant [...] son attachement pour cette maison* »²³. Qui aime bien châtie bien, affirme la sagesse populaire. Jean Rivero s'est parfaitement inscrit dans cette logique. De quelle manière ? En constatant certains défauts de fonctionnement de l'institution. Les critiques qu'il adressa ainsi au Palais-Royal furent puissantes, à travers l'évocation de profonds malaises vécus par une institution ayant « *une haute conscience de ce qu'elle est* » et qui « *n'aime pas se sentir traitée cavalièrement* ».

Plusieurs arguments sont avancés par Jean Rivero pour expliquer ce malaise. Deux doivent retenir l'attention.

Dans un premier temps, la haute juridiction rendait « *des arrêts de tour d'ivoire* » rendus en vase clos, « *sans aucun souci de la réalité concrète* ». Il y vit une attitude « *pilatienne* », un « *quelque chose qui ressemble à un lavement de mains* », le Conseil abandonnant l'administration au seuil de la réalité²⁴. Dénonçant le byzantinisme juridique, il place une seconde fois le Conseil dans sa tour d'ivoire et plaint l'administration « *dans son univers qui est le réel* » et « *qui essaie de recoller les débris de son œuvre* ».

Dans un second temps, Jean Rivero souligne l'égotisme suranné d'une institution qui attache peut-être « *trop d'importance aux conditions de son fonctionnement* », qui applique très librement le droit « *ainsi que le montre l'arrêt Lamotte* » et qui applique le texte d'une manière littérale parce qu'il le veut bien. Il poursuit : « *On n'a pas l'habitude au Conseil d'État de penser au requérant.* » Sur

22 « *On considère le préambule de la Constitution comme un recueil de principes généraux auxquels on attribue valeur de règles normatives, alors qu'il s'agit de principes philosophiques qui sont proposés au législateur pour le guider dans sa tâche. Il ne s'agit donc pas de lois. Il y a dans cette transposition un excès de pouvoir qui serait censuré s'il existait une cour suprême au-dessus du Conseil d'État.* »

23 Séance du 31 janvier.

24 Séance du 31 janvier.

ce dernier point, le professeur restera marqué, trente-six ans plus tard, par une comparaison faite par M. Lasry : « *Mais, Monsieur le Professeur, pourquoi vous intéressez-vous au requérant ? Le requérant c'est le jeton qu'on introduit dans l'appareil et qui déclenche le mécanisme contentieux. Après quoi, il tombe au fond de l'appareil et pourquoi s'occuper de lui*²⁵ ? » Ces dysfonctionnements appelaient des remèdes (B) s'inscrivant dans une vision téléologique de la justice administrative – qui cheminerait vers un aboutissement – que le professeur Rivero entendit défendre durant ces débats comme d'ailleurs durant toute sa carrière universitaire (A).

A. Penser la justice administrative

Les procès-verbaux consultés nous renseignent sur les principes juridiques, politiques et même psychologiques structurant la pensée de Jean Rivero. Ces principes étaient donc multiples, de natures différentes et transparaissent des buts continûment poursuivis par l'illustre professeur.

Il insista ainsi quasi constamment, de manière explicite ou implicite, sur le nécessaire équilibre à atteindre entre la protection de l'action administrative et la garantie des droits des administrés. À l'instar de M. Gazier qui, le 10 janvier 1963, s'appesantit sur cet équilibre entre les prérogatives de puissance publique et les droits des particuliers, Jean Rivero se fait à son tour, le 17 janvier et à propos du sursis à exécuter, le héraut de cet équilibre libéral. Se montrer moins exigeant quant à la légalité de l'action publique, et c'est l'administré qui en souffre²⁶. Se montrer trop exigeant quant au respect administratif de la loi, et c'est l'administration qui peine à assurer l'intérêt général.

Ainsi met-il en exergue dans les dernières phrases de son rapport : « *Pourquoi la juridiction administrative a-t-elle été créée ? Il s'agissait de donner à l'administration un juge adapté aux nécessités de l'action en prononçant des censures nuancées.* » Rejetant la justice retenue i. e. « *le risque d'arbitraire le plus pur*²⁷ », le maintien de cet équilibre passait par l'indépendance politique du Conseil d'État vis-à-vis du gouvernement, de cet exécutif qu'il conseille et qu'il juge. Ses mots sont les suivants : « *En définitive, on peut reprocher au Conseil non pas une hostilité quelconque, mais un ensemble de tendances [...] ; la disjonction qui se produit entre le juge et le gouvernement est d'une extrême gravité. Car si on ne sent pas derrière le Conseil d'État la confiance du pouvoir, il lui sera difficile d'imposer ses décisions à l'administration [...] ; si par contre il apparaît comme une créature du gouvernement, il n'aura pas la confiance des administrés. Le juge doit aussi se maintenir dans une position difficile d'indépendance déférente à l'égard du pouvoir et de compréhension envers l'administration.* »

Empêcher la politisation de l'institution fut un point également abordé par la commission, notamment lorsqu'elle évoqua le sort des membres du Conseil

25 *Loc. cit.*, p. 36.

26 Peut-être avait-il en tête cette citation de Ihéring : « *La procédure est la sœur jumelle de la liberté.* »

27 Séance du 2 février.

devenant parlementaires puis n'étant pas réélus²⁸. Un risque... et une leçon de l'histoire d'un Palais-Royal qualifié de bonapartiste, de monarchiste ou de républicain par ceux qui, arrivés ou revenus aux affaires, entendaient le supprimer²⁹ ! Cette crainte de la politisation offrit à Jean Rivero une occasion supplémentaire d'avertir les membres de la commission quant à l'éventuelle publicité donnée à la saisine, par le Premier ministre, d'une commission spéciale constituée au sein du Conseil et chargée de juger les affaires à possible répercussion politique. Presse et opinion publique, dans un tel cas, ne penseront-elles pas *qu'« il y a de la politique là-dessous »* ? D'une justice impartiale à la préservation de l'image d'une justice impartiale, bref de la réalité aux apparences, quelques décennies avant quelques tracasseries juridictionnelles européens touchant à la présence du commissaire du gouvernement au délibéré, Jean Rivero livrait là les esquisses d'une justice idéale, d'une justice qu'inlassablement il définit au travers de sa production scientifique, d'une justice qu'il voulait belle et sereine au sein d'un État de droit.

La psychologie fut également un des ressorts récurrents de sa réflexion. De l'effroi du requérant à saisir le Conseil d'État – « *c'est loin et c'est haut !* » lâche-t-il le 17 janvier – à son souhait de voir « *descendre l'esprit du Conseil d'État vers les tribunaux administratifs* » en passant par l'émission de réserves quant à l'effet psychologique du binage des membres du Conseil d'État, distinguant le « *méchant* » du « *bon* » conseiller d'État cherchant à réintégrer le Conseil après une parenthèse parlementaire, évoquant le 21 février « *l'auréole* » nimbant l'appellation de commissaire du gouvernement, Jean Rivero use du facteur psychologique sous de nombreuses formes, parlant, enfin, pour l'entrée de nouveaux membres du Conseil d'État, de « *standing à maintenir* » au regard des rémunérations ou avantages liés à d'autres institutions. Il ne sera pas le seul ; MM. Odent et Toutée évoquèrent, au regard du nombre excessif de membres dans les formations contentieuses, une opinion des juges relevant de « *la psychologie des foules*³⁰ ».

Cette vision aussi diverse que riche nous renseigne sur l'humanisme de l'universitaire et sur l'indispensable inclusion de la fonction juridictionnelle dans un entrelacs de critères scientifiques non exclusivement juridiques³¹. En cela ouvra-t-il la voie à d'autres chemins d'études³².

28 Séances des 14 et 16 février. M. Toutée eut ces mots : « *Comme la femme de César, ils ne doivent pas être suspectés.* »

29 Cette commission fut peut-être le « *mécanisme de la survie* » (G. de Broglie : « *Les changements de régime* », in *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours, op. cit.*, p. 26) qui caractérise l'histoire politique du Conseil depuis sa création.

30 Séance du 26 janvier.

31 Certaines formules prononcées par les membres mêmes du Conseil laissent perplexe. Le président Odent cita, par exemple, le président Romieu s'exprimant à propos de cas douteux : « *Votons d'abord sur le dispositif ; on verra après.* »

32 Voir B. Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Éd. La découverte, 2002, p. 152 sqq.

B. Changer le Conseil d'État

Il convient ici d'évoquer les remèdes que le docteur Rivero entendait prodiguer à une institution qui ne se voyait pas aussi malade que cela. Les membres de la commission étaient, à l'évidence, conscients de la difficulté politique traversée par le Conseil mais ils estimaient que cette crise n'était pas de leur fait³³. Elle était un réglage... ce qui permit à la commission de s'appesantir longuement sur la misère matérielle du Conseil. Léon Noël exprimait d'ailleurs, dès le départ du garde des Sceaux lors de la séance d'installation, son désir que les « *travaux de la commission n'apparaissent pas comme une réplique à un cas particulier* ». La réforme de 1953 avait été une réussite « *au-delà de toute espérance* », affirmait le conseiller Lachaze³⁴. Il fallait réussir celle qui s'annonçait en réorganisant et en s'adaptant à la transformation constitutionnelle de 1958 ou à des phénomènes possiblement ponctuels comme l'alourdissement et la complexification des textes législatifs et ou réglementaires.

Les propositions formulées par Jean Rivero s'étalèrent sur plusieurs séances. Sa première intervention conséquente eut lieu lors de la séance du 17 janvier. Plusieurs idées y sont défendues³⁵ : participation du Conseil d'État à l'administration active, échanges entre le Conseil d'État et les tribunaux administratifs plus marqués³⁶, jurisprudence à équilibrer en modérant l'usage du sursis à exécution... Il poursuivit son diagnostic et les soins à apporter lors de la séance du 31 janvier durant laquelle il présenta son rapport déjà évoqué. Il incita la commission à penser aux moyens à mettre en œuvre pour que le Conseil d'État se préoccupe davantage des conséquences de ces décisions et propose l'indication au *Journal officiel* de l'annulation des textes réglementaires nationaux, ainsi que l'acceptation conditionnée du pouvoir d'annulation du juge, la possibilité de transmettre des directives juridiques à l'administration, etc.

33 Cette réserve est perceptible, de manière explicite ou implicite, dans la parole de l'ensemble des membres de la commission membres du Conseil d'État. Le 17 janvier, M. Lasry, en tant que rapporteur, précise bien qu'il n'entend formuler aucune « *proposition révolutionnaire* ». Le 26 janvier, M. Odent affirme que « *le contrôle du Conseil d'État est un mécanisme délicat auquel il est dangereux de toucher, car on risque de détruire quelque chose de très efficace* ».

34 Séance du 26 janvier.

35 Jean Rivero entendait que le Conseil d'État fût maintenu dans une « *politique de magnificence* », séance du 2 mars.

36 Reviennent en mémoire les lignes qu'écrivit un professeur poitevin, en 1954, à propos de la réforme du contentieux ayant eu lieu l'année précédente : « *La sauvegarde de l'unité du droit exige sans doute que le juge suprême, désormais, rédige ses arrêts non pour lui-même, non pas seulement pour les plaideurs, mais aussi, et peut-être d'abord, pour les juridictions du premier degré ; [...] le juge du premier fait figure d'alpiniste novice : il n'évitera les faux pas que si le Conseil d'État, familier de l'escalade, rompu à la délicate acrobatie qu'elle exige parfois, consent à sacrifier les joies de l'ascension solidaire pour se plier aux rudes tâches du guide, du premier de cordée, qui montre les prises, plante les pitons, et, pas à pas, hisse la caravane.* » Belle métaphore sportive applicable, *mutatis mutandis*, à l'exercice de 1963. Voir J. Rivero : « *Le Conseil d'État, Cour régulatrice* », D 1954, Chr. 159.

Deux remèdes méritent quelques développements et même quelques critiques : ce qu'il appela lui-même une « *sonnette d'alarme* » et quelques propositions concernant la limitation de la compétence du Conseil d'État.

Quant à cette sonnette, Jean Rivero s'est demandé si on ne pouvait pas « *conférer au Premier ministre le droit de demander au Conseil d'État qu'un recours dirigé contre un texte réglementaire auquel le gouvernement attache une grande importance soit jugé en assemblée plénière* ». Ainsi, prévenu que ce contentieux serait « *susceptible d'avoir des répercussions politiques* », averti des « *motifs particuliers d'utilisation de cette procédure* », le Conseil d'État pourrait adapter sa solution contentieuse. La commission discuta librement la proposition ; certains, assez rares, furent marqués par le scepticisme³⁷, d'autres, plus nombreux, se montrèrent plus réceptifs³⁸. C'est une surprise doctrinale. Que penser d'une justice administrative prudemment rendue à la musique aigrette d'une clochette gouvernementale ? À la lumière d'obscurs desiderata politiques ? Jean Rivero s'interrogea d'ailleurs sur cette position qu'il initia. De la lourdeur d'un tel mécanisme au risque d'immixtion de la politique à des niveaux quotidiens du contentieux administratif, évoquant une fiction qui verrait un garde champêtre, ami d'un ministre et partie à un différend administratif, tenter de faire tintinnabuler une telle sonnette, il conclut par un tonitruant : « *Où est le droit ?* » sans toutefois y renoncer explicitement, réitérant ce souhait lors de la séance du 30 mars ! La commission décida finalement de proposer le rattachement du Conseil d'État au Premier ministre. Il faut néanmoins se détourner d'une telle sonnette à l'évidence incompatible avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Jean Rivero avait probablement l'envie de protéger l'institution³⁹. À nos yeux cependant, cette volonté ne pouvait coïncider avec une quelconque sonnette d'alarme.

Un autre remède touchait à la limitation de la compétence du Palais-Royal. « *Ne croyant pas le mal profond* », Jean Rivero ne voulait pas exagérer la crise. À ce titre et afin d'éviter la « *progression vers l'arbitraire* », il envisage toute une série d'hypothèses limitant le contrôle de la haute juridiction pour les écarter les unes après les autres comme étant non conformes à la Constitution. Ses mots sont explicites : « *il serait impensable de soustraire les actes du Premier ministre au contrôle du juge, car ce serait les placer dans une position supérieure à la loi qui, elle, est soumise au contrôle du Conseil constitutionnel* ». In fine Jean Rivero proposera d'écarter du contrôle du Conseil d'État les actes du président de la République non soumis au contreseing, une hypothèse « *facile à justifier par la qualité nouvelle de représentant du peuple accordée au président de la République par le dernier référendum* ». Face à la logique de cette architecture constitutionnelle nouvelle,

37 MM. Noël et Chenot.

38 MM. Odent, Toutée, Belin, Boitreaud et Lasry.

39 Cette volonté de préserver l'indépendance du Conseil ressort clairement de l'article précité publié dans *Le Monde* : l'institution « *est une des pièces maîtresses de l'État libéral. Toute atteinte à son indépendance et à sa compétence ne pouvait pas ne pas apparaître comme une menace virtuelle contre les principes qu'elle concrétise. La libre et franche acceptation de ses décisions est, au contraire, le signe d'une autorité assez sûre d'elle pour n'avoir rien à craindre, ni du droit, ni du juge* », *loc. cit.*, p. 4.

face à l'impétueuse et même tempétueuse volonté gaullienne, mais conscient de ce que la haute juridiction n'avait pas failli à sa mission juridictionnelle en rendant l'arrêt *Canal*, la commission n'a finalement et heureusement adopté aucune mesure restreignant la compétence du Conseil.

*
* *

Que conclure sur cette pensée et cette action de Jean Rivero ? Tout d'abord, le lecteur de ces archives sera surpris par la modernité et même l'actualité des propos tenus lors de ces réunions. Efficacité, cohérence et rapidité de la justice administrative⁴⁰, préservation de l'autorité⁴¹ et de l'efficacité⁴² administrative, garantie des droits des administrés, rapports entre le Conseil d'État et l'administration active et le Conseil d'État et les tribunaux administratifs, équilibre entre fonction consultative et fonction contentieuse⁴³ ... si le Huron, revenu en 1979⁴⁴, ressuscitait aujourd'hui pour connaître ces archives et les comparer aux réformes initiées par le vice-président J.-M. Sauvé, serait-il heureux⁴⁵ ? La commission – et les hommes qui l'ont composée – avait une *vista* d'un Conseil d'État qu'il fallait moderniser et adapter à un État nouveau, à un exécutif plus dynamique, plus puissant, plus volontaire.

Ces archives apportent, de surcroît, une confirmation supplémentaire qu'au-delà des textes, du mythe et de l'histoire du Conseil d'État, pour comprendre le fonctionnement de cette institution, il fallait saisir la dimension humaine, cette alchimie mystérieuse d'intelligences, d'exigence, de sens de l'État et, heureusement, d'humanisme affleurant, de sensibilités véhiculant leur lot de réflexions géniales mais également d'incertitudes et d'imperfections.

Quid de Jean Rivero ? Liberté de ton, liberté d'expression, liberté et vivacité de la pensée... Les professeurs F. Mélin-Soucramanien et F. Melleray ont intitulé

40 Au regard, par exemple, de l'activité « *textomaniaque* » des administrations ! Rapport Toutée, séance du 7 février.

41 Il est, par exemple, possible de discerner dans les propos de certains acteurs les contours des jurisprudences *Association AC!* et *autres* (CE Ass., 11 mai 2004, *Rec.* p. 197, concl. Devys) relative à la modulation dans le temps des effets d'annulations contentieuses ou *Danthony* (CE Ass., 23 déc. 2011, n° 335033) relative au refus conditionné d'annuler un acte administratif sur le seul constat d'un vice de procédure (critique M. Toutée, séance du 10 janvier).

42 M. Guillaumat conseilla ainsi le 2 mars : « *Peut-être faudrait-il envisager d'enseigner un peu moins ce que Colbert écrivait à Louis XIV et un peu plus ce qu'un sous-chef de bureau rédige à son chef...* »

43 Jean Rivero affirma sur ce point : « *Le Conseil d'État a un esprit juridictionnel envahissant et un esprit administratif timide* », séance du 28 février.

44 J. Rivero : « *Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif* », *EDCE* 1979-1980, n° 31, p. 27-30.

45 Baiserait-il enfin cette « *terre sacrée dans laquelle s'enracine [encore!] le grand arbre du recours pour excès de pouvoir* » ? Voir J. Rivero : « *Le Huron au Palais-Royal ou Réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* », *D* 1962, Chr. 37.

un récent ouvrage consacré à l'éminent auteur : *La Liberté en action*⁴⁶. Jean Rivero était un homme libre, entier, au milieu d'hommes plus contraints par le poids de l'État, par leurs responsabilités, par leur formation, par leurs expériences politiques et probablement – et inconsciemment – par l'ire gaullienne. Au regard de cette incroyable liberté, Jean Rivero fait penser à un baladin dans une *curia regis* après une colère royale, à ce Sébastien Chicot que décrit Alexandre Dumas dans *La Dame de Monsoreau* ou dans *Les Quarante-cinq* : homme d'armes prêt au combat, intelligence vive délivrée des convenances, prompt au reproche et à la critique, attaché aux rigueurs de l'État de droit mais conscient de la nécessité de cette part d'ombre inhérente au fonctionnement d'un corps qui conseille et qui juge. Tel fut Jean Rivero.

Ernest Renan a écrit dans ses *Fragments philosophiques* : « *le but du monde est de produire la raison* ». Jean Rivero, qui incarna seul l'université, a librement et magistralement participé à cette production collective de la raison juridique.

46 F. Mélin-Soucramanien, F. Melleray (dir.), *Le Professeur Jean Rivero ou La Liberté en action*, Dalloz, 2012, 133 pages.

