

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. Bienvenu 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 assoir 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.

Si l'on 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. Vanneville, « 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 légifèreraient 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'élève 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.

