

Deuxième partie

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

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

Allocution d'accueil

Didier-Roland TABUTEAU ¹

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

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

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

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

Pourquoi ?

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

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

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

3 *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7 Décret n° 53 du 15 septembre 1870.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Qu'en tant que conseillères, les sections consultatives et l'Assemblée générale cherchent à entretenir des relations constructives avec le Gouvernement afin de l'aider à élaborer des normes conformes au droit, cohérentes et efficaces est une chose – que j'estime au demeurant essentielle pour l'action publique et la mise en œuvre des politiques voulues par les autorités issues des élections – mais soyons clairs, cela ne signifie en rien que leurs avis ne seraient pas rendus en toute indépendance.

C'est précisément ce positionnement – constructif mais indépendant – qui fait toute la richesse et l'intérêt de la mission consultative du Conseil d'État pour notre État de droit.

L'indépendance des formations consultatives du Conseil d'État n'était pas encore d'actualité en 1872. Elle n'a d'ailleurs été pleinement reconnue par les textes que récemment. En 1945, il était non seulement prévu que les ministres avaient voix délibérative à l'Assemblée générale pour les affaires relevant de leur département ministériel, mais que les commissaires du Gouvernement disposaient d'une voix par ministère devant les sections administratives. Dès 1963, il a été prévu que les fonctionnaires exerçant les fonctions de commissaires du Gouvernement n'auraient qu'une voix consultative, mais c'est seulement en 2008 que les dispositions prévoyant la possibilité d'une voix délibérative des ministres ont été expressément abrogées.

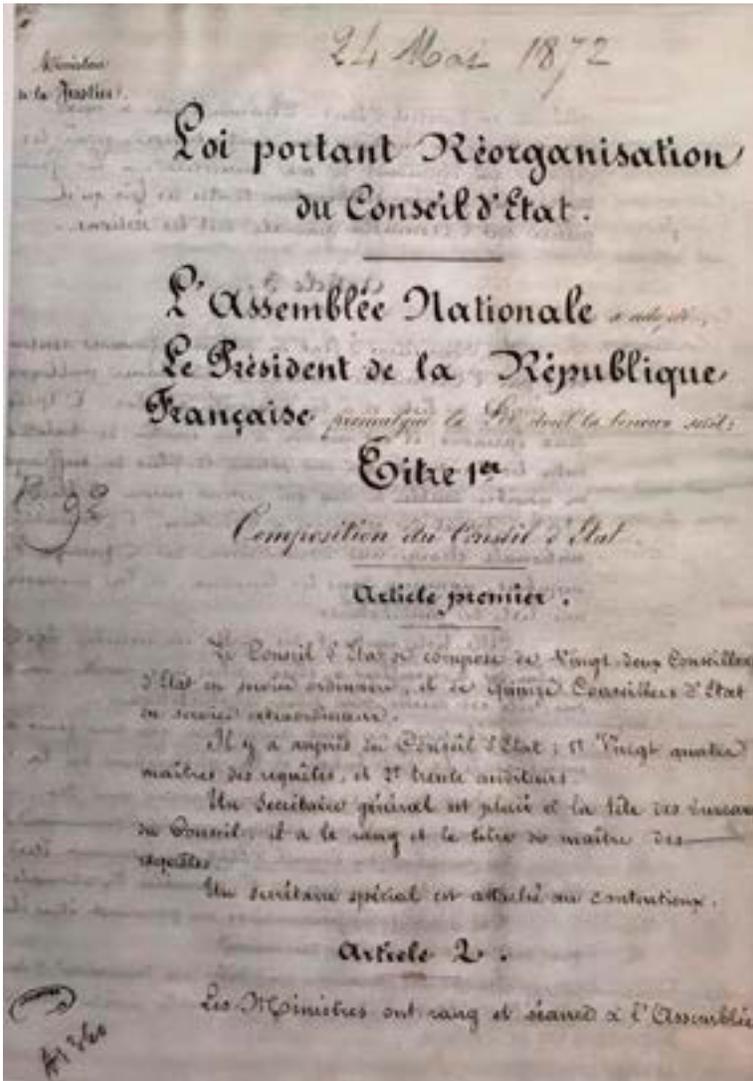
Il faut aussi souligner le pas important franchi par le codificateur en l'an 2000¹⁷, qui a fait du vice-président le président de droit de l'Assemblée générale alors que les textes antérieurs le présentaient comme un président par défaut, en l'absence du Premier ministre ou du garde des Sceaux.

Parallèlement, les textes ont conforté les garanties d'impartialité rendues nécessaires par le dualisme fonctionnel. Cette question, résolue à l'issue d'un dialogue intense, parfois rugueux avec la Cour européenne des droits de l'homme, avait bien été identifiée par le législateur de 1872.

Un décret du 6 mars 2008¹⁸ interdit dorénavant explicitement à un membre du Conseil d'État de prendre part au jugement d'un acte administratif pris après un avis dont il aurait délibéré : cette règle figurait déjà à l'article 20 de la loi du 24 mai 1872, mais avait été suspendue en 1939, avant d'être abrogée par l'acte dit loi du 18 décembre 1940, et de renaître de façon coutumière après la Libération.

17 Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative.

18 Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État.



Loi portant réorganisation du Conseil d'État (24 mai 1872), première page.
© Archives du Conseil d'État

Le même décret met fin à la présence des représentants des sections administratives dans les sous-sections réunies et la section du Contentieux siégeant en formation de jugement. Et il modifie la composition de l'Assemblée du contentieux pour en exclure, lorsqu'elle est saisie d'un recours contre un acte pris après avis du Conseil d'État, le président de la section administrative qui a eu à en délibérer. Sur ce point, le décret de 2008 revient à une composition qui est plus proche de celle de 1872 que de celle qui résultait de la réforme de 1963¹⁹.

Le décret du 23 décembre 2011²⁰ interdit quant à lui aux membres de la section du Contentieux, pour des actes pris après avis du Conseil d'État, de prendre connaissance de ces avis, dès lors qu'ils n'ont pas été rendus publics ou produits par le Gouvernement dans le cadre du débat contradictoire, ni des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis.

En d'autres termes, des cloisons textuelles viennent dorénavant séparer les travaux des sections administratives et de la section du Contentieux afin de prévenir les risques de partialité et de donner à voir une justice qui inspire davantage confiance à nos concitoyens.

On le voit, Mesdames et Messieurs, fondatrice, la loi du 24 mai 1872 l'est assurément : dans le sens le plus littéral du terme, puisqu'elle a posé les bases, les pierres d'angle d'un édifice qui n'a cessé d'être complété, par les textes comme par la coutume, depuis 150 ans. Cet édifice, c'est celui d'une justice administrative moderne, indépendante et efficace, qui n'a plus jamais cessé de progresser pour toujours mieux garantir notre État de droit.

C'est sur ces mots que je m'empresse de céder la parole à Jean-Pierre Machelon et de remercier une nouvelle fois le conseil scientifique du Comité d'histoire du Conseil d'État ainsi que tous les intervenants – faut-il dire, pour un anniversaire, les convives? – qui nous ont rejoints pour approfondir encore notre compréhension de cette grande loi du 24 mai 1872.

Je remercie également très chaleureusement, une nouvelle fois, Martine de Boisdeffre, présidente de la section du Rapport et des Études; Claire Sibille-de Grimoüard, directrice de la bibliothèque et des archives du Conseil d'État; deux de ses agents : Véronique Kleinholt et Laurent Desjardins, et leurs stagiaires; et enfin la direction de la communication et le cabinet du Conseil. Sans eux, rien n'aurait été possible.

19 Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État.

20 Décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011 modifiant le code de justice administrative.

La loi du 24 mai 1872 : présentation de la table ronde

Jean-Pierre MACHELON

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs (chacun en ses titres et qualités),

Qu'il faille ces jours-ci célébrer au Palais-Royal le 150^e anniversaire de la loi du 24 mai 1872 « *portant réorganisation de Conseil d'État* » semble relever de l'évidence. Son article 9 attribue de façon définitive la justice déléguée au Conseil d'État statuant au contentieux. Appelée désormais à statuer « *souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative* » et sur les recours pour excès de pouvoir, la Haute Assemblée, un moment menacée de suppression, se voit confirmée avec éclat dans son existence et reçoit en propre, à côté de sa fonction consultative, le pouvoir de juger. Dans le même temps, le règlement des conflits d'attributions entre « *l'autorité administrative et l'autorité judiciaire* » lui est retiré pour être confié, comme sous la Seconde République, à un tribunal spécial (article 25). Une étape majeure est franchie dans l'histoire du contentieux administratif.

D'autres raisons encore poussent à s'intéresser au sujet, sur lequel des regards doctrinaux nouveaux sont d'ailleurs portés – en particulier dans le numéro de l'*Actualité juridique. Droit administratif (AJDA)* qui vient de paraître ¹. Le maintien en vigueur de la loi de 1872, malgré l'obsolescence progressive de ses dispositions, a de quoi intriguer le juriste et l'historien ; et, de même, sa récente réécriture, avec un intitulé différent, pour régir le droit des conflits. Comment un texte très daté, voté par une assemblée monarchiste au milieu d'une sorte d'inter règne entre l'Empire et la République, a-t-il pu à ce point s'enraciner qu'il apparaît toujours comme un pilier de la justice administrative ? Et pourquoi est-il laissé en pleine lumière à l'époque contemporaine alors que son contenu a changé ?

La réflexion est sollicitée dans plusieurs directions. Notre table ronde va en privilégier cinq, avec, par deux fois, un temps d'échanges avec les participants.

L'examen du contexte historique de la loi est indispensable pour mesurer la portée initiale de ses dispositions. Celle-ci n'apparaît pas d'emblée. À nos yeux distancés, les trente articles promulgués par Thiers, Président de la République, ne semblent aucunement révolutionnaires, ni vraiment conservateurs ; tout au plus, pour certains d'entre eux, un peu étranges...

Mon collègue Éric Anceau, de l'université Paris-Sorbonne, éclairera en historien la genèse de la loi, à partir d'une analyse politique des années 1870-1872.

1 Melleray Fabrice, Montecler Marie-Christine (de), dir., « Dossier : La justice déléguée à 150 ans », *AJDA* 23 mai 2022, n° 18-22, p. 1015-1040.

Ces années de transition institutionnelle méritent d'être scrutées de près. Sans être exactement une loi de circonstance, la loi du 24 mai 1872 doit en effet beaucoup aux contingences politiques. Avec pragmatisme, le gouvernement souhaitait réserver « *les questions d'avenir* » et se borner à donner au Conseil d'État les moyens de « *pourvoir aux nécessités d'un service régulier* », dont n'aurait pas disposé, selon lui, la commission provisoire instituée au lendemain du 4 septembre. L'Assemblée nationale imposa d'autres préoccupations. En période d'incertitude constitutionnelle, la majorité monarchiste tenait à s'attribuer à titre définitif, comme en 1848, la nomination des conseillers d'État en service ordinaire. Inquiète de ses revers dans les élections partielles, elle cherchait à freiner l'évolution du pays vers la République ; à cette fin, il lui fallait mettre en défaut, sur un point sensible, l'autorité de Thiers et l'influence de son garde des Sceaux Jules Dufaure, dont elle se méfiait à l'extrême.

L'angle d'attaque était bien choisi. L'attention du monde politique se portait en priorité sur les institutions à venir. C'est peu dire qu'en 1872 la substitution de la justice déléguée à la justice retenue, qui mettait fin à une fiction, et la résurrection du Tribunal des conflits, qui semblait en découler, n'éveillait pas grand intérêt à l'Assemblée. L'absence de véritable débat sur le sujet le confirme.

Les dispositions adoptées furent du reste, pour une large part, de simples reprises de la législation antérieure. M. Marc Bouvet, professeur d'histoire du droit à l'université d'Angers, montrera que la loi de 1872 est un miroir de l'histoire du Conseil d'État. À considérer ses sources, elle apparaît comme le premier aboutissement d'une longue évolution, commencée en 1806.

Les travaux préparatoires fournissent ici de solides repères. Le projet gouvernemental affichait des ambitions modestes ; il se défendait de toute originalité. Selon l'exposé des motifs, « *il ne [contenait] que des règles déjà éprouvées à différentes époques²* ». Les discussions à l'Assemblée nationale n'en changèrent pas le caractère. Dominées par le rapporteur du projet, Anselme Batbie, professeur de droit administratif à la faculté de Paris et membre très écouté du centre droit orléaniste, elles s'orientèrent vers des solutions transactionnelles, peu innovatrices, adaptables au futur régime constitutionnel, quel qu'il fût.

Avec le recul, la compilation réalisée dans le corpus législatif – au bout d'une année de travaux – révèle une continuité inattendue à travers les régimes politiques successifs du XIX^e siècle, Second Empire compris. Cette continuité, bien connue des contemporains, doit être soulignée, même si une longue tradition venue de la Troisième République tend à l'estomper.

Les données historiques précisées, notre table ronde fera ressortir l'évolution ultérieure de la justice administrative. L'apport d'un siècle et demi de justice déléguée sera synthétisé par M. Rémy Schwartz, président adjoint de la section du Contentieux du Conseil d'État.

La matière est d'une ampleur considérable. En 1872, l'essentiel restait à faire ; et, par la suite, les textes, la pratique institutionnelle et la jurisprudence administrative ont balisé un chemin tourmenté. Durant quelques années encore,

2 Assemblée nationale, annexe n° 279, *Journal officiel*, 19 juin 1871, p. 1453.

le ministre demeura le juge de droit commun du contentieux administratif³. Au Conseil d'État, à peine instaurée, la justice déléguée subit de plein fouet l'épreuve des réalités politiques, *a priori* peu compatible avec l'exercice normal de la fonction juridictionnelle. Il en resta quelques traces. Toutefois, passé la lourde épuration de 1879, le défaut d'indépendance statutaire des membres de l'institution – dont la nomination avait été intégralement rendue à l'exécutif par les lois constitutionnelles de 1875 – cessa progressivement d'être un sujet de critiques, celles-ci mettant davantage en question, surtout dans la période la plus récente, l'impartialité du juge administratif dans l'expédition du contentieux.

Sur ce terrain, et d'autres, le code de justice administrative, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001, vise à répondre aux exigences contemporaines. Il fait notamment, depuis 2016, une large place aux principes déontologiques.

En marge de cette évolution, la loi de 1872 conserve cependant toute sa place. Elle est devenue un mythe fondateur, associé – non sans quelque anachronisme – à la République renaissante. Mme Anissa Hachemi, professeure de droit public à l'université Paris-VIII – Vincennes-Saint-Denis, en dévoilera les mystères.

Ce sera, dans notre table ronde, un quatrième temps, bien nécessaire car les mystères n'ont cessé de s'épaissir. En 1872, le centenaire de la promulgation de la loi a été l'occasion de célébrer avec solennité, et un rien d'hyperbole, la nouvelle naissance du Conseil d'État, alors même qu'il ne subsistait que trois articles de la construction primitive (les articles 25, 26 et 27 sur les conflits et le Tribunal des conflits). De manière significative, la loi de 1872 était présentée en tête du fascicule annuel d'*Études et documents du Conseil d'État (EDCE)* comme la « base de tous les développements de la jurisprudence administrative moderne⁴ ».

Aujourd'hui, rien ne subsiste du contenu originel du texte. Et pourtant celui-ci est toujours là pour conforter la légitimité du juge administratif et de la justice administrative dans son ensemble – ce qui est paradoxal, et même doublement, puisqu'il n'a jamais concerné que le seul Conseil d'État ; nonobstant le tropisme provincial de l'Assemblée élue en 1871, la loi laissait de côté les conseils de préfecture et les juridictions administratives spécialisées. Du strict point de vue juridique, la loi de 1872 n'offre plus de référence pertinente que pour un rappel historique. En droit positif, c'est l'article 111-1 du code de justice administrative qui dispose aujourd'hui que « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours [...] ». Et, au niveau le plus élevé de l'ordre juridique, ce sont des décisions du Conseil constitutionnel, en date de 1980 et 1987, qui garantissent l'existence et l'indépendance des juridictions administratives, au titre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁵.

3 Jusqu'à l'arrêt *Cadot*, rendu par le Conseil d'État le 13 décembre 1889 (décision n° 66145, *Rec.*, p. 1148, conclusions Jagerschmidt).

4 Letourneur (Maxime), « Avant-propos », *EDCE 1972*, fasc. n° 25, Paris, 1973, p. 9.

5 Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 46 ; décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8.



Peinture représentant le palais d'Orsay avant son incendie en 1871, par Albert Girard, toile non collée, 1875.

© Conseil d'État

En définitive, comment lire aujourd'hui la loi du 24 mai 1872? Et quelle loi?

Faut-il insister sur le dernier avatar du texte, intitulé depuis 2015 « loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits »⁶? La question se pose pour ses seize articles. La nouvelle mouture de la loi n'est pas insignifiante : elle met fin à la présidence du Tribunal par le ministre de la Justice, garde des Sceaux, et modifie substantiellement la procédure applicable.

Faut-il plutôt rester attentif à la « loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État », c'est-à-dire à la version ancienne, celle qui nous rassemble cet après-midi et qui a consacré, il y a 150 ans, la naissance du Conseil d'État moderne? La vision traditionnelle est présentement encore d'un grand intérêt ; elle met en relief l'exemple, unique je crois, d'une butte témoin législative d'un autre temps sauvegardée pour sa valeur symbolique.

Il n'est sans doute pas nécessaire de trancher. En tout cas, dans ce bref propos introductif, je me garderai bien de le faire. Car ce serait anticiper sur la conclusion générale de la table ronde, que nous livrera tout à l'heure Mme Martine de Boisdeffre, présidente de la section du Rapport et des Études du Conseil d'État et présidente du Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, qui a organisé notre réunion.

Je vous remercie de votre attention.

6 En conséquence du titre III de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 « relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ».

La genèse de la loi du 24 mai 1872

Éric ANCEAU

Introduction

À la suite de la révolution du 4 septembre 1870 qui met un terme au Second Empire, la question se pose pour le nouveau gouvernement de la Défense nationale républicain du maintien ou non d'un Conseil d'État marqué du sceau des Napoléon.

Quoique héritier du Conseil de la monarchie d'Ancien Régime, le Conseil d'État est en effet créé dans sa forme contemporaine par Napoléon Bonaparte avec de larges compétences législatives, administratives et judiciaires dont celle de « *rédiger les projets de loi du Gouvernement et les règlements d'administration publique* », mais avec la faculté pour le Premier consul puis l'Empereur de retenir la justice, de présider le Conseil et d'en nommer les membres. Après l'Empire, le Conseil est menacé, mais est finalement maintenu par les monarchies censitaires et par la Deuxième République, la Restauration lui faisant perdre ses attributions législatives¹ et la monarchie de Juillet confirmant cette disposition, tout en sanctuarisant son rôle administratif et judiciaire par la loi du 19 juillet 1845². Quant à la Deuxième République, elle décide, non sans débats, de réattribuer un rôle législatif au Conseil en raison de l'existence à la fois d'une Assemblée unique et d'un Président de la République élus l'un et l'autre au suffrage universel direct, de manière à alléger leurs responsabilités par son concours et à faciliter leurs relations mutuelles, ce que confirme la loi du 3 mars 1849³. Le Conseil est à la fois « *consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés*⁴ ». Louis-Napoléon revient, pour sa part, à la formule initiale de son oncle au lendemain de son coup d'État du 2 décembre 1851⁵.

1 Voir à ce sujet Bigot (Guillaume), « L'administration napoléonienne est-elle compatible avec l'esprit libéral de la Charte? », *Jus Politicum*, vol. VII, 2015, p. 151-164.

2 Voir Bouvet (Marc), *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, Paris, LGDJ, 2001.

3 C'est ce qu'exprime Vivien dans son rapport du 10 janvier précédent. *Moniteur universel* du 12 janvier, reproduit par Duvergier (Jean-Baptiste), *Collection complètes des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, Paris, A. Guyot et Scribe, t. 49, p. 50.

4 Constitution du 4 novembre 1848, chap. VI (« Du Conseil d'État »), art. 72 et 75.

5 Duvergier (J.-B.), ouvr. cité, t. 52, p. 27. Titre VI de la Constitution « Du Conseil d'État ». Sur le Conseil du Second Empire, voir Wright (Vincent), *Le Conseil d'État sous le Second Empire*, Paris, A. Colin, 1972.

Au sein du gouvernement républicain de la Défense nationale de septembre 1870, Gambetta et Jules Simon réclament la suppression du Conseil, mais leur collègue en charge de la Justice, Crémieux, obtient l'ajournement de la mesure⁶. Pour ne pas « *injurier l'avenir* », les décrets des 15 et 19 septembre 1870 remplacent le Conseil de l'Empire par une commission provisoire restreinte de huit membres, chargée d'expédier les affaires courantes, avant que l'Assemblée nationale constituante qui doit être élue par le peuple français ne se prononce définitivement⁷. C'est seulement après l'élection de celle-ci que la question fondamentale du maintien ou non du Conseil d'État peut être posée ainsi que trois questions complémentaires résultant des hésitations du premier XIX^e siècle : comment désignera-t-on les membres du nouveau Conseil ? quelles seront les fonctions de celui-ci ? enfin, comment réglera-t-on les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire ?

Pour retracer cette genèse de la loi du 24 mai 1872, nous disposons des travaux parlementaires préparatoires⁸, des débats sur le projet de loi qui se déroulent en trois lectures du 19 février au 24 mai 1872 et qui ne couvrent pas moins de soixante-dix-huit pages du *Journal officiel*⁹, des papiers des principaux acteurs et

6 Voir ici les *Procès-verbaux des séances du conseil du Gouvernement de la Défense nationale dressés par Dréo*, Paris, C. Lavauzelle, 1905, séances des 4, 7 et 13 septembre, p. 68, 86 et 117.

7 *Bulletin des lois de la République française*, XII^e série, 2^e semestre 1870, t. 1, Imp. nationale, 1871, n^o 5, p. 36, et n^o 10, p. 63-64.

8 En particulier les procès-verbaux de la commission d'examen du projet de loi gouvernemental sur le Conseil d'État de juin 1871 : Archives nationales, C 2861 et le rapport : *JORF*, numéro du 19 février 1872, annexe n^o 863, p. 1195-1199 et *JORF* numéro du 20, annexe n^o 863, p. 1224-1226.

9 Séance de première lecture du 19 février 1872 (*Journal officiel de la République française* [désormais *JORF*], numéro du 20 février, p. 1215-1223) ; second rapport de la commission parlementaire du 25 avril 1872 (*JORF*, numéro du 28 avril, annexe n^o 1079, p. 2829) ; séances de seconde lecture du 29 avril (*JORF*, numéro du 30 avril, p. 2869-2877), du 30 avril (*JORF*, numéro du 1^{er} mai, p. 2896-2906), du 1^{er} mai (*JORF*, numéro du 2, p. 2924-2934), du 2 mai (*JORF*, numéro du 3, p. 2950-2961) et du 3 mai (*JORF*, numéro du 4, p. 2982-2991) ; rapport complémentaire du 23 mai (*JORF*, numéro du 29 mai, annexe n^o 1171, p. 3584-3586, et *JORF*, numéro du 30 mai, p. 3604-3605) et séance de troisième lecture du 23 mai (*JORF*, numéro du 24, p. 3456-3457 et p. 3462-3464) et du 24 mai (*JORF*, numéro du 2 mai, p. 3483-3487).

en particulier d'un manuscrit inédit d'Anselme Batbie qui joue un rôle central dans cette histoire¹⁰, et enfin d'une bibliographie abondante¹¹.

Deux remarques complémentaires sont enfin nécessaires avant d'entrer dans le vif du sujet : la lecture proposée ici est celle d'un historien du politique et non d'un juriste ; elle tient compte du format imparti et des autres contributions proposées. Cela posé, c'est une présentation linéaire et factuelle en deux temps qui a été retenue. Elle correspond au processus de fabrique de la loi et commence par une présentation succincte du projet gouvernemental et du rapport parlementaire destinée à montrer combien l'un et l'autre sont marqués par les incertitudes du contexte et par le jeu politique. Elle se poursuit par l'examen des trois lectures devant l'Assemblée et des ajustements qu'elles entraînent.

Un projet gouvernemental et un rapport parlementaire marqués par l'incertitude du moment et par le jeu politique

Le projet déposé devant une Assemblée divisée

Les élections législatives du 8 février 1871 se déroulent dans le contexte très difficile de la défaite contre l'Allemagne, de l'occupation de quarante-trois départements et de l'impossibilité pour tous les candidats en général de mener une campagne digne de ce nom et pour les anciens serviteurs de l'Empire en particulier de se présenter. Elles sont marquées par le désir de paix de la majeure partie du pays, hors de certaines grandes villes et des pays de la frontière de l'Est. Sur les 675 sièges pourvus, les monarchistes (principalement orléanistes

10 Batbie (Anselme), *Les Origines de la Troisième République*, manuscrit, 614 fol. J'en profite pour remercier l'université Panthéon-Assas qui détient ledit manuscrit et mon collègue Armel Le Divellec qui m'y a donné accès.

11 Précisément sur le rôle de Batbie, voir Meynaud-Zeroual (Ariane), « Batbie et la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État », Plessix (Benoît) (dir.), *Figures administratives de la Faculté de droit de Paris. Anselme Batbie (1828-1887). Actes de la table ronde organisée le 14 octobre 2016, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2017, n° 37, p. 77-114. Plus largement, Aucoc (Léon), *Le Conseil d'État avant et depuis 1789*, Paris, Imprimerie nationale, 1876 ; Paillole (Jean), *La Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État*, Mémoire de doctorat en droit, Paris-II, 1972 ; Drago (Roland), « La loi du 24 mai 1872 », *EDCE*, 1972, n° 25, p. 13-20 ; Wright (Vincent), « La réorganisation du Conseil d'État en 1872 », *EDCE*, 1972, n° 25, p. 21-64 ; *id.* « La loi du 24 mai 1872 » dans Fougère (Louis) (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, CNRS, 1974, p. 545-558 ; Pacteau (Bernard), *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2003, p. 183-206. Je tiens aussi à remercier Grégoire Bigot qui m'a communiqué son article « L'élaboration de la loi du 24 mai 1872 : enjeux politiques et constitutionnels ».

et légitimistes) sont plus de quatre cents et les républicains (des plus modérés aux plus radicaux) à peu près deux cent cinquante¹².

L'Assemblée qui se réunit à Bordeaux puis à Versailles, faute de pouvoir le faire à Paris fait de Thiers, l'homme d'État orléaniste qui vient d'être plébiscité dans vingt-six départements, le chef de l'exécutif et celui-ci compose un cabinet avec les plus modérés des membres du gouvernement de Défense nationale et ses amis politiques comme Jules Dufaure qui devient ministre de la Justice. Ce cabinet qui conclut la paix avec l'Allemagne, qui écrase l'insurrection de la Commune, qui lance de grands emprunts pour reconstruire la France et essayer de libérer le territoire le plus tôt possible de l'occupant, s'attache aussi à doter le pays des premières lois qu'il juge indispensables et, dans ce but, dépose, dès le 1^{er} juin 1871, un « projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État¹³ ». Le fait est significatif : il montre que le Conseil d'État est une priorité. Il faut dire que les membres de la commission provisoire sont surchargés de travail et s'en plaignent¹⁴.

Cependant, le projet présenté par Dufaure ne vise qu'à « réorganiser provisoirement, pour un temps dont personne ne peut assigner la durée, le Conseil d'État¹⁵ ». Thiers et ses ministres savent, en effet, qu'ils sont tributaires de l'Assemblée et qu'ils ne peuvent préjuger de la future Constitution dont celle-ci doit doter le pays.

En effet, l'idée d'une restauration monarchique est dans l'air, même si elle échoue une première fois en juillet 1871, moment où des élections législatives complémentaires viennent corriger le scrutin de février. Les républicains obtiennent ainsi 99 nouveaux sièges sur les 113 à pourvoir ce qui entraîne un rééquilibrage des forces, même si les monarchistes demeurent majoritaires.

Le Gouvernement a pris les devants et se montre donc modéré, prudent et modeste dans son projet¹⁶. Il propose de recréer un Conseil d'État, mais en fait un corps neutre, administratif et judiciaire, juge d'appel et de l'excès de pouvoir, qui

12 Il est difficile de donner précisément le chiffre des députés de chaque parti car beaucoup de candidats sont restés dans le flou et se présentent sur des listes panachées, voire sur plusieurs. Jean-Jacques Chevallier avance cent quatre-vingt-deux légitimistes et deux cent quatorze orléanistes (Chevallier [Jean-Jacques], *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris, A. Colin, 9^e édition, 2001, p. 293). Voir aussi Garrigues (Jean) (dir.), *Histoire du Parlement de 1789 à nos jours*, Paris, A. Colin, 2007, Gouault (Jacques), *Comment la France est devenue républicaine : les élections générales et partielles à l'Assemblée nationale, 1870-1875*, Paris, A. Colin, 1954, Locke (Robert R), *French Legitimists and the Politics of Moral Order in the Early Third Republic*, Princeton, Princeton UP, 1974, Hudemann (Rainer), *Fraktionsbildung im französischen Parlament : zur Entwicklung des Parteiensystems in der frühen Dritten Republik, 1871-1875*, Munich, Artemis Verlag, 1979 et Mayeur (Jean-Marie), *La Vie politique sous la Troisième République (1870-1940)*, Paris, Seuil, Points, 1984.

13 JORF, numéro du 19 juin 1871, annexe n° 279, p. 1453-1456.

14 Batbie (Anselme), manuscrit cité, p. 379. Il revient sur ce point dès le début de son rapport. JORF, numéro du 19 février 1872, annexe n° 863, p. 1195. Voir aussi Laforest-Divonne (Jacques), « La commission provisoire remplaçant temporairement le Conseil d'État (septembre 1870-juillet 1872) », *EDCE*, n° 30, 1978-1979, p. 137-154.

15 JORF, numéro du 19 juin 1871, annexe n° 279, p. 1453.

16 Batbie (Anselme), manuscrit cité, fol. 380.

exerce une justice déléguée, à l'opposé du Second Empire. Le Tribunal des conflits sera rétabli à peu près dans la forme de 1848. En outre, le Conseil conservera un rôle législatif. Même si l'exposé des motifs précise qu'il « *n'interviendra plus d'une manière permanente dans la préparation des lois* »¹⁷ comme sous les empires, il est précisé qu'il « *donne [ra] son avis [...] sur les projets de loi que l'Assemblée nationale ou le Gouvernement juger [o] nt à propos de lui renvoyer* »¹⁸. C'est dans la loi républicaine du 9 mars 1849 que le Gouvernement a ici puisé son inspiration. Néanmoins, et contrairement à la Deuxième République, les membres du Conseil, dont le nombre sera réduit au strict minimum par souci d'équilibre budgétaire, demeureront nommés par le chef du pouvoir exécutif¹⁹. Enfin, il est fortement insisté sur le caractère provisoire du Conseil dans l'espoir de mieux le faire adopter.

La commission parlementaire et son rapport

Dans les jours qui suivent le dépôt du projet de loi, l'Assemblée désigne une commission d'examen du projet. Sous l'autorité de son président, Saint-Marc Girardin, universitaire, journaliste, membre de l'Institut, parlementaire depuis la monarchie de Juillet de sensibilité orléaniste et lui-même ancien maître des requêtes au Conseil d'État, elle conserve l'esprit et les grandes lignes du projet mais l'amende sur quelques points importants, après des débats longs et animés.

D'emblée, elle doit en effet se prononcer sur la proposition de suppression du Conseil formulée par le républicain Bethmont. Certains légitimistes, libéraux et républicains ne veulent plus entendre parler du Conseil, ni de justice administrative. L'argument de la séparation des pouvoirs et d'une vraie indépendance de la justice est avancé. Une nette majorité se dégage cependant pour le maintien du Conseil et pour l'adoption d'une justice administrative déléguée²⁰.

En revanche, la commission revient sur le principe de la nomination des conseillers auquel tenait le Gouvernement pour réimposer l'élection comme sous la Deuxième République. Sans retenir formellement un contre-projet de Prosper de Chasseloup-Laubat, l'ancien ministre présidant le Conseil d'État sous le Second Empire, ménageant la possibilité pour le législateur de transformer le Conseil en deuxième chambre pour le cas où les futures institutions n'en prévoiraient pas une, elle entend néanmoins le signaler à l'Assemblée pour qu'il soit pris en compte lors du débat²¹. Ce fait traduit la préoccupation de plusieurs libéraux et conservateurs de la commission de se prémunir contre les risques d'une Assemblée unique et toute-puissante souhaitée par certains républicains et renvoie au spectre de la Convention et aux débats plus récents de l'été et de l'automne 1848.

17 *JORE*, numéro du 19 juin 1871, annexe n° 279, p. 1453. La formulation prend de façon transparente le contrepied de la Constitution du 14 janvier 1852.

18 *Ibid.*, p. 1455. Article 6.

19 *Ibid.*, p. 1455. Article 3 du titre 1^{er}, « Composition du Conseil d'État ».

20 Voir Arch. nat. C 2861 : procès-verbaux de la commission.

21 Voir Pacteau (Bernard), « Prosper de Chasseloup-Laubat au Conseil d'État », *Conférences « Vincent Wright »*, vol. 3, Paris, La Documentation française, 2019, p. 117-146.

La commission confie le soin de rédiger son rapport à Anselme Batbie, ancien auditeur au Conseil d'État, professeur de droit public et administratif à la faculté de Paris et membre comme il se doit de la majorité. L'homme, qui est un nouveau venu sur les bancs parlementaires, est cependant en train de se faire une réputation parmi ses pairs en siégeant dans plusieurs commissions clés et en imposant ses qualités d'expertise juridique et de débateur.

Batbie lit son rapport le 29 janvier 1872 en ouverture de la discussion parlementaire²². Après avoir souligné l'importance du projet gouvernemental et la nécessité pour la France de disposer de nouveau rapidement d'un Conseil d'État, il revient sur le principal point de désaccord entre le cabinet et la commission : donner à l'Assemblée la prérogative d'élire les conseillers d'État soulignera le rôle essentiel de celle-ci dans le processus d'élaboration de la loi, renforcera le lien de confiance entre les deux institutions et incitera l'Assemblée à recourir au Conseil : « La faculté de soumettre un projet de loi au Conseil d'État, dit-il, sera exercée avec plus ou moins de fréquence suivant le degré de confiance que l'Assemblée aura dans les membres du Conseil²³ ».

Cependant, contrairement à la loi de 1849 qui prévoyait un renouvellement par moitié du Conseil à chaque nouvelle législature, la commission ne retient pas ce principe. Pour éviter une inamovibilité des conseillers, ceux-ci pourront être suspendus pendant deux mois par le chef de l'État et révoqués par l'Assemblée²⁴. Batbie conclut son rapport en revenant sur le fait que le Conseil sera principalement administratif et par exception législatif, selon la tradition des régimes parlementaires, mais il ajoute que, si l'Assemblée le souhaite, il pourra être transformé, le cas échéant, en seconde chambre, livrant au passage, à l'appréciation de l'Assemblée, l'amendement de Chasseloup-Laubat visant à compléter à cet effet le Conseil par l'élection de 172 membres pris parmi les conseillers généraux²⁵.

Des débats qui traduisent plusieurs visions du Conseil et calculs politiques

La première lecture

Dès l'ouverture du débat, le 19 février, le projet présenté par la commission essuie l'attaque en règle « *d'une coalition parlementaire* » composée de républicains, d'indépendants libéraux et de légitimistes, pour reprendre la formule qu'emploie

22 *JORF*, numéro du 19 février 1872, annexe n° 863, p. 1195-1199, et *JORF*, numéro du 20, annexe n° 863, p. 1224-1226.

23 *JORF*, numéro du 19 février 1872, p. 1198.

24 *Ibid.*

25 *JORF*, numéro du 20 février 1872, p. 1224.

publiquement Batbie lui-même, un peu plus tard²⁶. En effet, si ces hommes se divisent sur le maintien du Conseil d'État et sur la question de la désignation des conseillers, ils se retrouvent pour condamner le rôle politique et judiciaire que le cabinet et la majorité de la commission entendent lui faire jouer.

L'espoir d'une restauration monarchique n'incite pas les légitimistes à soutenir le projet. À cela s'ajoutent d'autres considérations. Le légitimiste Claude-Marie Raudot attaque l'existence de l'institution elle-même au nom de la nécessité du bicamérisme que le Conseil peut empêcher :

« *Si vous voulez un régime représentatif*, dit-il à ses collègues, *vous n'avez pas besoin de Conseil d'État, ce sont les chambres qui doivent être elles-mêmes le Conseil d'État*²⁷. » Un Conseil élu empêcherait, selon lui, l'instauration d'une Chambre haute :

« *Que la France devienne une Monarchie ou qu'elle reste une République, il faut absolument qu'il y ait deux Chambres [...]. Si vous partagez cette manière de voir, ne faites donc pas remplir la place de cette seconde chambre par le Conseil d'État qu'on vous propose d'instituer.* »

Par ailleurs, ce chantre de très longue date de la décentralisation dénonce la justice administrative comme une atteinte à la séparation des pouvoirs, du sommet – le Conseil d'État – à la base – les conseils de préfecture dont il essaie au même moment d'obtenir la suppression au sein de la commission de décentralisation : « *Je vous ferai remarquer*, souligne-t-il, *qu'en Belgique il n'y a pas de Conseil d'État, et qu'en somme ce petit peuple nous donne souvent des exemples que nous ferions bien d'imiter*²⁸. » Un peu plus tôt dans le débat, le libéral Antonin Lefèvre-Pontalis a développé le même argument en invoquant pour sa part les exemples anglais et américain²⁹.

Du côté républicain, Agénor Bardoux attaque, lui aussi, un projet qui « *viole la grande loi de la séparation des pouvoirs* » et « *compromet singulièrement l'examen d'une question jusqu'ici réservée* », à savoir « *la possibilité d'une seconde Chambre*³⁰ ». Quant à Gambetta, il prononce l'un de ses premiers grands discours depuis son retour de Saint-Sébastien où il est parti prendre quelques semaines de repos. Lui qui avait réclamé la suppression du Conseil d'État au lendemain du 4 septembre le défend maintenant comme « *une création française* », « *une des meilleures de la monarchie française* ». Parce qu'il se dit partisan d'une organisation « *harmonique au pouvoir central et à la forme de ce pouvoir* », il se prononce même pour la nomination des conseillers d'État comme Dufaure et Thiers et contre Batbie, son ancien professeur de la faculté de droit. Cependant, comme Raudot, Lefèvre-Pontalis et Bardoux, il se montre hostile au rôle politique du Conseil et réclame le renvoi de cette question à l'examen des autres institutions :

26 Il utilise cette expression dans la séance du 29 avril, lors de la seconde lecture. Voir *JORE*, numéro du 30 avril 1872, p. 2870.

27 *JORE*, numéro du 20 février 1872, p. 1219

28 *Ibid.*

29 *Ibid.* p. 1215.

30 *Ibid.*, p. 1217.

« Est-il possible de se prononcer dès à présent sur cette institution qu'on présente tantôt comme une seconde chambre dissimulée, comme une seconde chambre hybride – permettez-moi le mot, il a été employé en 1848 – comme la fausse monnaie d'une seconde chambre [...] ? Évidemment, nous ne pouvons nous engager à résoudre une pareille question ³¹. »

En attendant, il propose d'accroître les effectifs de la commission provisoire pour lui permettre d'accomplir pleinement sa tâche ³².

Face à une telle coalition, Batbie rappelle que le Conseil d'État tel que le proposent le Gouvernement et la commission, « n'est pas, à proprement parler, un corps politique, c'est un auxiliaire pour la préparation des lois » et qu'il y a ici urgence à agir car de nombreux parlementaires de tout bord se plaignent officieusement de la situation actuelle ³³, et Dufaure appuie ce point de vue au nom du cabinet ³⁴. En revanche, alors que celui-ci continue de soutenir la nomination des conseillers par un cabinet dont ils devront avoir la confiance puisqu'ils le conseilleront, Batbie défend le point de vue de la commission favorable à l'élection, en arguant qu'il y a plusieurs autres exemples éloquents où les agents de l'État prennent le conseil d'élus qui n'émanent pas de leur choix, ainsi le préfet ne choisit pas son conseil général, le sous-préfet son conseil d'arrondissement et le maire son conseil municipal. En outre, il souligne que le système de l'élection des conseillers a plutôt bien fonctionné sous la Deuxième République.

Mais la raison principale qui le pousse à s'arc-bouter sur l'élection est très politique et il ne peut la donner publiquement. Comme plusieurs de ses collègues de la commission, il pense que cette petite leçon donnée à Thiers donnera une satisfaction à bon compte à l'opposition et même à une partie de la majorité tout en permettant de faire passer l'essentiel du projet gouvernemental et en évitant une crise de gouvernement dont quasiment personne ne veut alors ³⁵. Devant tant d'incertitudes, l'Assemblée décide une seconde lecture du projet.

De la deuxième lecture à la troisième et au scrutin final

La deuxième lecture qui devrait être consacrée à l'examen des articles commence de nouveau par une discussion générale, tant les enjeux constitutionnels liés à la recreation du Conseil d'État préoccupent une partie de l'Assemblée.

Quelques jours plus tôt, le libéral et centriste Paul-Louis Target, inquiet du risque d'une crise gouvernementale ³⁶, a déposé un amendement pour différer l'examen du projet en avançant qu'on ne peut déterminer les attributions

31 *Ibid.*, p. 1220.

32 *Ibid.*, p. 1221.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*, p. 1222.

35 Batbie (Anselme), manuscrit cité, fol. 380.

36 Par un retournement malicieux de l'histoire, on sait que ce sont lui et ses amis qui, par leur basculement, entraîneront la chute de Thiers un an plus tard, en mai 1873.

législatives, administratives et judiciaires du Conseil tant que le régime et la Constitution ne sont pas connus. Cela conduit Batbie à produire un deuxième rapport au nom de la commission pour demander le rejet de cet amendement ³⁷.

Lors de la première séance de la deuxième lecture, le 29 avril, Target défend son amendement et pointe au passage les contradictions entre le projet gouvernemental et la version amendée par la commission, « *absolument opposés l'un à l'autre* », selon lui, car du mode de désignation des conseillers découleraient l'équilibre des pouvoirs et l'existence ou non d'une seconde chambre ³⁸. Il est appuyé par le légitimiste Amédée Lefèvre-Pontalis, le frère d'Antonin : cette loi est « *une loi constitutionnelle ou, pour mieux dire, c'est un chapitre de Constitution* ³⁹ ». Or, il est inconcevable de l'examiner alors que la Constitution n'est pas encore à l'ordre du jour. Il ajoute que la coalition des partis contre le projet prouve bien qu'il y a un problème. L'orléaniste très influent Jean-Charles Rivet, dont la proposition d'août 1871 a conféré à Thiers le titre de Président de la République, soutient l'amendement Target, ainsi que les légitimistes Armand Fresneau et Raudot. De leur côté, Batbie, Dufaure et Saint-Marc-Girardin le combattent. C'est seulement après le rejet de cet amendement par 364 voix contre 239 que la discussion peut enfin s'engager sur le vote des articles du projet de loi ⁴⁰.

Il ne faut pas attendre longtemps avant que le débat ne s'envenime de nouveau. C'est l'examen de l'article 3 sur l'élection des conseillers, le 1^{er} mai, qui en est l'occasion. Au nom du cabinet, Dufaure réclame avec force le retour à la version initiale :

« Pourquoi s'écarter de la règle constamment suivie dans notre pays? dit-il, pourquoi lorsque, pendant soixante-dix ans, le Conseil d'État a été nommé par le chef du pouvoir exécutif, refuseriez-vous dans ce moment au chef du pouvoir exécutif le droit de le nommer? et remarquez-le, dans ce moment, le chef du pouvoir exécutif est plus faible qu'il ne l'a jamais été, et plus faible cent fois que les rois, auxquels on a toujours attribué la nomination des membres du Conseil d'État ⁴¹. »

Cependant, il n'est pas suivi. L'amendement qui propose la nomination par l'exécutif des conseillers d'État en service ordinaire et des maîtres des requêtes est rejeté par 338 voix contre 316 ⁴². Le renouvellement par tiers et tous les trois ans des conseillers est également décidé à la suite.

Dans la séance du 3 mai, l'article 9 sur le contentieux administratif est à son tour vivement attaqué par Raudot comme totalement arbitraire. Le légitimiste réclame de nouveau la dévolution de tout le contentieux administratif au juge ordinaire, au nom de la séparation des pouvoirs et en invoquant Montesquieu.

37 JORF, numéro du 26 avril, annexe n° 1079, p. 2829.

38 JORF, numéro du 30 avril 1872, p. 2869-2870.

39 *Ibid.*, p. 2871.

40 *Ibid.*, p. 2872-2877.

41 JORF, numéro du 2 mai 1872, p. 2930.

42 *Ibid.*, p. 2934.

L'article 9 n'en est pas moins voté comme, à la suite, les autres articles avec quelques modifications mineures⁴³.

Même s'il n'a pas été nommé cité dans le débat, Thiers a pris comme un affront le fait qu'on lui refuse la faculté de nomination et, de fait, sa forte personnalité et l'aversion qu'elle suscite chez beaucoup de parlementaires ne sont pas étrangères au vote. Le Président aurait pu aller à l'affrontement en posant la question de confiance avec la quasi-certitude de l'emporter car la majorité a encore besoin de lui, mais il a décidé de jouer l'apaisement. Cependant, Batbie a pris, à cette occasion, la mesure de la menace d'une crise gouvernementale. Cabinet et commission envisagent donc, d'un commun accord, de revenir à la présidence du Conseil et du Tribunal des conflits par le garde des Sceaux et de donner au cabinet la nomination du vice-président du Conseil et des présidents de sections. Un rapport complémentaire est préparé en ce sens par Batbie⁴⁴, dont l'examen est renvoyé à une troisième lecture qui est annoncée le 23 mai et intervient le 24.

Ce jour-là, même s'il agit par prétérition, Batbie fait comprendre à l'Assemblée qu'elle ne doit pas procéder à un vote de tendance et de défiance à l'égard de Thiers⁴⁵. Il insiste beaucoup et de façon très explicite sur le caractère doublement pacificateur du texte en ce sens qu'il vise à réconcilier tous les partis de l'Assemblée mais aussi à établir un lien de confiance entre les futurs pouvoirs par les attributions et par la composition du Conseil projeté. Il obtient gain de cause. Moyennant quelques légères modifications, les amendements demandés par le rapporteur sont adoptés.

La loi votée le 24 mai et promulguée le 30 rétablit donc le Conseil d'État, décide que les conseillers d'État en service ordinaire seront élus par l'Assemblée nationale et qu'ils ne pourront être révoqués que par elle, mais elle laisse finalement à l'exécutif la présidence du Conseil et les nominations du vice-président et des présidents de sections, impose que le Conseil soit obligatoirement consulté sur tous les projets de décrets et règlements d'administration publique, précise qu'il peut, en outre, donner son avis sur les projets d'initiative parlementaire à la demande du Parlement et sur les projets gouvernementaux à la demande des ministres, le fait repasser de la justice retenue à la justice déléguée, comme tel était le cas avant 1852, en lui donnant le pouvoir de statuer en dernier ressort sur le contentieux administratif et sur les recours pour excès de pouvoir. Elle remet enfin en place un Tribunal des conflits comme sous la Deuxième République⁴⁶.

43 *JORF*, numéro du 4 mai 1872, p. 2983 et suiv.

44 *JORF*, numéro du 29 mai, annexe n° 1171, p. 3584-3586, et *JORF*, numéro du 30 mai, p. 3604-3605.

45 *JORF*, numéro du 25 mai, p. 3483-3487.

46 *JORF*, numéro du 31 mai 1872, p. 3625-3627, et *Bulletin des lois de la République française*, XII^e série, 1^{er} sem. 1872, t. IV, Imp. nationale, 1872, n° 92, p. 505-512.

Conclusion

L'historien est toujours prudent face aux mythes qui décontextualisent et qui ôtent au passé sa part d'incertitude. La loi du 24 mai 1872 qui est aujourd'hui présentée comme la « *charte républicaine du Conseil d'État*¹ » et qui attribuerait à celui-ci « *de façon définitive la justice déléguée*² », n'échappe pas à son regard critique, d'autant plus lorsqu'on en vient, comme en 2015, à modifier son titre originel de « loi de réorganisation provisoire du Conseil d'État » pour en faire une « loi relative au tribunal des conflits », lequel n'en constitue pourtant qu'une partie. L'étude de la genèse de la loi donne à voir une réalité différente de l'image que la postérité en conserve.

D'abord, la loi du 24 mai 1872 n'a été conçue et adoptée que parce qu'elle était provisoire. Ensuite, ce que la mémoire collective en retient n'est pas ce qui a le plus préoccupé les acteurs de l'époque. La justice déléguée, le recours pour excès de pouvoir et le rétablissement du Tribunal des conflits ont été peu débattus car ils faisaient assez largement consensus. Orléanistes et républicains se sont trouvés d'accord pour les consacrer et ont puisé dans les lois de 1845 et de 1849 pour élaborer celle de 1872, éminemment transactionnelle, pacificatrice et adaptable. Il s'agit alors de ne pas injurier un avenir qui pourrait certes être républicain, mais aussi monarchiste.

En amont, l'existence même du Conseil d'État a été l'objet des premiers débats mais surtout, une fois l'hypothèque levée, trois questions ont monopolisé l'attention : le maintien ou non de la justice administrative, le rôle législatif à accorder ou non au Conseil alors que le pays n'a pas encore de Constitution, et le mode de désignation de ses membres. Pendant que les protagonistes faisaient un large usage de l'histoire de l'institution en l'instrumentalisant de façon souvent diamétralement opposée, pour essayer de parvenir à leurs fins dans ces trois domaines, trois éléments ont été déterminants : l'action de Batbie, vraie révélation de cette séquence politique par son expertise, son talent oratoire et ses qualités transactionnelles, la volonté majoritaire de laisser l'avenir ouvert et le spectre de Thiers planant sur les débats. En effet, le Président rarement nommé cité est omniprésent dans les esprits.

Si le Président de la République obtient ce qu'il veut sur le fond, à savoir la création d'un Conseil capable de seconder efficacement l'exécutif et le législatif par la dualité de ses fonctions, à travers une véritable synthèse orléano-républicaine, il subit l'affront de perdre, pour sa part, au cours du processus législatif, la faculté de nommer les conseillers d'État en service ordinaire. Naît alors chez lui une rancœur durable à l'égard de l'Assemblée. Batbie note que, par la suite,

1 Voir ce que dit à ce sujet Gonod (Pascale) dans « La nouvelle vie de la loi du 24 mai 1872. Codification et "nidification" législative », *Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, p. 236.

2 Letourneur (Maxime), « Avant-propos », *EDCE*, 1972, n° 25, p. 9. Plus largement, le volume du centenaire est représentatif de cette façon de voir.

« souvent il cita la loi sur le Conseil d'État comme un de ses griefs contre la majorité et c'est celui dont il parlait avec le plus d'animation, même avec une sorte de colère³. »

À cette occasion s'est constituée une alliance de circonstances entre légitimistes et républicains qui en annonce d'autres comme celle qui se noue trois ans plus tard, entre les mêmes, à l'occasion de l'élection des sénateurs inamovibles. En 1872, elle ne suffit cependant pas, car elle ne rassemble pas la totalité des deux familles politiques. Gambetta nous livre d'ailleurs, au passage, l'un des premiers exemples de l'opportunisme républicain dont il se révèle, par la suite, le grand inspirateur⁴.

Quant au Conseil d'État, il est définitivement confirmé par la deuxième des trois lois constitutionnelles de 1875, celle du 25 février sur l'organisation des pouvoirs publics⁵. Cette loi, comme les deux autres, ne modifie quasiment pas la loi de 1872, sauf sur un point important : elle rend à l'exécutif le droit de nommer les conseillers d'État en service ordinaire. C'est un euphémisme de dire que Mac Mahon, désormais Président de la République, ne suscite pas les mêmes craintes que Thiers chez les membres de l'Assemblée.

3 Batbie (Anselme), manuscrit cité, fol. 382.

4 Voir Grévy (Jérôme), *La République des opportunistes, 1870-1885*, Paris, Perrin, 1997.

5 *JORF*, numéro du 28 février 1875 et *Bulletin des lois de la République française*, XII^e série, 1^{er} sem. 1875, t. X, Imp. nationale, 1875, n° 246, p. 165-166.

La loi de 1872, miroir de l'histoire du Conseil d'État

Marc BOUVET

Introduction

La loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État¹ est effectivement un miroir de l'histoire du Conseil d'État dans la mesure où non seulement elle maintient et remet en vigueur des textes antérieurs fondamentaux mais aussi parce qu'elle se présente essentiellement comme une compilation de dispositions de textes sur le Conseil d'État datant des régimes précédant la Troisième République, depuis la création de l'institution par la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799).

En raison de contraintes éditoriales, il est impossible de voir ici l'ensemble de la loi de 1872 qui suppose d'exposer toute l'histoire du Conseil d'État avant cette loi. Pour mieux éclairer l'ancrage historique de la loi de 1872, nous nous attarderons sur deux points : la composition du Conseil d'État et le rôle de juge administratif suprême du Conseil d'État.

La composition du Conseil d'État

Tout d'abord, selon la loi du 24 mai 1872, les ministres, sans être membres à part entière du Conseil d'État, ont rang et séance à l'Assemblée générale du Conseil d'État où ils ont voix délibérative². Cette règle est traditionnelle, apparue avec le sénatus-consulte du 16 thermidor an X (4 août 1802) sous le Consulat³,

1 *Bull. des lois (Bulletin des lois de la République française)*, 12^e série, t. 4, p. 505-512.

2 Article 2 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

3 À l'origine, au début du Consulat, en vertu de l'article 4 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799) portant règlement pour l'organisation du Conseil d'État, « les ministres ont la faculté d'entrer dans l'Assemblée générale du Conseil d'État, sans que leur voix y soit comptée ». *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 10. Puis, l'article 68 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X (4 août 1802) leur donne voix délibérative au sein de l'Assemblée générale du Conseil d'État. *Bull. des lois*, 3^e série, t. 6, p. 545.

confirmée par des textes de la Restauration ⁴, de la monarchie de Juillet ⁵, de la Deuxième République ⁶ et du Second Empire ⁷. Les ministres n'ont aucun droit d'entrée dans les sections dans la mesure où la loi de 1872 n'évoque que leur présence en Assemblée générale et ne les comprend pas dans la composition des sections, qui sont d'ailleurs présidées par des présidents de section désignés parmi les conseillers d'État en service ordinaire. Cette situation s'inscrit dans la continuité du Second Empire ⁸. C'est un signe d'indépendance du Conseil d'État. Toujours dans une logique d'indépendance mais aussi d'impartialité du Conseil d'État, les ministres sont exclus de la connaissance du contentieux ⁹,

-
- 4 Les ordonnances royales sur le Conseil d'État de la Restauration ne sont pas explicites sur ce point mais maintiennent implicitement, par le biais de certaines dispositions, le principe selon lequel les ministres assistent avec voix délibérative aux Assemblées générales du Conseil d'État entre 1814 et 1830.
 - 5 Article 21 de l'ordonnance du Roi du 18 septembre 1839 sur l'organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 447. Article 14 de la loi du 19 juillet 1845 sur le Conseil d'État, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 31, p. 192.
 - 6 Cependant, sous la Deuxième République, les ministres ont seulement un droit « d'entrée » sans voix délibérative à l'Assemblée générale du Conseil d'État. Article 51 de la loi organique du Conseil d'État du 3 mars 1849, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 208.
 - 7 Article 53 de la Constitution du 14 janvier 1852 et article 3 du décret organique du 25 janvier 1852 sur le Conseil d'État, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 70 et 218.
 - 8 Articles 3, 11 et 17 du décret organique du 25 janvier 1852, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 218-220. Avant le Second Empire, les ministres peuvent être présents dans les sections. Sous le Consulat et l'Empire, les ministres peuvent assister aux séances des sections mais « sans voix délibérative ». Article 6 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799), *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 10. Sous la Restauration et la monarchie de Juillet, non seulement les ministres peuvent entrer dans le comité (nom donné sous ces deux régimes aux sections) dépendant de leur ministère mais ils en sont même les présidents de droit (par exemple, le ministre des Finances préside le comité des Finances du Conseil d'État). Néanmoins, ces présidences ministérielles sont largement formelles, d'autant plus qu'il est prévu que chaque comité est présidé, en l'absence du ministre, par un conseiller d'État vice-président de comité chargé très largement de diriger l'activité du comité. Pour la Restauration : articles 9, 10 et 11 de l'ordonnance du Roi du 29 juin 1814 concernant l'organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 262-263 ; article 10 de l'ordonnance du Roi du 23 août 1815 portant organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 159 ; article 40 de l'ordonnance du Roi du 26 août 1824 relative à l'organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 156. Pour la monarchie de Juillet : article 20 de l'ordonnance du Roi du 18 septembre 1839 sur l'organisation du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 447 ; article 13 de la loi du 19 juillet 1845 sur le Conseil d'État, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 31, p. 192. Sous la Deuxième République, les ministres ont seulement un droit « d'entrée » sans voix délibérative dans les sections de législation et d'administration. Article 51 de la loi organique du 3 mars 1849, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 208.
 - 9 Article 2 de la loi du 24 mai 1872, *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

conformément à une règle née au début de la monarchie de Juillet, en 1831¹⁰, et constante par la suite¹¹.

Parmi les ministres se distingue le garde des Sceaux, ministre de la Justice, qui selon la loi du 24 mai 1872, est le président du Conseil d'État¹². Cette présidence du garde des Sceaux est empruntée spécifiquement à la monarchie de Juillet durant laquelle le ministre de la Justice préside le Conseil d'État entre 1831 et 1848¹³. En tant que président du Conseil d'État, le garde des Sceaux a le droit de présider avec voix délibérative l'Assemblée générale et les sections administratives¹⁴. En revanche, à l'instar des autres ministres, il n'a pas le droit d'entrée à la section

10 L'exclusion des ministres de la connaissance des affaires contentieuses soumises au Conseil d'État est née de manière coutumière au lendemain des ordonnances royales des 2 février et 12 mars 1831 réformant la procédure contentieuse devant le Conseil d'État. Voir notre thèse Bouvet (Marc), *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de science administrative », 2001, p. 342. Cette exclusion des ministres est consacrée par les dispositions des textes fixant la composition des organes d'instruction et de jugement du contentieux du Conseil d'État. Articles 26 et 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, et articles 18 et 21 de la loi du 19 juillet 1845, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 193-194.

11 Sous la Deuxième République, les ministres ayant seulement un droit d'entrée sans voix délibérative dans l'Assemblée générale et les sections de législation et d'administration, ils ne peuvent par définition pas participer à la connaissance des affaires contentieuses soumises à la section du contentieux du Conseil d'État. Article 51 de la loi organique du 3 mars 1849, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 208. Sous le Second Empire, l'exclusion des ministres du contentieux est consacrée par les articles 17 et 19 du décret organique du 25 janvier 1852 fixant la composition des organes d'instruction et de jugement du contentieux du Conseil d'État, *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 220-221.

12 Article 4 de la loi du 24 mai 1872, *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

13 Déjà sous la Restauration, le garde des Sceaux joue le rôle de président du Conseil d'État. En principe, entre 1814 et 1830, le roi est le président de droit du Conseil d'État. Cependant, l'article 8 de l'ordonnance du 29 juin 1814 prévoit qu'en l'absence du roi, le Conseil d'État est présidé par le Chancelier, *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 262. L'article 18 de l'ordonnance du 23 août 1815 dispose qu'en l'absence du roi, la présidence du Conseil d'État « appartiendra au président de notre conseil des ministres, et, en son absence, à notre garde des Sceaux, ministre secrétaire d'État au département de la justice », *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 160. Dans les faits, le garde des Sceaux préside le Conseil d'État sous la Restauration, et d'ailleurs, le Conseil d'État dépend de son ministère. Cependant, c'est spécifiquement sous la monarchie de Juillet que le ministre de la Justice est le président de droit du Conseil d'État. Cette attribution est confiée à tous les ministres de la Justice lors de leur nomination, à partir de l'ordonnance du 13 mars 1831 nommant Barthe « garde des Sceaux, ministre secrétaire d'État au département de la justice, et président du Conseil d'État », *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, partie 2, p. 225. Le principe de la présidence de droit du Conseil d'État par le ministre de la Justice est consacré d'une manière impersonnelle et générale par l'article 2 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, et par l'article 2 de la loi du 19 juillet 1845, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 189.

14 Article 2 de la loi du 24 mai 1872, *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

du Contentieux et à l'Assemblée du contentieux¹⁵, dans un souci d'impartialité déjà présent de manière déterminante sous la monarchie de Juillet¹⁶.

Par ailleurs, le Conseil d'État comprend un service ordinaire composé de conseillers d'État, de maîtres des requêtes et d'auditeurs¹⁷. Les conseillers d'État en service ordinaire existent sans discontinuer depuis la création du Conseil d'État par la Constitution du 13 décembre 1799. Curieusement, sans doute pour des considérations budgétaires, leur nombre est réduit à vingt-deux¹⁸, bien moindre que sous tous les autres régimes antérieurs¹⁹. Pour être conseiller d'État,

15 Articles 2, 10 et 17 de la loi du 24 mai 1872, *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505, 508 et 509.

16 Sous la monarchie de Juillet, le garde des Sceaux est définitivement exclu du comité du Contentieux à partir de la nomination comme président de ce comité du conseiller d'État en service ordinaire Girod de l'Ain avec le titre de « président du contentieux » par une ordonnance royale du 11 octobre 1832, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 5, partie 2, p. 225. Le principe d'exclusion du ministre de la Justice du comité du Contentieux est ensuite consacré de manière générale et impersonnelle par l'article 26 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, et par l'article 18 de la loi du 19 juillet 1845, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448 ; t. 31, p. 193. En revanche, sous la monarchie de Juillet, le ministre de la Justice demeure le président de droit de l'Assemblée générale du contentieux. Article 1^{er} de l'ordonnance du roi du 2 avril 1831 et article 21 de la loi du 19 juillet 1845, *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, partie 2, p. 394-395 ; t. 31, p. 194. Cependant, sous la monarchie de Juillet, signe d'indépendance et d'impartialité du Conseil d'État statuant au contentieux, la présidence de l'Assemblée générale du contentieux par le ministre de la Justice est formelle, ce dernier ne venant que très rarement. Sur toutes ces questions, voir Bouvet (Marc), *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, *op. cit.*, p. 321-323 et 343.

17 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

18 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

19 À l'origine, sous le Consulat et l'Empire, le nombre de conseillers d'État en service ordinaire n'est pas fixe. Selon l'article 1^{er} du règlement du Conseil d'État du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799), les conseillers d'État sont entre trente et quarante. *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 10. Ce nombre maximal est porté à cinquante par l'article 66 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X (4 août 1802). *Bull. des lois*, 3^e série, t. 6, p. 545. Dans les faits, l'effectif des conseillers d'État en service ordinaire évolue entre vingt-sept (1801) et quarante-cinq (1813). Sous la Restauration, l'article 2 de l'ordonnance du 29 juin 1814 fixe à vingt-cinq le nombre maximal de conseillers d'État en service ordinaire. *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 260. Puis selon l'article 6 de l'ordonnance du 23 août 1815, leur nombre maximal est porté à trente. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 158. En pratique, le nombre maximal est toujours atteint. Ce nombre de trente devient fixe avec l'article 7 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 150. Finalement, l'article 3 de l'ordonnance du 5 novembre 1828 vient réduire à vingt-quatre le nombre fixe de conseillers d'État en service ordinaire. *Bull. des lois*, 8^e série, t. 9, p. 617-618. Ce nombre est maintenu pendant les premières années de la monarchie de Juillet jusqu'à ce qu'il soit élevé à trente par l'article 4 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, nombre consacré par l'article 4 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 190. Sous la Deuxième République, le nombre de conseillers d'État en service ordinaire est augmenté à quarante par l'article 10 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203. Sous le Second Empire, le nombre de conseillers d'État en service ordinaire n'est pas fixe mais compris entre quarante et cinquante par l'article 47 de la Constitution du 14 janvier 1852 et l'article 2 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 69 et 218. En pratique, il y a toujours cinquante conseillers d'État en service ordinaire.

il faut avoir au moins 30 ans²⁰, comme sous la Restauration et la monarchie de Juillet²¹, avant que toute condition d'âge disparaisse sous la Deuxième République et le Second Empire. La loi de 1872 renoue avec le principe de l'élection des conseillers d'État par l'Assemblée nationale, une première fois établi sous la Deuxième République par la Constitution du 4 novembre 1848 et la loi organique du 3 mars 1849. C'est le sujet qui préoccupe le plus l'Assemblée nationale, d'autant plus que c'est contraire à la règle de la nomination par le chef de l'État en vigueur sous tous les autres régimes, sauf sous de la Deuxième République. Les conseillers d'État sont élus par l'Assemblée nationale, en séance publique, au scrutin de liste et à la majorité absolue²². Les modalités techniques de l'élection prévues par la loi de 1872, dans le détail desquelles nous n'entrerons pas²³, sont strictement reprises et identiques à celles prévues par la loi organique du 3 mars 1849²⁴. Une petite différence tient à la durée de la fonction. En vertu de la Constitution du 4 novembre 1848, les conseillers d'État sont élus pour six ans avec renouvellement par moitié au tirage au sort tous les trois ans et rééligibilité indéfinie²⁵. Selon la loi du 24 mai 1872, les conseillers d'État sont élus sans condition de durée avec renouvellement par tiers au tirage au sort tous les trois ans et rééligibilité indéfinie²⁶. Par ailleurs, la loi de 1872 donne à l'Assemblée nationale le pouvoir de révoquer les conseillers d'État sur la proposition du président de la République²⁷, comme cela était déjà prévu sous la Deuxième République par la Constitution du 4 novembre 1848²⁸, sachant que depuis 1799, la révocation a toujours existé entre les mains de l'autorité de nomination.

Parmi les conseillers d'État en service ordinaire se distingue tout d'abord, selon la loi du 24 mai 1872, le vice-président du Conseil d'État, nommé par le chef de l'État²⁹. Cette fonction est rétablie exactement comme elle avait été créée

20 Article 6 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

21 Il n'existe aucune condition d'âge pour être conseiller d'État en service ordinaire sous le Consulat et l'Empire et durant les dix premières années de la Restauration, jusqu'à ce qu'il soit nécessaire d'avoir au moins trente ans à partir de l'article 8 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 150. Cette condition d'âge de trente ans est maintenue sous la monarchie de Juillet par l'article 14 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et l'article 8 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 445, t. 31, p. 190.

22 Article 3 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

23 Article 3 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505-506.

24 Articles 11 et 12 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

25 Article 72 de la Constitution du 4 novembre 1848. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 2, p. 594-595.

26 Article 3 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

27 Article 3 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

28 Article 74 de la Constitution du 4 novembre 1848. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 2, p. 595.

29 Article 4 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

et conçue sous la monarchie de Juillet³⁰. Si d'autres vice-présidents ont existé ensuite sous la Deuxième République et le Second Empire, c'était de manière très différente. À côté, sont établis des présidents de section nommés par le chef de l'État parmi les conseillers d'État en service ordinaire³¹. Les présidents de section sont apparus dès l'origine du Conseil d'État avec le règlement du Conseil d'État du 26 décembre 1799³². Ils ont ensuite quasiment disparu sous la Restauration et la monarchie de Juillet où les comités sont présidés par les ministres, sauf le comité du Contentieux sous la monarchie de Juillet qui est doté d'un président choisi parmi les conseillers d'État en service ordinaire dans un souci d'impartialité³³. Les présidents de section sont ensuite réapparus sans discontinuer sous la Deuxième République et le Second Empire³⁴.

Ensuite, s'agissant des maîtres des requêtes en service ordinaire, ils existent sans discontinuer depuis leur création sous l'Empire par le décret du 11 juin 1806³⁵. Leur nombre est fixé à vingt-quatre par la loi du 24 mai 1872³⁶, comme sous la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849³⁷. Ils étaient plus nombreux sous tous les autres régimes³⁸, sauf sous le Premier Empire³⁹. Pour être maître des requêtes, il faut avoir au moins vingt-sept ans⁴⁰, comme

30 Le vice-président du Conseil d'État tel que conçu par la loi de 1872 est créé pour la première fois par les articles 2 et 4 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, puis consacré par les articles 2 et 4 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 189-190.

31 Article 10 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

32 Article 6 du règlement du Conseil d'État du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799). *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 10.

33 Voir *supra*.

34 Article 27 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 205. Articles 11 et 17 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 219-220

35 Articles 4 et 5 du décret du 11 juin 1806 sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 5, p. 198.

36 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

37 Article 16 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

38 Sous la Restauration, l'article 3 de l'ordonnance du 29 juin 1814 fixe à cinquante le nombre maximal de maîtres des requêtes en service ordinaire. *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 260. Puis selon l'article 6 de l'ordonnance du 23 août 1815, leur nombre maximal est réduit à quarante. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 158. En pratique, le nombre maximal est toujours atteint. Ce nombre de quarante devient fixe avec l'article 10 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 151. Finalement, l'article 3 de l'ordonnance du 5 novembre 1828 vient réduire à trente le nombre maximal de maîtres des requêtes en service ordinaire. *Bull. des lois*, 8^e série, t. 9, p. 618. Ce nombre de trente devient fixe sous la monarchie de Juillet en vertu de l'article 4 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et de l'article 4 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 190. Sous le Second Empire, le nombre de maîtres des requêtes en service ordinaire est fixé à quarante par l'article 2 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 218.

39 Le nombre de maîtres des requêtes en service ordinaire reste indéterminé durant tout le Premier Empire. Dans les faits, l'effectif évolue entre sept (1806) et dix-neuf (1813).

40 Article 6 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

sous la Restauration et la monarchie de Juillet ⁴¹, avant que cette condition d'âge soit réduite à vingt-cinq ans sous la Deuxième République ⁴² et que toute condition d'âge disparaisse sous le Second Empire. Conformément à une règle fixée depuis leur création, les maîtres des requêtes sont nommés et révoqués par le chef de l'État. La loi de 1872 précise que pour la nomination des maîtres des requêtes, le vice-président du Conseil d'État et les présidents de sections sont appelés à faire des présentations ⁴³, conformément à une règle qui existait sous la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849 ⁴⁴. La loi de 1872 ajoute que le décret de révocation d'un maître des requêtes doit être rendu après avoir pris l'avis des présidents de sections ⁴⁵, conformément à une règle qui existait déjà là encore sous la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849 ⁴⁶.

Enfin, s'agissant des auditeurs en service ordinaire, ils sont créés sous le Consulat par l'arrêté du 19 germinal an XI (9 avril 1803) ⁴⁷, supprimés au début de la Restauration par l'ordonnance du 29 juin 1814 ⁴⁸, puis rétablis définitivement sous le même régime par l'ordonnance du 26 août 1824 ⁴⁹. Leur nombre est fixé à trente ⁵⁰. C'est également leur nombre sous la Restauration en vertu de l'ordonnance du 26 août 1824 ⁵¹. Sous la Deuxième République, ils n'étaient que vingt-quatre ⁵², mais sous tous les autres régimes, ils étaient beaucoup plus

41 Il n'existe aucune condition d'âge pour être maître des requêtes en service ordinaire sous le Premier Empire et durant les dix premières années de la Restauration, jusqu'à ce qu'il soit nécessaire d'avoir au moins vingt-sept ans à partir de l'article 11 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 151. Cette condition d'âge de vingt-sept ans est maintenue sous la monarchie de Juillet par l'article 14 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et l'article 8 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 445 ; t. 31, p. 190.

42 Article 17 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

43 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

44 Article 17 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

45 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

46 Article 17 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

47 Arrêté du 19 germinal an XI (9 avril 1803) portant création d'auditeurs près des ministres et des sections du Conseil d'État. *Bull. des lois*, 3^e série, t. 8, p. 113-115.

48 L'ordonnance du 29 juin 1814 supprime les auditeurs en n'y faisant aucune référence. *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 259-265.

49 Article 1^{er} de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 149.

50 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

51 Article 15 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 152.

52 Article 16 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 203.

nombreux⁵³. Les auditeurs sont divisés en deux classes, la seconde classe et la première classe⁵⁴, conformément à une règle fixée par l'ordonnance du 26 août 1824⁵⁵, et qui est maintenue ensuite sous tous les régimes, sauf sous la Deuxième République où il n'y avait qu'une classe. Pour accéder à l'auditorat, il faut avoir au moins vingt et un ans⁵⁶, conformément à une règle constante sous tous les régimes depuis le décret du 7 avril 1811⁵⁷. La loi de 1872 réintroduit le principe du concours d'accès à l'auditorat⁵⁸, auparavant apparu sous le seul régime de la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849⁵⁹. Pour être admis auditeur de seconde classe, il faut passer un concours dans les formes qui seront déterminées par un règlement rédigé par le Conseil d'État⁶⁰. Pour être admis auditeur de première classe, il faut également passer un concours dans les formes fixées sous la Deuxième République par le règlement du 9 mai 1849⁶¹, expressément remis en vigueur par la loi de 1872⁶². Seuls les auditeurs de seconde classe peuvent candidater à ce concours⁶³. Une fois admis, les auditeurs sont nommés par le chef de l'État comme cela a toujours été le cas, même lorsqu'il n'existait aucun concours. Les auditeurs de seconde classe ne sont que des stagiaires⁶⁴, conformément à une règle constante sous tous les régimes depuis l'ordonnance du 26 août 1824, et qui valait d'ailleurs pour tous les auditeurs, quelle que soit leur classe⁶⁵. La durée maximale de leur stage est fixée à quatre

53 À l'origine, en vertu de l'article 1^{er} de l'arrêté du 19 germinal an XI (9 avril 1803), le nombre d'auditeurs est limité à seize. *Bull. des lois*, 3^e série, t. 8, p. 113. Mais rapidement sous l'Empire, l'auditorat devient pléthorique. En dernier lieu, le nombre d'auditeurs en service ordinaire est fixé à trois cent cinquante par l'article 1^{er} du décret du 7 avril 1811 relatif à la classification des auditeurs près le Conseil d'État. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 14, p. 325. Sous la monarchie de Juillet, leur nombre est fixé à quatre-vingts par l'article 4 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 puis à quarante-huit par l'article 4 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 444 ; t. 31, p. 190. Sous le Second Empire, leur nombre est tout d'abord fixé à quarante par l'article 2 du décret organique du 25 mars 1852 avant d'être à nouveau rapidement élevé à quatre-vingts par l'article 2 du décret du 25 novembre 1853 concernant les maîtres des requêtes et les auditeurs au Conseil d'État. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 218, 11^e série, t. 2, p. 987.

54 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

55 Article 16 de l'ordonnance du 26 août 1824. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 152.

56 Article 6 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

57 Article 19 du décret du 7 avril 1811. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 14, p. 327.

58 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

59 Article 20 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 204.

60 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

61 Arrêté du 9 mai 1849 qui promulgue le règlement d'administration publique sur le concours pour la nomination des auditeurs au Conseil d'État. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 438-443.

62 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

63 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

64 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

65 L'article 23 de l'ordonnance du 26 août 1824 précise bien que « le temps pendant lequel les auditeurs sont attachés au Conseil d'État est un temps d'épreuve et de stage ». *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 152.

ans⁶⁶, comme sous la Deuxième République⁶⁷, alors qu'elle était de cinq ou six ans sous les autres régimes⁶⁸. En revanche, pour la première fois, les auditeurs de première classe sont des fonctionnaires dont la durée des fonctions n'est pas limitée⁶⁹. Les auditeurs de seconde et de première classe peuvent être révoqués dans les mêmes conditions de protection que les maîtres des requêtes⁷⁰, comme sous la Deuxième République une fois de plus⁷¹, sachant que depuis leur création, les auditeurs ont toujours été susceptibles d'être révoqués par le chef de l'État.

À côté du service ordinaire existe un service extraordinaire réduit à quinze conseillers d'État⁷². Le service extraordinaire est créé par un arrêté du 7 fructidor an VIII (25 août 1800) au début du Consulat⁷³, puis a toujours existé ensuite, sauf sous la Deuxième République⁷⁴. Sous le Consulat et l'Empire, le service extraordinaire est purement honorifique. Sous la Restauration et la monarchie de Juillet, au-delà des membres en service extraordinaire honorifique, un nombre variable de conseillers d'État et de maîtres des requêtes en service extraordinaire sont autorisés à participer aux travaux du Conseil⁷⁵. Sous le Second Empire, seul un petit nombre de conseillers d'État en service extraordinaire (vingt au maximum) peuvent participer aux travaux du Conseil d'État⁷⁶. C'est dans cette logique que s'inscrivent les conseillers d'État en service extraordinaire de la loi de 1872 qui ont voix délibérative à l'Assemblée générale et dans les sections

66 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

67 Article 22 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 204.

68 Sous la Restauration et la monarchie de Juillet, la durée maximale du stage des auditeurs est de six ans. Article 23 de l'ordonnance du 26 août 1824, article 12 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, article 7 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 152; 9^e série, t. 19, p. 445; t. 31, p. 190. Sous le Second Empire, la durée maximale est de cinq ans. Article 2 du décret du 7 septembre 1863. *Bull. des lois*, 11^e série, t. 22, p. 279.

69 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

70 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 507.

71 Article 21 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 204.

72 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505. L'article 7 de la loi de 1872 ajoute qu'il n'y a plus ni maître des requêtes ni auditeur en service extraordinaire. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

73 L'article 1^{er} de l'arrêté du 7 fructidor an VIII (25 août 1800) crée les conseillers d'État en service extraordinaire. Duvergier (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État, à partir de 1788*, Paris, Guyot et Scribe puis Sirey, éditée à partir de 1834, t. 12, p. 293. Les articles 5 et 11 du décret du 11 juin 1806 créent les maîtres des requêtes et les auditeurs en service extraordinaire. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 5, p. 198-199.

74 Le service extraordinaire est supprimé par un décret du gouvernement provisoire du 18 avril 1848. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 1^{er}, p. 276. La loi organique du 3 mars 1849 maintient la suppression du service extraordinaire en ne l'évoquant pas.

75 Article 25 de l'ordonnance du 26 août 1824, articles 8 à 10 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et articles 9, 10 et 28 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 19, p. 153; 9^e série, t. 19, p. 444; t. 31, p. 191 et 195.

76 Articles 2 et 9 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 218-219.

administratives où ils sont affectés⁷⁷. En revanche, dans une logique d'impartialité, ils sont exclus du contentieux⁷⁸, conformément à une règle posée dès le début de la monarchie de Juillet par l'ordonnance du 20 août 1830⁷⁹, et constante par la suite. Les conseillers d'État en service extraordinaire sont nommés par le chef de l'État, comme cela a toujours été la règle⁸⁰. Ils sont obligatoirement des administrateurs actifs et ils perdent leur titre dès qu'ils quittent l'administration active⁸¹, cette exigence ayant été très variable sous les régimes précédents⁸².

Enfin, il y a au sein du Conseil d'État un secrétaire général⁸³ dont la fonction est créée dès l'origine du Conseil d'État par l'arrêté du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799)⁸⁴, et qui a toujours existé ensuite. Le secrétaire général a le rang et le titre de maître des requêtes⁸⁵, conformément à une règle fixée sous la monarchie de Juillet par l'ordonnance du 18 septembre 1839⁸⁶, puis reprise sous le Second Empire⁸⁷. Le secrétaire général est nommé et révoqué dans les mêmes conditions que les maîtres des requêtes en service ordinaire⁸⁸, comme sous la Deuxième République⁸⁹, sachant que plus généralement, le secrétaire général a toujours été nommé et révoqué par le chef de l'État.

La loi du 24 mai 1872 est donc bien le miroir de l'histoire du Conseil d'État s'agissant de sa composition. Il en est de même en ce qui concerne le rôle du Conseil d'État comme juge suprême du contentieux administratif.

77 Article 11 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509.

78 Article 10 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

79 Article 11 de l'ordonnance du roi du 20 août 1830 relative à la réorganisation provisoire du Conseil d'État. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 1^{er}, partie 2, p. 57.

80 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

81 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

82 Sur ce point, la situation du service extraordinaire a trop évolué pour être exposée ici.

83 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

84 Article 13 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799). *Bull. des lois*, 2^e série, t. 9, p. 12.

85 Article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 505.

86 Sous la Restauration déjà, Prosper Hochet, secrétaire général du Conseil d'État depuis 1819, reçoit à titre personnel le rang et le titre de maître des requêtes en 1821, qu'il conserve jusqu'à son admission à la retraite en 1839. Puis la règle est généralisée de manière impersonnelle sous la monarchie de Juillet par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et l'article 2 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 443 ; t. 31, p. 189.

87 Article 2 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 218.

88 Article 5 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 506.

89 Article 24 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 204.

Le Conseil d'État, juge suprême du contentieux administratif

Selon le célèbre article 9 de la loi du 24 mai 1872, « *le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formés contre les actes des diverses autorités administratives* »⁹⁰. D'après cet article, de manière implicite et sans que cela soit clairement formulé par la loi de 1872, le Conseil d'État conserve la plupart des attributions contentieuses dont il disposait auparavant. Comme depuis son origine et invariablement, le Conseil d'État reste un juge en premier et dernier ressort, un juge d'appel en dernier ressort et le juge de cassation de l'ordre administratif⁹¹.

En revanche, le Conseil d'État perd définitivement son pouvoir de trancher les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire confié au Tribunal des conflits rétabli par la loi du 24 mai 1872⁹², comme il l'avait déjà perdu sous la Deuxième République au profit du premier Tribunal des conflits créé par la Constitution du 4 novembre 1848⁹³. D'ailleurs, la loi de 1872 rétablit le Tribunal des conflits dans sa composition et ses attributions sur quasiment le même modèle que celui établi par la Constitution du 4 novembre 1848 et la loi organique du 3 mars 1849⁹⁴. De plus, le règlement du 28 octobre 1849 et la loi du 4 février 1850 sur le Tribunal des conflits sont expressément remis en vigueur par la loi du 24 mai 1872⁹⁵, preuve une fois de plus de son ancrage historique.

S'agissant de la procédure contentieuse devant le Conseil d'État⁹⁶, les règles d'introduction et d'instruction des affaires contentieuses demeurent celles du décret du 22 juillet 1806, constamment resté en vigueur sous le Premier Empire, la Restauration, la monarchie de Juillet, la Deuxième République et le Second Empire, et expressément maintenu par la loi du 24 mai 1872⁹⁷. D'ailleurs, plus largement, la loi de 1872 dispose que « *les lois et règlements relatifs à l'instruction et*

90 *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

91 Voir notre étude Bouvet (Marc), « La procédure contentieuse devant le Conseil d'État au XIX^e siècle », dans Hautebert (Joël) et Soleil (Sylvain) (dir.), *La Procédure et la construction de l'État en Europe (XVI^e-XIX^e siècle)*, Rennes, PUR, 2011, p. 743-799.

92 Article 25 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 511.

93 Article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 2, p. 599.

94 Articles 25 à 28 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 511. Article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848 et article 64 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 2, p. 599 ; t. 3, p. 209. Voir Bouvet (Marc), « Le Tribunal des conflits », dans Seiller (Bertrand) (dir.), *La Constitution administrative de la France*, actes du colloque de l'université-Paris-II des 28-30 septembre 2011, Paris, Dalloz, 2012, p. 49-64.

95 Article 27 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 511.

96 Sur tous les développements qui vont suivre, voir Bouvet (Marc), « La procédure contentieuse devant le Conseil d'État au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 743-799.

97 Article 24 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510.

au jugement des affaires contentieuses continueront à être observés»⁹⁸, ce qui illustre encore en quoi la loi de 1872 est bien un miroir de l'histoire du Conseil d'État.

Au sein du Conseil d'État, un organe spécial, la section du Contentieux, est chargée de diriger l'instruction écrite et de préparer le rapport de toutes les affaires contentieuses soumises au Conseil d'État⁹⁹, conformément à une tradition née sous le Premier Empire avec le décret du 11 juin 1806 instituant la commission du Contentieux¹⁰⁰, et constante sous tous les régimes suivants¹⁰¹. La section du Contentieux est présidée par le vice-président du Conseil d'État¹⁰², exactement comme sous la monarchie de Juillet¹⁰³. Dans un souci d'impartialité, la section du Contentieux n'est composée que de membres en service ordinaire¹⁰⁴, selon une règle née là encore sous la monarchie de Juillet¹⁰⁵, et qui a toujours été conservée sous les régimes suivants¹⁰⁶. En principe, la section du contentieux n'est qu'un organe d'instruction, conformément à une tradition constante depuis

98 Article 24 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510.

99 Article 15 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509.

100 Articles 24 et 25 du décret du 11 juin 1806. *Bull. des lois*, 4^e série, t. 5, p. 201.

101 Sous la Première Restauration, cet organe spécial est le comité Contentieux. Article 9 de l'ordonnance du 29 juin 1814. *Bull. des lois*, 5^e série, t. 1^{er}, p. 262. Sous la Seconde Restauration, il s'agit successivement du comité du Contentieux selon l'article 13 de l'ordonnance du 23 août 1815, puis du comité de la Justice et du Contentieux selon l'article 11 de l'ordonnance du 5 novembre 1828. *Bull. des lois*, 7^e série, t. 1^{er}, p. 159-160; 8^e série, t. 9, p. 620. Sous la monarchie de Juillet, cet organe devient le comité de Législation et de Justice administrative en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 12 août 1830, confirmé par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 février 1831. Puis cet organe retrouve son nom de comité du Contentieux en vertu des articles 26 et 27 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, confirmé par les articles 18 et 19 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 1^{er}, partie 2, p. 14; t. 2, p. 131; t. 19, p. 448; t. 31, p. 193. Sous la Deuxième République, cet organe spécial prend définitivement le nom de section du Contentieux qu'il conserve ensuite sous le Second Empire. Article 36 de la loi organique du 3 mars 1849 et article 17 du décret organique du 25 mars 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206; t. 9, p. 220. On peut souligner que la loi de 1872 reproduit les mots employés par les textes de la monarchie de Juillet et du Second Empire sur le rôle de la section du Contentieux.

102 Article 10 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

103 Article 26 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, confirmé par l'article 18 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448; t. 31, p. 193.

104 Article 10 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

105 La règle selon laquelle le comité du Contentieux est composé exclusivement de membres en service ordinaire est apparue de manière coutumière dès le début de la monarchie de Juillet en 1831, puis est consacrée par l'article 26 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 18 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448; t. 31, p. 193.

106 Sous la Deuxième République, la section du Contentieux n'est par définition composée que de membres en service ordinaire dans la mesure où le service extraordinaire n'existe plus et que les ministres en sont exclus. La règle née sous la monarchie de Juillet est à nouveau consacrée sous le Second Empire par l'article 17 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 220.

le décret du 11 juin 1806, sauf sous la Deuxième République¹⁰⁷. Cependant, à titre d'exception, la section, en plus d'instruire, juge les affaires dans lesquelles il n'y a pas de constitution d'avocat¹⁰⁸, pour expédier plus rapidement le petit contentieux, exactement comme cela était déjà prévu sous le Second Empire¹⁰⁹.

Sous réserve des affaires jugées par la section du Contentieux, l'organe de jugement est en principe la formation appelée communément « l'Assemblée du Contentieux »¹¹⁰, créée au début de la monarchie de Juillet en 1831¹¹¹. L'Assemblée du Contentieux est présidée par le vice-président du Conseil d'État, et est en outre composée des membres de la section du Contentieux auxquels sont adjoints deux conseillers d'État en service ordinaire de chacune des autres sections administratives¹¹², conformément à une configuration déjà inaugurée sous le Second Empire par le décret organique du 25 janvier 1852¹¹³.

La procédure de jugement devant l'Assemblée du Contentieux obéit aux règles fondamentales déjà posées au début de la monarchie de Juillet par les ordonnances du 2 février 1831 et du 12 mars 1831, et maintenues sous la Deuxième République et le Second Empire. Avant de délibérer, l'Assemblée du Contentieux tient une audience publique¹¹⁴, qui se déroule en trois temps : le

107 Sous la Deuxième République, il n'existe au sein du Conseil d'État qu'un seul organe s'occupant du contentieux, la section du Contentieux, qui est chargée à la fois de l'instruction et du jugement de toutes les affaires contentieuses. Article 36 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206.

108 Article 19 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510.

109 Article 21 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 221.

110 Article 17 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509.

111 Depuis l'origine du Conseil d'État en 1799, sous le Consulat, l'Empire et la Restauration, l'organe de jugement est l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État. Dans un souci d'impartialité, l'organe de jugement devient, dès le début de la monarchie de Juillet, l'Assemblée générale du Contentieux créée par la combinaison de l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1831 et de l'article 4 de l'ordonnance du 12 mars 1831. L'Assemblée générale du Contentieux n'est composée que de tous les membres en service ordinaire, sous la présidence du garde des Sceaux. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 131 et 234. Cette composition est confirmée par l'article 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 21 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 194. Pour davantage de précisions, voir Bouvet (Marc), *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, op. cit., p. 342-343.

112 Article 17 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509.

113 Article 19 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 9, p. 220.

114 Article 17 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509. Le principe de l'audience publique est instauré pour la première fois au début de la monarchie de Juillet par l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1831, puis consacré par l'article 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 21 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 131 ; t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 194. Ce principe est encore consacré sous la Deuxième République et le Second Empire par l'article 37 de la loi organique du 3 mars 1849 et par l'article 19 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 220.

rapporteur de la section du Contentieux lit son rapport¹¹⁵, ensuite les avocats des parties peuvent présenter des observations orales¹¹⁶, enfin le commissaire du gouvernement donne ses conclusions, étant précisé que ces commissaires ont été créés par l'ordonnance du 12 mars 1831, appelés au départ les commissaires du roi, et ont pris définitivement le nom de commissaires du gouvernement au lendemain de la Révolution de 1848¹¹⁷. Les commissaires du gouvernement sont nommés par le chef de l'État et sont au nombre invariable de trois depuis l'ordonnance du 12 mars 1831¹¹⁸.

Le délibéré de l'Assemblée du Contentieux est encadré par des règles de bonne justice. Notamment, dans un souci d'impartialité, les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les décisions qui ont été préparées par les sections auxquelles ils appartiennent, s'ils ont pris part

115 Article 17 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509. Le principe de la lecture publique du rapport à l'audience publique est instauré pour la première fois au début de la monarchie de Juillet par l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1831, puis consacré par les articles 27 et 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 21 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 131 ; t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 194. Ce principe est encore consacré sous la Deuxième République et le Second Empire par l'article 37 de la loi organique du 3 mars 1849 et par l'article 19 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 220.

116 Article 18 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510. Le droit pour les avocats des parties de présenter des observations orales à l'audience publique est instauré pour la première fois au début de la monarchie de Juillet par l'article 3 de l'ordonnance du 2 février 1831, puis consacré par l'article 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 et par l'article 21 de la loi du 19 juillet 1845. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 131 ; t. 19, p. 449 ; t. 31, p. 194. Ce principe est encore consacré sous la Deuxième République et le Second Empire par l'article 37 de la loi organique du 3 mars 1849 et par l'article 20 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 221.

117 Articles 16 et 18 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509-510. L'institution des commissaires du gouvernement et le droit de donner par l'un d'entre eux ses conclusions dans chaque affaire à l'audience publique sont instaurés pour la première fois au début de la monarchie de Juillet par l'article 2 de l'ordonnance du 12 mars 1831, puis consacrés par les articles 28 et 29 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, par les articles 20 et 21 de la loi du 19 juillet 1845, par les articles 36 et 37 de la loi organique du 3 mars 1849 et par les articles 18 et 20 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 234 ; t. 19, p. 448-449 ; t. 31, p. 194 ; 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 220-221.

118 Article 16 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 509. Auparavant, article 2 de l'ordonnance du 12 mars 1831, article 28 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, article 20 de la loi du 19 juillet 1845, article 36 de la loi organique du 3 mars 1849 et article 18 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 234 ; t. 19, p. 448 ; t. 31, p. 194 ; 10^e série, t. 3, p. 206 ; t. 9, p. 220. Sur l'histoire des commissaires du gouvernement, voir BOUVET (Marc), « Les commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'État statuant au contentieux entre 1831 et 1872 », dans Bigot (Grégoire) et Bouvet (Marc), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, coll. « Colloques et débats », 2006, p. 129-181.

aux délibérations¹¹⁹, conformément à un principe déjà posé par l'ordonnance du 12 mars 1831 et constant par la suite¹²⁰.

Enfin, après le délibéré, les décisions de la section du Contentieux et de l'Assemblée du Contentieux sont souveraines dans la logique du passage de la justice retenue à la justice déléguée¹²¹, ce qui est cocasse de la part d'une Assemblée nationale majoritairement monarchiste. Cette réforme est considérée par beaucoup comme fondamentale. En fait, elle peut être relativisée. Tout d'abord, le Conseil d'État a déjà bénéficié de la justice déléguée sous la Deuxième République en vertu de la loi organique du 3 mars 1849¹²². Surtout, depuis le début de la Restauration en 1814, la justice retenue est une pure fiction¹²³. Louis XVIII, Charles X, Louis-Philippe et Napoléon III ont toujours signé les projets d'arrêt du Conseil d'État sans même jamais les lire¹²⁴. Cette fiction est d'ailleurs soulignée lors des travaux préparatoires de la loi de 1872. Barbie, le 29 janvier 1872, emploie lui-même le terme « fiction » pour qualifier la justice retenue telle qu'elle existait avant 1872¹²⁵. Le passage à la justice déléguée n'a ému quasiment personne en 1872 car ce n'est pas une réelle innovation, c'est un principe qui s'inscrit simplement dans l'histoire du Conseil d'État antérieure à la Troisième République, illustrant là encore que la loi du 24 mai 1872 est bien un miroir de l'histoire du Conseil d'État.

119 Article 20 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 510.

120 Article 3 de l'ordonnance du 12 mars 1831, article 33 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, article 20 de la loi du 19 juillet 1845 et article 22 du décret organique du 25 janvier 1852. *Bull. des lois*, 9^e série, t. 2, p. 234 ; t. 19, p. 449 ; t. 31, p. 194 ; 10^e série, t. 9, p. 221.

121 Article 9 de la loi du 24 mai 1872. *Bull. des lois*, 12^e série, t. 4, p. 508.

122 Article 36 de la loi organique du 3 mars 1849. *Bull. des lois*, 10^e série, t. 3, p. 206.

123 Sous le Consulat et l'Empire, la justice retenue est déjà largement une fiction. Voir BOUVET (Marc), « Le Conseil d'État napoléonien, juge administratif suprême sous le Consulat et l'Empire », dans LENTZ (Thierry) (dir.), *Napoléon et le droit*, Paris, CNRS, 2017, p. 138-139.

124 Voir BOUVET (Marc), « La procédure contentieuse devant le Conseil d'État au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 743-799. Sous la monarchie de Juillet, en 1845, alors que s'agit à la Chambre des députés le débat entre les partisans de la justice retenue et ceux de la justice déléguée, Vivien, conseiller d'État en service ordinaire vice-président du comité de Législation du Conseil d'État et député, affirme en connaissance de cause que la justice retenue n'a jamais été exercée. Chambre des députés, séance du 28 février 1845. *Moniteur universel* du 1^{er} mars 1845, p. 468.

125 Assemblée nationale, séance du 29 janvier 1872. *Journal officiel* du 19 février 1872, p. 1197.

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

Rémy SCHWARTZ

À la question : « Êtes-vous indépendant et impartial dans l'exercice de vos fonctions », un membre du Conseil d'État affecté à la section du Contentieux et plus largement de la juridiction administrative n'hésitera pas un instant à répondre par l'affirmative. Il n'aura à vrai dire aucun doute. Mais encore faut-il que ce sentiment soit partagé subjectivement par les usagers de la justice administrative.

Nous n'avons pas à cet égard de sondage. Je constate simplement que ces usagers n'hésitent pas à saisir la justice administrative, comme en témoigne, entre autres, l'explosion du nombre de demandes aux juges administratifs, dont les référés, au cours des dernières décennies.

Usagers des services publics, associations de défense de l'environnement ou simples particuliers témoignent chaque jour de leur confiance dans la justice administrative française. Les décisions peuvent être contestées par les uns, ce qui est tout à fait normal en démocratie. Mais je constate à travers les écrits des requérants dans leur totale diversité, les échanges avec les avocats aux conseils mais aussi aux barreaux qui sont présents aux audiences de référé, une confiance dans le juge auquel ils font appel. Un président-adjoint de la section du Contentieux voit passer chaque année des centaines d'affaires. J'ai toujours perçu une réelle confiance des usagers dans le juge, dans sa capacité à rendre une justice en toute indépendance et impartialité.

Qu'entendons-nous par « indépendance » et « impartialité » ?

Être un juge indépendant et impartial suppose de pouvoir statuer à l'abri des pressions et influences politiques ou partisans, en toute neutralité vis-à-vis des intérêts qui s'affrontent.

Être un juge indépendant, libre de ces influences, permet de statuer de façon impartiale. Mais les deux notions ne se recoupent pas totalement. L'indépendance ne suffit pas car le juge doit, aujourd'hui plus qu'hier, donner les garanties objectives ET subjectives de statuer en toute impartialité.

Les conditions de l'indépendance du Conseil d'État et plus largement de la juridiction administrative sont depuis longtemps réunies

Être une juridiction indépendante implique que ses membres disposent de garanties de nomination et de déroulement de carrière qui les préservent des influences.

La loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État a posé l'ossature de cette indépendance structurelle du Conseil, organisée autour des trois grades historiques : auditeur, maître des requêtes et conseiller d'État. Elle prévoyait un Conseil d'État présidé par le garde des Sceaux, un vice-président nommé par décret du Président de la République parmi les conseillers d'État en service ordinaire, l'élection par l'Assemblée nationale des conseillers d'État en service ordinaire, les conseillers d'État en service extraordinaire, appartenant à l'administration d'active, étant nommés par décret du Président de la République. Les maîtres des requêtes étaient nommés sur présentation du vice-président du Conseil d'État et des présidents de section, préfiguration de l'actuel bureau du Conseil d'État (organe d'« autogestion » de cette institution singulière), un tiers au moins des places étant réservé aux auditeurs de 1^{re} classe. Quant aux auditeurs de 1^{re} et 2^e classe, ils étaient nommés sur concours.

L'élection par l'Assemblée nationale des conseillers d'État a disparu mais nous voyons formée l'ossature de ce qu'est le Conseil d'État : le concours comme base pour l'entrée et le choix des pairs au vu des mérites pour le déroulement de carrière.

La loi du 1^{er} mars 1923 modifiant l'organisation du Conseil d'État a réservé aux maîtres des requêtes les deux tiers des emplois vacants de conseiller d'État. La loi de finances du 8 avril 2010 a quant à elle réservé les trois quarts des emplois de maître des requêtes aux auditeurs de 1^{re} classe.

L'ordonnance du 31 juillet 1945 s'est inscrite dans cette architecture : les deux tiers au moins des emplois vacants des conseillers d'État étaient réservés aux maîtres des requêtes sur la base de listes établies par le vice-président délibérant avec les présidents de section et les trois quarts au moins des emplois vacants de maître des requêtes étant réservés aux auditeurs de 1^{re} classe, anciens auditeurs de 2^e classe qui seront tous issus de l'ENA. Le décret du 30 juillet 1963 relatif au statut des membres du Conseil d'État a conforté cette structuration

La loi du 24 mai 1872 a posé le socle de l'organisation du Conseil d'État : des tours extérieurs qui viennent s'intégrer dans un corps central composé de membres issus de la méritocratie du concours. Ses membres ont la garantie que le déroulement de leur carrière dépendra de l'appréciation de leurs mérites par l'institution. C'est la garantie essentielle de l'indépendance de la juridiction, une des missions essentielles du Conseil d'État.

Par ses décisions n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016 relative aux statuts des magistrats judiciaires et n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 relatif aux magistrats administratifs, le Conseil constitutionnel a jugé que les principes d'indépendance

et d'impartialité des juridictions supposent que leurs fonctions juridictionnelles soient en principe exercées par « *des personnes qui entendent y consacrer leur vie professionnelle* » et, si des personnes peuvent venir exercer temporairement des fonctions juridictionnelles, c'est à condition de bénéficier de garanties appropriées et des mêmes droits et garanties que les magistrats. Nos exigences constitutionnelles excluent ainsi qu'une juridiction puisse reposer sur des emplois fonctionnels. Son indépendance ne serait pas assurée, la suite de la carrière de ses membres pouvant alors dépendre du bon vouloir de l'exécutif. Elle doit reposer sur un corps central composé de membres « *qui entendent y consacrer leur vie professionnelle* », tout en accomplissant des mobilités dans l'administration.

Le Conseil d'État, depuis la loi du 24 mai 1872, est structuré autour d'un tel corps central. Les membres du Conseil d'État usuellement exercent des fonctions administratives en mobilité puis reviennent dans leur « maison ».

La dernière réforme issue de l'ordonnance du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État a complexifié un peu le schéma organisationnel du Conseil d'État mais a préservé sa structuration.

Le concours est la voie *indirecte* majeure d'accès au Conseil d'État.

Chaque année des auditeurs sont choisis parmi les administrateurs de l'État ou corps et cadres d'emplois comparables, ayant au moins deux ans de service public effectifs en cette qualité. Ce sont donc de jeunes cadres supérieurs des fonctions publiques issus des concours. Ils sont nommés directement par le vice-président après avis d'un comité consultatif composé de quatre membres, dont deux du Conseil d'État. Ces auditeurs sont d'abord nommés sur un emploi fonctionnel pour trois ans puis intégrés en qualité de maître des requêtes sur proposition d'une commission d'intégration composée de trois membres du Conseil d'État, dont le vice-président, et de trois personnalités qualifiées. Il n'y a aucune raison que ces auditeurs ne soient pas intégrés, sauf s'ils décidaient de quitter le Conseil. Historiquement, un auditeur n'a jamais, en droit, été assuré d'être nommé maître des requêtes. Or, il n'y a jamais eu d'auditeurs non nommés maître des requêtes. Je ne vois pas la commission d'intégration changer le cours de cette histoire.

Les maîtres des requêtes sont nommés au moins pour moitié parmi les auditeurs.

Ils sont issus également du corps des magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel puisque chaque année deux d'entre eux sont nommés maîtres des requêtes sur proposition du vice-président délibérant avec les présidents de sections (le bureau) et avis du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (CSTA). Ils ont été recrutés dans le corps des magistrats administratifs par concours, ont exercé des fonctions juridictionnelles et administratives en mobilité. Ils sont choisis au vu de leurs mérites évalués par leurs pairs.

À cela s'ajoutent les cadres supérieurs des fonctions publiques et magistrats qui candidatent pour exercer les fonctions de maître des requêtes en service extraordinaire pendant quatre ans. Ils sont choisis par le bureau du Conseil d'État après sélection par une commission interne de trois membres, présidée



actuellement par un président adjoint de la section du Contentieux. Et au terme de leur mobilité, l'un d'entre eux peut être intégré, désormais sur proposition de la commission d'intégration, après audition. Il est certain que leur manière de servir appréciée par les pairs, c'est-à-dire les membres du Conseil d'État, sera décisive.

C'est le vice-président qui détermine chaque année le nombre de recrutement au grade de maître des requêtes.

Il n'y a plus désormais de tour extérieur de maîtres des requêtes au choix discrétionnaire du président de la République. Cette fin des nominations au tour extérieur discrétionnaire au grade de maître des requêtes est passée inaperçue, alors que c'est un point important de la réforme.

Tous les auditeurs et maîtres des requêtes sont ainsi indirectement issus des concours de la fonction publique et choisis au vu de leur mérite, l'institution ayant une place déterminante dans leur recrutement.

Puis vient le grade de conseiller d'État, les nominations étant réservées dans la proportion de quatre sur cinq aux maîtres des requêtes. Pour chaque période de deux ans, un membre du corps des magistrats administratifs ayant atteint le grade de président est nommé sur proposition du bureau et avis du CSTA. C'est l'excellence d'une carrière au sein du corps des conseillers de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel qui conduit à cette intégration. Chaque année désormais, une personne particulièrement qualifiée sera nommée conseiller d'État sur proposition du vice-président et avis de la commission d'intégration. Et les nominations des conseillers d'État au tour extérieur « discrétionnaire » sont désormais prononcées après avis de la commission d'intégration.

À ces règles statutaires qui garantissent l'accès au Conseil d'État des membres issus indirectement des concours des fonctions publiques, choisis très largement par leurs pairs au vu de leur excellence, s'ajoute la culture de l'institution façonnée au fil des décennies qui ont suivi la loi du 24 mai 1872. Tout nouveau membre du Conseil d'État, quels que soient ses origines et son parcours, est accueilli par ses pairs qui lui transmettent l'ADN de l'institution : sa culture de l'indépendance au service de l'intérêt général et des libertés publiques. Et le mode collégial de fonctionnement de l'institution permet à tous de s'affranchir de ses subjectivités.

Un déroulement de carrière, garantie de l'indépendance

L'auditeur devient et continuera à devenir maître des requêtes puis conseiller d'État.

Toute sa carrière dépendra de l'évaluation de ses mérites par ses pairs. La troïka, qui regroupe le président de la section du Contentieux et ses adjoints, choisit ceux qui deviendront responsables du centre de documentation, rapporteurs publics et assesseurs, ni le bureau ni le vice-président n'interférant avec ces choix. Le vice-président et le bureau accueillent les propositions que le président de la section du Contentieux a retenues en troïka pour les nominations aux fonctions de président de chambre. Les noms retenus pour l'exercice de toutes ces fonctions

font le plus souvent l'objet d'un consensus, d'une évidence. Chacun est évalué par ses pairs et il ne doit sa carrière qu'à ses mérites évalués collectivement.

De même, l'usage veut que, pour les postes de président de section, le bureau, après débats au cours desquels sont évalués les mérites et aptitudes des candidats potentiels, propose au président de la République trois noms. Et la tradition républicaine fait que le président de la République retient en principe le premier de la liste qui lui est proposée, et à, tout le moins, l'un des trois noms proposés. Et l'usage conduit aussi le bureau à ne proposer qu'un seul nom pour les fonctions de président de la section du Contentieux. La section du Contentieux a ainsi toujours à sa tête un de ses membres choisis par l'institution.

Une inamovibilité de droit et de fait, une progression de carrière garantie à l'abri de toute pression extérieure, l'accès aux postes à responsabilités assuré au vu des mérites et des aptitudes évalués par les pairs, telles sont les réalités de l'indépendance dont jouissent les membres du Conseil d'État.

Une impartialité revisitée

Pendant longtemps, les membres du Conseil d'État ont estimé que leur indépendance, associée à l'usage du déport en cas « d'intérêt » dans un litige, suffisait pour garantir l'impartialité de l'institution.

Mais l'arrêt *Kress c/France* du 7 juin 2001 de la Cour européenne des droits de l'homme a montré les exigences des apparences. Le procès équitable ne permettait plus au commissaire du gouvernement de participer au délibéré, ce qu'il ne faisait d'ailleurs pas, mais lui permettait d'y assister. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme nous a montré l'importance « des apparences ».

Il en a résulté la nécessité d'être plus vigilants. Désormais, nous sommes même d'une extrême vigilance. Il ne suffit plus d'avoir le sentiment d'être impartial. Il faut aussi veiller à ce que les usagers aient le sentiment que leur juge, sur un litige donné, est impartial. Tout membre du Conseil qui a participé à une formation consultative ayant émis un avis sur un texte, doit impérativement se déporter au contentieux si la légalité de ce texte est contestée, pratique confortée et explicitée par un décret du 6 mars 2008. Tout collègue qui revient d'un cabinet ministériel doit pendant plusieurs années ne pas siéger au contentieux dans les litiges en lien apparent, aussi minime soit-il, avec ses anciennes fonctions.

Le nom de « commissaire du gouvernement » auprès de la section du Contentieux, qui pouvait prêter à confusion dans l'opinion publique, a été changé en « rapporteur public ». La composition de l'Assemblée du contentieux a été changée, les membres de la section du Contentieux y devenant majoritaires. Et le code de justice administrative s'est enrichi de longues dispositions sur les déclarations d'intérêts et la déontologie.

Lorsque je suis entrée au Conseil d'État, il y a 35 ans révolus, la perception que nous donnions à l'usager n'était absolument pas une préoccupation. Nous étions indépendants et cela suffisait pour nous sentir totalement impartiaux.

Aujourd'hui, tout nouveau membre du Conseil d'État sait que son indépendance est la garantie de son impartialité mais il sait aussi que cela ne suffit pas. Il lui revient d'être extrêmement vigilant pour que cette indépendance ne puisse donner l'apparence de ne pas être pleine et entière.

Je ne connais pas la perception qu'avaient les usagers du Conseil d'État à la fin du XIX^e siècle. Mais, comme je l'ai indiqué, je vois au quotidien des usagers qui ont confiance dans la justice administrative, en son indépendance et son impartialité. C'est sans doute la plus belle postérité de la loi du 24 mai 1872.

Un mythe fondateur : la loi du 24 mai 1872, pilier de la justice administrative

Anissa HACHEMI

En mai 2022, l'*AJDA* publiait un dossier – « La justice déléguée a 150 ans »¹ –, dont le titre est à plusieurs égards remarquable.

D’abord, ce n’est pas à strictement parler l’anniversaire de la loi du 24 mai 1872 qui est célébré, mais celui de la justice déléguée. En 1972, dans un article commémorant – aux *Études et documents* – le centenaire de la loi, Roland Drago relevait déjà que seuls trois articles relatifs aux conflits et au tribunal du même nom subsistaient du texte d’origine². Aujourd’hui, le titre et le contenu de la loi du 24 mai 1872 ont changé, compliquant davantage encore la célébration. Il ne s’agit plus de la *loi portant réorganisation du Conseil d’État*³, mais de la *loi relative au Tribunal des conflits* dont les dispositions sont issues de la loi du 16 février 2015⁴. Si la loi de 1872 a toujours été une poupée russe, sa physiologie est désormais curieuse. Au début de la III^e République, elle contenait plusieurs dispositions empruntées aux législations passées, notamment aux lois de 1845 et de 1849⁵. Aujourd’hui, elle ne contient plus que des dispositions bien postérieures à son adoption. Non dépourvue de tout enjeu symbolique, cette « *nidification législative* »⁶ aboutit à la disparition de la présidence du Tribunal des conflits par le ministre de la Justice alors que la loi est toujours formellement datée de 1872⁷.

Cette distorsion temporelle n’a pas entamé – ensuite – le consensus existant sur l’apport fondamental de la loi. En effet, c’est bien la reconnaissance de la justice déléguée que l’on retient habituellement de ce texte. Ce souvenir a toutefois été

1 COLLECTIF, « La justice déléguée a 150 ans », *AJDA*, n° 18, 2022, p. 1015 et s.

2 DRAGO (Roland), « La loi du 24 mai 1872 », *EDCE*, 1972, p. 13.

3 Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d’État, *JO*, 31 mai 1872, p. 3625 et s.

4 Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

5 À ce sujet, voir la contribution à ce colloque de Marc Bouvet : « La loi de 1872, miroir de l’histoire du Conseil d’État ».

6 GONOD (Pascale), « La nouvelle vie de la loi du 24 mai 1872. Codification et “nidification” législative », *Le Service public. Liber Amicorum en l’honneur de Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, p. 239-245.

7 *Ibid.*, p. 244.

consciencieusement et sagement entretenu. Aux *Études et documents*, Roland Drago débute son propos en remarquant que :

« l'ordonnance du 31 juillet 1945, la réforme de 1953, la "crise" de 1962-1963 ont quelque peu oblitéré pour les jeunes générations, le souvenir de la loi du 24 mai 1872. Il semble donc souhaitable de célébrer le centenaire d'un texte qui, en instituant la "justice déléguée", a fait du Conseil d'État une véritable juridiction⁸ ».

Car, enfin, c'est bien la justice déléguée du Conseil d'État – et du Conseil d'État seulement – qui a cent-cinquante ans. Jusqu'à la loi du 24 mai 1872 – et exception faite de la 1^{re} République –, ce dernier exerçait une justice retenue. Mais avant même l'adoption de ce texte, la justice administrative était par ailleurs largement déléguée. Les conseils de préfecture, depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, étaient juges d'attribution en première instance. Les ministres, depuis la fin du Premier Empire, étaient réputés juges de droit commun en première instance du contentieux administratif. Mais bien que déléguée, cette justice n'était pas moins vertement critiquée.

Qualifier la loi du 24 mai 1872 de pilier de la justice administrative pourrait ainsi paraître doublement paradoxal. Paradoxal, en premier lieu, parce que cette loi ne concerne pas l'ensemble de la justice administrative. En effet, ce texte ne porte que sur le Conseil d'État et le nouveau Tribunal des conflits. Aucune de ses dispositions ne vise le ministre-juge. Quant aux conseils de préfecture, ils apparaissent incidemment, à l'article 24, alinéa 4, de la loi, à propos de l'absence d'effet suspensif des recours. En effet, le Conseil d'État connaît en appel de leurs décisions. S'il connaît aussi de celles des ministres, ces derniers ne sont significativement pas cités au titre de leurs attributions contentieuses.

Parler de pilier de la justice administrative pourrait paraître paradoxal, en second lieu, car la délégation de la justice administrative ne suscite pas nécessairement son éloge. Contrairement à ce que soutient Roland Drago à propos du Conseil d'État, la justice déléguée des conseils de préfecture et des ministres n'empêche pas – loin s'en faut – que l'on doute alors de leur caractère de « véritable juridiction ». Ils restent des administrateurs-juges au sein desquels le principe de séparation de la juridiction et de l'administration active⁹ n'est pas assuré.

Certes, depuis l'adoption de la loi du 24 mai 1872, la justice administrative a profondément changé. En 1889, l'arrêt *Cadot*¹⁰ sonne le glas de la théorie du ministre-juge. La réforme de 1953¹¹ supprime les conseils de préfecture au profit des tribunaux administratifs. Mais le caractère fondateur de cette loi n'en paraît que plus discutable. Ainsi, la justice administrative, dont elle est censée être le pilier, a largement disparu. Ses fondations mêmes semblent avoir disparu,

8 DRAGO (Roland), *loc. cit.*, p. 13, nous soulignons.

9 CHEVALLIER (Jacques), *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, 317 p., rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015.

10 CE, 13 décembre 1889, *Cadot, Rec.*, p. 1148.

11 Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif.

ses dispositions d'origine étant aujourd'hui abrogées. Certaines, dès les premières années de la loi, ont d'ailleurs été sensiblement modifiées.

Tel est le cas de l'article 3 relatif au mode de désignation des conseillers d'État. L'Assemblée majoritairement monarchiste d'une République qui n'en a encore que le nom se méfie du Président Thiers. Elle lui refuse donc la nomination des conseillers d'État qu'elle préfère élire. Mais une fois Thiers remplacé par Mac Mahon, l'Assemblée rend au Président de la République ce droit¹², à l'occasion du vote de la loi constitutionnelle du 25 février 1875¹³. L'épuration de 1879¹⁴ en est la manifestation la plus éclatante, au point que l'on pourrait se demander si elle ne constitue pas – plus que la loi de 1872 – le véritable acte de naissance du Conseil d'État républicain.

Si la curieuse destinée de l'article 3 de la loi du 24 mai 1872 a souvent été remarquée, c'est parce qu'il a été son point le plus discuté. L'abcès s'étant alors fixé sur le mode de désignation des conseillers d'État, l'article 9 accordant justice déléguée au Conseil a été adopté dans une relative indifférence. Ce fait, lié au contexte politique, a pu être analysé comme une chance¹⁵, la justice déléguée ayant auparavant suscité d'interminables discussions parlementaires, en particulier sous la monarchie de Juillet. Elle n'en soulève pas moins un nouveau paradoxe : la justice déléguée du Conseil d'État aujourd'hui célébrée ne semble guère avoir ému ses créateurs. La contextualisation de la loi du 24 mai 1872 peine ainsi à rehausser son aspect fondateur.

Mais les débats parlementaires ayant conduit à son adoption ne sont que le reflet de la querelle constitutionnelle du temps. La justice déléguée transforme la légitimation du Conseil d'État qui, progressivement, irradie l'ensemble de la justice administrative. Le principe fondamental, reconnu par les lois de la République, d'indépendance de la justice administrative dégagé sur son fondement¹⁶ – alors même que la loi est « *d'un millésime pourtant pas encore résolument républicain*¹⁷ » – en est la cristallisation. En effet, la loi du 24 mai 1872 donne

12 HALÉVY (Daniel), « Sur un épisode méconnu », *Journal des débats*, 10 janvier 1936; DREYFUS (Robert), « À propos du Conseil d'État », *Journal des débats*, 29 janvier 1936; « Discussion, sur l'initiative de MM. Daniel Halévy et Robert Dreyfus, de la portée historique des lois de 1872 et 1875 relatives au Conseil d'État », *Bulletin de la Société d'histoire moderne*, mars 1936, p. 149-151; « Réplique de M. Daniel Halévy aux critiques de M. Robert Dreyfus », *Bulletin de la Société d'histoire moderne*, mai 1936, p. 159-162; HALÉVY (Daniel), *La Fin des notables. La République des ducs*, Paris, Grasset, 1937, rééd., 1995, p. 137-140; DREYFUS (Robert), *De Monsieur Thiers à Marcel Proust*, Paris, Plon, 1939, p. 141-209; WRIGHT (Vincent), « La réorganisation du Conseil d'État en 1872 », *EDCE*, 1972, spéc. p. 21-22; LANGLADE (Martine), « De Thiers à Mac Mahon : les avatars du mode de désignation des conseillers d'État (1872-1875) », *EDCE*, 1984-1985, p. 319-338.

13 Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics, article 4.

14 WRIGHT (Vincent), « L'épuration du Conseil d'État en juillet 1879 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 4, octobre-décembre 1972, p. 621-653.

15 Par ex. : LANGLADE (Martine), *loc. cit.*, spéc. p. 321.

16 CC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, n° 80-119 DC.

17 GAUDEMET (Yves), « Les bases constitutionnelles du contentieux administratif (Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Déc. 86-224 DC) », *RDP*, 1987, p. 1347.

à ses partisans les moyens juridiques, mais aussi et peut-être surtout rhétoriques, de la défendre.

Ainsi, la loi du 24 mai 1872 permet de mettre un terme tant à la querelle des origines de la justice administrative qu'à celle de son avenir.

La querelle des origines de la justice administrative

Les débats ayant conduit à l'adoption de la loi de 1872 sont l'occasion d'une querelle parlementaire sur les origines de la justice administrative dans laquelle la doctrine a le dernier mot

Une querelle parlementaire

Ainsi, les origines historiques de la justice administrative sont utilisées par les différents orateurs pour attaquer les positions de leurs adversaires.

Le 1^{er} juin 1871, le ministre de la Justice Dufaure présente le projet de loi en ces termes : « *Les dispositions du projet que nous soumettons aux délibérations de l'Assemblée sont empruntées en partie à la loi du 19 juillet 1845, en partie à la loi du 3 mars 1849.* »

La combinaison des deux systèmes différents adoptés à ces deux époques a paru commandée par l'organisation actuelle du pouvoir exécutif¹⁸. La combinaison d'une loi monarchique et d'une loi républicaine semble au Gouvernement appropriée, en ces temps d'incertitude constitutionnelle. En 1872, un observateur souligne ainsi qu'elle « est une sorte de transaction *entre les doctrines de la monarchie constitutionnelle de 1830 et celle de la République de 1848*¹⁹ ». Mais cette transaction ne convainc personne et durant toute la discussion, les orateurs n'ont cessé de se jeter à la tête les origines tantôt monarchiques, tantôt impériales, tantôt révolutionnaires de la justice administrative. Or l'argument est d'autant plus remarquable qu'il est souvent à contre-emploi.

Ainsi, dans une volte-face souvent remarquée, le républicain Gambetta « s'étonne [...] que ce soit l'honorable M. Raudot, si familier avec les institutions françaises et avec les institutions de l'ancienne Monarchie, qui vienne faire un pareil

18 « Projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État, présenté par M. Thiers, chef du pouvoir exécutif de la République française, président du conseil des ministres, et par M. Dufaure, garde des Sceaux, ministre de la Justice », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du *Journal officiel*, 1871, t. III « du 13 mai au 11 juillet 1871 », annexe n° 279, p. 206, nous soulignons.

19 BŒUF (François), *Explication de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État et le Tribunal des conflits*, Paris, Dauvin, 1872, préface, non paginée, nous soulignons.

procès au Conseil d'État. En effet [...], cette création du Conseil d'État [...] est une des meilleures de la monarchie française ²⁰ ».

Le légitimiste Raudot, pour sa part, vilipende le legs napoléonien. Il s'attaque ainsi à la voix délibérative des ministres :

« Je me suis reporté à la Constitution qui a été faite après le coup d'État et à l'organisation du Conseil d'État après le coup d'État, en 1852, et j'ai trouvé, mot pour mot, les dispositions qui sont dans le projet de la commission [...]. Soyons donc un peu sérieux. Si nous faisons une Révolution, n'allons pas le lendemain reprendre les abus contre lesquels on vient de faire cette Révolution ²¹. »

Le rapporteur Batbie lui rétorque sèchement :

« L'honorable M. Raudot me paraît avoir arrêté trop tôt ses études rétrospectives. Si, au lieu de se borner à étudier la loi sur le Conseil d'État qui a été faite après les événements de 1851, il était remonté plus loin, s'il avait étudié la loi de 1845, il aurait trouvé [...] une disposition autrement plus grave que notre article 2 ²². »

L'origine révolutionnaire de la justice administrative fait également débat. Cette dernière est-elle la fille ou le fléau de la Révolution française ? Lors de la première délibération de la loi, le député Lefèvre-Pontalis attaque les attributions contentieuses du Conseil d'État qu'il estime usurpées à l'autorité judiciaire. Dans la lignée d'un Tocqueville, il déclare que :

« L'établissement et l'extension de cette justice administrative passent, dans le langage ordinaire, pour être une des grandes conquêtes de la Révolution française. Cependant il serait bien facile [...] d'établir que c'est le système de la monarchie absolue et de l'Ancien Régime qui s'y retrouve. Les attributions de l'ancien conseil d'État, les pouvoirs des intendants de l'ancienne monarchie ont survécu, sous d'autres noms, à nos transformations politiques et ce sont les traditions de l'Ancien Régime aggravées ou rajeunies [...] que la justice administrative a fait passer dans le droit public de notre société moderne ²³ ».

À l'inverse, le député Gaslonde assène qu' :

« en retirant au Conseil d'État la justice administrative [...], c'est l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789 que vous détruiriez [...]. Mais cette grande Assemblée

20 « Séance du lundi 19 février 1872 », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du *Journal officiel*, 1872, t. VII, *Du 13 janvier au 22 février 1872*, p. 652, nous soulignons.

21 « Séance du mardi 30 avril 1872 », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du *Journal officiel*, 1872, t. XI, *Du 22 avril au 25 mai 1872*, p. 132.

22 *Idem*.

23 « Séance du lundi 19 février 1872 », *op. cit.*, p. 642, nous soulignons.

*posa un principe qui a été fécond en conséquence, le principe de la séparation des pouvoirs, et c'est aujourd'hui de ce principe que découle la justice administrative*²⁴ ».

À cette querelle parlementaire dont les enjeux sont plus politiques qu'historiques, la doctrine – en particulier organique – met un terme.

Le dernier mot doctrinal

Le champ de la légitimation historique de la justice administrative connaît un regain, à compter de l'adoption de la loi du 24 mai 1872. Sous le Second Empire, Dareste²⁵, ami de Laboulaye et cofondateur de la *Revue historique de droit français et étranger*, avait consacré de substantielles études historiques à la question. Mais au début de la III^e République, deux membres éminents du Conseil d'État écrivent l'histoire de la justice administrative pour y mettre un terme.

En 1876, Léon Aucoc publie ainsi un ouvrage au titre explicite : *Le Conseil d'État avant et depuis 1789*²⁶. L'initiative du président de la section des Travaux publics²⁷, relayée par l'Imprimerie nationale, revêt de ce fait une dimension officielle. Aucoc s'en explique en préface par la nécessité de reconstituer les archives du Conseil, détruites par l'incendie de 1871²⁸. Mais il s'agit surtout de marquer tant la continuité historique de l'institution que son aboutissement. Après un premier livre consacré aux « sources de l'histoire du Conseil d'État »²⁹, un deuxième livre sur le « Conseil d'État jusqu'en 1789 »³⁰, le troisième et dernier livre s'intéresse au « Conseil d'État depuis sa reconstitution en l'an VIII »³¹. Son dernier chapitre est significativement dédié au « Conseil d'État réorganisé par la loi du 24 mai 1872 »³². Aucoc conclut : « On a vu, par l'expérience faite sous les régimes les plus divers, sous la monarchie constitutionnelle, sous l'Empire, sous la République de 1848, quel concours le Conseil d'État pouvait apporter »³³. Il fait ainsi de la diversité des origines du Conseil non plus une tare, mais une force.

24 « Séance du 3 mai 1872 », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du *Journal officiel*, 1872, t. XI, *Du 22 avril au 25 mai 1872*, p. 198. Sur l'argument tiré de la séparation des pouvoirs lors de la discussion parlementaire de la loi de 1872, voir notamment : LEMÉE (Mathilde), « Les bases constitutionnelles du droit administratif (1789-1940). Une théorie à l'épreuve de l'histoire », Rennes, th. dactyl., 2017, p. 293 et s.

25 PLESSIX (Benoît), « Rodolphe Dareste ou le droit administratif vu par un avocat aux conseils érudit au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 24, 2004, p. 65-97.

26 AUCOC (Léon), *Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel*, Paris, Imprimerie nationale, 1876, 434 p.

27 Cette qualité est mentionnée par la page de titre de l'ouvrage.

28 AUCOC (Léon), *op. cit.*, p. I.

29 *Ibid.*, p. 3.

30 *Ibid.*, p. 25.

31 *Ibid.*, p. 89.

32 *Ibid.*, p. 142.

33 *Ibid.*, p. 161, nous soulignons.

Une démarche comparable s'observe chez Laferrière, à ceci près que le *Traité* consacre à la législation comparée une large part de son livre préliminaire³⁴. Comme les origines historiques du Conseil, l'originalité de la justice administrative française a été l'objet de la querelle parlementaire³⁵. Le vice-président du Conseil évoque cette double controverse dès la préface :

« Si les institutions de justice administrative ne sont point particulières à notre pays, celles qui fonctionnent en France n'en portent pas moins l'empreinte de nos traditions nationales et de notre génie propre. Elles se rattachent si étroitement à notre histoire, à sa constante évolution vers l'unité politique et administrative, qu'on ne peut les bien comprendre qu'en voyant l'action successivement exercée sur elles par l'Ancien Régime, la Révolution, le Consulat, et par la législation moderne.

Le livre I^{er} est consacré à cette étude et retrace l'histoire de la juridiction administrative en France, depuis ses origines jusqu'à l'époque actuelle. Cette évolution historique aboutit aux institutions qui sont en vigueur aujourd'hui³⁶ ».

Ainsi, la loi de 1872 a « associé et combiné les trois grandes lois organiques qui ont successivement régi le Conseil d'État pendant un demi-siècle³⁷ ». La loi de 1872 est l'aboutissement, par sa synthèse, de l'histoire de la justice administrative.

Dans cette mise en ordre historique, la Révolution française occupe une place particulière où se croisent débats parlementaires, jurisprudence et doctrine. Dans son rapport sur le projet de loi sur les conseils de préfecture présenté à l'Assemblée de la II^e République³⁸, Boulatignier est le premier à écrire l'histoire des origines révolutionnaires de l'administrateur-juge³⁹. Repris notamment par Dareste et Laferrière, David s'y réfère explicitement dans ses conclusions sur l'arrêt *Blanco*. Si cette décision transforme la loi de séparation des autorités des 16 et 24 août 1790 en loi de dévolution des compétences, le jeune Tribunal des conflits ne fait que reprendre les arrêts *Rotschild*⁴⁰ et surtout *Dekeister*⁴¹. Cependant, le Conseil d'État du Second Empire, alors juge des conflits, n'était pas parvenu à les imposer à la Cour de cassation⁴². La loi du 24 mai 1872 permet alors une victoire aussi bien juridique que rhétorique. D'un point de vue juridique, la

34 LAFERRIÈRE (Édouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887, 1^{re} éd., t. I, p. 26 et s.

35 BIGOT (Grégoire), « L'élaboration de la loi du 24 mai 1872 : enjeux politiques et constitutionnels », *AJDA*, 2022, p. 1016 et s. ; LEMÉE (Mathilde), *op. cit.*, p. 301 et s.

36 LAFERRIÈRE (Édouard), *op. cit.*, p. XI, nous soulignons.

37 *Ibid.*, p. 237.

38 BOULATIGNIER (Sébastien-Joseph), « Rapport sur le livre quatrième de la loi sur l'administration intérieure. Des conseils de préfecture », *Impressions. Projets de lois, propositions, rapports, etc.*, Paris, Imprimerie de l'Assemblée nationale, 1851, t. XXIX, 128 p.

39 HACHEMI (Anissa), *Le Juge administratif et la loi (1789-1889)*, Paris, LGDJ, 2020, spéc. p. 329 et s.

40 CE, 6 décembre 1855, *Rotschild*, S.1856. II.508.

41 CE, 6 août 1861, *Dekeister c. l'administration des postes*, *Rec.*, p. 672.

42 BIGOT (Grégoire), *L'Autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999, spéc. p. 480 et s.

création du Tribunal des conflits permet d'imposer cette solution, même si c'est au prix d'un partage dont la réalité historique est aujourd'hui discutée⁴³. D'un point de vue rhétorique, le caractère paritaire du Tribunal et la reconnaissance de la justice déléguée permettent de répondre aux soupçons de partialité pesant auparavant sur le choix de la compétence administrative. En fondant cette dernière sur la loi de 1790 confirmée par le décret du 16 fructidor an III, l'arrêt *Blanco* ouvre une nouvelle ère jurisprudentielle mais aussi – et surtout – doctrinale. Sa relecture par Hauriou⁴⁴, Teissier⁴⁵ ou encore Waline⁴⁶, assurent pour longtemps l'avenir de la justice administrative.

La querelle de l'avenir de la justice administrative

L'avenir de la justice administrative – définitive ou provisoire – fait l'objet d'une querelle parlementaire à laquelle la doctrine met un terme.

Une querelle parlementaire

Lors des débats parlementaires, l'avenir de la justice administrative est suspendu à deux questions, d'ailleurs liées : la nature encore incertaine du régime et le sort des conseils de préfecture.

Là encore, les premiers mots de la présentation du projet de loi par Dufaure donnent le ton :

« la composition et les attributions du Conseil d'État ne pourront être réglées d'une manière définitive qu'au moment où l'Assemblée nationale donnera au pays, avec sa Constitution politique, son organisation administrative et judiciaire »⁴⁷.

Le gouvernement propose donc un projet de loi provisoire, ce que refuse la commission. Son rapporteur Batbie se déclare :

43 GONOD (Pascale), « L'arrêt *Blanco* a-t-il été rendu sur partage? », *RFDA*, 2022, p. 301 et s.

44 RIVERO (Jean), « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *L'Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 461-471.

45 CHAPUS (René), *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, 1954, réimp. La Mémoire du Droit, 2010, spéc. p. 90 et s.

46 HACHEMI (Anissa), « Une crise, un grand arrêt? À propos de Marcel Waline et de l'arrêt *Blanco* », dans BLANCO (Florent), GILBERT (Simon), JACQUEMET-GAUCHÉ (Anne), *Autour de l'arrêt Blanco*, Paris, Dalloz.

47 « Projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État, présenté par M. Thiers, chef du pouvoir exécutif de la République française, président du conseil des ministres, et par M. Dufaure, garde des Sceaux, ministre de la Justice », *op. cit.*, p. 206, nous soulignons.

« convaincu que la durée des lois ne dépend pas de notre volonté [...]. Notre œuvre, en effet, sera définitive ou provisoire, suivant qu'elle sera maintenue ou changée, ce qui dépend des circonstances dont nous ne sommes pas les maîtres⁴⁸ ».

Dès la première délibération, les orateurs s'opposent donc sur le caractère définitif ou provisoire du projet, mesuré à l'aune de la nature constitutionnelle du régime. Pour Gambetta par exemple :

« le moment [n'est pas] venu pour en agiter la discussion ; et ici [il se permet de dire] à la commission qu'il est tout à fait inopportun [sans savoir] sur quelle base définitive [sera organisé] le pouvoir de créer, d'organiser un Conseil d'État qui ne peut pas être indifféremment une institution adaptée à la Monarchie ou à l'Empire »⁴⁹.

Il plaide donc pour l'ajournement du projet et le renforcement de la commission provisoire alors chargée de remplacer le Conseil. Les enjeux constitutionnels du débat pèsent ainsi sur l'avenir de la justice administrative⁵⁰.

Mêlés à ces enjeux, les conseils de préfecture sont également invoqués pour réclamer l'ajournement du projet. La position de Raudot l'illustre. Membre de la commission de décentralisation, il rapporte que la « sous-commission [...] de la justice administrative [a conclu] à l'unanimité [...] qu'elle fût supprimée⁵¹ ». En effet, s'écrie-t-il, « le Conseil d'État, c'est la forteresse de la centralisation qui nous énerve et qui nous tue⁵² ». Si la défaite de 1870 exacerbe les revendications décentralisatrices⁵³, les conseils de préfecture sont également un levier de centralisation⁵⁴ à détruire. Raudot rapporte ainsi que la majorité de la commission de décentralisation est favorable à leur suppression. Dès lors : « avant de décider quelle sera l'organisation de la Cour d'appel, qui est ici le Conseil d'État, il serait logique de voir d'abord quelle sera l'organisation du tribunal de première instance... (Assentiment) et même si on conservera le tribunal de première instance et la justice administrative⁵⁵ ».

Le lendemain, le député Target reprend cet argument⁵⁶ pour défendre un contre-projet ajournant la loi « en attendant qu'il ait été statué sur la Constitution

48 « Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État par M. Batbie, membre de l'Assemblée nationale », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du Journal officiel, 1872, t. VII, Du 15 janvier au 22 février 1872, p. 124, nous soulignons.

49 « Séance du lundi 19 février 1872 », *op. cit.*, p. 652, nous soulignons.

50 BIGOT (Grégoire), *loc. cit.*

51 « Séance du lundi 19 février 1872 », *op. cit.*, p. 648.

52 *Ibid.*, p. 651.

53 Raudot poursuit : « Voilà pourquoi je voudrais détruire cette forteresse. D'abord – ce qui n'est pas à négliger dans la position où nous sommes –, cela nous procurerait immédiatement un million d'économie » ; *idem*, nous soulignons.

54 HACHEMI (Anissa), *op. cit.*, p. 525 et s.

55 « Séance du 22 avril 1872 », *Annales de l'Assemblée nationale. Compte rendu in extenso des séances*, Paris, Imprimerie et librairie du Journal officiel, t. XI, Du 22 avril au 23 mai 1872, p. 4, nous soulignons.

56 « Séance du 23 avril 1872 », *ibid.*, p. 11.

*politique du pays*⁵⁷ ». Les questions constitutionnelle et d'organisation de la justice administrative apparaissent ainsi inextricablement liées.

La grande habileté de Batbie, dans son rapport sur ce contre-projet, est de parvenir à les dissocier. Les conseils de préfecture dit-il : « *ne sont qu'une juridiction d'exception* », Target « *exagère [leurs] compétences* » et « *alors même que les conseils de préfecture seraient supprimés, le Conseil d'État aurait encore à statuer sur un grand nombre d'affaires, et d'affaires importantes, spécialement sur les recours pour excès de pouvoirs qui peuvent être formés directement (omissio medio) sans passer par une juridiction de première instance*⁵⁸ ».

Le contre-projet est rejeté. Alors qu'à la tribune parlementaire des monarchies restaurées, les conseils de préfecture ont longtemps servi de bouclier au Conseil d'État⁵⁹, les débats ayant conduit à l'adoption de la loi du 24 mai 1872 renversent cet argument. Mais attaqué au nom des conseils de préfecture, le Conseil d'État est sauvé par le recours pour excès de pouvoir que la doctrine ne tarde pas à exploiter.

Le dernier mot doctrinal

L'article 9 de la loi du 24 mai 1872⁶⁰ – notamment sa reconnaissance expresse du recours pour excès de pouvoir – est exploité par les doctrines organique et universitaire pour assurer l'avenir de la justice administrative.

En 1878, Aucoc publie à la *Revue des deux Mondes* un article intitulé « Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoirs »⁶¹. Défenseur infatigable de la juridiction administrative⁶², il y balaie les critiques qui lui sont adressées en faisant valoir les « services qu'elle a rendus au public en le protégeant contre les erreurs et les entraînements des agents de l'administration⁶³ ». Or ces services ont été rendus aux administrés grâce au recours pour excès de pouvoir. Aucoc l'avoue : « *le Conseil d'État, on peut le reconnaître aujourd'hui, a eu quelque peine à trouver dans les textes de lois, avant la loi du 24 mai 1872, la base de ce recours*⁶⁴ ». Après avoir retracé l'histoire croisée du Conseil d'État et du recours pour excès de pouvoir, il estime que :

57 *Ibid.*, p. 10.

58 « Séance du 25 avril 1872 », *ibid.*, p. 9, nous soulignons.

59 HACHEMI (Anissa), *op. cit.*, p. 545 et s.

60 « *Le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives* ».

61 AUCOC (Léon), « Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoirs », *Revue des Deux Mondes*, 1^{er} septembre 1878, p. 5-31.

62 Par ex. : ACADEMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Alphonse Picard et Fils, 1894, p. 80 et s.

63 AUCOC (Léon), *loc. cit.*, p. 6.

64 *Idem*, nous soulignons.

« la théorie des recours pour excès de pouvoirs est encore plus une création dans le sens propre du mot. Il ne s'agissait plus ici de donner le commentaire d'un texte, il s'agissait à peu près de faire sortir ce texte du néant, et l'on y a réussi. Rien de plus net et de plus précis que l'article 9 de la loi du 24 mai 1872⁶⁵ ».

On ne saurait s'offusquer de cette création prétorienne dès lors qu'elle est libérale. C'est pourquoi Aucoc se réjouit de constater que : « désormais, toute cette jurisprudence, protectrice des droits des citoyens, est à l'abri de toute contestation⁶⁶ ». Il fait mine alors de s'interroger : « est-il nécessaire de conclure⁶⁷ ? » La justification rétrospective – et assumée – du recours pour excès de pouvoir par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 assure l'avenir de la justice administrative.

Laferrière use également de cette disposition en la transformant. Vice-président du Conseil d'État depuis 1886⁶⁸, il œuvre à l'abandon de la doctrine du ministre-juge qui discrédite la justice administrative. Dès la première édition du *Traité* en 1887, il soutient que la prétendue compétence de droit commun des ministres n'a pas de fondement. En 1889, l'arrêt *Cadot* est rendu au visa notamment de la loi du 24 mai 1872. Le Conseil n'explicite cependant pas son raisonnement. Dans la seconde édition du *Traité*, en 1896, Laferrière justifie la compétence de droit commun du Conseil d'État et l'abandon de la théorie du ministre-juge par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 :

« la fonction juridictionnelle générale appartient au Conseil d'État, qui est le véritable juge des décisions administratives – actes de gestion ou de puissance publique, – toutes les fois qu'une autre juridiction n'a pas reçu mission d'en connaître. Cette idée s'accorde d'ailleurs avec les dispositions de la loi du 24 mai 1872 (art. 9), d'après laquelle le Conseil d'État "statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative"⁶⁹ ».

Lors de son adoption en 1872, cette disposition signifie que le Conseil d'État exerce une justice déléguée. Sous la plume de Laferrière, cette souveraineté signifie désormais qu'il est juge de droit commun du contentieux administratif. En donnant un fondement à l'arrêt muet *Cadot*, Laferrière dégage la justice administrative d'une de ses dernières « entraves »⁷⁰.

Hauriou ne s'y trompe pas. En 1892, l'arrêt *Cadot* fait l'objet de sa toute première note d'arrêt. Plus de 30 ans plus tard, en préface du premier des trois tomes de ses notes d'arrêt, il écrit :

« Je ne puis sans émotion me reporter par la pensée à l'année 1892 où ma note sur l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889 allait décider à la fois de mon avenir comme

65 *Ibid.*, p. 18-19, nous soulignons.

66 *Ibid.*, p. 29, nous soulignons.

67 *Idem.*

68 GONOD (Pascale), *Édouard Laferrière. Un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997, 446 p.

69 LAFERRIÈRE (Édouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2^e éd., p. 323, nous soulignons. Sur cette évolution, HACHEMI (Anissa), *op. cit.*, p. 589 et s.

70 DRAGO (Roland), *loc. cit.*, p. 13.

arrétiste et comme théoricien du droit administratif. L'arrêt Cadot, c'était la consécration de la doctrine du Conseil d'État juge de droit commun dans le contentieux administratif des indemnités, mais, alors que les contemporains y saluaient surtout la condamnation de l'ancienne doctrine du ministre-juge, j'y voyais, aiguillé par Édouard Laferrière, la création d'un contentieux de plein droit pour la pleine juridiction [...]. C'était se jeter en plein dans la conception contentieuse du droit administratif⁷¹ ».

L'avenir de la juridiction administrative, mais aussi du droit administratif était désormais assuré.

71 HAURIOU (Maurice), *La Jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, Sirey, 1929, t. 1, p. VII, nous soulignons.

Conclusion

La loi du 24 mai 1872 aujourd'hui

Martine de BOISDEFFRE

Messieurs les présidents, Mesdames et Messieurs, chers collègues, chers amis,

Au moment de conclure ce colloque, dont les interventions et les échanges ont été tout à fait passionnants et riches d'enseignements, y compris dans les dernières questions, je souhaite exprimer ma gratitude à Jean-Pierre Machelon et Jean-Marie Delarue, qui ont conçu son programme, aux professeurs Éric Anceau, Marc Bouvet, Anissa Hachemi, et au président Rémy Schwartz, qui sont intervenus cet après-midi, à tous les membres du Comité d'histoire, ainsi qu'à Claire de Grimouard et à ses équipes de la bibliothèque du Conseil d'État, qui ont réalisé un livret du participant, que je vous incite à consulter et conserver.

Le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, dont l'objet est de développer la recherche sur l'histoire du Conseil d'État, de la juridiction administrative et du droit public, s'est également fixé pour mission de célébrer les anniversaires importants. Nous avons ainsi fêté les 30 ans de l'arrêt *Nicolo* avec une conférence du président Frydman dans le cadre du cycle « Vincent Wright ». Nous célébrons aujourd'hui, et Jean-Pierre Machelon le rappelait, nous ne pouvions pas ne pas le faire, les 150 ans de la loi du 24 mai 1872.

Je voudrais souligner que c'est un objectif ambitieux, voire audacieux ou téméraire, car cette loi du 24 mai 1872, considérée par les juristes publicistes comme un des textes fondateurs de la justice administrative française¹, a déjà fait l'objet de nombreux écrits et travaux importants, et encore tout récemment de la publication, que l'on a évoquée, d'un dossier, qui lui est consacré, dans le dernier numéro de *l'Actualité juridique-Droit administratif*². J'en profite pour saluer son directeur, Fabrice Melleray, qui nous fait le plaisir d'être là. Le président Schwartz, qui a contribué à ce dossier, est des nôtres également. Et quant aux autres rédacteurs, qui ne sont pas ici, je sais qu'au moins ils nous regardent ou vont le faire.

1 Sur l'idée de fondation de la justice administrative, voir P. Gonod, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997 ; *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014 ; B. Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003.

2 « La justice déléguée à 150 ans » avec des articles de G. Bigot, R. Schwartz, E. Fraysse et F. Blanco, *AJDA*, 2022, p. 1015.

Pourtant, lorsque la loi a été discutée et votée par la nouvelle Assemblée nationale constituante élue le 8 février 1871 après la chute du Second Empire, qui aurait pu imaginer que la communauté juridique l'évoquerait encore 150 ans après, et même qu'elle l'étudierait et la célébrerait ?

Je voudrais insister, en ce qui me concerne, sur cinq points.

Le premier concerne **les caractéristiques paradoxales de cette loi** qui ont été dégagées par l'ensemble des intervenants à un titre ou à un autre.

C'est d'abord une loi dont le contexte souligne **les liens entre le Conseil d'État et les questions constitutionnelles**. Et donc la question même de la nature du Conseil d'État, question que l'on pose et loi que l'on fait intervenir avant même que ne soient fixées la Constitution politique et l'organisation administrative de la France ⁴.

Or cette dialectique du Conseil d'État et de la Constitution s'est poursuivie pendant 150 ans, pour se trouver finalement tranchée, si j'ose dire définitivement, par la Constitution de 1958 pour la fonction consultative du Conseil d'État ⁵ et par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 pour la fonction contentieuse, à travers l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité ⁶ où le Conseil d'État apparaît comme filtre ⁷. Il est intéressant de le constater, et c'est tout l'intérêt de regarder à nouveau cette loi tous les cinquante ans. Ce constat en effet, je ne peux le faire qu'au regard d'évolutions constitutionnelles, somme toute récentes, en tout cas pour la dernière d'entre elles.

Parce qu'il n'y a pas de Constitution, on discute beaucoup de la nature du Conseil d'État, de ses origines. Finalement il me semble que la loi opte plutôt pour une nature administrative, neutre, même avec l'élection des conseillers d'État en service ordinaire par l'Assemblée nationale ⁸. Je n'ose rappeler – c'était Élisé

3 Sur cette interrogation, voir E. Fraysse, « L'organisation du Conseil d'État par la loi du 24 mai 1872 », *AJDA*, 2022, p. 1027.

4 Voir sur ce point le rapport introductif du projet de loi cité dans E. Fougères (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, éd. du CNRS, 1974, p. 545.

5 Article 37 de la Constitution pour les décrets modifiant les textes de forme législative pris dans le domaine du règlement; article 38 pour la consultation du Conseil d'État sur les ordonnances; article 39 pour la consultation du Conseil d'État sur les projets de loi.

6 Article 61-1, alinéa 1^{er}, de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

7 Dans sa décision du 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (QPC)*, le Conseil constitutionnel a estimé que le constituant « a confié au Conseil d'État et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution, la compétence pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question de constitutionnalité ».

8 Le mode de désignation des conseillers d'État en service ordinaire a fait l'objet de vifs débats à l'Assemblée nationale lors de l'examen et du vote de la loi du 24 mai 1872. C'est le choix de l'élection par l'Assemblée nationale qui l'a emporté sur celui de la nomination par le chef de l'État (article 3, alinéa 1^{er}, de la loi).

Frayse dans l'AJDA qui y faisait référence⁹ – que j'ai commis un article sur le sujet. Mais il y a prescription puisque c'était en 1984-1985 et sous mon nom de jeune fille¹⁰. Cela posé donc, cette nature est, c'est vrai, plutôt une nature neutre, ce n'est pas une chambre que l'on crée. C'est un organe, Grégoire Bigot l'a écrit¹¹, dont finalement la légitimité est la compétence, l'expertise, je n'ose dire technocratique, car maintenant c'est très mal vu.

Il y a également, parce qu'il n'y a pas de Constitution encore, insistance sur le fait que c'est une loi provisoire¹². C'est donc d'une loi provisoire que nous débattons et dont nous considérons qu'elle a été au fondement ou l'un des fondements de la justice administrative. Cette loi provisoire va devenir définitive, comme beaucoup de choses en France d'ailleurs.

Enfin, c'est une loi de compromis. Cela a été très bien dit par nos deux premiers orateurs, Éric Anceau et Marc Bouvet, et Anissa Hachemi y est également revenue¹³. Une loi de compromis entre les monarchistes et les républicains, avec l'ombre portée de Thiers. D'ailleurs, quand ce dernier est remplacé par Mac Mahon, le pouvoir de nomination des conseillers d'État en service ordinaire peut revenir au Président de la République¹⁴.

Que fait cette loi de compromis? Cela a été bien dit aussi par nos premiers orateurs. **Elle inscrit le Conseil d'État dans la tradition républicaine.** Et comme l'a fort bien souligné Anissa Hachemi, elle permet que se construise une histoire du Conseil d'État telle que la doctrine, notamment celle du Conseil d'État¹⁵ et pas seulement, va l'élaborer.

Deuxième point. Et là j'emprunte essentiellement à Marc Bouvet. Cette loi, que l'on présente souvent comme un point de départ, est en réalité **un point d'aboutissement.** C'est effectivement un miroir de l'histoire antérieure du Conseil d'État. On a glané ce qui paraissait le plus intéressant. C'est donc un point d'aboutissement à la fois en termes de texte mais aussi en termes d'exercice

9 E. Fraysse, « L'organisation du Conseil d'État par la loi du 24 mai 1872. Ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre », préc., p. 1027.

10 M. Langlade, « De Thiers à Mac Mahon : les avatars du mode de désignation des conseillers d'État (1872-1875) », *EDCE*, 1984-1985, p. 319.

11 G. Bigot, « L'élaboration de la loi du 24 mai 1872 : enjeux politiques et constitutionnels », *AJDA*, 2022, p. 1016. L'auteur évoque la « *légitimité technocratique et d'exercice* » du Conseil d'État qui a permis sa survie à la Restauration.

12 Le rapport introductif du projet de loi présenté par le gouvernement la présente comme une réorganisation provisoire du Conseil d'État dans l'attente de l'adoption de la Constitution de la France (cité dans E. Fougères [dir.], *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, op. cit., p. 545).

13 Voir aussi en ce sens E. Fraysse, « L'organisation du Conseil d'État par la loi du 24 mai 1872. Ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre », préc., p. 1027.

14 Article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

15 Il s'agit de la « doctrine organique », constituée des publications du Conseil d'État (*recueil Leboucq*, études et rapports d'activité, communiqués de presse, etc.) et de celles de ses membres dans le cadre de leurs fonctions juridictionnelles (conclusions des rapporteurs publics) ou en dehors (chroniques, études, interventions dans des colloques, ouvrages, etc.).

de ses fonctions par le Conseil d'État pendant tout le siècle écoulé, à travers heurs et malheurs, risque de disparition, quasiment suspension, et finalement maintien jusqu'à la commission provisoire de 1870. Marc Bouvet, je l'en remercie, l'a fort bien montré sur le thème de la composition du Conseil d'État. Mais aussi à propos de l'exercice de sa fonction juridictionnelle, en rappelant notamment que l'article 20 de la loi du 24 mai 1872, imposant le déport aux membres du Conseil d'État ayant pris part à la délibération d'un avis consultatif sur un texte, qui est ensuite contesté au contentieux, reproduit fidèlement une disposition de l'ordonnance du 12 mars 1831, et en rappelant également que bien souvent, dans l'exercice même de la justice retenue, le chef de l'État signait sans les lire les projets de décision du Conseil d'État, faisant confiance à son expertise.

Troisième point. La loi est un mythe fondateur. Je reprends là le titre de l'intervention confiée à Anissa Hachemi. Pour moi, ce mythe correspond à une réalité. Une réalité qui repose sur une **triple confirmation** et une **double consécration**.

Une **triple confirmation**. C'est d'abord la confirmation de l'**existence même du Conseil d'État**¹⁶. On aurait pu le passer par pertes et profits. On a failli. On ne l'a pas fait. C'est donc aussi la confirmation de la nécessité d'une juridiction administrative spécialisée. Je reviendrai plus tard sur les conseils de préfecture.

Deuxième confirmation : celle de la **dualité des fonctions consultative et contentieuse du Conseil d'État**¹⁷. L'article 8 du titre II « Fonctions du Conseil d'État » prévoit ainsi que le Conseil d'État « *donne son avis* » sur les projets de texte, et son article 9 qu'il « *statue souverainement* » sur les recours contentieux. Toutefois, le contraste entre l'exaltation de sa fonction contentieuse, avec la « *justice déléguée* », et l'abaissement de sa fonction consultative, devenue en grande partie facultative, a été souligné. Aux termes de l'article 8, la consultation du Conseil d'État est facultative « *sur les projets d'initiative parlementaire* », « *sur les projets de loi préparés par le gouvernement* », « *sur les projets de décret et, en général, sur toutes les questions qui lui sont soumises par le Président de la République et par les ministres* », elle n'est obligatoire que sur les règlements d'administration publique.

En pratique, la faculté de consulter le Conseil d'État sur les textes de loi ne sera que peu exploitée sous la III^e République. Malgré les efforts considérables de Laferrière pendant les douze années de sa présidence du Conseil d'État (1886-1898), l'intervention du Conseil d'État en matière législative restera cantonnée

16 Certains parlementaires avaient demandé à nouveau sa suppression lors des débats devant l'Assemblée nationale. À cet égard, le revirement de Gambetta, qui prit sa défense, joua un rôle décisif. « *J'estime [...] que la juridiction administrative déferée à un Conseil d'État, dans un pays organisé comme le nôtre, est une nécessité de premier ordre* », déclara-t-il en effet à l'Assemblée nationale le 19 février 1872 (propos cités par E. Fougères [dir.], *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, op. cit., p. 551).

17 Voir en ce sens F. Blanco, « Les fonctions du Conseil d'État », *AJDA*, 2022, p. 1033 : « *Alors que le modèle français, construit autour d'un Conseil d'État, attributaire des fonctions de juger et de conseiller, a pu connaître en Europe des phases successives d'ascension et de déclin (...), ce dualisme fonctionnel ressortira finalement renforcé et pérennisé de la gestation et de l'adoption de la loi du 24 mai 1872* ».

à des textes d'intérêt local. L'effacement du rôle législatif du Conseil d'État s'explique par le « *légicentrisme* » du régime : c'est la loi votée par le Parlement qui incarne la volonté générale de la nation.

Il n'en reste pas moins que la fonction consultative est inscrite dans les textes. En outre, le Conseil d'État joue dès cette époque, dans l'exercice de cette fonction, un rôle prépondérant dans l'élaboration des règlements d'administration publique – rôle utile et indispensable qui ne contrevient pas au « *dogme de la "souveraineté" parlementaire* »¹⁸.

La troisième confirmation est celle de la composition et de l'organisation du Conseil d'État. La loi fixe les trois grades d'auditeur, de maître des requêtes et de conseiller d'État. Le président Schwartz et Marc Bouvet sont revenus à plusieurs reprises sur ce point dans leurs interventions. La loi consacre également une organisation du Conseil d'État en sections, dont trois sont « *chargées d'examiner les affaires d'administration pure, et une de juger les recours contentieux* »¹⁹.

Une double consécration. La première est celle de la justice déléguée, du Conseil d'État comme juge souverain. Certes, la justice retenue était sans doute une fiction. Toutefois, écrire dans la loi que la justice déléguée se substitue à la justice retenue va permettre au Conseil d'État, à la doctrine et aux requérants de s'en saisir, pour ouvrir un véritable « âge d'or » du contentieux administratif sous la Troisième République.

Par l'arrêt *Cadot* (1889)²⁰, évoqué par Anissa Hachemi, le Conseil d'État se reconnaît compétent pour connaître, dans le silence des textes, de tout recours en annulation contre une décision administrative. Ainsi, il met fin à la théorie du « ministre-juge » et devient, sous réserve de la compétence d'attribution assez réduite des conseils de préfecture, le juge de droit commun en premier ressort du contentieux administratif.

La seconde consécration est celle du recours pour excès de pouvoir. En prévoyant que « *le Conseil d'État statue souverainement (...) sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités*

18 L. Dubois de Carratier, « Le Conseil d'État français, son œuvre législative et le "régime d'assemblée" (1875-1958) », *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazère*, Paris, Litec-Lexis-Nexis, 2009, p. 323.

19 Article 10 de la loi du 24 mai 1872.

20 CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, in *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris Dalloz, 2021, p. 39.

*administratives*²¹ », la loi du 24 mai 1872 consacre le recours pour excès de pouvoir comme un véritable recours juridictionnel²².

Et grâce à une conception large de l'intérêt à agir du requérant²³, ainsi qu'à la gratuité du recours, dispensé de l'obligation de ministère d'avocat, le recours pour excès de pouvoir devient l'emblème de cet « âge d'or » du contentieux administratif sous la III^e République. En 1929, Gaston Jèze a pu le qualifier, suivant une formule devenue célèbre, de « *l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés individuelles*²⁴ ».

Plus récemment, l'attribution au juge administratif, par la loi du 8 février 1995, de pouvoirs d'exécution (injonction et astreinte), qu'il peut désormais exercer d'office²⁵, a initié une profonde évolution du recours pour excès de pouvoir, afin qu'il réponde encore plus efficacement et utilement aux attentes des justiciables. Je rappellerai la modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse²⁶ ou d'un revirement de jurisprudence²⁷, l'appréciation dynamique de la légalité²⁸, l'enrichissement de l'office du juge de pouvoirs de régularisation²⁹ et d'abrogation³⁰. Tout cela illustre, suivant les mots de Sophie Roussel dans ses conclusions sur l'arrêt *Association ELENA* (2021)³¹, la « vitalité »

21 Article 9 de la loi du 24 mai 1872.

22 Sur la « juridictionnalisation » du recours pour excès de pouvoir par la loi du 24 mai 1872, voir F. Blanco, « Les fonctions du Conseil d'État », préc., p. 1038. L'article 9 de la loi, qui attribue au Conseil d'État les « *recours en matière contentieuse administrative* » et les « *demandes d'annulation pour excès de pouvoirs* », amorce la distinction des recours de plein contentieux et d'excès de pouvoir, qui sera ensuite théorisée par Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (Paris, Berger-Levrault et Cie libraires-éditeurs, 1^{re} éd., 1887, 2^e éd., 1896). Voir sur ce point F. Blanco, article précité, p. 1039 ; R. Drago, « La loi du 24 mai 1872 », *EDCE*, 1972, p. 13 à 20, spéc. p. 15 et 18-19.

23 Voir notamment : CE, 20 mars 1901, *Casanova*, in *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 54, par lequel le Conseil d'État reconnaît au contribuable communal un intérêt à agir en excès de pouvoir contre une décision administrative ayant un effet sur les finances ou le patrimoine de la commune ; CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, in *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 94, par lequel le Conseil d'État reconnaît à une association un intérêt à agir en excès de pouvoir pour la défense de l'intérêt collectif que ses statuts lui donnent pour mission de protéger.

24 G. Jèze, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 180.

25 Loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

26 CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, n° 255886.

27 CE, Ass., 29 juin 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545.

28 CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216. Voir sur ce point : L. de Fournoux, « Appréciation dynamique de la légalité en excès de pouvoir : vers un juge médiateur », *RFDA* 2021, p. 1021.

29 Le contentieux de l'urbanisme en offre l'illustration la plus remarquable : CE, 3 juin 2020, *Société Alexandra*, n° 420736.

30 CE, Section, 19 novembre 2021, *Association ELENA et autres*, n° 437141 et 437142.

31 CE, Section, 19 novembre 2021, *Association ELENA et autres*, précité.

du recours pour excès de pouvoir et « *sa capacité à se renouveler, afin qu'il continue d'être cette "souplesse de sûreté" (selon une formule de Léon Aucoc) toujours ouverte* ».

Un mythe qui correspond à une réalité : une triple confirmation, une double consécration. Et en cela un mythe ou une réalité fondatrice. Je ne parlerai pas de pilier mais de base jetée pour la **construction d'un ordre juridictionnel administratif**. C'est mon **quatrième point**.

La loi du 24 mai 1872 a d'abord permis la construction progressive d'un ordre juridictionnel administratif. En confirmant, comme je l'ai déjà dit, le Conseil d'État dans sa dualité de fonctions, elle confirme le dualisme juridictionnel, dont la légitimité et l'utilité étaient contestées.

Elle confie à un tribunal spécial et paritaire, le Tribunal des conflits, le règlement des conflits de compétence entre les juridictions administratives et judiciaires, sur le modèle de celui créé par l'article 89 de la Constitution de 1848. La loi du 16 février 2015³² est venue la modifier, comme l'a rappelé Jean-Pierre Machelon, pour mettre fin à la présidence du tribunal par le garde des Sceaux, dernier vestige de la justice retenue, qui, bien qu'exceptionnelle en pratique, n'était plus conforme à notre conception de la justice ni aux exigences du procès équitable.

Les conseils de préfecture, même si la loi ne les mentionne pas, échappent comme le Conseil d'État à la suppression dont ils étaient régulièrement menacés³³. En effet, bien qu'exerçant déjà en principe une justice déléguée, cela a été rappelé aussi, ils sont violemment critiqués à partir de 1871, en raison de leur dépendance à l'égard des préfets qui les président.

Pourtant, à la fin du XIX^e siècle, comme l'explique Katia Weidenfeld, « *l'amélioration prend le pas [...] sur la suppression* »³⁴. La loi du 22 juillet 1889 leur donne un code de procédure. Le décret-loi du 6 septembre 1926 les remplace par 22 conseils interdépartementaux. Seul le conseil de préfecture de la Seine conserve le même ressort territorial. En outre, le décret-loi met fin à la présidence du préfet et prévoit le recrutement des conseillers par concours. Enfin, le décret du 30 septembre 1953 leur substitue les tribunaux administratifs auxquels est donnée la compétence de droit commun en premier ressort en matière de contentieux administratif, le Conseil d'État conservant une compétence directe pour connaître des recours contre les actes administratifs les plus importants (ordonnances, décrets, etc.).

La loi du 31 décembre 1987 parachève la constitution de l'ordre juridictionnel administratif, vous le savez tous, en instituant les cours administratives

32 Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, précitée. Voir sur ce point, R. Schwartz, « Le Tribunal des conflits, une juridiction singulière », *AJDA* 2022, p. 1023, spéc. p. 1026 : « *Le choix a été fait de conserver le cadre de la grande loi républicaine du 24 mai 1872 que les dispositions du titre III de la loi du 16 février ont modifiée* ».

33 Voir sur ce point : K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif, Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 85 à 88.

34 K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif, Du XIV^e siècle à nos jours, op. cit.*, p. 86.

d'appel, pour connaître des recours en appel contre les jugements des tribunaux administratifs, sous réserve du maintien d'une compétence résiduelle du Conseil d'État. Si celui-ci est principalement, depuis 1987, juge de cassation des arrêts des cours, il est, en raison des compétences qu'il conserve en premier ressort et en appel, et suivant une formule de René Chapus³⁵, « *tout à la fois au sommet, au centre et à la base de l'ordre des juridictions administratives* ».

Et je l'ai indiqué tout à l'heure, cet ordre juridictionnel administratif bénéficie maintenant d'une reconnaissance constitutionnelle³⁶.

La loi du 24 mai 1872 a jeté ensuite **les bases d'une conquête progressive par le juge administratif de son indépendance³⁷ et de son impartialité**. Je vais renvoyer à ce qui a été dit par le président Schwartz sur les garanties de nomination et de déroulement de carrière des membres de la juridiction administrative, sur les règles statutaires pour assurer leur indépendance et leur impartialité, ainsi que sur l'obligation de déport. J'ajouterai aussi les obligations déontologiques, qui sont inscrites dans une charte de déontologie, prévue par la loi et commune à l'ensemble des membres de la juridiction administrative, dont un collège de déontologie veille à l'application.

Je voudrais dire aussi un mot de l'indépendance du Conseil d'État dans sa fonction consultative. Dans cette salle où nous nous trouvons, c'est le Conseil d'État, conseil du gouvernement et du Parlement³⁸, qui intervient. Et je tiens à souligner que le Conseil d'État exerce cette fonction consultative avec la même indépendance que sa fonction contentieuse, avec le souci d'aider le gouvernement à trouver la bonne solution et la bonne rédaction, mais en pleine indépendance, en vérifiant la conformité du projet de texte qui lui est soumis avec la Constitution, mais aussi avec le droit européen, soit le droit de l'Union européenne et celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans un dialogue, une articulation permanente de ces droits et du droit national.

35 R. Chapus, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2001, n° 987.

36 Le Conseil constitutionnel a également reconnu à la juridiction administrative une réserve constitutionnelle de compétence, en se fondant sur la tradition républicaine initiée par la loi du 24 mai 1872. Voir CC, décision du 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* : « *conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions* » administratives des personnes publiques.

37 Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur celle-ci pour consacrer, dans sa décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, le principe de l'indépendance de la juridiction administrative à l'égard du législateur et du Gouvernement comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, à valeur constitutionnelle.

38 Par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil d'État a retrouvé une fonction de conseiller du Parlement, sur les propositions de loi d'initiative parlementaire, que la loi du 24 mai 1872 (article 8) lui avait déjà confiée.

Il y a donc dans la loi du 24 mai 1872, parce qu'y était posé le principe de la souveraineté du juge, le ferment, les grains qui peu à peu permettront que se construisent l'indépendance et l'impartialité du Conseil d'État.

Ce que je voudrai dire pour terminer – **et ce sera mon dernier point** – c'est que **la loi**, et même la loi du 24 mai 1872, si importante qu'elle soit et c'est pour cela qu'elle est au fronton des textes fondateurs qui vous dominent dans cette salle ³⁹, **était nécessaire mais qu'elle n'était pas suffisante.**

Il y a la loi et il y a l'usage qui en est fait. Le Conseil d'État, et avec lui l'ensemble de la juridiction administrative se sont saisis de cette loi. Ils se sont saisis des opportunités qu'elle leur ouvrait. Ils ont été puissamment aidés par la doctrine, par des auteurs, comme Aucoc, Laferrière, Hauriou, Duguit, qui ont créé la légende, rédigé le mythe. Comme l'écrit Benoît Plessix dans son très bel ouvrage sur le droit public, cet usage par la juridiction administrative s'est traduit par un « *processus constant de juridictionnalisation* ⁴⁰ ». Et par la constitution d'une œuvre, qui est la jurisprudence.

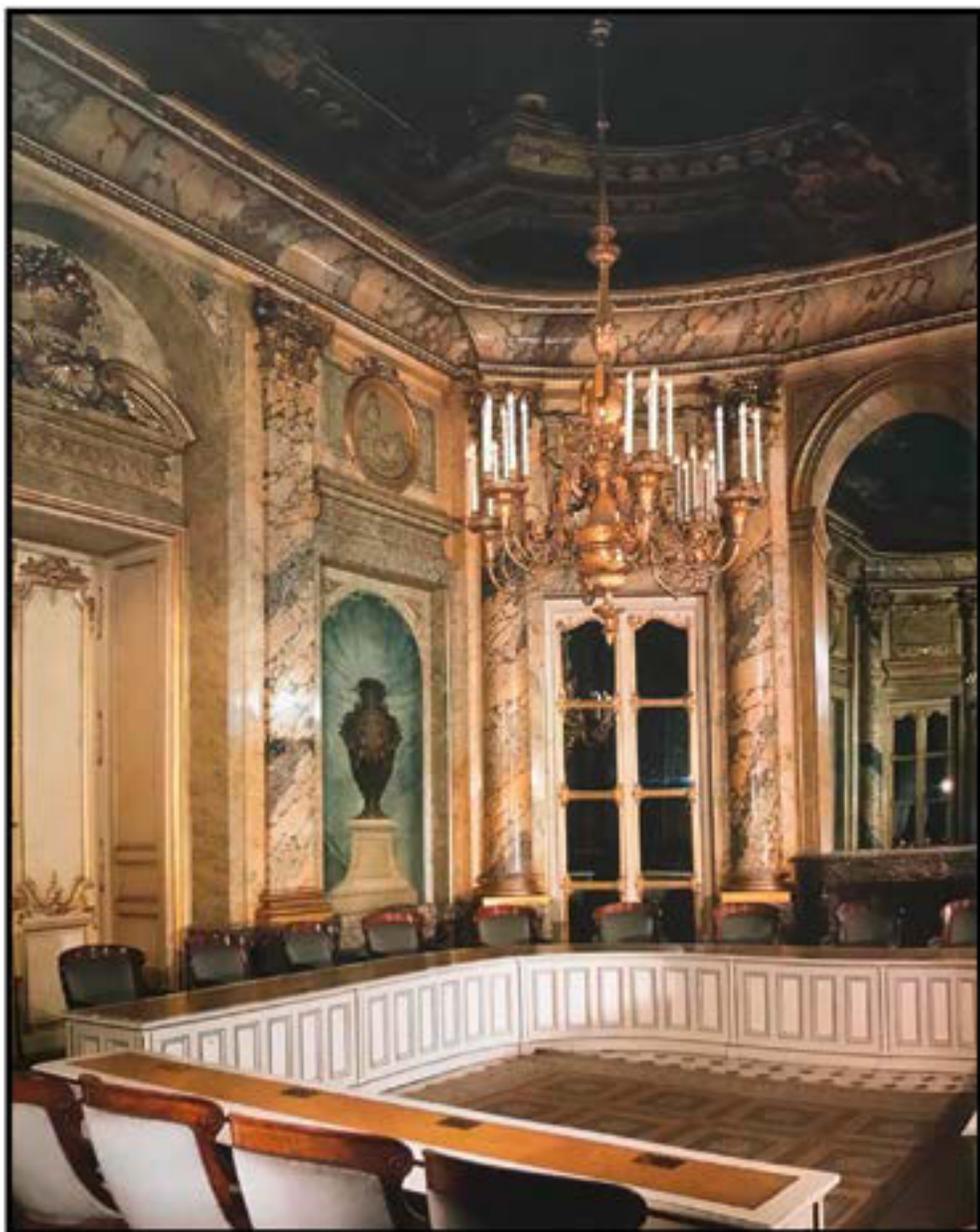
Il y a aussi l'œuvre de la **doctrine**, par ce qu'elle a écrit, interprété, la façon dont elle a stimulé le Conseil d'État, dont elle l'a interpellé. L'interaction entre la juridiction administrative et la doctrine est essentielle.

Il y a enfin l'usage des **requérants**, et avec eux de leurs **avocats** bien sûr. Ne les oublions pas! Si l'on peut penser que la confiance des requérants, telle qu'elle s'est manifestée notamment pendant la pandémie de Covid-19, avec cette explosion des recours en référés ⁴¹, est bien un gage de la légitimité de la juridiction administrative et de son indépendance, car on fait confiance à des institutions que l'on croit légitimes, les requérants sont allés au-delà. Ils nous ont imposé une vision, une action de la juridiction administrative, en exigeant une justice de qualité, une justice diligente, une justice compréhensible, une justice effective. Le Conseil d'État, la juridiction administrative se sont efforcés pendant 150 ans de s'adapter, pour répondre à ces attentes et rendre au service de nos concitoyens la moins mauvaise des justices.

39 Lors des travaux d'aménagement de cette salle de l'Assemblée générale, entre 1873 et 1876, en prévision de l'installation du Conseil d'État au Palais-Royal, la date du 24 mai 1872 a été inscrite avec celles des autres textes fondateurs du Conseil d'État sur une plaque rivetée dans un médaillon, « *sorte de Tables de la Loi* » (M. Sanson, *Le Conseil d'État au Palais-Royal, Architecture, Décors intérieurs*, éditions du Patrimoine, Centre des monuments nationaux, 2^e éd., 2018, p. 139).

40 B. Plessix, *Le Droit public*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je? », 2022, p. 76.

41 En 2020, le juge des référés du Conseil d'État a rendu 840 décisions sur des recours en référé contre des mesures relatives au Covid-19 (source : *Le Conseil d'État et la juridiction administrative. Chiffres clés 2020*).



Le Tribunal des conflits, photographie in Marc Sanson et Renaud Denoix de Saint Marc,
Le Conseil d'État au Palais-Royal : architecture, décors intérieurs,
Paris, Monum-Éditions du Patrimoine, 2006.
© Éditions du Patrimoine

Je terminerai par un peu de droit comparé. Aujourd'hui il n'est pas de Conseil d'État qu'en France, ni même qu'en Europe (Belgique, Pays-Bas, Italie, Grèce). Il y a des Conseils d'État dans le monde entier. Le Conseil d'État de Colombie a été créé par Bolivar en 1817 sur le modèle du Conseil d'État napoléonien. Un Conseil d'État a été créé en 2016⁴² en République démocratique du Congo. Quant au modèle de la juridiction administrative spécialisée, il est majoritaire dans les pays de l'Union européenne. Par exemple, en République slovaque, une Cour administrative suprême est instituée depuis le 1^{er} janvier 2021 – première étape vers l'organisation d'un ordre juridictionnel administratif distinct du système judiciaire.

Il n'y a toutefois pas de « bon modèle ». Nous avons le nôtre. La loi du 24 mai 1872 a permis, grâce à l'ensemble des acteurs que j'ai évoqués, d'améliorer l'exercice de la justice administrative.

Nous nous efforcerons de continuer.

42 Le Conseil d'État, dont l'existence est consacrée par l'article 154 de la Constitution du 18 février 2006, a été institué par la loi organique n° 16 / 027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif.