



CONSEIL D'ÉTAT

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

HISTOIRE ET MÉMOIRE

Conférences « Vincent Wright »

Volume 2



La
documentation
Française

**Conférences
« Vincent Wright »**

Volume 2

CONSEIL D'ÉTAT

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

Conférences « Vincent Wright » Volume 2

Préface de Martine de Boisdeffre

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

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

À cet effet,

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

Conseil d'État

1 Place du Palais-Royal 75001 Paris

comite-histoire@conseil-etat.fr

Tél. 01. 40. 20. 81. 31 - Fax. 01 40 20 81 38

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

Illustrations en couverture :
Lithographie P. Benoist © Conseil d'État

En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© Direction de l'information légale et administrative, Paris 2015.
ISBN : 978-2-11-009967-9

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

(Composition au 1er juillet 2015)

Présidente :

Martine de Boisdeffre, conseillère d'État

Membres du conseil scientifique :

Bernard Barbiche, professeur honoraire à l'École nationale des chartes

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

Jean-Claude Bonichot, conseiller d'État

Béatrice Bourgeois-Machureau, maître des requêtes au Conseil d'État

Marc Bouvet, professeur à l'université d'Angers

Alain Chatriot, chargé de recherche au Centre national de la recherche scientifique

Michel Combarrous, président de section honoraire

Jean-Marie Delarue, conseiller d'État honoraire

Pierre Fanachi, conseiller d'État honoraire

Yves Gaudemet, professeur à l'université Paris-II Panthéon-Assas

Pascale Gonod, professeur à l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne

Jean-Pierre Machelon, doyen honoraire de la faculté de droit de l'université
Paris-Descartes

Jean Massot, président de section honoraire

Jean-Louis Mestre, professeur émérite à l'université Aix-Marseille

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

Bernard Pacteau, professeur honoraire à l'université Montesquieu Bordeaux-IV

Étienne Picard, professeur à l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne

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

Marc Sanson, conseiller d'État

Matthieu Schlesinger, maître des requêtes au Conseil d'État

Secrétaire scientifique :

Emmanuelle Flament-Guelfucci, directrice de la bibliothèque
et des archives du Conseil d'État

Sommaire

Préface Martine de BOISDEFFRE	9
Violence privée, violence publique Des guerres privées sous saint Louis au concours de la force publique Emmanuel VERNIER	11
Philippe de Béthune Conseiller d'État et diplomate d'Henri IV et Louis XIII François MONNIER	39
Émile Reverchon (1811-1877) Commissaire du gouvernement au Conseil d'État, trop indépendant et martyr Bernard PACTEAU	57
Les contrôles de constitutionnalité exercés par les juridictions françaises entre 1791 et 1914 Jean-Louis MESTRE	87
La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire Yves GAUDEMET	103
Les classifications des fonctions administratives : la métamorphose des concepts juridiques Étienne PICARD	119
Le Conseil d'État de Belgique : une histoire française ? Philippe BOUVIER	149
L'ENA sous la présidence de René Cassin (1945-1960) Antoine PROST	163
Un universitaire au Palais-Royal : réflexions naïves sur le travail de Jean Rivero lors de la réforme du Conseil d'État de 1963 Olivier CARTON	183

Analyses de l'actualité : éditoriaux
de Jean Rivero parus entre 1961 et 1987
dans le journal *La Croix*

195

Sommaire des éditoriaux de Jean Rivero
Avant-propos de Martine de BOISDEFFRE
Préface de Jean-Claude VENEZIA

Justice

Sur les tribunaux d'exception
De Watergate à Bormes
Deux campagnes et la liberté
La justice dans la vie des hommes

Conseil d'État

Un racisme antivioux ?
Un racisme antivioux ? Acte II
1799-1974 : le Conseil d'État publie ses Mémoires
Qui gouverne en France ? De Francis de Baecque
Réforme du Conseil d'État : pour un débat serein
Accélérer la justice administrative
Le Conseil d'État : faux et vrais problèmes
Léon Noël : un témoignage

Conseil constitutionnel

Les libertés protégées contre la loi
Une mauvaise cause
Neuf sages ou neuf partisans ?
Le référendum sans passion
Le Conseil constitutionnel et l'État de droit

En guise de conclusion

... D'un qui avait huit ans en 18

La classification des films de cinéma du XX^e au XXI^e siècle 239

Jean-François THÉRY

Sylvie HUBAC

Georges Pompidou et le Conseil d'État

Allocution d'accueil 257

Jean-Marc SAUVÉ

Introduction 260

Martine de BOISDEFFRE

Georges Pompidou, rapporteur
à la section du contentieux (1946-1954) 262

Jean LESSI

Georges Pompidou et le Conseil d'État
après son départ de l'institution 274

Éric ROUSSEL

Georges Pompidou et le Conseil d'État :
le point de vue d'un grand témoin 278

Édouard BALLADUR

Index des noms 287

Liste des auteurs 293

Préface

Martine de BOISDEFFRE

Le second recueil des conférences « Vincent Wright » que le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative a le plaisir de vous présenter rassemble une quinzaine de contributions données entre 2010 et 2014. Les sujets, variés, seront pour le lecteur l'occasion de traverser plusieurs époques, depuis le Moyen Âge jusqu'à l'aube du XXI^e siècle.

Dans un raccourci audacieux mais séduisant, Emmanuel Vernier fait le lien entre la volonté de saint Louis de limiter les excès des luttes intestines entre les grands féodaux et les récentes jurisprudences du Conseil d'État relatives au maintien de l'ordre public. À l'extrême champ de la chronologie, l'histoire de la censure, devenue « classification » des films de cinéma, par Jean-François Théry et Sylvie Hubac, tous deux anciens présidents de l'instance de contrôle, est révélatrice de l'évolution du regard porté par les pouvoirs publics et par la société sur le septième art.

L'ouvrage accorde une place de choix aux analyses biographiques. À cet égard, la contribution de François Monnier nous permet de mieux connaître le rôle de Philippe de Béthune, frère de Sully, conseiller d'État et des Finances, diplomate, auteur, au début du XVII^e siècle, d'un Conseiller d'État, véritable manuel de politique générale. Quelques pages plus loin, c'est la figure d'Émile Reverchon, commissaire du Gouvernement révoqué dans la célèbre affaire de la captation des biens d'Orléans, qui nous est peinte par Bernard Pacteau.

Plusieurs conférences mettent en valeur l'émergence de notions fondamentales de droit public, à partir du XIX^e siècle : les contrôles de constitutionnalité pour Jean-Louis Mestre, la prohibition de l'arrêt de règlement pour Yves Gaudemet et l'évolution de la classification des fonctions administratives et des concepts juridiques pour Étienne Picard.

Grâce à une analyse minutieuse des comptes rendus des conseils d'administration de l'ENA, Antoine Prost nous livre une synthèse des débuts de celle-ci sous la présidence de René Cassin, qui eut des rapports parfois délicats avec le Gouvernement sur des sujets fondamentaux comme la durée de la formation, le poids du stage, les exclusions politiques ou l'envoi en Algérie des élèves de troisième année.

Le cinquantenaire du décret du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation du Conseil d'État a été l'occasion pour Olivier Carton de revenir sur l'apport du grand juriste Jean Rivero aux travaux du groupe qui ont précédé la publication de ce texte. En complément, le lecteur pourra savourer une sélection de chroniques d'actualité juridique et institutionnelle que Jean Rivero avait fait paraître dans le journal La Croix.



Philippe Bouvier nous donne un aperçu de la longue genèse du Conseil d'État de Belgique, plus ou moins inspiré du modèle français, mais devenu partie intégrante de la vie institutionnelle belge, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

Dans ce volume ont été aussi inclus les actes d'un colloque consacré à l'action de Georges Pompidou, maître des requêtes au Conseil d'État, et à ses rapports avec l'institution et ses membres après son départ du Palais-Royal. Ainsi, grâce aux contributions de Jean Lessi, d'Éric Roussel et au témoignage d'Édouard Balladur, un aspect assez méconnu de la carrière de l'homme d'État a pu être mis en lumière, à l'occasion du quarantième anniversaire de sa disparition.

Comme pour le premier recueil, les textes publiés sont parfois plus riches que la présentation orale qui en avait été faite. Ils ont été classés dans l'ordre chronologique des sujets traités et non dans l'ordre du prononcé des conférences. Au-delà de cette présentation linéaire, des recherches transversales sont désormais rendues possibles par l'ajout d'un index des noms de personnes citées. Dernière innovation enfin, afin d'accroître la diffusion potentielle de l'ouvrage, celui-ci sera également mis en vente sous forme de livre numérique sur le site internet de l'éditeur.

Je forme le vœu que ce volume puisse, tout comme le précédent, encourager l'exploration des archives et susciter de nouvelles recherches sur l'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative.

Violence privée, violence publique

Des guerres privées sous saint Louis au concours de la force publique

Emmanuel VERNIER

Eusèbe-Jacob de Laurière nous le dit : « *Entre les différentes Ordonnances qui nous restent de saint Louis, il n'y en a pas eu de plus utiles, ni de plus sages, que celles qu'il fit, pour abolir les guerres privées et les gages de bataille, ou les duels judiciaires*¹ ». L'association de « guerre » et « privée », deux mots qui paraissent antinomiques, éveille l'attention. L'idée que ces guerres privées aient pu être abolies entraîne l'imagination vers un monde où, en substance, il n'est pas permis de régler ses comptes soi-même ; situation que nous associons à un État de droit, autrement dit au monde moderne. Dans ces conditions faire remonter l'abolition des « guerres privées » à saint Louis, roi certes fameux mais appartenant au Moyen Âge, époque réputée plus violente que juridique, semble relever de l'anachronisme. Sommes-nous alors en présence d'une de ces vastes impostures qui remplissent l'histoire ou, au contraire, nous méprenons-nous sur ces temps reculés ? S'attaquer à ces vieux meubles nous permettra peut-être d'éclaircir pourquoi ce thème, qui est plutôt une aspiration, éveille en nous aujourd'hui un écho aussi net.

Cette citation de Laurière, avant d'aller plus loin, montre qu'il est sans doute utile et nécessaire de crayonner quelques portraits. En effet, des noms seront mentionnés à plusieurs reprises et, saint Louis mis à part, ils sont peu connus, voire inconnus. Cette galerie sera brève mais substantielle : saint Louis, en fait Louis IX, roi de France, canonisé en 1297, né en 1214, mort le 25 août 1270, fils de Louis VIII, roi de France de 1223 à 1226, petit-fils de Philippe II dit Philippe Auguste (1165-1223) ; Jean de Joinville (v. 1224-1317), un de ses compagnons qui écrivit une *Vie de saint Louis* ; Pierre de Fontaines, qui fut notamment le seizième bailli du Vermandois² et rédigea entre 1253 et 1258 *Le Conseil de Pierre Fontaines à son ami* ; selon Joinville, Pierre de Fontaines est l'un des deux juristes vers qui, après avoir entendu une affaire adossé à son chêne, saint Louis se tourne pour la régler³ ; Philippe de Beaumanoir (vers 1250-1296), qui fut notamment le dix-septième bailli du Vermandois, que Marc Bloch

1 Laurière, Préface, tome I, p. XXV.

2 Ceci à une époque où le ressort du Vermandois était si étendu qu'on comprenait tout ce qui était domaine du roi en deux coutumes différentes seulement, celle du Vermandois et celle de France ! Fontaines, *Le Conseil de Pierre Fontaines*, Préface, page X.

3 Joinville, *Vie de saint Louis*, § 59.

présente en ces termes⁴ : « *Quel historien de la féodalité pourrait renoncer au secours du plus admirable analyste de la société médiévale, le chevalier poète et juriste, bailli des rois, fils et petit-fils de saint Louis, l'auteur, en 1283, des Coutumes du Beauvaisis*⁵ [...] ? » Marc Bloch fait allusion à Philippe III, dit Philippe le Hardi, roi de France de 1270 à 1285 et à Philippe IV, dit Philippe le Bel, roi de France de 1285 à 1314; Jehan Bouteiller⁶ (né vers 1340), auteur de la *Somme rurale, ou le Grand Coutumier général*, ouvrage composé de 1370 à 1392; Charles du Fresne sieur Du Cange (1610-1688), auteur des *Dissertations ou réflexions sur l'histoire de saint Louis du sire de Joinville* publiées avec diverses autres pièces en 1668; le premier à avoir fait imprimer *Le Conseil de Pierre Fontaines*; Le Nain de Tillemont (1637-1698), auteur d'une *Vie de saint Louis roi de France*⁷, sans doute achevée vers 1688; adepte de la méthode scientifique avant l'heure, Le Nain de Tillemont a vérifié, précisé et cité méticuleusement toutes ses sources; Eusèbe-Jacob de Laurière (1659-1728), initiateur du recueil des *Ordonnances des roys de France de la troisième race recueillies par ordre chronologique* qui couvre les années 1051 à 1514.

Cette recherche qu'il est proposé d'entreprendre commence par une petite énigme. Les textes sous saint Louis et ses successeurs dont il sera fait mention n'utilisent absolument jamais le terme de « *guerre privée* ». Pourtant cette expression se trouve aujourd'hui couramment dans les manuels d'histoire qui abordent l'époque de saint Louis. Notre expérience personnelle en témoigne puisque, retrouvant le cahier de notes d'histoire de quatrième, nous y avons lu que « *Louis IX est resté célèbre par son souci de justice : il établit le droit d'appel au Parlement royal (section spécialisée de la cour du roi pour juger) [...] roi pacificateur, il interdit les guerres privées [...]* ».

La fortune du terme mérite qu'on s'attarde sur son origine, mais cette quête est décevante. Laurière qui l'utilise abondamment dans le sens indiqué l'a manifestement prise dans Du Cange qui intitule sa vingt-neuvième dissertation *Des guerres privées et du droit de guerre par coutume*⁸. Du Cange précise qu'il a trouvé

4 Marc Bloch, *La Société féodale*, p. 179.

5 Ou aussi *Coutumes de Clermont en Beauvaisis*.

6 Manuscrit achevé vers 1394; Jehan Bouteiller serait né avant 1350 et mort en 1395 ou 1396; voir *Les Sources de la procédure au Parlement, de Philippe le Bel à Charles VII*, in Bibliothèque de l'école des chartes, tome LI, p. 502.

7 Cet ouvrage, longtemps resté manuscrit, fut finalement édité par Jean de Gaille entre 1847 et 1850.

8 Laurière consacre sa longue préface au premier tome du recueil des ordonnances paru en 1723 à des réflexions organisées par thèmes. L'un de ces thèmes est intitulé « *Des guerres privées* ». Laurière s'explique tout de suite, mais de manière sommaire, sur ce que sont ces guerres privées en les rattachant à « *un abus invétéré, chez les peuples du Nord, de venger les homicides et les injures par les armes* »; « *... si le différend ne se terminait pas par un accommodement, [ils] entraînent en guerre les uns contre les autres* ». Puis, il entame la fort longue histoire de cet usage, des mentions qu'en fait Grégoire de Tour (539-594) à l'époque de saint Louis. À la première occurrence de l'expression « *guerres privées* » qu'il met en italique, il nous renvoie à une note de bas de page (b) que nous citons : « *Voyez le Traité de Clément Vaillant, Des guerres privées, & M. Du Cange dans la XXIX^e Dissertation sur Joinville.* » Poursuivant l'enquête, nous trouvons en effet cette dissertation de Charles Du Fresne, sieur Du Cange, dans son ouvrage sur Joinville paru en 1669, dissertation intitulée *Des guerres privées et du*

l'expression chez deux légistes dont le plus ancien est un certain Clément Vaillant qui, dans un ouvrage intitulé *De l'état ancien de la France* paru en 1605, oppose les guerres publiques, entendues comme les guerres menées par le souverain, aux « guerres privées », c'est-à-dire les autres guerres. Vaillant en commence l'histoire à l'Antiquité avant de remonter vers son temps. Malheureusement, pour l'époque qui nous intéresse, le XIII^e siècle, Vaillant se borne à paraphraser ou recopier Beaumanoir. Or Beaumanoir, nous le verrons, n'utilise jamais l'expression « guerre privée ». Employée par Vaillant, l'expression apparaît plaquée sur les textes de droit de l'époque sans l'apport conceptuel de Du Cange, repris par Laurière, qui fait de saint Louis celui qui interdit cette coutume. En résumé, l'apport de Vaillant porte sur l'expression seule et le soupçon existe qu'il a abordé longuement l'époque de saint Louis au hasard de ses pérégrinations historiques pour une seule raison : Beaumanoir fournissait la matière.

L'apport de Vaillant est d'autant plus relatif que l'expression elle-même, sans lien avec saint Louis, n'est peut-être pas si rare. À l'époque de Vaillant, elle peut notamment se recommander de l'ouvrage d'Hugo Grotius (1583-1645) *Du droit de prise*⁹. Cet ouvrage, rédigé entre 1604 et 1605, n'est pas paru dans son intégralité du vivant de Grotius puisque seul le célèbre *Mare Liberum* qui en constituait une partie fut publié. Ce texte s'inscrit dans le contexte, intéressant pour notre sujet, d'une commande de la Compagnie hollandaise des Indes orientales qui souhaitait établir juridiquement son droit de prise suite à la capture d'un vaisseau portugais en 1603 par un de ses navires. Grotius, comme Vaillant, mais dans le cadre de sa commande, oppose systématiquement les « *belli privati* » aux « *belli publici* »¹⁰.

En tout état de cause, si l'expression fait image et est aujourd'hui solidement implantée, ces prémices traduisent déjà la difficulté de vouloir interpréter un

droit de guerre par coutume. C'est alors au tour de Du Cange de mentionner Clément Vaillant, en note de bas de page, cette fois comme auteur d'un ouvrage intitulé *De l'ancien Estat de la France*, publié en 1605. Pour être tout à fait complet, Du Cange mentionne dans cette même note sous l'expression « guerre privée » une autre source : *Dadin de Altaserra, l. 2. de Ducib. Et Comit. c. I*. Les recherches entreprises permettent d'identifier Dadin de Altaserra comme étant Antoine Dadin de Hauteserre, ou Dadinus Alteserra, ou Dadino Alteserra ou encore D'Autreserre, né à Cahors en 1602, mort à Toulouse en 1682. Un jurisculte semble-t-il, sans doute professeur de droit et auteur de différents ouvrages, qui sont, en tout état de cause, nécessairement postérieurs à celui de Clément Vaillant de 1605 mentionné par Du Cange. Le titre exact de l'ouvrage de Clément Vaillant est *De l'état ancien de la France déclaré par le service personnel dû par le vassal à son seigneur à cause de son fief tant profitable que guerrier, public et privé (De l'Estat ancien de la France déclaré par le service personnel deu par le vaffal à fon Seigneur à cause de fon Fief tant profitable que guerrier, public & priué, Diftributions de la Iustice qu'Honorable & Foy & Hommage)*. Le contenu du livre est précisé en seconde page, où nous trouvons : « *De la guerre publique livre premier / De la guerre privée livre second...* »

9 *De jure praedae*.

10 Le thème des « *belli privati* » a dû sembler prometteur à Grotius puisqu'il le reprendra dans l'œuvre qui assurera sa postérité, *Sur les lois de la guerre et de la paix (De iure belli ac pacis)*, publiée en 1625. Opposer guerre privée et guerre publique serait-il un mouvement plus général de la pensée à cette époque ? Notre propos n'est pas d'approfondir, mais la coïncidence est troublante.

terme appliqué au XVII^e siècle par Du Cange, puis au XVIII^e siècle par Laurière, à un texte pris au XIII^e siècle.

Pour nous lecteurs « modernes », la première ordonnance par laquelle, selon Laurière, saint Louis interdit les guerres privées figure à la cinquante-sixième page du premier tome du recueil paru en 1723 sous le titre *Ordonnance touchant les guerres privées*, nommée *la quarantaine le Roy*. Laurière précise qu'elle aurait été donnée par Louis IX, à Pontoise, au mois d'octobre 1245. Mais une seconde énigme se propose à nous, car Laurière précise en note de bas de page : « *Ce n'est point ici l'ordonnance de saint Louis, mais un extrait de celle du roi Jean du 9 avril 1353, que l'on donne en latin et en français, où la disposition de celle de saint Louis touchant les guerres privées, nommée par les praticiens la quarantaine le Roy, est exactement rapportée* ». Il convient d'en citer le début : « *Lorsqu'il y aura quelque délit pour lequel les parties seront en guerre, il y aura trêve pendant quarante jours, à compter du délit, dans laquelle tous les parents des deux parties seront compris, la guerre continuant entre les auteurs de la querelle...* » Autrement dit, nous ne disposons de ce texte qu'indirectement via une copie postérieure d'un siècle, et non seulement l'expression « *guerre privée* » n'y figure pas, mais la fameuse interdiction de saint Louis semble, en première analyse, se borner à une trêve de quarante jours qui ne concerne même pas les adversaires principaux ! Enfin, Laurière dénomme cette trêve de quarante jours « *quarantaine le Roy* » sans que cette expression ressorte du texte de 1353 qu'il produit¹¹.

Avant de rechercher dans quelle mesure ce supposé texte de 1245 est bien de saint Louis, une assez longue digression est nécessaire pour donner quelques indications sur ce qu'on entend par ordonnance ou édits de saint Louis, ainsi que quelques explications sur le sens et la portée de cette trêve de quarante jours, cette « *quarantaine du roi* ».

Le travail de recensement des *Ordonnances des roys de France de la troisième race recueillies par ordre chronologique* pour les années 1051-1514 par Eusèbe-Jacob de Laurière s'inscrit dans une longue lignée de recueils antérieurs auxquels il rend lui-même hommage dans la préface à son premier tome. Des recueils postérieurs reprendront ce travail et l'étendront jusqu'à la révolution (travail d'Isambert

11 Si « *quarantaine* » pour une trêve de quarante jours semble assez naturel, l'interrogation surgit quand l'expression est associée à un roi. Quarantaine du roi, certes, mais duquel ? Et pourquoi Laurière place-t-il en 1245 cette ordonnance prise en 1353 ? En tout état de cause, il est à peu près certain que le terme « *quarantaine* » n'était pas en usage sous saint Louis, ni même sous ses deux successeurs immédiats, puisque ni Pierre de Fontaines dans son *Conseil de Pierre Fontaines à son ami* rédigé entre 1253 et 1258, ni Beaumanoir dans ses *Coûtumes du Beauvaisis* datées de 1283, ne s'en servent, alors que la trêve de quarante jours est bien mentionnée par ce dernier. En revanche, elle est attestée chez Jehan Bouteiller dans sa *Somme rurale*, ouvrage composé de 1370 à 1392. La mention figure dans un paragraphe qui porte pour titre « *La constitution du Roy saint Louis qu'on appelle la quarantaine du Roy* » (« *La constitution du Roy S. Loys qu'on appelle la quarantaine du Roy*, Fontaines », *Le Conseil de Pierre Fontaines*, p. 290). Au passage, relevons qu'on ne peut pas faire confiance à Bouteiller quand il attribue l'ordonnance à saint Louis, sachant que Jean II l'avait fait vingt ou trente ans auparavant. Bouteiller, praticien du droit et homme de loi, ne pouvait que connaître ce texte antérieur. Cette mention n'établit donc rien.

par exemple)¹². Les sources sont multiples, souvent les originaux sont perdus et les textes ne sont alors connus que par des copies, voire des copies de copies, dont certaines se contredisent. Enfin, certaines copies sont des traductions du latin, de langues locales, etc. Ce n'est pas le lieu d'aborder ce point, qui est une science en soi. Il faut simplement retenir la difficulté évidente de cette tâche, avec pour conséquence que la présence d'un texte dans un recueil ne présente qu'une garantie toute relative d'authenticité.

Le temps qui passe accumule ces difficultés, car les textes se perdent. Entre Fontaines et Du Cange qui publie en 1688 *Le Conseil de Pierre Fontaines à son ami*, plus de trois cents ans ont passé. Du Cange a travaillé sur un manuscrit de la bibliothèque d'Amiens. Lorsque A.-I. Marnier réédite en 1846 cet ouvrage, deux cent cinquante ans plus tard, donc, il explique avoir travaillé sur plusieurs manuscrits, mais que celui utilisé par Du Cange est perdu ! Le premier tome du travail de Laurière couvre la période 1051-1327, soit cent soixante-seize ans, le vingt et unième la période 1497-1514, soit dix-sept ans ! La matière dont nous disposons est donc somme toute limitée et fragile. Fragile, nous en avons déjà eu des illustrations. Limitée, nous en prenons vraiment conscience quand il nous faut réaliser que les textes relatifs aux guerres privées, ou supposés tels, et le texte relatif au duel judiciaire, dont il faudra dire un mot, se comptent sur une main alors que saint Louis a régné plus de quarante ans. Ces textes sont les suivants : l'ordonnance de 1245 qui est supposée interdire les guerres privées, mais recopie un texte de 1353 qui ne les mentionne pas mais rappelle la trêve de quarante jours ; un petit texte méconnu de 1245 qui figure dans Du Cange, mais pas dans Laurière, et institue une trêve pour cinq ans¹³ ; un mandement de 1257 adressé aux fidèles du diocèse du Puy mentionnant une interdiction générale des guerres ; une ordonnance de 1260, dite « *de la Chandeleur* », nous dit Le Nain de Tillemont, qui interdit le duel judiciaire dans le domaine du roi, dont il faudra bien dire un mot : les *Établissements* de saint Louis, datés de 1270 et postérieurs à son dernier départ en croisade, que Montesquieu décrit en ces termes : « *une compilation de coutumes écrites et de lois* », mais aussi « *un code obscur, confus et ambigu, où l'on mêle sans cesse la jurisprudence française avec la loi romaine* »¹⁴ ; on y retrouve la prohibition du duel judiciaire, mais rien sur la trêve de quarante jours.

C'est bien peu pour un roi qui est passé à la postérité pour avoir, en particulier, interdit les guerres privées et le duel judiciaire ! Cela pourrait traduire la grande

12 *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, par MM. Jourdan, Decrusy et Isambert, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821-1833, 29 vol., dont un de tables.

13 Au XVIII^e siècle, ce texte figure dans le recueil réalisé par Edmond Martène, paru en 1724, *Veterum scriptorum et monumentorum historicum, dogmaticorum moralium, amplissima collectio*, tome I, p. 1295.

14 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, chapitre xxxviii. Montesquieu nous dit : « *Qu'est-ce donc que cette compilation que nous avons sous le nom d'Établissements de saint Louis ? Qu'est-ce que ce code obscur, confus et ambigu, où l'on mêle sans cesse la jurisprudence française avec la loi romaine ; où l'on parle comme un législateur, et où l'on voit un jurisconsulte ; où l'on trouve un corps entier de jurisprudence sur tous les cas, sur tous les points du droit civil ?* »

efficacité de ces textes, si nous ne savions que ses successeurs ont dû reprendre les mêmes interdictions à de nombreuses reprises. Ces cinq textes concentrent donc toutes les difficultés, à commencer par la notion même de « guerre », même si, en première analyse, Laurière en a donné un résumé fort simple. Aussi, comme tant d'autres auparavant, nous devons alors, malheureusement, ou plutôt heureusement, car c'est un plaisir de le lire, résumer, paraphraser ou citer ce juriste, contemporain de saint Louis, de son fils et de son petit-fils, qui jamais n'utilise le terme « guerre privée » : Beaumanoir.

Précisons qu'on ne peut qu'éprouver une grande admiration pour Beaumanoir. Sans doute son texte semble encombré de répétitions qu'on attribue souvent au fait qu'il devait dicter et non écrire. Mais ces répétitions, fréquemment, n'en sont pas. Il précise sa pensée, un point de droit. En somme, rien n'est inutile. C'est cette richesse qui explique qu'il n'y ait pas un commentateur, à notre connaissance, qui depuis huit cents ans ait su faire mieux que le résumer en le trahissant, ce que nous allons faire, ou qui l'ait paraphrasé, en le trahissant également mais plus longuement.

Nous avons déjà relevé que ce que, par convenance, nous appelons « guerre privée », est dénommé tout simplement « guerre » dans le langage de Beaumanoir. Il y consacre tout le chapitre LIX de ses *Coûtumes du Beauvaisis*, intitulé « Comment guerre se fait ». Les premières lignes méritent d'être citées en les modernisant, tout en sachant qu'il est difficile d'exprimer en français contemporain ce que disait Beaumanoir avec tant de finesse dans son franco-picard : « [...] guerre ne peut se faire entre deux frères germains engendrés des mêmes père et mère [...] car leurs lignages sont aussi proches de l'un que de l'autre et quiconque dont le lignage est le même que celui d'un des chefs de guerre, il ne doit de la guerre se mêler¹⁵ ». Ces « guerres » sont donc une situation où deux personnes privées entraînent dans le conflit qui les oppose l'ensemble de leur parenté. René Goscinny met en scène à l'époque romaine dans *Astérix en Corse* exactement ce type de drame entre deux familles de la plus belle île du monde. Ainsi exprimées les choses paraissent simples. Elles ne le sont pas et Beaumanoir nous l'explique fort bien.

De la citation du paragraphe 1667, nous retirons qu'une telle « guerre » ne peut avoir lieu entre deux frères car chacun des membres de leur lignage possède le même degré de parenté avec les autres membres. Beaumanoir précise d'ailleurs au paragraphe 1669 que la guerre pourra se faire si les frères ne sont que frères « de par père ou de par mère ». Autrement dit, il n'y a guerre, au sens où l'entend Beaumanoir, que si la famille du « chef de guerre » peut être attiré dans le conflit. Dans le cas contraire, entre frères germains par exemple, le conflit ne disparaît pas, mais, simplement, il ne rentre pas dans les prévisions strictes de la « guerre » entre personnes privées telle qu'elle était entendue. L'étendue de la parentèle n'est pas infinie. Beaumanoir précise qu'anciennement, il n'était pas question d'attirer dans la guerre les personnes liées au chef de guerre au-delà du septième

15 « [...] guerre ne se peut faire entre deux frères germains engendrés d'un père et d'une mère [...] car aucun n'a point de lignage qui ne soit aussi prochain à l'autre comme à lui et quiconque est aussi prochain de lignage de l'une partie comme de l'autre de ceux qui sont chefs de guerre, il ne se doit de la guerre mêler », § 1667.

degré de parenté, degré à partir duquel l'Église permettait le mariage. Mais, nous dit-il, la pratique avait fini par prévaloir de ne pas dépasser le quatrième degré de parenté, en conformité avec le relâchement progressif de l'Église qui avait fini par autoriser le mariage à partir de ce degré rapproché. C'est ce dont il est fait mention au paragraphe 1686. Beaumanoir précise encore que certains individus ou catégories doivent être expressément considérés comme détachés du conflit : « *les religieux, les femmes, les enfants mineurs et les bâtards* »¹⁶, sauf, et la précision est importante, « *s'il se met en guerre par son fait* ». Alors, ceux-là sont « *hors du péril de la guerre de leurs amis* »¹⁷. Implicitement, nous comprenons que la guerre peut comprendre tous ceux qui souhaitent y participer. De même, « *ne doivent pas être considérés comme étant en guerre en raison de la guerre de leur parent* »¹⁸ ceux qui sont « *en la voie d'outremer ou dans un lointain pèlerinage, ou envoyés en estranges terres par le roi ou pour le commun profit* »¹⁹. Et pourquoi cela ? Parce que, s'ils étaient parties au conflit, on pourrait les « *occire là où ils seraient ou là où ils iraient avant qu'ils ne sachent eux-mêmes qu'ils sont en guerre* »²⁰. Autrement dit, il s'agit d'obvier à l'inconvénient majeur qui résulterait du fait d'être attiré de droit dans un conflit dont on ignore tout. Si nous commençons par là à pressentir la portée d'une trêve de quarante jours, trois volets doivent encore être détaillés.

En premier lieu, cette guerre ne peut avoir lieu qu'entre gentilshommes. Elle est impossible entre un gentilhomme et un roturier – Beaumanoir les appelle « *gens de poosté* » – ou un « *bourgeois* » ; elle est impossible entre roturiers ou entre bourgeois²¹. Dans ces différents cas « *justice doit être rendue selon le méfait et ils ne peuvent recourir au droit de guerre* »²², c'est-à-dire que l'affaire doit se régler devant le juge.

En second lieu, deux procédures très encadrées permettent de reporter ou d'échapper à la guerre : la trêve et l'assurement (ou asseurement). Beaumanoir les aborde au chapitre LX, chapitre très technique, mais essentiel, qui s'intitule « *Des trêves et des assurements et du péril de briser trêves et assurements* »²³. Par la trêve, les parties conviennent de suspendre la guerre. Cette voie n'est donc pas ouverte aux roturiers, « *car les roturiers (gent de poosté) de par la coutume ne peuvent entrer en guerre et entre gens qui ne peuvent guerroyer, aucune trêve n'est possible* »²⁴. Spécifique aux guerres, la trêve n'est donc ouverte qu'aux seuls gentilshommes.

16 « *cils qui sont entré en religion, et fames, et enfant sousaagié (mineur), et bastars* ».

17 « *s'il ne se met en guerre par son fet* », § 1688.

18 « *ne doivent pas estre tenues en guerre pour la guerre de leur parens* ».

19 « *en la voie d'outremer ou en aucun loingtien pelerinage, ou envoié en estranges terres de par le roi ou pour le commun pourfit* », § 1689.

20 « *occire la ou il seroient ou en allant ou en venant avant qu'ils suessent riens de la guerre* ».

21 Nous l'avons déjà signalé ; « *Fame [femme] ne se combat pas* », *Coûtumes de Clermont en Beauvaisis*, § 1713.

22 « *il doivent estre justicié selonc le mesfet, ne se pueent aidier de droit de guerre* », § 1671.

23 « *des trêves et des assurements, et liquel peuvent être mis hors, et du péril de briser trêves et assurements* ».

24 « *car gent de poosté par la coutume ne pueent guerre demener et entre gens qui ne pueent guerroyer nules trives n'apartientent* », § 1691.

Elle semble être de droit si elle est demandée. Par l'assurance, la paix est imposée à l'une des parties en guerre sur la requête de l'autre partie. C'est le mode normal du règlement du conflit entre un gentilhomme et un roturier ou un bourgeois, puisque la guerre n'est pas possible entre eux, sauf si le roturier ou le bourgeois imprudent « *ne le veulent ou le daignent requérir*²⁵ ». Dans ce cas, s'« *ils ont mesfait à un gentilhomme, et que le gentilhomme se venge, ce dernier est dans son droit et il n'y a rien à lui reprocher*²⁶ » ! L'assurance, sous réserve donc qu'il soit demandé, garantit la protection du roturier et du bourgeois auquel le gentilhomme voudrait faire la guerre. C'est le corollaire de la prémisse selon laquelle la guerre ne peut avoir lieu qu'entre gentilshommes.

La différence entre trêve et assurance est donc totale. Beaumanoir le souligne qui nous dit : « *si trêve est brisée, il faut s'en prendre à ceux qui les brisent et si assurance est brisée, il faut s'en prendre à ceux qui les brisent, ainsi qu'à celui qui le donna*²⁷ ». La procédure de l'assurance était si efficace qu'elle a pu faire dire à Paul Viollet dans son ouvrage *Les Établissements de saint Louis* que « *la guerre privée est de droit : cependant, grâce à l'institution de l'assurance, elle n'est pour ainsi dire reconnue que si telle est la volonté des parties : pour peu que l'une d'elles désire s'y soustraire, elle a une grande chance d'y parvenir par la voie de l'assurance : elle assignera l'ennemi devant le juge, et celui-ci ordonnera à l'adversaire de faire assurance, c'est-à-dire de conclure une paix forcée*²⁸ ». Le Nain de Tillemont semble confirmer l'efficacité de ces procédures puisqu'il nous rapporte que « *Nicolas de la Mote, chevalier, ayant attaqué dans une église une personne à qui il avait promis sûreté en présence du bailli d'Amiens, le Parlement [la cour de justice de l'époque] ordonna, l'an 1259, qu'il serait arrêté et tenu prisonnier jusqu'à ce qu'il eut payé l'amende au roi*²⁹ ».

Enfin, en troisième lieu, Beaumanoir, dans un paragraphe important, détaille les obligations qui pèsent sur le comte ou le baron, manifestement entendus comme représentants de la justice royale, en matière de trêve et d'assurance en vertu d'un « *établissement au bon roi Loueïs* ». Il ne s'agit plus là d'une simple possibilité, mais d'un devoir. Il leur appartient « *quand ils savent qu'il y a entre les parties fait ou menaces et que les parties ne daignent pas requérir trêves ni assurance, ils doivent faire prendre les parties et les contraindre à donner trêve s'ils sont gentilshommes ; et si ce sont des roturiers, ils doivent être contraints à faire droit à*

25 « *ne le veulent ou le dignent requerre* », § 1672.

26 « *il ont mesfet as gentius hommes, et li gentil homme se vengent, l'en ne leur en doit riens demander* ».

27 « *qui brise trives, l'en ne s'en prent fors a ceus qui les brisent et qui brise assurance, l'en ne s'en prend a ceus qui le brisent et a celi qui la donna* », § 1694.

28 M. Viollet, *Les Établissements de saint Louis*, tome I, 1881, p. 190.

29 « *Nicolas de la Mote, chevalier, ayant attaqué dans une église une personne à qui il avait promis sûreté en présence du bailli d'Amiens, le parlement [la cour de justice de l'époque] ordonna, l'an 1259, qu'il seroit arrêté et tenu prionnaier jusqu'à ce qu'il eut payé l'amende au roi* », Le Nain de Tillemont, *Vie de saint Louis roi de France*, tome V, p. 432.

*l'assurance*³⁰ ». La sanction en cas de méconnaissance de ces dispositions peut aller jusqu'au bannissement.

Autrement dit, il appartient au comte ou au baron, en vertu de cet « *établissement* » de saint Louis, de prendre les devants et d'imposer trêve ou assurance dès qu'il est informé de la situation ! L'aspect le plus remarquable de ces dispositions est qu'elles s'imposent au comte ou au baron en vertu d'un texte que Beaumanoir attribue à saint Louis, étant entendu qu'il ne faut pas attacher trop d'importance au terme « *établissement* » chez Beaumanoir. Il semble l'employer indifféremment au sens d'ordonnance, mandement, édit... Il ne s'agit donc pas nécessairement des « *Établissements* » de 1270 qui ne mentionnent pas cette extension de la juridiction royale. Cette particularité de la procédure de l'assurance que Beaumanoir attribue à saint Louis est peut-être à l'origine des thèses contrastées qui entourent cette coutume. En effet, si nous pouvons y voir un instrument pour éviter les guerres privées, d'autres l'ont interprétée comme la marque d'un saint Louis habile à élargir la puissance royale. C'est implicitement l'analyse de M. Viollet qui soutient que l'assurance fut « *en France un des moyens dont se servit l'autorité royale pour gagner du terrain*³¹ ». Signalons enfin que certains ont émis l'hypothèse qu'il fallait rattacher ces pouvoirs donnés aux comtes ou barons aux textes de saint Louis imposant les trêves³². L'hypothèse est peu probable puisque ces mêmes textes ne disent rien de l'assurance !

Quoi qu'il en soit, la portée de ces dispositions qui permet à la justice royale d'imposer trêve ou assurance apparaît immense. D'abord, l'état du droit de la guerre décrit par Beaumanoir est en fait extraordinairement subtil, complexe et procédurier ; le Moyen Âge est sans doute violent, mais il est aussi épris de droit, voire même de la recherche d'un État de droit. Ensuite, la « *guerre privée* » est un mode très encadré, mais légal, de résolution des conflits ; un regard moderne constaterait que les gentilshommes (les seuls auxquels la guerre est permise) bénéficient ainsi d'une prérogative de puissance publique leur permettant d'assurer l'exécution d'un jugement : la limite de cette tentative de théorisation étant qu'ils sont également les seuls juges de leur propre affaire ! Troisièmement, l'assurance, sans doute très ancien, contribue à limiter les possibilités de « *guerre privée* » et, si nous en croyons Beaumanoir, saint Louis a fait en sorte que les représentants de la justice royale puissent l'imposer aux protagonistes, donc contre leur gré ; cette réforme, dont on ne voit pas pourquoi il ne faudrait pas en laisser le bénéfice à saint Louis, si elle est certes un outil habile pour étendre les prérogatives du roi, est aussi une voie radicale pour éviter que le règlement des conflits ne se fasse de manière violente et... privée. Enfin, la « *guerre privée* » est ouverte en droit à fort peu de monde, mais lorsqu'elle commence elle peut attirer une multitude

30 « *quant il se vent qu'il a entre les parties fet ou menaces et [les parties] ne deignent requerre trives ne asseuement, il doivent fere prendre les parties et contraindre les a donner trives se ce sont gentil homme ; et se ce sont gent de poosté, ils doivent estre contraint a fere droit asseuement* ».

31 M. Viollet, *Les Établissements de saint Louis*, tome I, p. 183.

32 Voir le commentaire en note de bas de page dans l'édition des *Coûtumes du Beauvaisis*, § 1701.



du fait des liens familiaux, sans préjudice des alliances qui sont possibles, nous l'avons vu. En ce sens, elle peut être dévastatrice.

De nouveau, nous pressentons l'utilité d'une trêve de quarante jours après le heurt initial. Beaumanoir traite complètement la question. Beaumanoir décrit le cas où le conflit commence par suite d'un «*fait*». Dans un tel cas, la guerre peut commencer tout de suite pour ceux qui ont participé *au fait*. En revanche, «*les lignages des parties ne sont pas en guerre avant que quarante jours ne se soient écoulés depuis le fait*³³». C'est bien ce que disait Laurière. L'idée est reprise ultérieurement : «*À ce qui est dit des guerres en ce chapitre on peut voir que les gentilshommes sont en guerre pour le fait de leurs amis, quand bien même ils n'y auraient pas participé, mais seulement lorsque quarante jours ont passé depuis le fait*³⁴». Autrement dit, lorsqu'un conflit a surgi et qu'il entre dans la catégorie des guerres, seuls ceux qui sont parties au conflit initial, les «*chefs de guerre*» notamment, peuvent se combattre tout de suite. Les autres, c'est-à-dire les autres membres de la parentèle que la guerre va attirer dans le conflit, disposent d'une forme de délai de réflexion et d'information de quarante jours. Le sujet est d'importance. Beaumanoir expose, en lui consacrant l'intégralité du paragraphe 1702, la raison de ce délai : «*Trop mauvaise coutume a cours en cas de guerre au royaume de France*³⁵», commence-t-il, puis de décrire les circonstances où les parents d'un des protagonistes du premier jour, totalement ignorants du conflit, sont pris à partie «*de nuit et de jour*» et «*sont occis, estropiés, mutilés ou battus*»³⁶.

C'est pourquoi, nous dit Beaumanoir, «*le bon roi Philippe en fit un établissement / ont par l'establishement le roi quarante jours de trêves*³⁷». Ce n'est qu'une fois ce délai passé qu'«*ils sont en la guerre*». Beaumanoir conclut en soulignant que ces quarante jours sont le temps que le lignage pourra mettre à profit pour être informé du conflit et de sa suite, qui peut être la guerre, mais aussi un assurement, une trêve (nous sommes entre gentilshommes) ou même la paix ! Nous avons déjà relevé qu'une préoccupation voisine fonde le motif pour lequel les membres des familles en guerre qui sont outre-mer «*ne doivent pas être considérés comme étant en guerre en raison de la guerre de leur parent*» (voir *supra*). Les sanctions, si les quarante jours ne sont pas respectés, sont sévères et proportionnées aux crimes et délits commis : s'il y a eu «*homme mort*», le coupable doit être traîné et pendu, ses biens confisqués ; si un homme a été «*roué de coups*»³⁸, le coupable «*doit avoir longue prison*» et payer une amende à la discrétion du seigneur, mais pour le compte du roi, croit-on comprendre, car il n'est pas admissible que le seigneur

33 «*le lignage de l'une partie et de l'autre ne sont en la guerre devant quarante jours après le fait*», § 1670.

34 «*À ce qui est dit des guerres en ce chapitre peut-on voir que les gentilshommes sont en guerre pour le fait de leurs amis, tout ne fussent-ils au fait, mais c'est quand les quarante jours sont passés après le fait*», § 1684.

35 «*Trop mauvaise coutume courre en cas de guerre au royaume de France...*»

36 «*il l'ocioient [occir] ou mehaignoient [estropier, mutiler] ou batoient ou en fesoient toute leur volonté*».

37 «*li bons rois Phelippes [en] fist un establishement / ont par l'establishement le roi*».

38 «*fors bateure*».

local « *ait l'amende des trêves enfreintes, qui ont été décidées par le souverain*³⁹ ». Les effets de cette trêve de quarante jours sont donc d'une grande portée pratique.

Dans ces deux seuls passages, aux paragraphes 1702 et 1704, Beaumanoir attribue nettement l'institution de la trêve des quarante jours au roi : « *le bon roi Philippe* » (et « *par l'établissement le roi* ») au paragraphe 1702, le souverain au paragraphe 1704. Que d'exégèses de cette mention du bon roi Philippe rapportée à la trêve de quarante jours ! Du Cange en conclut dans sa XXIX^e dissertation qu'il s'agit d'une ordonnance édictée par Philippe III, fils de saint Louis, dit Philippe le Hardi, roi de France de 1270 à 1285, tout en remarquant que Jean II l'attribue à saint Louis dans une ordonnance de 1353, ainsi que Bouteiller dans sa *Somme rurale*. Mais, nous l'avons dit, la *Somme rurale* étant postérieure à 1353, elle n'établit en rien que la trêve a été instituée par saint Louis. Cet ouvrage nous apprend seulement que cette trêve pouvait être dénommée « *la quarantaine le roi* ».

Laurière, pour sa part, observe que Beaumanoir semble réserver l'expression « *le bon* » roi aux souverains défunts⁴⁰. Il en conclut que cette trêve fut, d'une part, établie par Philippe Auguste, seul « *bon roi* », au sens de roi défunt, du nom de Philippe lors de la rédaction des *Coûtumes du Beauvaisis* en 1283 puisque Philippe III était bien vivant à cette date et, d'autre part, confirmée par saint Louis, petit-fils de Philippe Auguste, par une ordonnance de 1245 que nous n'avons qu'indirectement par une ordonnance de Jean II de 1353 ! Mais, ni Laurière, ni Du Cange ne disposaient de la masse des manuscrits qui ont été examinés par leurs successeurs. La version des *Coûtumes du Beauvaisis* que nous utilisons, éditée en 1899 et 1900, résulte du travail minutieux de M. Salmon. Il a utilisé et comparé onze manuscrits codés de A à K. Chaque fois qu'un mot de la version éditée ne se retrouve pas dans tous les manuscrits, il le signale. Or, à la mention « *le bon roi Philippe* », la note de bas de page b) page 372 nous indique que le manuscrit E porte « *roi Louis*⁴¹ ». C'est peut-être un indice en faveur de saint Louis, mais si cela est vraiment le cas, l'indice est bien faible. Un autre exemple montre que l'usage de « *bon roi* » pour les seuls rois défunts est chez Beaumanoir erratique. L'index nous apprend que Beaumanoir mentionne très peu de rois. Dans une de ces rares occurrences, dans le paragraphe consacré au duel judiciaire, il utilise l'expression « *le roi Louis l'ôta de sa cour de justice*⁴² ... », non celle du « *bon roi Louis* ». Or, si, sur ce point au moins, il est certain que c'est bien le roi saint Louis qui interdit de recourir au duel judiciaire dans son domaine, il reste qu'il était décédé quand Beaumanoir composa son ouvrage. Précisons quand même qu'au cas d'espèce, le manuscrit A recensé par M. Salmon porte la mention « *le saint roi*⁴³ » et le manuscrit C la mention qu'on s'attend à trouver « *le bon roi* ». De ces exemples contrastés, il résulte que l'expression « *bon roi* » n'est guère décisive. On

39 « *ait l'amende des trêves enfreintes, qui sont données du souverain* », § 1704

40 Il cite à l'appui de sa thèse le fait que, lorsque Beaumanoir présente une coutume relative au douaire des femmes, il l'attribue à « *l'établissement du bon roi Philippe Roi de France, lequel régna en l'an de grâce 1214* », c'est-à-dire Philippe II, Philippe Auguste, mort en 1223.

41 « *rois Loëys* ».

42 « *li rois Louëis les osta de sa court...* », § 1722.

43 « *li sains rois* ».

pourrait aussi soupçonner qu'il était indifférent pour Beaumanoir d'attribuer la trêve de quarante jours à saint Louis ou à son grand-père Philippe II Auguste, ou à son fils Philippe III le Hardi, du moment que cette trêve était en vigueur. Or, sur ce point au moins, les *Coûtumes du Beauvaisis* ne laissent aucun doute.

En revanche, l'ordonnance de Jean II qui attribue la quarantaine à saint Louis est vidimée, Laurière nous en donnant tous les détails. Mais le fait qu'une ordonnance allègue un précédent pris sous l'empire d'un roi aussi célèbre que saint Louis, sans mentionner de date ou de référence, est en soi plus suspect que décisif. Paul Viollet observe d'ailleurs qu'il n'y a pas de consensus parmi les chercheurs. Daresté de La Chavanne, dans son *Histoire de l'administration en France et des progrès du pouvoir royal*⁴⁴, relève « [...] [qu'] on se servait du souvenir populaire de saint Louis pour faire passer un grand nombre d'innovations » et que « Philippe le Bel et ses fils se vantent, dans presque toutes leurs ordonnances, de rétablir les choses comme au temps de Monseigneur saint Louis ; notre aïeul ou notre bisaïeul ». Finalement, une fois encore, la seule certitude vient de Beaumanoir et des *Coûtumes du Beauvaisis* : en 1283 la trêve de quarante jours en cas de guerre entre personnes privées était établie.

À ce stade, il convient de reprendre les cinq textes sous saint Louis que nous avons mentionnés. Laurière le premier a daté de 1245 l'ordonnance de saint Louis supposée abolir les guerres privées et instituer la quarantaine. La raison de cette date est mystérieuse au regard des incertitudes qui entourent le texte qui, nous l'avons dit, n'est donc que la recopie d'un texte de 1353⁴⁵. P. Viollet, qui s'est livré sur *Les Établissements* de saint Louis au même travail minutieux que M. Salmon pour les *Coûtumes du Beauvaisis*, clarifie la question à l'occasion d'une communication à l'Académie des inscriptions et belles-lettres en 1890⁴⁶. P. Viollet relève que Du Cange cite dans sa *xxix^e* dissertation le début, en latin, d'une « ordonnance de S. louys donnée à Pontoise au mois d'octobre l'an 1245 » qui institue une trêve pour cinq ans, manifestement en prévision de la croisade, mais dont le départ n'aura lieu en fait qu'en 1248⁴⁷. Nous l'avons mentionnée en seconde place de notre liste de cinq textes.

44 Daresté de la Chavanne, *Histoire de l'administration en France et des progrès du pouvoir royal*, chez Guillaumin et Cie, libraires, 1848, tome II, p. 270.

45 Soullignons que Jean-Marie Pardessus, qui fut le dernier successeur de Laurière dans l'édition de son recueil, a établi une table de l'ensemble des édits et ordonnances. Pour l'année 1245, à l'*Ordonnance touchant les guerres privées*, nommée la quarantaine le Roy mentionnée par Laurière, J.-M. Pardessus note que « le texte est transcrit, mais non vidimé, dans une ordonnance du 9 avril 1353 ».

46 P. Viollet, « Une ordonnance peu connue de saint Louis », in *Comptes-rendus des séances de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 34^e année, N. 6, 1890, p. 444-448.

47 Le Nain de Tillemont l'a analysée en ces termes : « Il [saint Louis] l'adresse à un bailli nommé André le Jeune, et on la cite comme une ordonnance générale pour tous les autres. Il ordonne à ce bailli de faire cesser par autorité royale toutes les guerres particulières qui pouvaient être entre ceux de sa juridiction, et d'obliger les parties à se donner trêves pour cinq ans à compter de la Saint-Jean prochaine. Il ordonne encore que les Croisés auront un délai de trois ans pour ce qu'ils devaient aux bourgeois », Le Nain de Tillemont, *Vie de saint Louis roi de France*, tome III, p. 89.

La citation de ce texte chez Du Cange vient plutôt comme une incise. En effet, le passage où elle se trouve est tout entier consacré à la question de l'assurement, en résumant, comme nous, Beaumanoir. Comme par ailleurs Du Cange cite, avec précision, quelques pages avant et en la datant, l'ordonnance de Jean II de 1353 qui confirme l'ordonnance de saint Louis suspendant les guerres pendant quarante jours, P. Viollet émet l'hypothèse que Laurière ayant lu Du Cange a fait masse du tout. C'est-à-dire qu'il aurait confondu l'ordonnance imposant une trêve pour cinq ans précisément datée de 1245 avec l'hypothétique ordonnance de saint Louis visée par Jean II. S'il était besoin d'ajouter quelque chose, Laurière donne, pour cette prétendue ordonnance supposée abolir les guerres privées et instituer une trêve de quarante jours, la date et le lieu de « *Pontoise, au mois d'octobre 1245* », c'est-à-dire la date et le lieu mêmes de l'ordonnance citée par Du Cange, qui institue une trêve pour cinq ans et dont le texte n'a donc aucun rapport avec une trêve de quarante jours.

En résumé, le premier texte cité par Laurière comme étant de 1245 n'existe pas et le second, cité par Du Cange, est tombé dans l'oubli sans qu'on sache pourquoi. En tout état de cause, la confusion dure encore.

Il est également temps de clore la question de la portée du troisième texte de notre liste de cinq, c'est-à-dire de l'ordonnance de saint Louis donnée à Saint-Germain-en-Laye en 1257 au mois de janvier et que Laurière intitule également *Touchant les guerres privées, ou a Trêve nommée la quarantaine le Roy*⁴⁸. Mais ce texte dont l'authenticité n'est pas contestée n'a pas de rapport avec la trêve de quarante jours. Adressé aux fidèles du diocèse du Puy, il s'agit d'un mandement d'arrêter les guerres, les incendies et de perturber les laboureurs⁴⁹. Peut-être est-ce une confirmation de la trêve imposée en 1245 pour cinq ans, mais en aucun cas une confirmation d'un hypothétique texte de 1245 imposant une trêve de quarante jours en cas de « *guerre privée* », contrairement à ce qu'allègue Laurière.

Enfin, s'inscrivant dans l'effort du roi pour restreindre la résolution violente des conflits privés, il nous faut mentionner notre quatrième texte relatif aux duels : l'ordonnance de 1260, dite « *de la Chandeleur* ». Cette « *ordonnance* » prohibe le duel judiciaire dans le domaine royal, les pays d'« *obéissance-le-roi* ». Le duel judiciaire, ou gage de bataille, était cette coutume par laquelle le combat entre les requérants, sous l'hospice du juge, décide de l'issue du procès, la « *guerre privée en miniature* », dit P. Viollet⁵⁰ ; c'était aussi, et surtout, une des voies de recours contre un jugement⁵¹. D'un point de vue pratique, des tempéraments au duel avaient déjà été imposés. Louis Le Jeune, en 1168, décida qu'il n'y aurait plus de duel pour une dette inférieure à cinq sols. Philippe Auguste son fils décida

48 Laurière, tome I, p. 84.

49 « *guerras omnes inhibuisse in regno, et incendia, et carrucarum perturbationem* ».

50 P. Viollet, *Les Établissements de saint Louis*, tome I, p. 184.

51 Beaumanoir nous précise que si « *le roi Louis les ôta de sa cour de justice, il ne les ôta pas de celle de ses barons* » (« *li rois Loueïs les osta de sa court, il ne les osta pas de la court a ses barons* »), *Coûtumes de Clermont en Beauvaisis*, § 1722.

que les champions ne combattraient qu'avec des bâtons de trois pieds⁵²! Dans la forme, Ernest-Joseph Tardif a établi en 1887⁵³ par une remarquable étude que cette « *ordonnance* » était plus sûrement un « *mandement* » adressé par saint Louis à ses baillis, accompagné d'une instruction détaillée sur la procédure d'enquête qui devait s'y substituer. Il a également précisé que, contrairement à ce que Le Nain de Tillemont avait soutenu, ce mandement a été adopté non en 1260, mais en 1258, à la session de la Nativité, entre le 8 et le 15 septembre. Il est remarquable que la prohibition des duels imposée par saint Louis soit inséparable de l'institution de la procédure d'enquête, c'est-à-dire la preuve par témoin. En fait, l'un remplace l'autre. Cette preuve par témoin est un mélange de procédure publique et de procédure secrète inspiré du droit canon. Les témoins sont entendus hors des parties et leurs dires, mis par écrit, sont communiqués à l'accusé. Si insatisfaisant que cela paraisse, c'était un progrès par rapport au duel! Les réticences ont d'ailleurs été multiples, notamment de la part des grands seigneurs qui avaient, avec raison, le sentiment de perdre une prérogative essentielle. Quoi qu'il en soit, il est établi que, contrairement au texte mystérieux de Laurière de 1245, il existe bien un acte positif de saint Louis prohibant les duels. Les *Olim*⁵⁴, analysés par E.-J. Tardif, démontrent que jusqu'à un certain point ce mandement était respecté, même si Beaumanoir lui-même assista à un duel au bois de Vincennes – se référer au paragraphe 1770 –, ce qui laisse deviner aussi combien cette interdiction fut difficile à appliquer.

Enfin, il nous faut dire deux mots des mystérieux *Établissements* de saint Louis, datés de 1270. Les interrogations de Montesquieu sur cette compilation sont partagées par tous les chercheurs. Nous avons déjà signalé qu'on y retrouve la prohibition du duel judiciaire, mais rien sur la trêve de quarante jours, ce qui est curieux. Une allusion, au chapitre xxxviii du livre II, peut cependant être rattachée aux guerres, car l'avant-dernier alinéa de ce chapitre intitulé « *Des chevauchées [...]* » se conclut par : « *le roi interdit les armes [le port d'arme ?] et les chevauchées, par ses établissements [...] et les guerres* »⁵⁵. Mais tout est incertain dans cette compilation. P. Viollet qui a étudié à fond la question, rejoignant les doutes exprimés par Montesquieu, ne leur accordait pas un statut supérieur à celui d'une... compilation.

52 Laurière qui mentionne ces curieux faits précise ses sources, voir tome I, Préface, page XXXV.

53 Ernest-Joseph Tardif, *La Date et le caractère de l'ordonnance de saint Louis sur le duel judiciaire*, L. Larose et Forcel, 1887.

54 « *Jean de Montelucio... qualifié maistre* », nous dit Le Nain de Tillemont, *Vie de saint Louis roi de France*, tome V, p. 272, fut à l'origine des registres du parlement de Paris qu'on appelle *Olim*. Ils couvrent environ la période 1254 à 1318. La série fut publiée par Jacques-Claude, comte Beugnot, Imprimerie royale, Paris, 1839-1848, 3 tomes en 4 volumes.

55 Chapitre xxxviii, livre II, avant-dernier alinéa : « *Car mes sires li roi deffiant les armes et les chevauchées, par ses établissements et les noveles avoeries, et les guerres* », *Les Établissements de saint Louis*, tome II, dans l'édition de P. Viollet, p. 470. Signalons que Beaumanoir semble confirmer la portée de cet « *Établissement* », *Coûtumes de Clermont en Beauvaisis*, § 1653.

En somme, il nous reste seulement, des textes pris par saint Louis, qu'il a, à plusieurs reprises, imposé des trêves générales et mis fin, dans son domaine, au duel judiciaire.

Naturellement les préoccupations de saint Louis, nonobstant l'image d'Épinal qui l'entoure, n'étaient pas simplement un idéal de justice. Nous avons déjà mentionné la volonté probable d'étendre ses pouvoirs réels. Nous pouvons aussi y voir une forme d'élargissement de la majesté royale : se faire justice soi-même, même légalement, c'est méconnaître la justice du roi, donc nier l'essence de son autorité. Enfin, de manière très concrète, se faire justice soi-même c'est consommer à titre personnel une ressource rare en la personne du soldat. Il n'est pas indifférent que la trêve pour cinq ans instituée en 1245 ait été imposée en vue de la croisade : saint Louis ne pouvait se permettre de voir ses sujets dissiper leur potentiel guerrier en conflits privés au moment où lui-même partait en guerre. Mais ces préoccupations royales et « égoïstement » guerrières, si elles expliquent le moteur du processus, n'en expliquent pas le succès. Tout prouve en effet que les guerres privées ou le duel judiciaire tombèrent en désuétude, bien plus qu'ils ne furent interdits efficacement par tel ou tel texte.

Une anecdote éclairera notre thèse. En Angleterre comme en France, le duel judiciaire (*trial by battle*) existait. Sans qu'aucun texte l'interdise et sans qu'aucune des tentatives pour l'abolir par la loi aboutisse, il tomba en désuétude. Il est établi que le dernier duel judiciaire effectif eut lieu en 1593⁵⁶. La question fut posée une dernière fois en avril 1818 lors de l'affaire Ashford vs Thornton⁵⁷. Thornton était accusé du meurtre de Mary Ashford, mais fut acquitté par le jury. Le frère de Mary Ashford fit appel et Thornton fut arrêté une nouvelle fois. C'est alors qu'il demanda le duel judiciaire ! Nous reconnaissons là la voie de recours (*writ of right* en l'occurrence) contre une sentence décrite pour le Moyen Âge. La justice se trouva dans l'embarras, car dans l'impossibilité de ne pas faire droit à cette demande : légalement cette voie de règlement des conflits avait perduré. La chronique rapporte que les juges se résignèrent « à appliquer la loi, telle qu'elle est, et non telle qu'ils la souhaiteraient »⁵⁸. Le duel judiciaire fut autorisé par la cour. Le frère de la victime ne releva pas le défi et le prévenu ressortit libre du tribunal. Cette forme d'appel fut abolie par la loi en juin 1819. Le duel judiciaire avait donc disparu en fait dès 1593, mais en droit seulement en 1819 : la pratique était tombée en désuétude deux cents ans avant le texte !

Un tel résultat ne se conçoit pas s'il ne s'insère dans un mouvement d'ensemble de nature à satisfaire la préoccupation initiale, c'est-à-dire réussir à faire valoir son droit, donc un système judiciaire efficace !

56 Même s'il est certain qu'un duel avait été décidé en 1638. Mais Charles I^{er}, alerté, usa de son influence pour que la cour reporte systématiquement les échéances, ce qui fut fait sans qu'on sache si finalement il eut lieu ou non.

57 Rapporté dans *The Newgate Calendar*, dans la version éditée par Donal O' Danachair, volume 5, p. 391 et suivantes.

58 « ... *that sitting there, in their judicial capacities, to administer the law, as they found it, and not as they wished it to be...* ».

De fait, tous les efforts de saint Louis et de ses successeurs pour réduire le champ des guerres privées légales avaient pour corollaire de pousser les requérants dans les bras des juges. Encore fallait-il qu'il y ait des juges. C'est pourquoi la disparition progressive des guerres privées ne peut pas s'appréhender si elle n'est pas mise en perspective avec le développement d'une justice efficace. L'une ne va pas sans l'autre.

Nous avons déjà mentionné que Beaumanoir semble créditer saint Louis d'avoir donné à la procédure de l'assurement une nouvelle portée en permettant à la juridiction royale de l'imposer quand bien même il n'est pas demandé. Par-delà cet exemple, c'est l'ensemble de la procédure judiciaire que saint Louis a placée sur des bases nouvelles. Des ouvrages ont été consacrés à ce thème. Nous citerons simplement quelques points saillants.

J.-M. Pardessus, dans son *Essai sur l'organisation judiciaire*⁵⁹, observe que les *Olim* sont présentés comme l'ouvrage de la cour seule ; si le roi est encore mentionné, ce n'est que dans la mesure où, « lorsqu'il fallait les exécuter par voie de contrainte contre les personnes ou sur les biens des condamnés, ces exécutions étaient faites au nom du roi, de par le roi, parce qu'à lui seul appartenait l'emploi de la force publique »⁶⁰. Le jugement n'est donc plus rendu par le roi, mais au nom du roi, comme aujourd'hui au nom de la République. Antérieurement, ils émanent directement du roi, conformément au modèle des chartes et ordonnances. Le changement est remarquable ! Il est certain que la procédure de l'appel des jugements (« fausser » le jugement chez les vassaux, « supplication » dans les pays d'obéissance-le-roi)⁶¹ est antérieure à saint Louis⁶².

Il est certain également que saint Louis interdit le duel judiciaire dans ses domaines, nous l'avons vu. Or le duel judiciaire était une des voies d'appel, ou plutôt celui qui faisait appel devait pouvoir combattre. La question est complexe, mais il semble établi que, par l'interdiction du duel, il devint possible, tant dans les pays d'obéissance-le-roi que dans les pays hors l'obéissance-le-roi, de faire appel « sans bataille » pour employer l'expression de Fontaines qui relate un premier cas à Saint-Quentin, dans le domaine du roi, et un second à Ponthieu, chez un vassal⁶³. Montesquieu développe de manière circonstanciée la question⁶⁴. Il en

59 Jean-Marie Pardessus, *Essai sur l'organisation judiciaire*, Auguste Durand libraire, Paris, 1851, p. 112.

60 Nous relevons que la formule exécutoire d'un jugement contemporain est ainsi rédigée : « En conséquence, la République française mande et ordonne à tous "huissiers de justice" [...] de mettre ledit arrêt à exécution, aux procureurs [...] d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique d'y prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. » N'est-ce pas à se demander qui est moderne ?

61 Il existe aussi la voie du « défaut de droit ». Sur ces différences qui ne nous intéressent pas ici, mais sont essentielles à l'époque, voyez en particulier Fontaines, *Le Conseil de Pierre Fontaines*, chapitres XXI et XXI et Beaumanoir, *Coûtumes de Clermont en Beauvaisis*, chapitres LXI et LXII.

62 Fontaines, *Le Conseil de Pierre Fontaines*, p. 301, relate que Philippe Auguste envoya son conseil en la cour de l'abbé de Corbie pour un jugement qui était faussé (« qui ert fausez »).

63 Fontaines, *Le Conseil de Pierre Fontaines*, chapitre XXII, § XXIII, p. 304.

64 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, chapitre XXIX.

conclut que procéder ainsi eut pour conséquence d'ouvrir l'appel aux vilains, car, sinon, ne pouvant combattre, la voie du duel judiciaire leur était fermée⁶⁵. Selon Montesquieu, le Parlement, c'est-à-dire la cour de justice du roi, reçut leurs appels comme ceux des personnes franches.

Mentionnons encore *L'Ordonnance pour la réformation des mœurs* de 1254⁶⁶ qui impose aux sénéchaux, après serment public, de rendre la justice sans distinction des personnes, suivant les coutumes et les usages approuvés, de conserver de bonne foi les droits du Roy sans préjudice à ceux des particuliers, de ne recevoir aucun présent, ni eux, ni leurs femmes, ni leurs enfants. Ce texte interdit aussi aux baillis supérieurs d'acheter directement, ou indirectement, sans la permission du roi, des immeubles dans leur baillage pendant l'exercice de leur charge⁶⁷. La voie était ouverte vers l'impartialité et la professionnalisation des juges. Sur ce dernier point, nous pouvons encore relever, par une incidente, que l'interdiction du duel judiciaire et son remplacement par l'enquête conduisaient en soi à une professionnalisation des juges. Il fallait écrire!

En somme, autant les « guerres privées » tendaient à faire du plus fort son propre juge, autant saint Louis initia un mouvement en sens contraire en plaçant la juridiction royale en position de cour supérieure au-dessus des parties, à même d'accueillir dans son prétoire non seulement les appels, mais toutes les affaires comme en témoigne la plus célèbre affaire de l'époque, le jugement d'Enguerrand de Coucy⁶⁸. Les *Etablissements*, avec les précautions d'usage concernant leur portée, conduisent aux mêmes conclusions dans plusieurs chapitres où le jugement est attribué au roi au motif que nul ne doit être juge de sa propre cause⁶⁹. C'est ce mouvement d'ensemble seul qui donne assise aux tentatives de saint Louis de restreindre la violence légitime à la sphère publique.

65 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, chapitre xxxi.

66 Cette ordonnance désigne le Languedoc et le Languedoil, mais elle semble s'appliquer à l'ensemble du domaine. Il semblerait qu'une ordonnance similaire de 1256, *L'Ordonnance pour l'utilité du royaume*, ne soit qu'une copie de celle de 1254. Voir la table rédigée par J.-M. Pardessus, tome XXI, p. 22.

67 Mais il leur est demandé aussi d'exécuter l'ordonnance contre les sortilèges des Juifs qui enjoint notamment de brûler leurs livres!

68 Enguerrand de Coucy avait commis en 1255 un crime révoltant pour lequel il fut jugé et condamné. D'une part, Enguerrand de Coucy demanda la preuve par duel. Non seulement saint Louis ne lui accorda pas cette possibilité, mais il estima que l'en priver ne le privait pas, lui, le souverain, du droit de le juger. D'autre part, ce grand seigneur aurait dû être jugé par ses pairs et le roi; les pairs se déportèrent, saint Louis, resté seul avec son conseil, s'estima compétent. Voyez Le Nain de Tillemont, tome IV, p. 186 et tome V, p. 268 et Jean-Marie Pardessus, *Essai sur l'organisation judiciaire*, Auguste Durand libraire, Paris, 1851, p. 52.

69 Au chapitre LXXVIII du livre I, Laurière, tome I, p. 169, on trouve que la cour du roi recevait les appels des gentilshommes, car « le Roi ne tient son pouvoir de nul autre que de Dieu et de lui-même » (« li Rois ni tient de nului fors de Dieu & luy »). On trouve encore, avec la même limite, une curieuse mention au chapitre xxvii du livre II, Laurière, tome I, p. 275, selon laquelle un seigneur ne peut être le juge d'une contestation avec son vassal pour une dette qu'il (le seigneur) lui doit ou des promesses qu'il (le seigneur) lui a faites, car « à ce jugement trois choses sont nécessaires : un juge, un demandeur et un défendeur ». Partant, le jugement est attribué au roi.

Notre époque n'est pas la seule où l'attention tend à se focaliser sur des textes emblématiques, si emblématiques que, dans certains cas, personne ne se préoccupe plus de savoir s'ils ont vraiment existé. Mais aujourd'hui comme hier le sillage du bateau est plus important que les phares qui jalonnent sa course.

Dans ce contexte, égrener les dates par lesquelles les rois successifs, souvent eux-mêmes précédés par les autorités religieuses, prohibèrent de plus en plus généralement les guerres privées ou confirmèrent l'interdiction des duels judiciaires est d'un intérêt modeste. Elles figurent dans tous les ouvrages d'histoire. Du Cange dans sa *XXIX^e* dissertation les détaille ; Laurière dans sa préface au premier tome complète ce panorama. Mentionnons rapidement les plus notables. S'agissant des « *guerres privées* », nous avons souligné que Du Cange allègue Grégoire de Tours pour les premières tentatives de tempérance à cet usage dévastateur. Mais il allègue également un capitulaire de Dagobert en 630, une loi générale de Charlemagne dans un capitulaire de 802, ainsi qu'une trêve générale rapportée par un chroniqueur en 1032 qui aurait duré sept ans. Enfin, il mentionne une trêve générale de quatre jours du mercredi soir au lundi matin établie en France entre tous les seigneurs en 1041, si réussie qu'elle tenait du miracle et pour cela fut appelée « *trêve de Dieu* ». Cette trêve rapportée par le moine Raoul Glaber (985-1047) est passée à la postérité. De nombreux conciles interdirent les abus de ces guerres, meurtres, vols, pillages et incendies : Clermont en 1095, Rome en 1139, Reims en 1148. L'exemple français aurait inspiré les souverains étrangers comme Édouard le Confesseur, sans doute aussi Frédéric I^{er} en 1187, Frédéric II en 1232 et, postérieurement à saint Louis, Charles IV empereur de 1355 à 1378, le dix-septième chapitre de la célèbre *Bulle d'or* en témoigne.

En tout état de cause, les trêves imposées par saint Louis rencontrèrent manifestement des résistances puisque, en 1296, Philippe le Bel défendit les guerres (privées), comme saint Louis avant la croisade, tant que la sienne durera⁷⁰, et dut renouveler cette interdiction en 1303, puis en 1311 et 1314 parce que « *ses vassaux étant occupés à se faire la guerre entre eux n'auraient pu se trouver en ses armées*⁷¹ », nous dit Du Cange. Nous avons mentionné l'ordonnance de Jean II qui allègue saint Louis en 1353, une autre suivie en 1361. Charles V en 1367 défend ces guerres absolument. D'autres ordonnances suivent en 1386, 1395. Le futur Louis XI lui-même aurait supprimé, en 1451, dans les « *libertez de ceux du Dauphiné* », l'article permettant les guerres privées.

En réalité, cette voie de règlement des conflits est plus tombée en désuétude, du fait des alternatives qui s'offraient, qu'elle n'a été effectivement interdite par cette accumulation de textes !

La prohibition du duel judiciaire emporta des effets plus nets et plus rapides. Il faut dire que cette forme de règlement des procès avait toujours embarrassé la puissance religieuse même si, au cas par cas, elle n'était pas la dernière à recruter

70 « ... *statuit quod durante guerra sua, nulla alia guerra fiat in regno* », Laurière, tome I, p. 328.

71 « *ses vassaux étant occupés à se faire la guerre aux uns au autres n'auraient pu se trouver en ses armées* ».

des « *champions* ». Du Cange nous en cite des cas dans sa xxix^e dissertation. Sur un plan strictement religieux, « *tu ne tueras pas* », la coutume était difficilement défendable. Il avait fallu s'aider d'une pirouette conceptuelle selon laquelle le duel judiciaire n'était pas tant la victoire du vainqueur que la défaite du vaincu. Autrement dit, le vainqueur n'avait rien démontré, car la procédure était inacceptable et le vaincu payait à cette occasion pour ses péchés.

Relevons que sur ce sujet-là aussi, la posture de saint Louis s'inscrit dans un mouvement, il a été précédé et suivi : Frédéric II avait prohibé le duel judiciaire et avant lui encore plusieurs communes d'Italie et des Pays-Bas⁷². Philippe le Bel, petit-fils de saint Louis, l'interdit en 1296 et 1303⁷³ tout à la fois de manière plus limitée, pendant ses guerres, et de manière plus étendue, dans tout le royaume. Ce roi confirma l'interdiction en 1306⁷⁴, toujours dans tout le royaume, tout en le permettant dans quelques rares cas. Il semble qu'il n'y ait plus eu (besoin ?) de textes postérieurs. Peut-être Philippe le Bel put-il l'interdire dans tout le royaume en vertu du principe rappelé par Bouteiller en introduction au chapitre sur les duels « *Car la puissance de la mort & de la vie dépend de l'autorité souveraine du Roy* »⁷⁵ ? Le duel judiciaire ne doit pas être confondu avec le duel extrajudiciaire, celui des *Trois mousquetaires*, qui fut interdit à de nombreuses reprises, y compris sous Louis XIII, sans grand effet (Georges Clemenceau vingt-deux duels ; Gaston Defferre en 1967), sinon de mettre en évidence qu'en cette matière aussi la désuétude l'emporta bien davantage que les édits.

Mais pourquoi tant de conflits, de procès et donc de besoin de justice ? Il est souvent allégué que ces « *guerres privées* » étaient entreprises uniquement pour le règlement d'affaires de nature pénale, les « *crimes et méfaits* ». Le croire serait laisser accroire que le Moyen Âge n'était qu'une époque sanguinaire où chacun avait pour seul objectif d'occire son prochain. Mais il ne faut pas confondre le symptôme avec la cause.

Du Cange s'en était inquiété déjà et avait relevé que « *souvent on les a entreprises [les guerres privées] pour des différends nés au sujet des successions et des héritages* ». À l'appui de sa thèse, il cite le cardinal Pierre Damien et mentionne le conflit sous saint Louis entre le comte de Champagne et la reine de Chypre, rapporté par Joinville. Dans cette affaire, nous dit Joinville, « *les barons de France furent si montés contre le comte Thibaut de Champagne qu'ils décidèrent d'envoyer chercher la reine de Chypre pour déshériter le comte Thibaut [...] les barons avancèrent en brûlant et en détruisant tout [...]* »⁷⁶. Le Nain de Tillemont rapporte le conflit entre les enfants de Marguerite, comtesse de Flandre et de Hainaut, qui avait eu des enfants de deux lits. Ces enfants se disputèrent les deux comtés, succession future de leur mère⁷⁷. « *Cette querelle produisit une*

72 P. Viollet, *Les Établissements de saint Louis*, tome I, p. 265 et suivantes.

73 Laurière, tome I, p. 328 et 390.

74 Laurière, tome I, p. 435.

75 Bouteiller, *Somme rurale*, p. 288.

76 Joinville, *Vie de saint Louis*, § 78 et suivants.

77 Le Nain de Tillemont, *Vie de saint Louis roi de France*, tome III, p. 132 et suivantes.

guerre ouverte qui causa de grands ravages dans le pays», nous dit Le Nain de Tillemont, qui cite ses nombreuses sources. À la demande des protagonistes, saint Louis et le légat du pape finirent par arbitrer le conflit. Dans un autre contexte, mais en lien direct, nous avons déjà mentionné le motif de la commande de la Compagnie hollandaise des Indes orientales à Grotius : sécuriser en droit la possession d'un bateau arraché à un concurrent lors d'une guerre privée. Enfin, le duel judiciaire lui-même, qui n'est rien de plus qu'une violence privée appliquée légalement à la résolution de conflits privés, était « *très fréquent en France, non seulement pour la preuve et la vengeance des crimes, mais aussi en matière civile* », nous dit Bouteiller en 1394⁷⁸.

De telles affaires rempliraient des volumes. Mais, si à l'origine des guerres privées, honneur bafoué, il y a parfois, la raison première, loin de l'image véhiculée par les romans courtois, se trouve le plus souvent dans un conflit territorial : les chroniqueurs, Joinville, mais aussi bien tous les autres, relatent à longueur de pages des questions d'héritage, de terres occupées indûment, d'appropriation de territoires... en somme d'occupation illégale, ou présentée comme telle, d'une propriété privée ! Autrement dit, la guerre privée fut longtemps la voie de justice la plus expédiente par laquelle régler un conflit de propriété.

Notre époque est tout aussi encombrée qu'hier par les conflits de propriété. Certes, aujourd'hui, le recours au coup de poing plutôt qu'au juge n'a pas totalement disparu du paysage. Néanmoins, les guerres privées ne sont plus une voie de justice légale mais un règlement de comptes illégal, car lorsque la négociation n'aboutit pas, fort heureusement, il faut se présenter devant le juge pour faire valoir son droit. Mais lorsque le propriétaire présente à l'occupant un jugement prononçant son expulsion, il n'est pas impossible qu'il rencontre une résistance. Il faut donc alors forcer l'occupant à quitter les lieux. Qui dit forcer, dit force, donc violence ou au moins menace éventuelle suffisamment crédible pour aboutir au résultat recherché. Or, dans nos sociétés, nul autre que l'État, ou une personne investie par l'État, ne détient cette possibilité de recourir à la violence, violence publique donc, par opposition à la violence privée. C'est ce que nous appelons le concours de la force publique !

Il est frappant que l'exécution des jugements au Moyen Âge se posait en des termes comparables. Déjà, qui cela surprendra-t-il, il fallait parfois recourir à la force pour que justice soit faite. Commentant un arrêt de 1273 des *Olim*, le comte Beugnot s'exprime en ces termes : « *On voit par cet arrêt quelle était la nature des fonctions des baillis, et que le courage ne leur était pas moins nécessaire que la connaissance des lois, puisque, sur un ordre de la cour, ils devaient quitter leur tribunal, réunir leurs hommes, monter à cheval, et aller, les armes à la main, exiger l'exécution d'un arrêt*⁷⁹. »

Rappelons maintenant une affaire célèbre qui présente des analogies remarquables avec les considérations précédemment développées. À l'aube du xx^e siècle, dans une Tunisie sous protectorat français, M. Couitéas était propriétaire dans le

78 Bouteiller, *Somme rurale*, p. 288.

79 *Olim*, tome I, p. 1062, note 145.

Sud tunisien d'un terrain de trente-huit mille hectares occupé par des milliers de personnes. Il n'a jamais su les convaincre de partir. Comment devait-il alors procéder ? Plaçons-nous un instant de raison au Moyen Âge et supposons M. Couitéas gentilhomme au regard de l'étendue de ses possessions, confronté à des chefs de tribus autochtones occupant ses terres, c'est-à-dire des gentilshommes. C'est donc tout à fait légalement que M. Couitéas, pour faire valoir ses droits, aurait fait comme les enfants de Marguerite, comtesse de Flandre et de Hainaut. Il aurait attiré dans le conflit sa parentèle, ses amis, ce qui aurait eu pour effet de produire « *une guerre ouverte* » qui aurait causé « *de grands ravages dans le pays* ».

Les temps avaient changé. M. Couitéas sollicita le juge et obtint gain de cause sous la forme d'une sentence judiciaire. Puis, il sollicita l'intervention des forces de l'ordre pour déloger les occupants. L'autorité compétente ne lui accorda jamais le concours de la force publique compte tenu des risques pour la sécurité publique. Sans doute les autorités ne manquaient-elles pas plus de courage que les baillis d'autrefois, mais, de fait, une expédition militaire aurait été nécessaire, avec des conséquences imprévisibles, nous dit la chronique⁸⁰. Trop prévisibles, pourrait-on dire. La résolution du conflit aurait été sanglante. Devant l'impossibilité d'obtenir le concours de la force publique, M. Couitéas alléguait qu'il était à son tour victime d'une injustice et chercha à se faire indemniser par l'État de sa carence à assumer son rôle.

La suite est connue. Il porta l'affaire devant le Conseil d'État qui a statué le 30 novembre 1923⁸¹. Le président Costa, par une opinion concordante dans une affaire⁸² devant la Cour européenne des droits de l'homme, en résume le dénouement en ces termes : « *Dans l'affaire Couitéas, le refus de concours de la force publique était justifié par de graves risques pour la sécurité publique. [...] Aussi bien la responsabilité de l'État vis-à-vis du propriétaire a été constatée sans faute, pour rupture de l'égalité devant les charges publiques.* » Depuis cette décision, le Conseil d'État n'a cessé de statuer, en ce sens que « [...] *le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré; [...] si le gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui résulte de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité* ». Certes, l'autorité publique a agi sagement en n'octroyant pas le concours de la force publique demandé compte tenu de ses effets possibles. Certes, le fondement juridique de l'indemnisation accordée à M. Couitéas est celui de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Mais est-ce qu'il ne s'agit pas aussi et plus simplement d'acheter la paix et d'éviter ainsi que M. Couitéas ne soit tenté de recruter une armée privée et ne fasse justice lui-même ? Autrement dit, quand des

80 *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative* (GAJA).

81 C. E., 30 novembre 1923, *Couitéas*, p. 789, M. Rivet, c. du g.

82 Cour eur. dr. h., arrêt *Matheus c. France*, 31 mars 2005.

considérations supérieures ne permettent pas à la justice d'aller à son terme, un expédient doit être trouvé qui, en matière de propriété, est assez naturellement l'argent, symptôme entre tous des relations entre les hommes. Cette crainte de voir les requérants faire justice eux-mêmes, se lancer dans des guerres privées, aujourd'hui illégales, n'est jamais clairement exprimée. Peut-être paraît-elle trop naturelle pour que ce soit nécessaire ? Peut-être aussi que la méthode qui consiste à acheter la paix pâtit d'être sans doute satisfaisante mais peu juridique ? À trop bouger ce vieux meuble on finirait par trouver la poussière ! En tout état de cause, le souci de la justice d'éviter à tout prix que les requérants usent de la force est certain.

L'article L. 2311-1 du code général de la propriété des personnes publiques nous en fait une démonstration brillante par l'absurde. Cet article, dont l'origine est fort ancienne, dispose : « *Les biens des personnes publiques sont insaisissables.* » Bien loin d'être un simple postulat tiré du néant, cette disposition est une conséquence pragmatique d'une situation de fait. En effet, imaginons un instant qu'un particulier bénéficie d'un jugement contre l'État relatif à une question de propriété. L'exécution du jugement soulèverait une situation étrange pour l'autorité chargée d'accorder le concours de la force publique ! On ne voit pas la violence publique s'exercer contre son détenteur ! C'est pourquoi le législateur a cru préférable de prendre les devants et d'affirmer que les biens de l'État sont insaisissables ! Expliquer aurait été délicat⁸³.

De même, la jurisprudence relative au concours de la force publique rappelle, discrètement mais fermement, que la violence ne peut pas être chose privée. Le Conseil d'État a jugé par une décision du 3 novembre 1967⁸⁴ que la circonstance que l'huissier (qu'aucun texte n'investit en France du pouvoir d'user de la force) s'était abstenu de toute tentative sérieuse d'exécution avant de demander le concours de la force publique, alléguée par le ministre de l'Intérieur pour justifier l'inaction de ses services, n'était pas de nature à justifier légalement le refus de concours de la force publique.

Les réformes passent, la jurisprudence reste. C'est particulièrement vrai quand une loi ne fait que la reprendre. Il en est ainsi de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution comme son article 16 en témoigne : « *L'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et des autres titres exécutoires. Le refus de l'État de prêter son concours ouvre droit à réparation.* » Son article 17 dispose : « *L'huissier de justice chargé de l'exécution peut requérir le concours de la force publique.* » Le deuxième alinéa de l'article 50 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 pris pour l'application de cette loi dispose que la réquisition de la force publique doit être accompagnée d'un exposé des

83 Mais la recommandation Rec. (2003) 16 sur l'exécution des décisions administratives et juridictionnelles dans le domaine du droit administratif adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 9 septembre 2003 souligne que : « *En cas d'inexécution par les autorités administratives des condamnations pécuniaires, les États membres devraient également considérer la possibilité de saisir certains biens des autorités administratives dans les limites prévues par la loi.* »

84 C. E., 3 novembre 1967, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Fiat*, 68583, p. 409.

diligences auxquelles l'huissier de justice a procédé et des difficultés d'exécution rencontrées. Alléguant cette rédaction nouvelle, le représentant de l'État a parfois essayé de faire juger que l'huissier, en vertu de ces dispositions, ne peut pas se borner dans l'exposé de ses diligences à constater que les occupants visés par la décision de justice se sont maintenus dans les lieux. Selon eux, il devrait faire plus. On se perd en conjectures sur le « plus » ! Le Conseil d'État n'a pas emprunté cette voie et a clairement confirmé sa jurisprudence de 1967 en jugeant que l'objet de ce décret n'est pas « *d'habiliter le préfet à porter une appréciation, qui n'appartient qu'à l'huissier, sur la nécessité de demander le concours de la force publique, mais de l'éclairer sur la situation et sur les risques de troubles que l'expulsion peut comporter et que, par suite, le préfet ne peut se prévaloir de l'absence de justification, par l'huissier qui a accompli les diligences, de la nécessité de recourir à la force publique, pour échapper à sa responsabilité au titre du rejet d'une réquisition*⁸⁵ » par une décision des quatrième et cinquième sous-sections réunies du 25 novembre 2009. On ne saurait mieux dire !

Relevons enfin que le Conseil constitutionnel a donné une force particulière au droit à l'exécution forcée d'un jugement, lors de l'examen de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions modifiant sur ce point la loi du 9 juillet 1991. Selon cette décision⁸⁶, la règle selon laquelle tout jugement peut donner lieu à exécution forcée « *est le corollaire de la séparation des pouvoirs* » et elle ne peut être écartée que pour « *des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public* ». En conséquence, n'est pas conforme à la Constitution la disposition prévoyant que, lorsque le préfet accorde le concours de la force publique à l'exécution d'un jugement d'expulsion, « *il s'assure qu'une offre d'hébergement est proposée aux personnes expulsées* ». Nous comprenons de cette décision que le législateur lui-même ne peut imposer à l'huissier plus de formalités que celles strictement nécessaires pour informer l'occupant qu'il doit vider les lieux ! Les considérations sociales elles-mêmes s'effacent devant l'impérative nécessité de faire prévaloir une décision de justice.

Des développements récents de la jurisprudence européenne montrent que l'indemnisation elle-même ne saurait toujours suffire à pallier une carence de l'État dans un contexte où le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 9 septembre 2003 une recommandation⁸⁷ en matière d'exécution des décisions de justice. Citons le résumé qu'en font les affaires de la Cour européenne qui le mentionnent : « *Le Comité rappelle que la prééminence du droit est un principe qui ne peut être respecté que si les citoyens ont réellement la possibilité, en pratique, de faire valoir leurs droits et de contester des actes illégaux. Il prône une plus grande efficacité et une plus grande équité dans l'exécution des décisions de justice en matière civile afin d'établir un juste équilibre entre les droits et les intérêts des parties aux procédures d'exécution.* »

85 C. E., 5^e et 4^e sous-section, 25 novembre 2009, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Orly Parc*, 323359, rap. publ. Jean-Philippe Thiellay.

86 C. C., décision n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *JO* du 31 juillet 1998.

87 Rec. (2003) 17.

À défaut, conclut le Comité, « *d'autres formes de "justice privée" peuvent surgir et avoir des conséquences négatives sur la confiance et la crédibilité du public dans le système juridique* ». La Cour européenne a jugé contre la France en citant cette déclaration une première fois dans l'arrêt *Matheus c. France*, le 31 mars 2005, puis dans de nombreuses affaires ultérieures⁸⁸. Dans l'arrêt *Matheus c. France*, la Cour européenne a relevé que « *l'arrêt de la cour d'appel du 11 avril 1988 n'a pas été exécuté pendant plus de seize ans et ce jusqu'au jour où le requérant a vendu son terrain. [...] Certes, le requérant a perçu une indemnisation pour faute lourde de l'État du fait de son refus de prêter concours à l'exécution de la décision de justice litigieuse, mais cette compensation ne comble pas la carence des autorités françaises dans l'exécution de l'arrêt en question. Il demeure que cette décision n'a pas été exécutée et le requérant n'a jamais pu recouvrer la jouissance de son droit de propriété. [...] Cette situation renvoie au risque de dérive – en l'absence d'un système d'exécution efficace – rappelé dans la recommandation du Comité des ministres en matière d'exécution des décisions de justice, d'aboutir à une forme de "justice privée" contraire à la prééminence du droit*⁸⁹ ». Ces considérants sont sévères. La position de la Cour européenne s'est depuis durcie puisqu'elle juge maintenant que, même lorsque les motifs avancés revêtaient un caractère sérieux de nature à différer la mise en œuvre de l'expulsion pendant un laps de temps raisonnable, ils n'apparaissent pas suffisants pour justifier pendant une si longue période le refus de concours de la force publique⁹⁰. Dans ces différentes affaires, la Cour européenne relève, en somme, que ce type de situations témoigne de l'inefficacité du système d'exécution et renvoie au risque de dérive d'aboutir à une forme de « *justice privée* » qui peut avoir des conséquences négatives sur la confiance et la crédibilité du public dans le système juridique ! Il n'est pas besoin d'alléguer saint Louis pour percevoir l'analogie avec les « *guerres privées* » !

88 Cour eur. dr. h., arrêt *Fernandez c. France* le 3 juillet 2007 ; arrêt *Sud-Est Réalisations c. France* le 2 décembre 2010 ; 21 janvier 2010, arrêts *R. P. c. France* (n° 10271/02) et *Barret et Sirjean c. France* (n° 13829/03).

89 La citation complète est la suivante : « [...] *l'arrêt de la cour d'appel du 11 avril 1988 n'a pas été exécuté pendant plus de seize ans et ce jusqu'au jour où le requérant a vendu son terrain. Cette situation continue de non-respect d'une décision de justice doit s'analyser en une restriction au droit effectif d'accès à un tribunal. Certes, le requérant a perçu une indemnisation pour faute lourde de l'État du fait de son refus de prêter concours à l'exécution de la décision de justice litigieuse, mais cette compensation ne comble pas la carence des autorités françaises dans l'exécution de l'arrêt en question. Il demeure que cette décision n'a pas été exécutée et le requérant n'a jamais pu recouvrer la jouissance de son droit de propriété. Le prolongement excessif de l'inexécution de la décision de justice, et l'incertitude du requérant qui en a résulté quant au sort de sa propriété, ont entravé son droit à une protection judiciaire effective garanti par l'article 6 § 1. Dès lors, la Cour a conclu à l'unanimité à la violation de cette disposition. Par ailleurs, la Cour estime que le refus d'apporter le concours de la force publique en l'espèce a eu pour conséquence, en l'absence de toute justification d'intérêt général, d'aboutir à une sorte d'expropriation privée dont l'occupant illégal s'est retrouvé bénéficiaire. Cette situation renvoie au risque de dérive – en l'absence d'un système d'exécution efficace – rappelé dans la recommandation du Comité des ministres en matière d'exécution des décisions de justice, d'aboutir à une forme de "justice privée" contraire à la prééminence du droit. Dans ces circonstances, la Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention* ».

90 Cour eur. dr. h., arrêt *Sud-Est Réalisations c. France*, 2 décembre 2010.

Implicitement, ces affaires où la Cour européenne met en évidence que payer ne suffit plus témoignent du fait que le terrain de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, qui fonde l'indemnisation, n'est plus suffisant non plus : ce qui est en cause, c'est le lien de confiance avec la justice et ce lien doit être rétabli !

En ce sens, ces affaires de propriété répondent en partie à notre interrogation initiale sur la raison pour laquelle la supposée interdiction des guerres privées par saint Louis éveille en nous, aujourd'hui encore, un écho. À la lumière de ces considérations, le juriste dira qu'il s'agit du concours de la force publique que chacun est en droit d'attendre de la justice quand elle a été rendue. Le non-juriste dira différemment et plus simplement que cet écho réside dans la possibilité offerte de nos jours de régler, comme il y a huit cents ans, des affaires personnelles touchant, par exemple, au droit de propriété, autrement que par un conflit privé et donc une violence privée !

Ces considérations nous renvoient une fois de plus à l'ancienneté du débat violence publique/violence privée. Ce débat est sans doute né avec la société humaine, et, ces considérations l'ont montré, le cantonner aux textes dont nous disposons serait une erreur que personne n'oserait commettre. Le terme « *guerre privée* » lui-même, s'il ne semble pas être utilisé par les juristes avant le XVII^e siècle, est présent chez les théologiens de manière plus ancienne comme des recherches en latin, la langue européenne du Moyen Âge, le montrent.

Thomas d'Aquin, contemporain de saint Louis, est-il besoin de le rappeler, s'en est servi. Il le mentionne, quoique indirectement par le mot « *multitudo* », quand il nous dit dans le chapitre « *De bello* » de la *Somme théologique* : « *Il n'est pas du ressort d'une personne privée d'engager une guerre, car elle peut faire valoir son droit au tribunal de son supérieur ; parce qu'aussi le fait de convoquer la multitude, nécessaire pour la guerre, n'appartient pas à une personne privée. Puisque le soin des affaires publiques a été confié aux princes, c'est à eux qu'il appartient de veiller au bien public de la cité, du royaume ou de la province soumis à leur autorité*⁹¹. » Sur ce thème, Thomas d'Aquin allègue aussi saint Augustin qui nous dit : « *Celui-là prend l'épée qui, sans autorité supérieure ou légitime qui le commande ou le permette, s'arme pour verser le sang*⁹². »

Dans le même ouvrage, cette fois sur la rixe, Thomas d'Aquin emploie l'expression « *particulare bellum* » quand il nous dit : « *La rixe paraît être une espèce de guerre entre particuliers (que certains traduisent par guerre privée)*⁹³ » et, enfin, sans aucune équivoque puisqu'il utilise le terme « *privatum bellum* » (guerre privée)

91 « *Primo quidem, auctoritas principis, cuius mandato bellum est gerendum. Non enim pertinet ad personam privatam bellum movere, quia potest ius suum in iudicio superioris prosequi. Similiter etiam quia convocare multitudinem, quod in bellis oportet fieri, non pertinet ad privatam personam* », Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa IIae Pars, Quaestio 40 : De bello.

92 « *ille accipit gladium qui, nulla superiori aut legitima potestate aut iubente vel concedente, in sanguinem alicuius armatur* », saint Augustin (354-430), cité par Thomas d'Aquin, *Contre Fauste, le manichéen*, XXII, 70. PL 42, 444.

93 « *Praeterea, rixa videtur esse quoddam particulare bellum* », Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa IIae Pars, Quaestio 41 : De rixa. Certaines traductions donnent « *guerre privée* », mais « *guerre entre particuliers* » semble plus exact.

quand il énonce : « *il apparaît donc que la rixe est comme une sorte de guerre privée, qui a lieu entre personnes privées, non en vertu de quelque autorité publique*⁹⁴ ».

Laurière avait finalement peut-être raison d'attacher le nom de saint Louis à l'abolition des guerres privées ? Thomas d'Aquin a mangé à sa table. Saint Louis, très pieux, l'a nécessairement lu...

Pour l'époque contemporaine, nous désappoierions si nous ne mentionnions pas Max Weber qui, dans son ouvrage *Le Savant et le politique*⁹⁵, est passé à la postérité pour avoir dit des choses réputées décisives telles que : « *La violence n'est évidemment pas l'unique moyen normal de l'État [...] mais elle est son moyen spécifique* », ou : « *de nos jours, la relation entre État et violence est tout particulièrement intime* » et surtout : « *depuis toujours, les groupements politique les plus divers – à commencer par la parentèle – ont tous tenu la violence physique pour le moyen normal du pouvoir. Par contre il faut concevoir l'État contemporain comme une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé [...] revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence physique légitime. Ce qui est en effet le propre de notre époque, c'est qu'elle n'accorde à tous les autres groupements, ou aux individus, le droit de faire appel à la violence que dans la mesure où l'État le tolère : celui-ci passe donc pour l'unique source du droit à la violence.* » De manière particulièrement déprimante, Max Weber poursuit par : « *Comme tous les groupements politiques qui l'ont précédé historiquement, l'État consiste en un rapport de domination de l'homme sur l'homme fondé sur le moyen de la violence légitime* » ou encore : « *l'État moderne est un groupement de domination de caractère institutionnel qui a cherché (avec succès) à monopoliser, dans les limites d'un territoire, la violence physique légitime comme moyen de domination.* »

Mettre en perspective Max Weber et Thomas d'Aquin ne peut manquer de laisser perplexe. Le rétrécissement incontestable de l'espace laissé aux guerres privées, donc à la violence permise aux individus dans la société moderne, est-il le triomphe de l'un, le peuple soumis à une volonté dominatrice qui n'aime pas partager son outil principal, la violence, ou le triomphe de l'autre, une société donnant forme à un idéal où une justice immanente se confond avec l'État (le prince) « *qui s'appuie non seulement sur les armes, mais aussi sur les lois*⁹⁶ » ?

En fait, nous ne pensons pas que la société se meuve selon ces grands principes. Elle n'en est pas plus capable que chacun d'entre nous et chacun est trop au fait de ses propres imperfections pour adhérer sans arrière-pensée à ces thèses absolues. Joinville fait dire à saint Louis : « *gardez-vous de ne rien faire et de ne rien dire, à votre escient, dont vous ne puissiez, si tout le monde le savait, revendiquer la*

94 « *Et ideo rixa videtur esse quoddam privatum bellum, quod inter privatas personas agitur non ex aliqua publica auctoritate* », Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa IIae Pars, Quaestio 41 : De rixa.

95 Max Weber, *Le savant et le politique*, p. 100.

96 Pris de l'empereur Justinien, Préface des *Institutes*.

responsabilité : “J’ai fait cela, j’ai dit cela”⁹⁷ ». Un tel idéal est peut-être permis aux dieux, mais sûrement pas aux personnes humaines.

Nous aspirons sans doute aux grands idéaux, mais notre vie, la vraie vie, est de vivre avec les autres, en société, tous les jours. Il n’est pas indispensable d’invoquer Claude Lévi-Strauss pour accepter la thèse selon laquelle le propre de l’homme est d’instaurer librement des rapports d’échanges au sein de la société humaine⁹⁸. Est-ce qu’en droit ce mode de relations, qui s’oppose à l’acte unilatéral tel que semble le concevoir Max Weber, ne porte pas le nom de contrat ? De *Contrat social*, aurait dit Jean-Jacques Rousseau !

René Rivet, commissaire du gouvernement dans l’affaire *Couitéas*, avait envisagé cette perspective, mais l’avait écartée. La lecture des conclusions montre en effet que, parmi les pistes, il évoque celle de la situation contractuelle à laquelle l’État aurait été partie et dont la méconnaissance des stipulations aurait donné un fondement au droit à l’indemnité réclamée. Le Conseil d’État avait eu l’occasion de statuer en ce sens et il mentionne des jurisprudences : *Double-Couronne* et *Moulins*. Au cas d’espèce, il n’en identifie pas. Mais il semble poser ce diagnostic presque à regret puisqu’il ferme ce volet de ses conclusions en ouvrant le débat en ces termes : « à moins de faire revivre l’idée du “contrat social” et des engagements tacites pris par la collectivité comme contrepartie de la renonciation de l’individu à l’action personnelle » !

Et n’est-ce pas au fond ce qui nous anime quand nous confions à l’État le monopole de la violence légitime ? Bien loin de le faire parce qu’il nous domine, bien loin de le faire parce que tel est notre idéal (qui peut croire cela ?), nous le faisons dans un rapport de réciprocité. Nous passons un contrat avec l’État : pour que justice soit rendue, nous lui confions l’usage de la force, et à lui seul.

Ces pensées n’ont rien d’original. P. Viollet dessinait cette perspective en 1881 : « On veut séparer fondamentalement, radicalement, les droits de l’État de ceux de l’individu : mais tous ces droits sont connexes : l’État s’il donne mandat à un particulier, reçoit lui-même délégation et mission des particuliers. En deux mots, sans le droit des particuliers, le droit n’existerait pas. Si les guerres privées sont supprimées, c’est que l’État est dûment chargé de remplir, au besoin, le rôle que jouaient les particuliers : on lui a confié avec toute raison et tout bénéfice le monopole des guerres privées⁹⁹. »

C’est pourquoi ce rétrécissement de la violence privée au fil des siècles ne se laisse pas comprendre s’il n’est pas mis en perspective avec une justice progressivement plus juste. En ce sens, saint Louis, même s’il n’a jamais aboli les guerres

97 « vous gardez que vous ne faites ni ne distes a votre escient nulle riens que se tout le monde le savoit, que vous ne peussiez congnoistre : “je ai ce fait, je ai ce dit” », Joinville, § 24.

98 « [...] la règle sociale [doit être] telle que tout individu puisse, en principe, obtenir un conjoint au-delà des degrés prohibés, de sorte qu’entre toutes les familles biologiques, s’instaurent et se perpétuent des rapports d’échanges qui, au total, et dans le champ de la société globale, se trouveront approximativement équilibrés [...] [;] des groupes, chacun formés d’hommes et de femmes, échangent entre eux des relations de parenté. [...] Dans tous les cas, la parole de l’Écriture : “Tu quitteras ton père et ta mère”, fournit sa règle d’or (ou, si l’on préfère, sa loi d’airain) à la société », in *Le Regard éloigné*, p. 90 et 91, sur « Famille, mariage, parenté ».

99 P. Viollet, *Les Établissements de saint Louis*, tome I, p. 190.

privées, ni peut-être même institué la quarantaine du roi, est passé dans les mémoires parce qu'il a mis fin dans son domaine au duel judiciaire, il a étendu les possibilités d'appel, il a pris ses juges parmi les hommes compétents et non bien nés¹⁰⁰, il a participé du mouvement général en Occident visant à instaurer des trêves, y compris en étendant l'« *assurance* ». Montesquieu le croyait qui nous dit : « *Ainsi les lois de saint Louis changèrent moins la jurisprudence française, qu'elles ne donnèrent des moyens pour la changer*¹⁰¹. »

Marc Bloch, grand historien de l'origine du fief et de la féodalité, conclut son ouvrage *La société féodale* en ces termes : « *Dans cet accent mis sur l'idée d'une convention, capable de lier les pouvoirs, réside l'originalité de notre féodalité à nous. Par là, si dur aux petits qu'ait été ce régime, il a véritablement légué à nos civilisations quelque chose dont nous souhaitons vivre encore*¹⁰². »

Notre constat n'est pas différent : la société féodale, dont saint Louis marque peut-être la fin, avait su créer un lien, ou l'amorce d'un lien réunissant la justice, l'État et la société. En cela, la parole de saint Louis raisonne aujourd'hui encore comme un écho d'une des formes du contrat social. Cet écho doit se poursuivre. La violence ne peut pas être une chose privée. C'est pourquoi tant la justice que l'État, à qui le monopole de la violence est confié, non pour lui, mais pour nous, doivent être impeccables.

100 Sans exclusive, cela s'entend.

101 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, chapitre xxxiv.

102 Marc Bloch, *La Société féodale*, p. 619.

Philippe de Béthune

Conseiller d'État et diplomate d'Henri IV et Louis XIII

François MONNIER

Philippe de Béthune est un personnage singulier. Frère cadet de Sully, le puissant intendant des finances d'Henri IV, notre homme est né en 1565, sous le règne de Charles IX. Il meurt en 1649, sous la régence d'Anne d'Autriche, la mère de Louis XIV. Cette longévité exceptionnelle lui a permis de réaliser une fructueuse carrière. Celle-ci débute dans l'entourage du duc de Joyeuse, l'archifavori d'Henri III, et se termine sous le ministériat de Richelieu. Mais aussi belle et féconde qu'elle ait pu être, elle ne justifie pas, à elle seule, qu'on puisse s'intéresser à lui. C'est que Béthune n'a pas fait que de la politique et de la diplomatie. À l'image des bons esprits de son temps, il a médité également sur la chose publique, alors que la guerre civile et la restauration de l'État contribuaient à rendre la question sensible. La situation politique conduisait à un certain pragmatisme : on se méfiait des constructions abstraites, on dénonçait les dangers du réformisme tandis que le rôle de la science politique s'orientait vers la recherche de principes capables de régénérer les pouvoirs publics. C'est une morale de gouvernement, une analyse du prince et de ses conseillers, un examen des corps de l'État qui retiennent notre homme dans ce temps de transition.

Cette remise en cause du politique n'est pas seulement le fait d'hommes de plume mais également de praticiens ayant une expérience des affaires publiques. Jean de Silhon était, lui aussi, conseiller d'État et a eu part à plusieurs missions secrètes. Son *Ministre d'État, avec le véritable usage de la politique moderne*, paru en 1631, est informé aux meilleures sources. Carpentier de Marigny, frondeur et ami de Retz, a été secrétaire de Servien à la conférence de Münster. Il nous a laissé un *Traité de politique et que tuer un tyran n'est pas un meurtre*, qui agite des idées dangereuses et qui, lui aussi, est bien renseigné. Hay du Chastelet, l'auteur du *Traité de la politique de France* (1667), a été maître des requêtes. Montausier ne s'est pas contenté de languir pour Julie d'Angennes. Il a été maréchal de camp, gouverneur d'Alsace et de Normandie. Son expérience des affaires lui a fait confier le poste de gouverneur du Dauphin, en 1668. Il a laissé des *Maximes pour l'éducation du Dauphin* et de beaux manuscrits qui sont restés dans des cartons et qu'il serait opportun de publier. Quant à Philippe de Béthune, il nous a donné *Le Conseiller d'État, ou Recueil général de la politique moderne servant au maniement des affaires publiques*, paru en 1633, qui a influencé le testament politique de Richelieu alors qu'il possédait la réputation d'être un des plus illustres diplomates de son temps.

La masse des textes que nous a légués l'époque est impressionnante. Dans une large mesure, son histoire politique reste à faire alors que l'on n'en connaît que les lignes de force. S'il y a un fonds commun de préoccupations, il n'y a pas de pensée unique : les courants et les tendances sont multiples et enchevêtrés, les influences complexes, espagnoles, italiennes, hollandaises, anglaises, allemandes. Lastanosa, Suarez, Savedra, Gracian ont eu une influence considérable. Guichardin, Campanella, Botero exercèrent une influence qui ne fut guère moindre que celle d'un Machiavel. Grotius, réfugié en France, était connu des bons esprits, comme Spinoza ou Pufendorf, quelques années plus tard. Bacon fut traduit en France dès 1624, tandis qu'Hobbes fut introduit tôt dans les milieux parisiens, par Sorbières, alors qu'il avait pour amis les pères Mersenne et Gassendi. Le XVII^e siècle politique ne se réduit pas à quelques noms illustres : Richelieu, Hobbes, Pufendorf ou Locke.

D'autres conservent leur importance, tant par leur témoignage que parce qu'ils savent encore nous interroger. Notre Béthune en fait partie, mais aussi, pour ne citer que des Français, d'Ossat, Duguet, Cordemoy, Silhon, ou Fleury, comme tant d'autres qui ont compté et qui sont aujourd'hui injustement oubliés¹⁰³. Le cas de Béthune est un peu à part, en raison de sa longévité et de la richesse de son expérience, alors qu'il écrit sur son métier de conseiller d'État et de diplomate. Avant d'évoquer son œuvre, il convient donc de retracer sa carrière, tant les deux sont liées¹⁰⁴.

L'homme et sa carrière

Grâce à la thèse d'École des chartes de Pierre Quernez (*Philippe de Béthune 1565-1649, comte de Selles et de Charost : une longue vie au service du roi*, Paris, Édimbourg, Rennes, Rome, Turin, 1994), la vie de Philippe de Béthune est aujourd'hui très solidement établie.

La jeunesse et les origines familiales

Il est issu d'une famille protestante. Son père, François de Béthune, et sa mère, Charlotte Dauvet, ont opté pour la Réforme. Son père s'est même rallié tôt au prince de Condé, dès 1562. Mais de leurs trois garçons vivants, un seul, Maximilien, le plus connu d'entre eux, est resté fidèle à l'éducation reçue de leurs parents ; les deux autres, Salomon et Philippe, sont retournés peu après le décès de leur père, en 1575, dans le giron de l'Église catholique, sous l'influence, sans doute, de l'un de leurs tuteurs, leur oncle, Jean Dauvet.

103 Guy Thuillier, « « Politiques » du XVII^e siècle : de Béthune à Fénelon », *Revue administrative*, n°67, janvier-février 1959.

104 François Monnier, Philippe de Béthune (1565-1649). *Le conseiller d'État ou recueil général de la politique moderne*, préface de Marc Fumaroli. Paris Economica, 2012, 702 p.

Passons sur son enfance écoulee dans des conditions difficiles, sans sa mère, morte en 1566, puis sans son père, décédé en 1575 alors que le garçon n'avait que dix ans. Passons également sur son ascendance, assez glorieuse ; rappelons simplement que les Béthune sont apparentés à plusieurs maisons féodales et princières, les comtes de Flandre, les Habsbourg, les Bourbon, les Luxembourg et les Condé... Famille donc de bonne et ancienne noblesse, d'épée du côté paternel, de robe du côté maternel, mais désargentée au moment de la naissance de Maximilien et de Philippe.

L'entrée en politique

L'année de ses vingt ans marque un premier tournant dans la vie de Philippe. Au retour d'un voyage éducatif en Italie, il se rallie au camp d'Henri III, avec son frère Salomon. Il en est immédiatement récompensé par une nomination de gentilhomme ordinaire de la Chambre du roi, en 1585, et une petite rente. Le jeune Philippe se retrouve dans l'entourage de Joyeuse, alors que son frère Maximilien s'est placé, dès 1575-1576, sous l'étendard d'Henri de Navarre. Dès 1589, dès l'assassinat d'Henri III, Philippe rejoint Henri IV, faisant preuve non pas d'opportunisme politique, la situation du monarque n'est pas établie, mais de sentiments légalistes et légitimistes, l'un de ses traits marquants.

Philippe se retrouve sous la protection de son aîné, à qui il devra sa nomination au Conseil du roi, son ambassade d'Ecosse et une première ambassade à Rome, ainsi que sa place de gouverneur du premier duc d'Orléans. Il semble, pourtant, que les relations entre les deux frères ne soient pas totalement déséquilibrées. Maximilien, le huguenot, se sert de la caution catholique de ses cadets pour se hisser, puis se maintenir au sommet de l'État. Dans un pays en proie à la Contre-Réforme, une telle alliance n'est pas inutile, comme en témoignent les bonnes manières que Salomon et Philippe font à leur aîné pendant la guerre. Et puis, Philippe n'a pas attendu Maximilien pour se faire apprécier d'Henri IV. Il lui faut, cependant, patienter encore une dizaine d'années pour entrer en politique, soit les années nécessaires au roi pour consolider son pouvoir (les traités de Vervins et l'édit de Nantes datent de 1598) et à Maximilien pour parvenir au sommet de l'État.

En attendant, Philippe sert le roi militairement, ne tardant pas d'en recevoir de nouvelles récompenses, notamment la charge d'une compagnie de chevau-légers, à Mantes, après la bataille d'Ivry.

1599 est l'année de l'entrée au Conseil du roi. Son brevet d'entrée au Conseil, assorti d'une rente annuelle de 2 000 livres, porte la date du 22 mai. Le 4 juin, il prête serment devant le chancelier de Cheverny, mais il n'a pas le temps de rejoindre son poste : il est aussitôt chargé d'une mission à l'étranger et part pour l'Écosse quelques jours plus tard.

Les premières ambassades

Philippe est le premier ambassadeur envoyé par Henri IV auprès de Jacques VI d'Écosse, le futur Jacques I^{er} d'Angleterre. Il s'agit de préparer une alliance, en

reconnaissance de l'aide apportée jadis par l'Écosse à la France contre l'Espagne, durant la guerre et lors de la négociation de la paix de 1598.

Béthune mène sa mission à bonne fin. Il se fait de Jacques VI un ami qui ne cessera, par la suite, de lui adresser des témoignages d'affection.

Cette première ambassade marque le début d'une belle carrière; elle inaugure une série impressionnante de trente années de missions à travers l'Europe. Deux ans plus tard, vient une première consécration, le roi choisit Philippe pour être son ambassadeur à Rome. Il le restera de 1601 à 1605.

Entre-temps, en 1600 Philippe se marie – il a trente-cinq ans – avec Catherine Le Bouteiller de Senlis, d'une famille de robe possessionnée dans l'Est parisien. Mais Catherine meurt vite et un second mariage est conclu, en 1608, avec Marie d'Alègre dont Philippe est le troisième mari. Le mariage ne sera pas heureux et les deux époux vivront séparés.

En attendant, Philippe est envoyé dans la cité papale pour rétablir la suprématie française à l'extérieur, selon ses instructions du 23 août 1601. Il s'agit, en fait, de ruiner le crédit de l'Espagne auprès du Saint-Père.

Malgré des relations mitigées avec Clément VIII, Philippe sait développer des liens personnels avec le pontife. Il se sort non sans éclat de sa mission, exploitant la conspiration du maréchal de Biron et l'escalade de Genève pour déciller les yeux du Saint-Père à l'égard de l'Espagne. Il finit même par convaincre Clément VIII de l'absurdité de la politique espagnole à l'égard de la France. De sorte que son ambassade est une réussite.

Elle l'est aussi par le redressement de l'influence française au sein du Sacré Collège.

Lors des deux élections de 1605, Béthune sait si bien manœuvrer, avec l'aide financière de son frère, alors surintendant des Finances, que les deux papes qui se succèdent à la mort de Clément VIII sont les candidats proposés par la France. Le premier, élu le 1^{er} avril, fut un Médicis, le cardinal de Florence, sous le nom de Léon XI. Mais il meurt le 27 avril, et c'est le cardinal Borghèse qui sort du nouveau conclave, sous le nom de Paul V.

La mission de Béthune est avantageusement accomplie. Il demande son rappel et se retrouve à Paris en août 1605. Henri IV le récompense, lui confiant de nouvelles attributions et de nouvelles charges.

Le conseiller d'État

Par brevet du 3 septembre 1605, Philippe est nommé conseiller d'État et des Finances, avec augmentation de six mille livres de pension. Des lettres patentes du 25 avril 1607 le désignent l'un des lieutenants généraux du roi au gouvernement de Bretagne et gouverneur de Rennes, tandis qu'Henri IV le nomme, le même mois, gouverneur de son fils nouveau-né, le duc d'Orléans, qui mourra à l'âge de quatre ans et demi, d'où la confusion avec Gaston, né en 1608, qui reprendra le titre de son frère défunt.

Entre août 1606 et février 1611, Béthune joue un certain rôle au Conseil. Il signe, durant ces quatre ans et demi, pas moins de 65 arrêts, qui tous n'ont pas un

strict caractère financier, mais également religieux ou ecclésiastique. Par contre, son activité en Bretagne est plus distante, puisqu'il ne s'y rendra que de rares fois.

Au décès du jeune prince, Béthune, qui n'était resté que lieutenant, est nommé, le 20 janvier 1612, capitaine d'une compagnie de cent hommes et reçoit l'assurance de percevoir à vie durant les gages dont il a joui du vivant de son élève.

Il attend 1616 pour retrouver une ambassade, en Piémont et Savoie, afin d'apaiser le conflit qui oppose les ducs de Savoie et de Mantoue, à propos de la succession du marquisat de Montferrat. Il reçoit ses instructions le 29 avril 1616. La paix est signée un an plus tard, à Pavie, une paix de *statu quo* qui avantage la Savoie et réjouit le pape, mais qui laisse Béthune insatisfait. Cette mission lui ouvre les yeux sur la politique espagnole, plus asservie à la défense de ses intérêts qu'à ceux du catholicisme. En janvier 1618, Philippe sollicite son retour à Paris.

Il n'attend qu'une année pour reprendre du service dans la « guerre de la mère et du fils », suscitée par la liquidation du clan Concini. La guerre éclate, en fait, dans la nuit du 21 au 22 février 1619, lorsque Marie de Médicis, exilée à Blois, s'enfuit à Angoulême. Louis XIII envoie des troupes, mais Luynes lui conseille de négocier. Les ambassadeurs choisis sont Béthune et le cardinal François de La Rochefoucauld, grand aumônier de France. Là encore, Philippe se sort avec honneur de sa mission. Le 19 avril, le roi vient à Angoulême tandis que, le 30, un compromis est trouvé. Le 4 mai, Louis XIII adresse ses remerciements à Philippe.

La réconciliation entre la mère et le fils est de courte durée : en octobre, la « guerre » éclate à nouveau et le printemps 1620 voit une prise d'armes, la Drôlerie des Ponts-de-Cé, suivie d'une nouvelle paix, la paix d'Angers, de juillet et août 1620.

De cette ambassade, Béthune retire quelques satisfactions, notamment l'estime de la reine mère et la récompense d'être fait chevalier de l'ordre du Saint-Esprit, le 31 décembre 1619.

Les nouvelles missions diplomatiques

Au moment où se produisent ces événements, la guerre se déclenche dans l'Empire. À la révolte calviniste tchèque, qui a défenestré les envoyés impériaux à Prague, en 1618, et élu, l'année suivante, l'électeur palatin Frédéric V, roi de Bohême, l'empereur Ferdinand II cherche à répliquer par la force. La France songe à l'aider. Elle se résout finalement, en janvier 1620, à employer la diplomatie. Elle décide d'envoyer une délégation à Ulm pour négocier entre l'Union évangélique et la Sainte Ligue.

Cette délégation est composée de Béthune, du duc d'Angoulême, Charles de Valois, et de Charles de L'Aubespine, un diplomate qui sera, par deux fois, garde des Sceaux, en 1631-1633 et en 1650-1651. La médiation aboutit, le 3 juillet 1620, à la signature du traité d'Ulm qui consacre la neutralité des princes allemands. En fait, le traité favorise l'empereur dans sa volonté d'écraser les insurgés tchèques, ce qui se produit le 8 novembre 1620, lors de la bataille de la Montagne Blanche.

Si le succès est glorieux pour la France, il est avantageux pour la maison d'Autriche, comme pour Béthune, dont les qualités diplomatiques se confirment. Quelques années plus tard, en avril 1624, une seconde ambassade à Rome lui est proposée. Les relations de la France avec la papauté se sont améliorées sous

les pontificats de Clément VIII et de Paul V, mais la politique de Richelieu les rend difficiles.

Avant de gagner son poste, Béthune doit passer par Turin, Ferrare, Bologne et Florence, afin de préparer le règlement de la question de la Valteline. Cette petite vallée stratégique relie le Tyrol autrichien au Milanais espagnol. Mais elle est passée sous la domination protestante des Grisons, ce qui entraîne des révoltes encouragées par l'Espagne. La France, alliée des montagnards, ne peut rester insensible à ces empiètements. Elle intervient. Un accord est conclu, mais l'Espagne en empêche l'application. En 1622, la Valteline est confiée au pape. Sillery, l'ambassadeur français auprès du Saint-Siège, ne sait dissuader celui-ci de nommer un gouverneur pro espagnol, ce qui motive son remplacement par Béthune.

Face à l'entêtement d'Urbain VIII, Richelieu opte pour la pression militaire. En novembre 1624, le marquis de Cœuvres est envoyé renforcer les forts de la Valteline, ce qui contraint le pape à négocier, tandis qu'il cherche à marier son neveu don Thaddeo à une princesse espagnole et tente de mettre sur pied une ligue contre la France. Béthune suggère une guerre ouverte contre l'Espagne, ce qui déclenche l'ire du parti espagnol à Paris. Il obtient cependant le soutien du roi et du cardinal. Après quelques combats, le traité de Monzon est signé, en avril 1626, aux termes duquel les Grisons retrouvent leurs droits.

En même temps, Béthune doit obtenir une dispense papale pour le mariage de la sœur cadette de Louis XIII avec un prince protestant, le prince de Galles, fils de Jacques I^{er}. Pour ne pas paraître trop hostile à la France, le Saint Père l'accorde facilement. Plus délicate est la question du doublement des décimes, réclamé par Richelieu pour financer le siège de La Rochelle. Celle de la défense des droits du roi de France dans la nomination des bénéfices dont les Trois Évêchés ne l'est pas moins. Si Urbain VIII finit par donner son accord sur la question des décimes, il ne cède pas sur les Trois-Évêchés.

Béthune doit encore veiller aux droits du duc de Nevers dans la succession du duché de Mantoue et du marquisat de Montferrat, qui sont revendiqués par la Savoie, avec l'appui de l'Espagne. Alors que la question a évolué en conflit ouvert et que la France est occupée à La Rochelle, Béthune négocie la constitution d'une ligue avec le pape, Venise et Florence. Finalement, pour sauver Casal, puis Mantoue, Richelieu se résout à envoyer des troupes, qui emportent la victoire du Pas-de-Suse, en mars 1630, puis celles de Pignerol et d'Avigliana, en juillet. La mort du duc de Savoie, Charles-Emmanuel, et son remplacement par un prince favorable à la France, Victor-Amédée, permet de conclure une trêve à Ratisbonne et au duc de Nevers de conserver son héritage. Quelques mois plus tard, en avril 1631, le traité de Cherasco met fin au conflit entre Bourbon et Habsbourg.

Béthune est rappelé à Paris avant la fin de ces événements, au printemps 1630. Il quitte Rome le 22 mai.

La retraite

La fin de cette mission marque le début de la retraite de Béthune, même s'il reçoit encore une dernière nomination. Le 31 août 1630, des lettres patentes le

renouvellent dans sa fonction de membre du Conseil d'État et privé, tandis que le 3 mai 1631, il reçoit un brevet qui l'invite à siéger au Conseil des dépêches, formation du Conseil où sont examinées les questions de politique intérieure¹⁰⁵.

Entre ces deux dates, prend place l'un des événements politiques les plus étranges de l'époque, la « Journée des Dupes », du 10 novembre 1630, qui voit la confirmation de Richelieu à la tête de l'État, suivie d'une liquidation du parti dévot, la mise en accusation et la mort des Marillac, ainsi que le placement en résidence surveillée de la reine mère à Compiègne, en attendant sa fuite définitive aux Pays-Bas.

Ce sont peut-être ces mouvements perpétuels à la cour qui ont décidé Béthune à se retirer dans le Berry, en son château de Selles, au printemps 1631, pour y mener une longue retraite. Il en profite pour revoir ses notes et le manuscrit de son livre, puisque celui-ci paraît en 1633. Loin de Paris, il ne reste pas coupé du monde, comme en attestent sa correspondance et les visites qu'il reçoit, celle notamment de la Grande Mademoiselle, de Léon Bouthillier de Chavigny, le secrétaire d'État, puis surintendant des Finances, ou de l'historien Michel de Marolles. Il meurt, le 18 avril 1649, entouré de sa famille, non sans avoir grandement souffert de problèmes rénaux et urologiques.

L'œuvre

Le Conseiller d'État

Le rappel de cette belle carrière a pu paraître bien long. Mais dans la mesure où *Le Conseiller d'État* est un ouvrage d'expérience, plus que d'érudition, on ne peut pas le comprendre sans le confronter au parcours de son auteur, qui explique bien des propos, bien des prises de position, mais aussi certaines réflexions désabusées ou certaines désillusions. Béthune a rencontré trop de monde, vécu trop d'aventures, rempli trop de missions pour qu'il n'en soit pas autrement. Même s'il évite toujours soigneusement de se mettre en scène ou d'évoquer directement ce qu'il a pu vivre, il n'en reste pas moins un être fait de chair et de sang, qui témoigne sur son temps.

105 Le règlement du 18 janvier 1630 qui institue ce Conseil précise : « Audit Conseil seront lues toutes les dépêches du dedans du royaume et délibéré des réponses et de ce qui sera à faire à l'occasion d'icelles. Seront lues les réponses et les instructions qui seront baillées à ceux qui sont employés dans les provinces pour les affaires de Sa Majesté. Audit Conseil tous ceux qui auront été en commission pour le service de Sa Majesté seront tenus de rendre compte de ce qu'ils auront fait, négocié et géré en leurs voyages... » Il avait donc dans ses attributions toute l'administration intérieure : affaires judiciaires, ecclésiastiques, municipalités, pays d'états, travaux publics, etc.

Béthune : un cas difficile

En fait, Béthune est un cas difficile, alors qu'un Géraud de Cordemoy, par exemple, qui a écrit quelques années après lui *De la réformation de l'État*¹⁰⁶, est un auteur plus aisé à aborder. Comme nombre d'écrivains de son époque, il indique lui-même le sens de son exercice : c'est un songe, une rêverie, une utopie ; Cordemoy réfléchit à la réformation de l'État. De sorte qu'il signale lui-même les limites de son propos. Rien de tel pour Béthune : on ne sait rien, il ne donne aucune indication et l'on ne possède pas même, pour nous guider, le manuscrit de son ouvrage qui visiblement est perdu.

Alors, quelles peuvent être les intentions qui l'ont guidé ? Pourquoi a-t-il écrit son livre ? Pourquoi quelqu'un de son niveau a-t-il pris la peine de prendre la plume ? C'est énigmatique, on n'a aucun indice sérieux et l'on ne connaît rien de ses collaborateurs ; on en est réduit à des conjectures. Il faut pourtant s'interroger à ce propos, car selon les hypothèses émises, l'interprétation de l'ouvrage s'en trouve modifiée. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que *Le Conseiller d'État* ne possède pas les caractéristiques de la plupart des ouvrages de l'époque : il ne s'agit pas d'un texte de circonstance, court et consacré à des analyses circonstanciées ni d'une œuvre de propagande.

Alors, pour faire le point ? Mais on le fait plutôt en cours de vie, pour repartir à nouveaux frais, et non pas lorsque sonne l'heure de la retraite. Pour porter témoignage d'une vie consacrée au service de l'État, pour en faire le bilan et adresser aux générations futures une sorte de testament ? En somme, pour laisser une trace ? C'est possible, mais *Le Conseiller d'État* ne se présente ni comme un journal, ni comme des mémoires, à l'image de ce que nous a laissé un Montaigne ou un Retz. Béthune ne parle pas de lui, même s'il est certain qu'il se sert de son expérience, notamment lorsqu'il parle des métiers de diplomate et de conseiller d'État. Béthune a beaucoup lu. Quand il écrit, c'est aussi par érudition et pas seulement par expérience, il n'en fait pas mystère.

Et puis, au juste, quand a-t-il réellement rédigé son ouvrage ? Certainement pas à son second retour d'Italie : il n'en aurait pas eu le temps, d'autant que l'on sait que le manuscrit a fait des allers et retours entre Selles et son éditeur, Étienne Richer. Il semble qu'il en aurait peut-être fait la première ébauche dès la fin du règne d'Henri IV ou, au plus tard au début de la régence. Alors, était-ce dans l'espoir de devenir le gouverneur du dauphin, pour offrir ses réflexions à son jeune élève et les utiliser pour son éducation, pour lui donner à comprendre ce qu'est l'État et comment il devra se choisir ses collaborateurs ? Les forts accents pédagogiques de certains chapitres le laissent à penser. Et comme ses espoirs ont été déçus, puisqu'on ne lui a confié que l'éducation du premier duc d'Orléans, l'ouvrage a pu dormir dans des cartons jusqu'au jour de la retraite.

Rien n'est sûr, si ce n'est que l'ouvrage se présente comme une sorte de manuel de politique générale, un ensemble de réflexions, ordonné en plusieurs parties, Béthune étudiant successivement la forme de l'État, la religion, la manière

106 *Les œuvres de feu M. de Cordemoy*, publiées par Louis-Géraud de Cordemoy, son fils, 1704.

de gouverner et de commander, la loi, les affaires étrangères et les causes qui conduisent un État à la grandeur ou à la décadence, ce qui correspond effectivement à une démarche pédagogique.

Autre hypothèse : Béthune a-t-il voulu appuyer Richelieu dans son action ? On peut se poser la question, tant la vision de la politique est commune aux deux hommes, tant l'ouvrage a influencé le *Testament politique* du Cardinal. C'est plausible, même si à l'époque il était difficile de publier un tel ouvrage sans louer le ministre. Mais à défaut du manuscrit, on n'en saura sans doute jamais rien. De sorte qu'avec Béthune, il y aurait une belle critique à faire de l'histoire des idées politiques telle qu'on l'enseigne, avec ses certitudes, puisqu'avec lui, rien n'est certain.

Or il est délicat de faire l'histoire de la « pensée » d'un auteur dans une période aussi mouvante que ces premières décennies du XVII^e siècle. La France du XVII^e siècle n'est plus celle du XVI^e. On est entré dans une époque nouvelle : l'Italie de la fin du XV^e et du début du XVI^e siècle n'est plus qu'un souvenir, même si Béthune ne cesse de s'y référer et l'envisage comme une sorte de laboratoire des idées nouvelles. Mais ce n'est pas un modèle pour lui, plutôt un repoussoir, auquel il a beaucoup songé lorsqu'il était en poste, mais également par sa fréquentation assidue de Commynes et Guichardin. Béthune, et avec lui toute son époque, cherche à tourner la page italienne de la diplomatie française : la partie est perdue. Il ne s'agit plus que de contenir la puissance habsbourgeoise. Il faut chercher une nouvelle voie.

Béthune et ce début de siècle tournent également la page des guerres de religion. Tout n'est pas réglé, mais on est sur la bonne voie. La paix de Vervins et l'édit de Nantes ont été signés en 1598 : l'État se laïcise, il se dégage de la religion. On prend conscience que la politique espagnole, avec sa défense de la religion, est en partie un leurre, d'où la montée en puissance des « politiques » et la marginalisation du parti dévot, d'où le rôle également de la « raison » dans la conduite des affaires publiques, même si c'est toujours, sur fond de morale chrétienne.

Dans ce contexte, quelles sont les grandes idées de Béthune ?

Les idées principales

Le Conseiller d'État fait apparaître la fréquentation de Commynes, de Machiavel, de Guichardin, de Botero, de Villars, des *Négociations* de Jeannin, du cardinal d'Ossat, qui avait accueilli Béthune à son arrivée, pour la première fois, dans la Ville éternelle, où le prélat était alors l'autre ambassadeur d'Henri IV auprès du Saint-Siège. Il a feuilleté *Le discours de la servitude volontaire* de La Boétie, les *Essais* de Montaigne, mais aussi ceux du chancelier Francis Bacon, traduits par J. Baudouin dès 1624, le *Traité de la Sagesse* de Pierre Charron, les écrits des parlementaires, juristes, et politiques, Michel de L'Hospital, Guillaume Postel, Jean Bodin, mais aussi *Le Prince* de Guez de Balzac, et le *Ministre d'État, avec le véritable usage de la politique moderne*, de Jean de Silhon. Et puis, comme tous les gens formés de son époque, Béthune connaît les auteurs et historiens grecs et latins : Hérodote, Thucydide, Xénophon, Polybe, Cicéron, César, Salluste, Tite-Live, Plutarque, Tacite, auxquels il se réfère en permanence, sans jamais les citer.



On ne peut guère en dire plus, dans le cadre d'une telle conférence. Les influences subies par Béthune sont innombrables et il n'est pas raisonnable de prétendre les résumer en quelques lignes. Disons simplement qu'il a longuement séjourné à Rome, à deux reprises, tandis que le siège de la papauté était un lieu où s'échangeaient les idées et se croisaient les penseurs de l'Europe. Et puis, les « politiques », comme l'on disait alors, faisaient la lecture ordinaire des gens instruits, s'occupant de la chose publique, d'un Béthune, comme d'un Richelieu.

Avec des variations sensibles, ces politiques puisent dans un fonds de préoccupations communes. Béthune en est le reflet. C'est en cela qu'il porte témoignage sur son époque : homme de terrain, il s'occupe de questions de son temps. D'où son exaltation d'un État en pleine construction, son effort pour le dégager du fait religieux, tout en le subordonnant à la morale catholique et en se montrant tolérant en matière de croyance, dans la mesure où celle-ci ne dépasse pas la sphère privée, sa défense du mercantilisme¹⁰⁷ et du développement urbain, auxquels s'est occupé son frère, son plaidoyer pour une marine puissante, vecteur de richesses, ou sa justification des entreprises coloniales, autre grande visée de son protecteur.

En fait, Béthune s'applique à justifier l'action politique du Cardinal. C'est ainsi qu'il faut comprendre ses développements sur l'indépendance absolue dont doit jouir le prince ou sur l'indivisibilité du pouvoir, ses tirades contre la féodalité, mais sa défense résolue de la société d'ordres, son souci du repos public, son aversion pour la vénalité des offices, avec laquelle il faut pourtant faire, et sa préférence pour le système des commissions.

Autant dire que Béthune est le reflet de son époque. Il n'apporte pas une nouvelle conception du pouvoir monarchique. Sa compréhension du pouvoir est celle de Richelieu, parce qu'elle est dans l'air du temps, parce qu'il y croit et parce qu'il faut bien faire sa cour au ministre. C'est ainsi que notre homme ne plaide pas une monarchie absolue, dans le sens que le terme prendra par la suite. Il défend une simple supériorité de l'État sur les intérêts privés. Il s'en prend surtout à la féodalité, aux désordres et aux guerres qu'elle génère, à la haute aristocratie, celle qui est capable de s'opposer au roi et qui va briller de ses derniers feux après la publication du *Conseiller d'État*, à l'occasion de la Fronde, ce « chant du cygne de la chevalerie française ». L'État doit s'imposer comme le défenseur de l'intérêt général face aux intérêts particuliers. De sorte qu'il ne doit pas chercher à tout niveler, à tout uniformiser, à supprimer tous les privilèges et tous les contre-pouvoirs.

Surtout, cela tient encore à l'époque, Béthune est obsédé par le rapport du religieux et du politique : il cherche, comme tant d'autres, comme Richelieu, comme tous les étatistes, à dégager l'État de l'emprise de la religion. Mais il ne parle pas en hérétique, qu'il n'est plus, ni en homme d'église, qu'il n'est pas, ni même en fervent catholique qu'il est, mais en homme de bon sens, en adepte de la *Realpolitik*. C'est pourquoi il se prononce en faveur de la tolérance religieuse, car rien n'est pire que les conflits religieux.

107 Sur les idées économiques de Béthune, voir Guy Thuillier, dans *Revue économique*, Janvier 1958, p. 144-150.

Seulement, tolérance religieuse ne signifie pas qu'il puisse y avoir deux religions officielles. La religion d'État est toujours celle du prince : « *Diversité de Religion dangereuse en un Etat* », explique-t-il. *De là sont procédées les plus violentes & extremes passions qui ont iamais remué l'Etat, & la vie des hommes (...). Pour la religion les enfants ont laissé la cause des peres; les serviteurs le service des maistres, & les sujets la foy des princes : Bref tous les droicts naturels & offices d'humanité ont tousiours cessé, où la Religion a résisté : chacun estimant celle qu'il suit estre la plus pure & la plus vraye maniere d'adorer, & condamnant tout ce qui ne se conforme pas à sa creance* ».

Sans doute, le fondement du bonheur d'un État réside-t-il dans l'établissement du règne de Dieu. Mais, dans cette recherche, dans cette quête, l'homme d'État doit être guidé autant par des considérations morales que par des intentions proprement politiques qui sont l'une et l'autre, et non pas l'une ou l'autre, les moteurs de son action. S'il ne doit pas se désintéresser des choses de Dieu, le gouvernant n'en reste pas moins au service de son siècle.

C'est que, homme de son temps, il en partage les préoccupations. Sa vie a traversé trop de crises pour qu'il ne soit pas conscient de la nécessité d'en sortir. Homme de son temps, Béthune tient à passer pour tel, à se montrer absolument comme tel. Ainsi, il ne cesse de parler des nouveaux mondes, des Indes occidentales et orientales, d'évoquer la découverte de telle nouvelle île des Sévères ou des Moluques, l'installation de tel ou tel nouveau comptoir portugais ou hollandais, l'adoration de tel ou tel dieu de telle peuplade péruvienne ou amérindienne, comme les avancées de l'exploration de l'Amérique du Nord tout juste en cours...

C'est ainsi que Béthune apparaît comme un témoin, un reflet de son temps. Ce n'est pas là son originalité. Celle-ci réside dans son expérience, dans son bon sens et dans sa rationalité, qu'il cherche à nous faire partager. Il a les pieds sur terre, il connaît les hommes, les affaires de l'État, le fonctionnement du Conseil du roi, les relations diplomatiques ; il est sans illusion, concret, efficace. Il est vrai qu'il a vu tant de choses, vécu tant d'événements, traversé tant d'époques depuis sa naissance sous Charles IX et ses débuts sous Henri III.

Ces grandes idées dégagées, voyons comment Philippe de Béthune considérait le Conseil d'État et comment il comprenait la loi.

Le Conseil d'État

Sous le règne d'Henri IV, le Conseil a été renouvelé et affermi. Cette œuvre de professionnalisation, amorcée dès les derniers Valois, se poursuit sous Richelieu. Le Conseil est censé former une sorte de garde prétorienne de légistes, destinée à entourer le souverain. Il doit œuvrer à la réalisation de la mainmise de l'État sur l'ensemble de la Nation et à la mise sous tutelle des autonomies : États généraux, États provinciaux, villes et cours souveraines.

C'est qu'à la différence de l'Espagne, où l'on cherche à faire l'unité du pays par l'unité religieuse, la France a pris le parti, depuis le premier Bourbon, de réaliser cette unité non à partir de la religion, mais de la politique, ce qui permet à Richelieu de s'illustrer par son combat contre les antiques indépendances et les pluralités médiévales. Et dans cette entreprise de centralisation, la monarchie de



Louis XIII profite d'atouts que n'avaient pas les précédentes et que ne connaîtra plus le XVIII^e siècle : une solide doctrine politique et un rôle d'arbitre dans une société marquée par la montée en puissance de la bourgeoisie, où les deux classes rivales de la noblesse, d'une part, et de la finance et de la justice, d'autre part, se font désormais équilibre.

Le choix des conseillers

Comme les princes de la famille royale et les grands féodaux ne forment plus l'élément essentiel du Conseil, Béthune commence par énumérer, avant même d'examiner l'institution proprement dite, les qualités que doivent présenter les conseillers d'État – il s'agit évidemment des conseillers professionnels et non des membres des formations de gouvernement, personnages au profil plus politique – et ses modalités de fonctionnement. Et pour notre homme, la capacité d'un conseiller d'État découle avant tout de son expérience et de sa « *nature refroidie* ». Il n'y faut pas de suffisance pédantesque, dogmatique comme on dirait de nos jours. Le bon conseiller d'État se forme sur le tas et non pas dans les livres : « *La premier qualité d'un conseiller d'Etat, c'est d'estre vieil & expérimenté. 1^{re} ioin ces deux ensemble, pource que l'experience ne peut estre qu'en un homme deia aagé, & la vieillesse sans l'experience seroit icy inutile : pource qu'en telles affaires la cognoissance des humeurs particulieres des Princes, des peuples, & des Grands...* »¹⁰⁸. L'âge apporte l'autorité et le crédit, ce qui contribue à affermir les résolutions du Conseil. Les jeunes, au contraire, s'emballent facilement, ils ont le sang chaud et « *n'ayans encores esté trompés par la fortune, s'arrestent ordinairement aux conseils qui ont plus de magnificence & de monstre, que de seureté* ».

Cependant, les vieillards ne suffisent pas à composer un bon Conseil. Il ne faut pas non plus qu'ils soient d'un âge « decrepit ». « *Il faut que la vieillesse propre pour conseiller soit forte & verte, afin que les résolutions d'un Conseil de telles gens ne soient trop moles & timides* ». Il est bon de dynamiser le Conseil en le mélangeant de conseillers d'âges différents : « *C'est pourquoy avec ces vieillards « froids & lents », il ne sera que tres-à propos d'y en mesler de moyen aage, approchans de cinquante ans ; & que les uns & les autres ayent passé par plusieurs charges, esquelles ils ayent veu, traicté, & negocié diverses sortes d'affaires ; & ausquelles ils ayent fait cognoistre leur prud'homie, fidelité, industrie ; & par ce moien, donner assurance d'eux, qu'ils sont dignes & capables de tenir ce rang, sans chanceler ny tomber* ».

Le conseiller d'État doit faire preuve de courage, de fermeté, de constance. Il doit se montrer sans ambition personnelle, sans haine envers les autres et n'être jamais dans la dépendance d'autrui. Il lui faut du jugement, de la prudence, de la patience et de la solidité d'esprit, afin d'éviter les décisions hâtives. Il lui faut peser les inconvénients, adapter l'action aux circonstances, savoir attendre le bon moment pour agir : « *Ne faut qu'un conseiller d'Etat soit trop prompt & precipité, dautant que la precipitation de sa nature est aveugle & imprudente* »..

108 Première partie. Ch. XIX. De l'établissement du Conseil d'Etat : & des qualitez, & du nombre des Conseillers.

Mais l'inverse est aussi condamnable, l'irrésolution est un vice tout aussi dangereux, dans lequel il faut bien prendre garde de ne pas tomber, « *Car il se faut resoudre à un party & oublier tous les autres ; de peur que s'en resouvenant l'on ne rompe & allentisse ceste vigueur d'esprit necessaire à bien executer les grandes entreprises, & avec la constance qu'il faut y apporter aux choses mal-aysees & difficiles* ». L'excès de confiance en soi n'est pas plus recommandable. Il rend aveugle.

Surtout, les conseillers d'État ne doivent pas faire preuve de trop de subtilité, ni d'élévation, mais de courage dans leurs conseils : « *Les autres ont l'esprit si subtil, qu'à, toutes choses qui leur sont proposées des idées ils trouvent raisons contraires ; & estant, comme souvent il advient, peu courageux, iamais, si ce n'est par nécessité, se résolvent (...). Car la resolutions ne vient pas de l'esprit, mais du courage : & ceux-cy sont d'autant plus dangereux, qu'ils sont plus subtils, & ont plus d'adresse pour couvrir leur difficultez* ». Les conseillers d'État doivent encore se montrer discrets et ne pas éventer les affaires dont ils sont appelés à s'occuper. C'est pourquoi il faut les conserver en petit nombre.

Le choix des hommes est chose importante et complexe. Mais le choix fait, il faut s'y tenir, car il n'est pas bon de changer trop souvent de conseillers « *Pource qu'estant besoin qu'ils soient instruits des affaires* ». Et si l'on se trouve dans l'obligation d'en changer, il faut procéder avec prudence et ne pas modifier d'un seul coup la composition du Conseil afin que les anciens puissent instruire les nouveaux venus des affaires.

Le fonctionnement du Conseil

Si le choix des conseillers est si délicat, c'est que le Conseil du roi, né pour servir le prince, s'est imposé comme la pièce centrale des institutions royales et n'a cessé d'élargir ses compétences au fur et à mesure du renforcement de l'autorité centrale sur l'ensemble du royaume. La Renaissance et, plus encore, ces premières décennies du XVII^e siècle, l'ont fait passer du service du prince à celui de l'entité abstraite que constitue l'État. Le Conseil du roi fait place au Conseil d'État.

Formellement, le Conseil d'État reste un « conseil », c'est-à-dire qu'il joue toujours un rôle de conseiller auprès du prince, même si la réalité est sans doute différente, puisque le roi ne peut connaître toutes les affaires. Il est vrai qu'il peut éventuellement les évoquer et exiger de les examiner personnellement.

Béthune, qui a connu le Conseil de l'intérieur, s'attarde longuement sur son mode de fonctionnement. Il distingue ainsi les fonctions consultatives des fonctions délibératives, disserte sur l'égalité entre les conseillers, expose l'ordre d'opiner.

Plus important, par contre, parce que toujours d'actualité, si le Conseil existe pour assister le prince dans ses tâches de gouvernement, encore faut-il que celui-ci sache l'écouter. Béthune reconnaît que ce n'est pas toujours le cas, surtout si le prince fait preuve de suffisance et de présomption. La suffisance « *est dangereuse en un prince, qui aisement entre en présomption...* »¹⁰⁹. Pour autant, le prince doit

109 Première partie. Ch XXI. Considerations pour le Prince qui doit estre conseillé.

être conscient que les conseils qui lui sont prodigués peuvent être intéressés ou dictés par la jalousie qui oppose trop souvent les conseillers entre eux.

Sans doute parle-t-il là d'expérience : « *Outre ce, les Conseillers des grands Princes sont accompagnés de jalousie les uns contre les autres; & tendans tous en un but, controuvent bien souvent les conseils publics, & les font servir à leur intérêt particulier (...)* ». C'est pourquoi, si le Conseil est indispensable, il ne sert pleinement que s'il fonctionne auprès d'un prince capable et intelligent, qui a le goût des affaires publiques. En fait, prince et Conseil forment un tout, l'un ne va pas sans l'autre.

Comment, enfin, prendre conseil ? C'est une chose de désigner de bons conseillers, une autre de savoir les écouter, mais c'est encore autre chose de savoir quand il est opportun de saisir son Conseil. Choisir le bon moment est tout un art. Ce ne doit être ni trop tôt, de peur que l'affaire ne s'évente, ni trop tard, afin que les conseillers puissent y travailler et faire connaître leur opinion avant qu'elle n'ait plus lieu d'être. Mieux, si l'affaire est délicate et met en cause les intérêts de quelque grand, le prince ne doit pas hésiter à consulter ses conseillers séparément, et non à l'occasion d'une séance réglée du Conseil, afin que chacun soit libre de s'exprimer sans crainte de froisser les puissants.

Le prince doit prendre garde de ne pas se laisser accaparer par un trop grand nombre d'affaires, sans quoi il ne pourra plus décider de rien et se laissera conduire par ses conseillers. Il doit encore se méfier de la flatterie, qui est un comportement répandu parmi les conseillers, qui espèrent ainsi conserver les bonnes grâces de leur maître.

Le Premier ministre

La vérité lui vient plutôt de la bouche de son Premier ministre. Un bon Premier ministre ne saurait être pris parmi les princes ou les grands, qui ont trop d'intérêts personnels ou de clientèle à faire prévaloir, mais plutôt parmi des conseillers de moyenne fortune, qui ne tiennent leur position que du prince et qui lient ainsi leur destin à celui-ci.

En fait, les « *bons traits* » que Béthune dessine des « *premiers ministres d'Etat* » s'appliquent au Cardinal, dans la mesure notamment où celui-ci doit se montrer fidèle et capable. Surtout, il ne doit pas être un démagogue et se laisser impressionner par l'opinion. Il doit être ferme et indépendant dans ses analyses et dans ses jugements, comme dans son action : « *Il se lit en l'histoire des Turcs, qu'un Bassa appelé par son maistre au Gouvernement de l'Etat (...) se jugeant assez peu capable de cette Charge, établit secrettement certaines personnes prez de luy, qui avoient charge de recueillir ce qu'ils entendraient dire parmy la ville de Constantinople touchant le Gouvernement de l'Etat, pour le luy rapporter : & par le moien de ce adverty de ce qui estoit trouvé bon & mauvais, & de ce que lon desirait qui fust fait, ou que lon deffendist de faire, il se gouvernoit de façon, que sans s'ayder d'autre conseil, toutes choses luy succedoient à souhait; & accommodant ses actions au souhait du peuple, estait admiré de ceux, lesquels auparavant le tenoient pour incapable de ceste Charge. Cela se peut pratiquer par le Prince; mais toutefois il ne doit pas laisser pour cela d'establir un bon Conseil, pour examiner les propositions de ce que par ce moyen l'on aura descouvert estre désiré du peuple* ».

Finalement, Béthune s'étend assez peu sur les qualités et les fonctions du ministre d'État. Prudence politique ? Discrétion ? Sous le ministériat de Richelieu, mieux valait se montrer avisé et ne pas aborder des sujets trop délicats, comme Balzac venait tout juste d'en faire l'expérience. Il s'agit de ne pas froisser la susceptibilité d'un principal ministre qu'il connaît bien, mais dont il n'est pas l'un des proches, n'appartenant pas au premier cercle de ses obligés. Le clan Béthune n'est pas celui de Richelieu. Il est vrai aussi que tout ce qu'il a avancé à propos des conseillers d'État s'applique également au ministre d'État. Peut-être même que certains des propos qui sont destinés en apparence aux conseillers d'État touchent en réalité le ministre d'État ?

La loi

Avec la loi, les propos de Béthune résonnent d'un écho étonnamment contemporain. La sagesse recommande, en effet, que l'on évite tout changement spectaculaire, qu'on proportionne les réformes aux facultés de l'État et aux besoins du moment plutôt que de les décider de manière arbitraire en s'appuyant sur la rigueur de la loi. Le réel résiste aux doctrinaires qui changent les choses par principe, pour satisfaire leurs idées ou pour complaire au bon peuple. Dans le cas contraire, force est d'employer la violence, qui est une piètre manière de promouvoir la loi : « *Le Prince ne doit faire aucun changement soudain, pource qu'il ne se peut faire sans violence ; & la violence rarement produit effet qui soit durable.* » Il ne faut pas procéder au hasard et « *preferer les choses vieilles aux nouvelles, le repos au trouble, le certain à l'incertain, & la seureté au hazard* »¹¹⁰.

C'est qu'il faut mesurer jusqu'où l'on peut avancer et ne pas détruire prématurément, ni trop se raccrocher au passé, pas plus qu'il ne faut croire que la nouveauté est forcément bonne : « *Le prince doit bien considerer, si ce qu'il veut establir peut tenir : Pource que les abus, qui dés long-temps ont pris racine, sont difficile à aracher ; & quelquefois il est plus à propos de vivre avec ces abus doucement en un Estat, que les voulans oster mettre tout s'en dessus dessous* »¹¹¹.

Cette idée d'un juste milieu est dans l'esprit du temps. Descartes n'enseigne rien d'autre, qui explique qu'on peut modérer le mal, non le corriger. De sorte qu'en fin de compte, tout projet de réforme est illusoire, dans la mesure où la loi tire sa force non d'une prétendue raison universelle, mais du fait d'être la loi. La raison de la loi est d'être établie et consolidée par le temps, transformée en quelque sorte en coutume. C'est une « *règle de bien vivre* », comme le prétend Béthune. « *La Loy est certaine il se faut tenir à son autorité, & ne subtiliser sur l'équité* »¹¹².

Il y a là une sorte de conservatisme en réaction aux changements du temps. L'habitude est la meilleure garantie de l'observation des règles. D'autant que

110 Première partie. Chap. XXII. De la forme de commander : Et de ce qu'il faut suivre et esviter en l'establisement des lois.

111 Deuxième partie. Chap. XII. Des deffauts des Magistrats, Officiers & Ministres du Prince. Considerations necessaires pour une reformation.

112 Première partie. Ch. XXX. Du devoir des Principaux Officiers et Magistrats. Qu'il faut se tenir à l'autorité de la Loy, & ne pas subtiliser sur l'équité.

les changements soudains ne peuvent se faire sans violence et que « *La violence rarement produit effet qui soit durable* ». Le prince doit donc « *preferer les choses vieilles aux nouvelles, le repos au trouble, le certain à l'incertain, & la seureté au hazard* »¹¹³. C'est dire que Béthune ne se rallie guère aux théoriciens du droit naturel, d'après lesquels ce droit serait reconnu partout, dans tous les pays, dans la mesure où, pour lui, les lois doivent être convenables au temps et où l'État doit être gouverné « *selon le vent qui luy est propre* ».

C'est ainsi qu'il explique qu'on n'obéit pas aux lois parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois, comme le reconnaissait déjà Montaigne¹¹⁴ bien avant Béthune et Descartes. « *Or, reprend Béthune, les Ordonnances ont force, non pource qu'elles sont escrites ou iustes, mais à cause qu'elles sont commandees & faites par le Souverain. Car qui obeyroit à la loy seulement pource qu'elle serait iuste, n'y obeyroit pas comme il doit, cette justice pouvant estre debatuë, Aussi les Coustumes ont force de Loy, à cause qu'elles ont esté receuës & approuvées par le Jugement du peuple...* »¹¹⁵.

Dans le cas contraire, chacun ne consentira à leur obéir qu'en fonction de la justice qu'il imaginera et ce sera l'anarchie et le chaos, comme on l'a vu lors des guerres civiles. Seul le temps est capable d'instaurer une police convenable et relativement juste, transformée en coutume. L'observation de telles règles est plus sûre que de suivre l'opinion des hommes ou la commodité et l'autorité du législateur. La durée fait la vérité et la justice.

Seulement, les hommes ne sont pas toujours prêts à l'admettre. Ils croient à la vérité intrinsèque, ce qui revient à ébranler l'autorité et à mettre en péril l'État. Une fois encore, les guerres civiles ont montré ce que cela produisait de dire au peuple que les lois ne sont pas justes, uniquement parce qu'elles sont lois, mais au regard d'un principe supérieur. C'est mal comprendre la loi, – tout comme la justice, d'ailleurs, – de penser qu'elle puisse être séparée de la force. L'essence du pouvoir est un rapport de force.

En conséquence, chacun est tenu d'observer les lois, à commencer par le prince lui-même qui doit montrer l'exemple. Il doit tout particulièrement veiller à y soumettre les grands, qui se considèrent trop souvent exempts de l'observation de la « *règle commune* » : la souveraineté s'exerce autant vers le bas que vers le haut ; elle est supérieure aux sujets, à tous les sujets, mais également aux autorités internes de l'État, comme à l'Église. C'est toute la justification de la politique de Richelieu, car cette rigueur ne s'exerce pas tant pour « *rechercher & punir les plus secretes meschancetez* », que pour l'exemple.

C'est que « *la loy doit avoir pour but principalement le bien de l'Estat* » et non des particuliers. En conséquence, la volonté du prince ne doit pas s'entendre « *de tout ce qui luy vient en la fantaisie & en opinion de vouloir ; mais seulement de ce qu'il doit iustement & honnestement vouloir* » et les lois ne doivent pas être

113 Deuxième partie. Ch. VII. Regles & instructions nécessaires à un Prince pour estre estimé prudent.

114 « *On obéit aux lois et coutumes, parce qu'elles sont lois* ».

115 Première partie. Ch. XXX. Du devoir des Principaux Officiers & Magistrats.

promulguées en trop grande quantité. : « *Entre autres choses, nous devons prendre garde à n'établir que celles qui sont très nécessaires. La quantité des Loix est plutôt un tesmoignage de confusion que de bon ordre* ». La surabondance des lois tient en général à la vanité, à l'ambition et à la démagogie de ceux qui commandent, « *lesquels pour gagner reputation de bien gouverner veulent pourvoir à tout, mesmes aux choses de peu d'importance* ». Cela est de mauvaise politique : les lois, trop nombreuses, ne peuvent être observées et le peuple s'accoutume « *à n'obeyr point* ».

À lire notre homme, on croirait entendre un de nos contemporains s'exprimer : la doctrine qu'il dessine pour le Conseil d'État d'il y a quatre siècles ne serait-elle pas celle que développe notre Conseil d'aujourd'hui ? On pourrait s'y méprendre, s'il n'y avait le français archaïque, si savoureux et imagé, qu'utilise Philippe de Béthune. Étonnamment moderne, également, dans la mesure où il utilise le Conseil comme une base pour servir l'État et occuper de grands postes, mais auquel il revient toujours ceux-ci accomplis, pour y exercer discrètement mais efficacement son rôle.

Émile Reverchon (1811-1877)

Commissaire du gouvernement au Conseil d'État, trop indépendant et martyr¹

Bernard PACTEAU

Le sous-titre donné à cette étude peut paraître ambigu, tant un commissaire du gouvernement, ce pilier historique de la justice administrative, n'est évidemment jamais trop indépendant, et alors que, peut-être aussi, il est toujours quelque peu martyr!

Voici quelque cent soixante ans, début 1852, en pleine éclosion du Second Empire, Émile Reverchon, commissaire du gouvernement au Conseil d'État, parut bien tout de même au pouvoir politique de son temps se vouloir et se montrer trop indépendant, jusqu'aux pressions pour qu'il *rentre* dans le rang, suivies des avanies d'une révocation qui en fera bel et bien un martyr, ce qui sera son honneur et fera aussi sa gloire.

Oh, en ce siècle si instable, bien d'autres – pour toucher de trop près l'action de gouvernements en quête de docilité – ont connu les tourments de la disgrâce, suivis quelquefois, au fil des révolutions et retournements politiques, des délices d'un... retour en grâce. S'il y eut alors des girouettes autant que d'élans brisés, non moins vit-on des carrières en dents de scie. Mais ces perturbations, Reverchon les aura lui-même cumulées et illustrées selon des modalités, avec une intensité et aussi avec une dignité exceptionnelles.

Notre propos est placé précisément sous le signe de cette fonction de *commissaire* qui lui colle à la peau, quand bien même il ne l'exerça que pendant treize mois, de mai 1851 à juin 1852, et ne siégeant au total au Conseil d'État que durant quatorze ans. Les conditions de son éloignement forcé du Conseil d'État qui ne sont pas ordinaires, et, plus largement, tout ce qu'il fut et ce qu'il fit appellent bien le regard.

Émile Reverchon a aussi la caractéristique très rare, voire unique à ce degré, au-delà de ses fonctions au Conseil d'État, d'avoir été associé à presque tous nos métiers juridiques et juridictionnels, avec chaque fois une exceptionnelle autorité.

Licencié et docteur en droit, le voilà en 1835 – ce n'est déjà pas un mince début – auditeur puis maître des requêtes au Conseil d'État, toujours très actif et y devenant donc commissaire du gouvernement en 1851-1852. Révoqué pour avoir refusé les instructions politiques qui lui étaient intimées sur la fameuse et lourde

1 Texte élargi de la conférence donnée au Palais-Royal le 17 juin 2011.



affaire dite *des Biens d'Orléans* – affaire qui sera ainsi au cœur de sa destinée –, il devient avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, puis avocat à la Cour. Et non moins en ce temps, il publie beaucoup, méritant de figurer au palmarès de la doctrine du droit public de son siècle. À l'écroulement de l'Empire, dès septembre 1870, retour de balancier, il est nommé conseiller d'État, précisément à la commission qui remplace provisoirement le Conseil d'État alors suspendu. Il n'y siègera cependant pas. Mais il accède presque aussitôt à la Cour de cassation, et, successivement sous deux formes, au parquet comme avocat général, puis au siège. À ce titre judiciaire, il fut même alors dépêché au tribunal des conflits de 1872... où on le retrouve précisément commissaire du gouvernement.

Difficile de faire plus *ni* plus divers, ni *plus* cahoteux, *ni* plus riche!

Indépendamment des fonctions publiques souvent variées qui reviennent classiquement aux membres du Conseil d'État, seul sans doute – en tout cas parmi ceux des plus illustres et à la même époque – Édouard Laferrière (1841-1901) aura presque fait autant en rôles et responsabilités, lui qui fut avocat, journaliste, ce virulent opposant à l'Empire et défenseur de la liberté de la presse accédant au Conseil d'État en septembre 1870 jusqu'à y assurer moins de dix ans plus tard la présidence de la section du contentieux, puis la vice-présidence en 1886, commissaire du gouvernement au tribunal des conflits, sans oublier l'épisode de la direction des cultes en 1879, et, surtout ses fonctions de gouverneur général de l'Algérie en 1898 avant que de terminer sa carrière publique comme procureur général à la Cour de cassation en 1900, se souvenant aussi qu'il aura été le seul vice-président du Conseil d'État à avoir connu la prison (Mazas) en 1869, pour quelques jours et *noble* délit de presse oblige, donc rare privilège.

Mais c'est bien sa période de *commissaire* qui appelle avant tout vers Reverchon l'attention autant que l'admiration. C'est elle qui lui permet d'abord de faire briller ses qualités; c'est elle qui fut au cœur de sa destinée; c'est elle qui lui vaut le regard de l'Histoire.

On ose aussi parler du *syndrome* Reverchon.

C'est bien en grande partie grâce à lui, et son martyr devenu objet de scandale et de répulsion, que le commissaire du gouvernement est devenu littéralement *intouchable*, en même temps que son appellation, qui évoque l'inverse de ce qu'il est, a définitivement acquis ses lettres de noblesse avant qu'on ait cru devoir, aujourd'hui, le dénommer plutôt *rapporteur public*.

Cette indépendance du commissaire du gouvernement est aujourd'hui éclatante autant qu'évidente.

Le Conseil d'État l'a lui-même magnifiquement formulée et garantie lors d'une ultime (on peut l'escompter!) atteinte qui y fut portée dans les années 1950, ne fût-ce que devant une modeste et lointaine juridiction administrative d'outre-mer et dans une affaire qui n'avait certes rien de politique et encore moins de *haute politique*, mais constitutive tout de même d'une alerte et significative

d'une légèreté administrative inadmissible et donc répréhensible ; c'est le fameux arrêt *Gervaise* de 1957².

Et on n'a évidemment de cesse aujourd'hui de l'afficher (sa re-dénomination en 2009 avait cette finalité) ; elle s'était d'ailleurs manifestée dès la naissance de cette institution en 1831³.

Reste à se souvenir que cette indépendance sacrée aura été mise à mal au moins une fois dans une affaire grave et du plus haut de *l'État*, et qu'un certain Émile Reverchon l'a alors hautement revendiquée au péril même, sinon de sa vie, en tout cas de sa carrière. Du même coup, il l'a assise.

Et ainsi a-t-il réussi cette gageure d'être parmi les commissaires à la fois les plus brefs et de ceux qui auront le plus marqué, marqué cette fonction, marqué le contentieux, marqué le Conseil d'État, et marqué notre justice publique, contribuant à la doter de cette image d'intransigeance juridique, intellectuelle et morale qu'on se plaît à lui reconnaître.

Il faut ajouter, pour justifier – s'il en était encore besoin – l'hommage à lui rendre, que Reverchon, de ce point de vue injustement méconnu ou oublié, aura grandement contribué au déploiement de notre droit administratif, souvent sur des questions essentielles, et toujours d'inspiration très soucieuse de la prééminence des droits des personnes.

Reverchon, bien sûr, c'est avant tout 1852, la grande *affaire des Biens d'Orléans* à laquelle Vincent Wright a consacré de précieuses recherches et analyses ; ce cycle de conférences est justement placé sous son patronage.

2 Voir CE, 10 juillet 1957, *Gervaise*, *Rec.*, 466, *AJDA*, 1957, II, 394, obs. J. Fournier et G. Braibant. *Gervaise* avait été révoqué, en tout cas de ses fonctions de commissaire du gouvernement, dans un *conseil du contentieux administratif*, l'équivalent colonial des conseils de préfecture. Il lui était reproché, rapporte l'arrêt, de « *n'avoir pas soutenu avec succès la thèse de l'administration* », ce qui est autre qu'une insoumission politique. Il faut se souvenir que devant ces juridictions d'outre-mer, lointaines et forcément organisées de façon originale voire rudimentaire, sinon sommaire – le commissaire du gouvernement était un fonctionnaire du Territoire, *Gervaise* étant lui-même *administrateur en chef* de la France d'outre-mer. Cette affaire devait fournir l'occasion presque rêvée de poser des principes généraux de la justice administrative et de sanctuariser par principe l'un de ses rouages essentiels. On ignore si le commissaire du gouvernement chargé au Conseil d'État de cette *affaire Gervaise* (J. Gand) avait alors évoqué, comme c'est tout de même probable, le *précédent* Reverchon, ses conclusions n'ayant pas été publiées ni citées par les analystes de l'époque.

3 Sur les premiers pas de l'institution du *commissaire du gouvernement*, d'abord *commissaire du roi*, voir notre ouvrage *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, préf. R. Denoix de Saint Marc, PUF, coll. Léviathan, 2003, notamment p. 96-103, avec les renvois. En réalité, ces *commissaires*, qui ont été qualifiés encore pendant longtemps de *ministère public*, eurent immédiatement à cœur de *conclure* tout à la fois au seul nom du droit, en toute indépendance et en totale objectivité, au besoin contre les intérêts immédiats et prosaïques des personnes publiques. Cela se comprend, l'Administration ayant déjà sa défense et ces commissaires étant membres de la juridiction sans même y relever d'une hiérarchie distincte ; la haute valeur personnelle des premiers titulaires de cette fonction (Germain, Marchand, Chasseloup-Laubat, tous grands noms du Conseil d'État) fit le reste. Mais dès lors qu'il *expose*, le commissaire du gouvernement était en quelque sorte forcément aussi *exposé*.

Louis Napoléon, à peine établie sa présidence décennale et posés les jalons de l'Empire, décidait, ce furent les décrets historiques du 22 janvier 1852, d'invalider la donation que Louis-Philippe avait faite de son patrimoine à ses enfants en août 1830 lors de son accession à la royauté, et dans le but évident d'éloigner ses biens du domaine de la Couronne, alors qu'il s'en approchait, et devenant forcément fragiles si elle-même venait à vaciller. Ces *biens d'Orléans*, devenus ainsi purement personnels, étaient alors, d'autorité, *rapportés à l'État*. La vente des autres propriétés de la famille de l'ancien roi des Français était en tout cas imposée.

Ce sera pour Reverchon, lui-même pris presque par hasard – il faut y insister – dans la déferlante de ces décrets, le grand basculement et l'affichage d'une grandeur et d'une rigueur dont il paiera le prix.

Dans le contentieux qui en naquit immédiatement devant le Conseil d'État, Émile Reverchon, appelé en effet à y intervenir, justement comme commissaire du gouvernement, et alors qu'il s'apprêtait à conclure conformément à son opinion et à sa conviction juridiques, donc selon sa conscience, mais contre les intérêts politiques des nouveaux gouvernants, devait être dessaisi du dossier puis rudement destitué du Conseil d'État. C'est son martyr.

Cet épisode sera évidemment crucial, crucial pour le Conseil d'État, autant qu'il fut crucial pour Reverchon, et qu'il sera crucial dans l'Histoire.

Mais encore convient-il d'élargir, donc d'approfondir, l'image à retenir de Reverchon. En effet, *si on peut dire*, par-delà et au-delà de cette affaire, Émile Reverchon a eu et connu une première vie qui annonce d'ailleurs son avenir, éclaire sa personnalité et explique aussi son comportement ; et il aura, après même cette affaire, une autre vie également riche mais souvent méconnue, et qui la prolonge, voire la sublime. Aussi pourrait-on parler des trois vies d'Émile Reverchon.

Reverchon avant l'affaire

Jusqu'en 1852, nous avons non pas une sorte de vie cachée de Reverchon, mais, plus simplement, et sans ambiguïté aucune, un jeune homme qui gravit avec détermination les marches raides et rudes des études universitaires, puis de cette haute institution qu'est alors déjà le Conseil d'État. Ses débuts sont même un exemple de beau et brillant parcours.

Il y était entré comme auditeur du temps de la monarchie de Juillet ; c'était en 1838.

En ce temps, le Conseil d'État était *logé* dans l'hôtel Molé, rue Saint-Dominique (actuel boulevard Saint-Germain). C'est peu après, en 1840, qu'il s'installera dans ses somptueux locaux du palais d'Orsay dont la construction avait débuté sous l'Empire, rive gauche, non loin de l'Institut, devant la Seine et face aux Tuileries, et qu'il partagera avec la Cour des comptes, lui au rez-de-chaussée et dans l'aile

à l'est, elle en étage⁴. Émile Reverchon ne semblait pas particulièrement prédestiné à une telle carrière publique, étant d'une famille de notables, oui, mais ne comptant ni magistrats, ni avocats, non plus que sans liens politiques marqués, ni visibles liens sociaux prestigieux.

Il venait du Jura où son père était maître de forges, précisément à Jougne, dans le département du Doubs, petite et plutôt modeste bourgade, fût-elle *cité de caractère* selon le langage touristique moderne et assurément de grand charme, au cœur de la Franche-Comté et tout près de la frontière suisse.

Géographiquement, socialement, et familialement, il était donc bien loin de la justice administrative, sauf cette sorte de clin d'œil de l'Histoire, ou plutôt de la topographie, qu'on se plaît bien sûr à évoquer ici : les forges Reverchon étaient situées dans la douce et large vallée de... La Ferrière, sorte de préfiguration de sa future proximité avec cet autre géant de la juridiction administrative que fut Laferrière, déjà évoqué et qu'on retrouvera.

Émile Reverchon y était né le 10 mai 1811. Signalons qu'un tableau sur toile le représentant fait bien transparaître sa force morale et sa finesse autant que son acuité intellectuelle. Ce seul portrait que l'on connaisse de lui et dont nous avons eu le bonheur de recevoir une reproduction photographique orne toujours la salle d'apparat de l'hôtel de ville de Jougne, sa petite patrie ainsi fière d'honorer un de ses fils les plus prestigieux.

Il effectua ses études au collège royal de Besançon. On sait aussi qu'il y fut élève brillant, y accumulant les prix.

Le tournant sera pris immédiatement vers la Basoche, sans qu'on en sache les ressorts précis. Au sortir du baccalauréat, il part ainsi *faire son droit* et à Paris! Et le voilà licencié en août 1832. Le 16 mai 1835, trois ans plus tard, il soutiendra une thèse entreprise sous la direction de Bugnet et qui portait pour le droit français sur le mariage, suivie de trois pages de dissertation en latin, ensemble bref de trente et une pages selon les habitudes universitaires de ce temps et que nous avons pu consulter en bibliothèque dans sa version imprimée. L'intitulé de cette thèse révèle qu'il était déjà avocat à la cour royale de Paris.

Après quoi, il devient précisément collaborateur d'un avocat aux Conseils, maître Galisset, d'où il passera au Conseil d'État lui-même; on sait qu'à cette

4 C'est sur l'emplacement de ce palais (incendié par les insurgés de la Commune de Paris en 1871 et alors tombé en ruines) que sera édifiée en fin du XIX^e siècle la gare d'Orsay elle-même transformée à l'époque contemporaine pour abriter le musée d'Orsay; v. note 54. Une description très précise en fut faite, accompagnée de gravures, dans le fameux périodique *L'Illustration*, n° 360, daté du 19 janvier 1850. Il est évoqué aussi par M. Migneret, *Le Conseil d'État du Second Empire (1852-1870)*, Paris, E. Dentu, 1872, notamment p. 17-19, qui parle de la grande salle des séances « *richement décorée; le plafond était orné de peintures allégoriques, et le long des murs se voyaient... les portraits des plus illustres parmi les conseillers d'État du Premier Empire qu'on rattachait ainsi au nouveau...* ». Voir aussi : A. F. (Fouquier, alors son secrétaire général), « *Les diverses résidences du Conseil d'État...* », *J. off.*, 1^{er} déc. 1875, texte reproduit par J. Delarbre, *Le Conseil d'État, son organisation*, Berger-Levrault, 1876, annexes; T. Sauvel, « *Du palais de la Cité au Palais-Royal* », in *le Livre jubilaire du Conseil d'État*, Sirey, 1950, p. 31-42. D'anciens annuaires révèlent que Reverchon fut d'ailleurs domicilié tout près, précisément rue de Poitiers, n° 9.

fin il avait eu *l'appui* – forcément précieux – de parlementaires compatriotes francs-comtois, et notamment de Désiré Dalloz (c'est Dalloz aîné, 1795-1869, le fondateur du Répertoire), lui-même avocat à la Cour de cassation et au Conseil du roi, dont il était, et en tout cas, était devenu un proche, alors député du Jura (il sera aussi en 1840 l'auteur d'un beau rapport à la Chambre sur la réforme du Conseil d'État qui préfigure la loi du 24 mai 1872).

Il y est donc nommé auditeur le 14 juillet 1838, à l'âge de vingt-sept ans.

Il est immédiatement affecté à la section de l'Intérieur que présidait alors Maillard (qui sera aussi son président à la section du contentieux en 1852). C'est une étape décisive qui le fait entrer dans le monde des affaires publiques. Elle est immédiatement suivie d'autres pas importants, car, visiblement, il s'y affirme et s'y épanouit.

Dès 1840, il est ainsi nommé à la direction d'un *Bureau temporaire spécial* chargé du règlement des expropriations auxquelles allait donner lieu la construction des fortifications de Paris, un des grands projets de Louis-Philippe. Il y restera deux ans, ce bureau étant alors passé sous l'autorité du ministère de la Guerre.

Et 1841 il voit son premier ouvrage alors publié chez l'éditeur Cotillon : *Les Autorisations de plaider nécessaires aux communes et établissements publics*. Cette étude substantielle de 240 pages sur un sujet important de l'organisation administrative connaîtra une nouvelle édition en 1853. C'est aussi l'époque où il est associé à une mission à Toulouse à la suite de troubles occasionnés par le recensement.

Au Conseil d'État, Reverchon passe au comité de législation, organe précisément chargé, aux termes de l'Ordonnance du roi du 18 septembre 1839, de « colliger et classer les lois et règlements encore en vigueur et de les réunir en recueil », la codification à droit constant, dirait-on aujourd'hui.

Il y réalisera, sur demande de Dumon, président de son comité, un projet de *code ecclésiastique* de quelque 250 pages et qui fera l'objet d'une publication officielle par l'Imprimerie royale en 1842. Même s'il ne s'agit que d'y ordonner les textes, mais sans aucunement les fondre, du moins a-t-il été alors considéré comme un travail de qualité et dont on peut penser qu'il sera utile à sa carrière, d'autant qu'il fut longtemps un ouvrage de référence.

Également en 1842, il accède justement à la première classe des auditeurs au Conseil, le voilà même – c'est un saut – chef de cabinet de Martin du Nord, alors ministre de la Justice et des Cultes et, à ce titre, président du Conseil d'État.

Il semble que ce soit le fruit d'un concours de circonstances, l'ancien titulaire de la charge venant d'être élu à la Chambre des députés : encore fallait-il pouvoir en profiter ! Et sans doute son projet de *code* l'avait-il fait apprécier des maîtres du Conseil d'État. On peut aussi supputer qu'il bénéficia à cette fin des circuits de confiance et d'influence autour desquels il gravitait désormais plus fortement et fermement.

À quelque trente ans, ce sont, en tout cas, des débuts bien prometteurs et qui seront récompensés dès le 4 mai 1844 par la Légion d'honneur, rien de moins. On ne peut donc être surpris qu'il soit nommé maître des requêtes en août 1846.

Il restera aux côtés de Martin du Nord pendant cinq ans. Il en fera d'ailleurs l'*Éloge* à sa mort en 1847, dans une *Notice* de quelque cent soixante-dix pages qui traduit bien son admiration pour lui (Guyot et Scribe, éd., 1849).

La Deuxième République le confortera sur la trajectoire qui est déjà la sienne. Sans qu'on gomme ses liens avec le régime de Juillet, il paraît en effet se tenir plutôt « à l'écart de la politique », ainsi l'assurera Gabriel Richou, son gendre (ce qu'il n'est certes devenu qu'en 1876) dans la notice qu'il lui a consacrée à sa mort dans *Le Droit, journal des tribunaux*⁵.

On sait que 1848 a marqué une grande rupture pour le Conseil d'État avec sa profonde réorganisation, en même temps que la redéfinition et la revalorisation de ses fonctions. Pour la première fois, la *justice déléguée* lui était attribuée.

Au-delà, dit la Constitution, le Conseil d'État est « *consulté* » tant sur les projets que sur les propositions de loi ; et plus avant, « *il prépare les règlements d'administration publique ; il fait seul ceux à l'égard desquels l'Assemblée nationale lui a donné une délégation spéciale* » ; il est même associé, en tout cas pour « *avis* », au droit de grâce du président de la République. Tout cela sera précisé par la grande loi du 3 mars 1849.

La nouvelle République instaure aussi l'originale élection parlementaire des conseillers d'État, innovation destinée à les mettre en symbiose avec la majorité parlementaire, fût-ce avec un risque de politisation et d'amoindrissement de qualité comme d'indépendance, sans oublier celui d'instabilité, les conseillers étant renouvelés par moitié à chaque législature, donc tous les quatre ans⁶.

Reverchon commence par un article réservé sur ces réformes projetées et préparées, c'est dans une *Lettre à un représentant par un ancien auditeur*⁷.

En tout cas, il est maintenu parmi les maîtres des requêtes de ce nouveau Conseil, nomination du 25 avril 1849.

5 *Le Droit*, numéro daté du 2 décembre 1877, p. 1156-7, cité *infra* note 59.

6 Voir C. Lecomte, « *L'élection des conseillers d'État en 1848* », *EDCE*, 1994, n° 46, p. 497-511. Cormenin y fut élu ; et il en devient immédiatement *vice-président* en remplacement de Girod de l'Ain, son premier vice-président propre, fonction créée par une ordonnance du 18 septembre 1839, à la grande carrière politique, lui qui avait été caricaturé dans *Le Charivari* de 1832 en *Girod drelin din din*, ... et décédé en décembre 47. Cormenin préférera ensuite siéger à l'Assemblée nationale mais reviendra au Conseil d'État après la loi du 3 mars 1849, et y devenant *président de la section du contentieux*, en notant que les présidents de section devaient être eux-mêmes élus par les conseillers d'État de la section « *au scrutin secret et à la majorité absolue* ». Firmin Laferrière (1798-1861) y sera aussi élu ; c'est le père d'Édouard Laferrière. Lui-même a laissé une œuvre juridique importante. Trop républicain, il n'y sera cependant pas reconduit lors du renouvellement partiel de 1849. Sur la dynastie Laferrière : F. Julien-Laferrière, « *Firmin et Édouard Laferrière...* », *Rev. adm.*, 1994, p. 636-648. Ce mode électif sera d'ailleurs rétabli en 1872, mais abandonné dès les lois constitutionnelles de 1875. Voir M. Langlade (future Mme Martine de Boisdeffre), « *De Thiers à Mac-Mahon, les avatars de la désignation des conseillers d'État (1872-1879)* », *EDCE*, 1984-1985, p. 319-338.

7 Voir aussi son étude intitulée *Projet de loi sur le Conseil d'État*, publiée à la *Gazette des tribunaux*, numéro du 20 janvier 1849.

À côté de Reverchon, on croise notamment : Adolphe Vuitry, futur président du Conseil, ainsi que Léon Cornudet qu'on retrouvera parmi les protagonistes de l'affaire des Biens d'Orléans.

Reverchon sera d'ailleurs aussi du jury chargé désormais d'admettre les auditeurs par concours, comme cela aura lieu en juin 1849. C'est le premier concours de l'auditorat, supprimé en 1852 mais rétabli par la loi du 24 mai 1872 et devant durer jusqu'en 1945, ce concours spécial étant alors abandonné au profit de celui de l'ENA⁸.

C'est l'époque où Auguste Vivien devient président de la section de législation et, à ce titre, vice-président du Conseil, la présidence de droit appartenant au vice-président de la République⁹.

La République marque même pour Reverchon un nouvel envol de carrière.

En mai 1851, le voilà en effet – ça y est! – *commissaire du gouvernement*, inaugurant presque cette appellation qui succède alors (forcément!) à celle de commissaire du roi.

Il en était trois à cette époque (à côté de lui, ce sera Léon Cornudet et Emmanuel du Martroy), en notant que c'est le départ d'Adolphe Vuitry, nommé sous-secrétaire d'État au ministère des Finances, qui le fit accéder à ce moment-là au pupitre.

Ainsi l'y voit-on de suite défendre avec ardeur autant que rigueur juridique la compétence des conseils de préfecture, plutôt que de l'Administration, sur le statut des pâturages, tant, si leur sphère juridictionnelle « *est exceptionnelle dans un certains sens* », il est juste de lui donner « *toute l'étendue que comportent les termes et l'esprit de la loi* »¹⁰; c'est déjà une vision d'avenir!

En juin 1851, il est encore le commissaire sur une affaire *Legat* où il plaide, bien avant l'arrêt *Blanco*, rendu vingt-deux ans plus tard, et aussi avant l'arrêt *Rothschild* de 1855, pour la spécificité de la responsabilité publique sans soumission au code civil, tant, dira-t-il, « *l'étude... de la discussion du code civil prouve que*

8 Nous avons des traces de ce concours avec un sujet de dissertation portant sur « *Le système adopté par l'Assemblée nationale de 1789 pour les revenus publics* »; une copie que nous possédons, celle d'Eugène Marbeau, traduit à cet égard une réelle culture.

9 Voir O. Pirotte, *Vivien de Goubert (1799-1854). Contribution à l'étude d'un libéral autoritaire*, LGDJ, 1972, préf. R. Drago. La vice-présidence spécifique du Conseil d'État avait été instituée par l'ordonnance du 18 septembre 1839; le premier de ses titulaires fut Amédée Girod (de l'Ain). Après sa mort, Cormenin lui succédera aux lendemains des journées de février 1848; et voir notre ouvrage cité note 3, p. 104 s.

10 CE, 7 juin 1851, *Cne d'Amondans, Rec.*, 417, avec un large extrait de ses conclusions.

*l'idée de la responsabilité de ne s'est pas présentée à l'esprit du Conseil qui rédigeait le code, et qui l'aurait limitée s'il l'avait aperçue*¹¹ ... ».

En novembre, il revendique avec vigueur l'essor de l'excès de pouvoir sur la procédure disciplinaire académique¹².

Sa carrière ainsi poursuivie sous la République paraît même devoir se prolonger pleinement et prestigieusement sous l'Empire qui s'annonce sur la base du coup d'État du 2 décembre 1851.

Reverchon a déjà traversé deux changements de régime!

Dès ce 2 décembre, le Conseil est « *dissous* ». Dans l'attente de sa « *réorganisation* » une commission consultative est instituée. La nouvelle Constitution sera promulguée dès le 14 janvier suivant, suite au plébiscite des 20 et 21 décembre. Le Conseil y était remodelé dans le goût et le genre napoléoniens.

Très vite, le décret organique du 25 janvier le réorganise concrètement. Un autre décret du même jour le recompose : Baroche devient vice-président, Parieu préside la section des finances, Maillard la section du contentieux ; on les retrouvera.

Reverchon en sera donc, accédant précisément à la première classe des maîtres des requêtes. Et on le voit figurer à nouveau dans le décret du 28 janvier, comme commissaire du gouvernement au contentieux, signe, pour le moins, de l'estime comme de la confiance qui lui sont portées.

C'est aussi le temps où l'on voit apparaître le nom de Léon Aucoc parmi les tout nouveaux auditeurs de seconde classe ; il a alors vingt-quatre ans ; il sort de la jeune et éphémère École d'administration de Blanche¹³. On sait sa place majeure dans le déploiement de notre justice administrative ; on en reparlera aussi !

En ce début de 1852, alors qu'il a à peine trente et un ans, Reverchon paraît ainsi bien ancré dans le nouveau Conseil bientôt *impérial*. Ses conclusions sont fréquentes (on en relève au *Lebon* quelque soixante-dix de janvier à mai 1852). Parmi les plus brillantes et significatives, profondes mais au besoin aussi très techniques, on citera celles de février 1852 sur un arrêt *Niocol* où il défend la thèse que l'État *doit pouvoir être condamné aux dépens* dans les procès administratifs, sauf le cas de recours pour excès de pouvoir.

Il ne sera certes pas suivi, *argument de texte*, la loi de 1849 qui le permettait ayant été abrogée par le décret du 25 janvier 1852, « *et [alors] qu'aucune*

11 CE, 12 juill. 1851, *Legat* c. l'administration des postes, *Rec.*, 508, notes, *D. P.*, 1851, III, 66, avec notes et les conclusions de Reverchon ; occasion de se souvenir que l'absence de textes fut souvent *une chance* pour le droit administratif!

L'affaire *Legat* est à relever pour un autre motif ; les parties y réclamèrent la possibilité de s'exprimer elles-mêmes, ce qui leur fut refusé (dans le même sens : CE, 7 août 1883, *Bertot*, *Rec.*, 769, *D.*, 1885, 3, 63, note, arrêt qui refuse une *révision* à ce titre ; 27 févr. 1930, *Trémège*, *Rec.*, 225.

12 CE, 15 nov. 1851, *Pierquin*, *Rec.*, 676, *D.*, 1852, 3, 21, avec notes qui se réfèrent à ses conclusions.

13 Sur cette école : V. Wright, « *L'École nationale d'administration de 1848-1849* », *Revue historique*, 1976, n° 517, p. 2-42.

autre disposition [...] n'autorise à prononcer des dépens à la charge ou au profit des administrations publiques dans les affaires portées devant le Conseil d'État». Mais ce qu'on retiendra, c'est son souci de donner une forte assise libérale à la justice administrative au bénéfice des administrés, précisément « *en vue de leur faire accepter avec plus de confiance la juridiction administrative, sans compromettre en rien les besoins et les règles du service public et de fortifier, de consolider par là cette juridiction elle-même* » (Aucoc emploiera des termes proches).

De même justifie-t-il cette condamnation aux dépens comme « *profondément conforme à la justice et à l'équité* ».

Non moins y défendait-il la spécialité et précisément l'originalité nécessaires – Hauriou aimera dire plus tard : le génie *propre* – du contentieux administratif qui, disait-il encore, tient « *à la nature des choses* », mais à charge, non moins, d'offrir « *toutes les garanties compatibles...* »¹⁴.

Il sera aussi fait mention de l'affaire *Commune de Penestin*, sur un conflit positif, jugée le 20 mars 1852, qui amènera Reverchon aux débats sur la domanialité publique, en l'occurrence s'agissant de la délimitation du domaine public maritime et des droits des tiers qui peuvent y être impliqués, donc affectés¹⁵.

Et voilà donc que survient – on pourrait même dire : surgit – l'affaire des Biens d'Orléans qui devait secouer, outre le monde politique, le Conseil lui-même, et qui placera précisément Émile Reverchon sous les feux de l'Histoire, sous ses feux brillants et brûlants, au point que cette affaire des biens de la famille d'Orléans deviendra, par ricochet, l'affaire *Reverchon*.

Reverchon, l'affaire

Nous en arrivons donc à 1852.

On ne refera pas ici le récit exhaustif de cette affaire des biens de la famille d'Orléans, se souvenant certes du flot de débats et discussions, controverses, libelles, plaquettes, mémoires, réponses et répliques qu'elle a alors suscités par

14 CE, 27 févr. 1852, *Niocol, Rec.*, 13, note, S., 1852, 2,375, avec des extraits de ses conclusions *Journal du palais, jurispr. adm.*, t. XII, 1.

15 Voir CE, 20 mars 1852, *Cne de Penestin, Rec.*, 47, concl. Reverchon, *Journal du palais, jurispr. adm.*, t. XII, p. 25, concl. Reverchon y avait vivement défendu comment le pouvoir de délimitation du domaine « *ne peut avoir pour effet d'effacer... tous les droits antérieurs; autrement, ce serait une véritable expropriation, ... sans aucune des formes et des garanties de l'expropriation ordinaire...* »; on voit là déjà son attachement à la propriété tel qu'il s'exprimera et même éclatera, le mois suivant sur l'affaire des Biens d'Orléans, l'arrêt ayant lui-même, et contrairement à ses conclusions, confirmé l'arrêté de conflit, tant cette délimitation « *appartient à l'autorité administrative* ».

dizaines et que nous nous sommes efforcé de réunir, du moins en partie, et aussi de dépouiller autant que possible¹⁶.

L'encre de la nouvelle Constitution du 14 janvier (publiée au *Bulletin des lois* n° 479) était à peine sèche, celle d'un régime encore républicain, la république dite décennale, la présidence y étant précisément et expressément (autant que bien dangereusement...) confiée à Louis Napoléon pour dix ans.

Voilà que, presque immédiatement, sortent au *Bulletin des lois* (n° 481) les décrets fameux autant que funestes, demeurés dans l'Histoire comme *les décrets du 22 janvier*¹⁷.

Le premier interdisait aux « *membres de la famille d'Orléans... leurs époux, épouses et leurs descendants* » de « *posséder aucuns meubles et immeubles en France* » ; il leur imposait aussi « *de vendre, d'une manière définitive, tous les biens qui leur appartiennent dans l'étendue du territoire de la République* », vente obligatoire, donc, « *dans le délai d'un an* » et, à défaut, « *à la diligence de l'administration des domaines* », le produit devant en être en tout cas... « *remis aux propriétaires ou à tous autres ayants droit* » ; ce décret rappelait soigneusement que Louis XVIII avait fixé une identique contrainte aux membres de « *la famille de l'empereur Napoléon* », que « *Louis-Philippe en agit de même à l'égard des princes de la famille aînée des Bourbons* », et tant « *pareilles mesures sont toujours d'ordre et d'intérêt publics* » et alors qu'il convenait « *de diminuer l'influence que donne à la famille d'Orléans la possession de près de trois cents millions d'immeubles en France* ».

Fût-ce non directement confiscatoire, c'était déjà sérieusement attentatoire à la liberté comme au droit de propriété!

Plus lourdement, le second décret, lui, restreignait singulièrement leur patrimoine puisqu'il annulait la donation que Louis-Philippe avait faite, par acte authentique, de l'essentiel de ses biens (« *sa fortune éminemment, exclusivement patrimoniale* », y insisteront les avocats de ses héritiers, à ses enfants le 7 août 1830,

16 Pour une synthèse : Vincent Wright, « *Le Conseil d'État et la confiscation des biens d'Orléans* », *EDCE*, 1968, p. 231-249 ; *Le Conseil d'État sous le Second Empire*, Presses de la FNSP, 1972. On y ajoute sa longue étude en langue anglaise : « *The reorganisation of the Conseil d'État in 1852, the study of a french elite* », *International Review of Social History*, vol. XIV, 1969, p. 180-213. Toutes les *Histoires* du Second Empire l'évoquent évidemment. Citons seulement celle de Pierre de La Gorce, *Histoire du Second Empire*, éd. success. t. I, p. 38 s., et en son temps, celle de Taxile Delord, *Histoire du Second Empire*, 1869, t. I, p. 396-402 et éd. ultérieure illustrée, t. I, p. 422-431.

L'affaire a été décrite par Reverchon lui-même dans son opuscule de 1871 intitulé *Les Décrets du 22 janvier*, Paris, Charles Douniol et Cie, étude très détaillée et certes parfois acide, voire acerbe, de quelque 90 pages serrées, qu'il avait d'abord publiée dans *Le Correspondant*, livraison du 25 novembre 1871 (*Le Correspondant* était une publication catholique et libérale dirigée sous l'Empire notamment par Montalembert et qui sera absorbée en 1937 par *Études*, revue française de la Compagnie de Jésus). Évoquons aussi l'étude du comte de Montalivet, « *La confiscation sous Napoléon III* », *Rev. des deux mondes*, déc. 1871, p. 481-528, et tirage à part, *La Confiscation des biens d'Orléans*, Impr. Claye, 1871, 48 p.

17 Voir Duvergier, *Coll. des lois, décrets, ordonnances...*, 1852, p. 33 ; *D.* 1852, 4, 37 ; *S.*, *lois ann.*, 1852, 4, 8, note ; *Journal du palais, lois et décrets*, 1852, p. 35, note et avec le texte de la *Protestation des exécuteurs testamentaires du feu roi Louis-Philippe* (parmi lesquels Dupin et le comte de Montalivet), concluant : « *Nous demandons des juges.* »

deux jours donc avant que de monter sur le trône royal. Sûr que c'était une fortune énorme constituée par ses héritages et aussi par d'importantes acquisitions faites depuis 1814 ; ce décret la rapportait donc à l'État. Là, il y avait vraie confiscation, même si l'on préférerait dire que :

« *Les biens meubles et immeubles qui sont l'objet de la donation faite, le 7 août 1830 par le roi Louis-Philippe, sont restitués au domaine de l'État...* »

Ce décret était lui-même accompagné d'un long préambule plutôt agressif, sauf une phrase liminaire qui se croyait habile, qui traduisait surtout de l'embaras, et qui facilitera son interprétation restrictive, les rédacteurs du décret assurant en effet agir « *sans vouloir porter atteinte au droit de propriété dans la personne des princes de la famille d'Orléans* », quand bien c'était pour conclure que « *le président de la République ne justifierait pas la confiance du Peuple français s'il permettait que des biens qui doivent appartenir à la Nation, soient soustraits au domaine de l'État...* »¹⁸.

Il faut bien le dire, ces décrets eurent l'effet d'un coup de massue dans la France d'après le 2-Décembre. Ainsi Louis Napoléon, après qu'il eut frappé les républicains, entendait-il marquer contre les monarchistes.

Certes, dans notre instable XIX^e siècle, ce fut pratique récurrente, tout comme les lois d'exil jusqu'à celle, républicaine, du 22 juin 1886 à l'encontre des chefs de famille ayant régné sur la France¹⁹.

18 De façon habile, voire démagogique, il était encore spécifié que « *Les biens faisant retour à l'État en vertu de l'art. 1 seront vendus en partie...* » au profit des sociétés de secours mutuels et aussi des logements ouvriers et pour une « *caisse de retraite au profit des desservants les plus pauvres* » ; encore un décret ultérieur du 27 mars, *D. P.*, 1852, 4, 94, modifiera-t-il ces affectations. On y ajoute ce miel final qui est aussi un trait de fiel : « *En considération des présentes..., le président de la République renonce à toute réclamation au sujet des confiscations prononcées en 1814 et 1815 contre la famille Bonaparte.* »

19 Le membre le plus fortuné de la famille d'Orléans, le duc d'Aumale, 5^e fils de Louis-Philippe, né en 1822, celui qui prit la *smala* d'Abd El-Kader en mai 1843, l'ancien gouverneur général de l'Algérie, et l'héritier du richissime duc de Bourbon, son parrain et grand-oncle (héritage certes partagé avec la trop fameuse baronne de Feuchères, maîtresse du duc) vendra alors une partie de ses biens fonciers.

Et il parvint surtout à en conserver le joyau, le domaine de Chantilly, usant à cette fin d'un *trust*, de sorte qu'il parut vendu à deux Anglais qui le lui restituèrent en 1870. On sait qu'il en fera plus tard donation à l'Institut de France (il avait été élu en 1871 à l'Académie française et y sera reçu le 3 avril 1873 et sera aussi de l'Académie des beaux-arts et de l'Académie des sciences morales et politiques), et cela d'ailleurs au moment même de la *loi d'exil* des Princes qui avait été étendue à lui par décret spécial (décret qu'il attaquera en vain devant le Conseil d'État, l'acte de gouvernement étant dénié, mais la légalité elle-même suffisamment respectée aux yeux des juges : CE, 20 mai 1887, *Henri d'Orléans, duc d'Aumale, Rec.*, 409, concl. Marguerie, *D.*, 1888, 3, 104, note).

Après que Grévy eut quitté la présidence de la République fin 1887 et à l'appel pressant de l'Institut, le duc d'Aumale sera autorisé en 1889 à rentrer en France ; il mourra en Sicile en 1897 mais sera inhumé dans la *chapelle royale* de Dreux. Sur son destin admirable, voir notamment le livre très documenté de Raymond Cazelle, *Le Duc d'Aumale, prince aux dix visages*, Tallandier, 1984, qui montre comment il sut gérer sa fortune en collectionneur avisé comme en mécène généreux.

Le prince avait cependant minimisé le malaise qui allait en résulter, alors que son nouveau pouvoir personnel n'était pas encore solidement établi, que l'ancienne dynastie avait conservé les faveurs d'une grande partie des classes dirigeantes, et que la mesure attentait gravement à la sécurité des biens.

Il y eut quatre départs du gouvernement, et pas *minces* : le duc de Morny, ministre de l'Intérieur, demi-frère de Louis Napoléon et qui avait été la cheville ouvrière du 2-Décembre, mais très lié à la famille d'Orléans; Eugène Rouher, garde des Sceaux; Achille Fould, ministre des Finances; Pierre Magne, ministre des Travaux publics.

Dupin, le fécond juriste et l'exécuteur testamentaire de l'ancien roi Louis-Philippe (lui-même décédé le 26 août 1850), stigmatisait alors ce « *premier vol de l'aigle* » (le mot fit mouche autant qu'il fit mal; il fut souvent rapporté); il ira jusqu'à démissionner, très solennellement, par lettre du 23 janvier, de son haut poste de procureur général de la Cour de cassation, lettre alors souvent reproduite, y disant qu'il en « *éprouve le devoir* », exprimant aussi au prince son regret que « *vous n'ayez pas eu la pensée de m'entendre* » et observant comment cette mesure « *viole le principe même de la propriété* »²⁰.

Il y eut aussi plusieurs refus d'entrer au nouveau Conseil d'État, ainsi ceux de Hély d'Oissel et de Chasseloup-Laubat.

Prosper Hochet, son ancien secrétaire général depuis 1830, et qui avait succédé à son père Claude Hochet, le quitte alors lui-même.

Louis-Philippe, en accédant au trône le 9 août 1830, avait voulu éviter la confusion de son patrimoine avec le domaine de l'État, comme c'était l'ancestrale tradition monarchique, d'où cette donation du 7 août, sur la tête de ses enfants (sous réserve d'usufruit à son profit, et à l'exception de son fils aîné, héritier présomptif de la Couronne).

Louis Napoléon jugea le procédé frauduleux.

Déjà en 1848, il y avait eu là-dessus débat à l'Assemblée nationale sur une proposition de Jules Favre en date du 5 juillet, mais finalement écartée après que Berryer, en particulier, en eut dénoncé l'injustice.

Reste qu'on pouvait considérer ces principes de confusion aujourd'hui révolus et leur mise en œuvre par restitution d'autant plus abusive qu'elle était tardive, certains des biens inclus dans cette donation ayant même déjà changé de mains. La vente forcée (donc risquée) du premier décret du 22 janvier paraissait non moins arbitraire.

En tout cas, l'exécution en débutera de suite avec les saisies de Monceau et de Neuilly, exceptionnel domaine de quelque 500 ha, une des résidences favorites

20 Dupin ralliera certes rapidement l'Empereur et entrera même au Sénat, « *tardive et sénile faiblesse* », commentera Reverchon plus tard, non sans quelque perfidie, tout en reconnaissant que sa réaction immédiate relevait d'un « *mouvement honorable et relativement courageux* » (*Les Décrets...*, ouvr. préc. note 16, p. 50). On se souviendra que Dupin avait initialement accepté le coup d'État du 2-Décembre alors qu'il présidait l'Assemblée nationale.

de Louis-Philippe, certes déjà gravement saccagée en février 1848 ; ainsi sera-t-il opéré le 12 avril à coups de serrures forcées.

Le lendemain, les princes, plus le roi des Belges Léopold I^{er}, veuf de la princesse Louise d'Orléans (décédée en octobre 1851), elle-même fille de Louis-Philippe, assignaient l'administration des domaines devant le tribunal civil de la Seine.

Ils en escomptaient, et le contrôle, et la condamnation.

Restait à Louis Napoléon une seule voie : dessaisir le tribunal.

À cette fin : *un argument*, qu'étaient en cause des intérêts publics et même politiques dépassant toute compétence judiciaire en tant qu'actes de gouvernement, théorie qui avait déjà servi à immuniser de contentieux bien des mesures de cette veine²¹ ; et *une arme*, celle du conflit d'attribution et dont les maîtres étaient justement : un préfet pour le déclencher et le Conseil d'État lui-même pour le décider (le Tribunal des conflits créé en 1850 ayant été supprimé depuis le 2-Décembre), son Conseil d'État, et au titre de la *justice retenue*, c'est-à-dire sous la signature du chef de l'État lui-même.

Procédure facile, semblait-il, voire procédé factice consistant pour le pouvoir à se faire juge de la *justiciabilité* de sa propre cause !

Le préfet de la Seine mit effectivement en demeure le juge de renoncer à connaître de ce procès ; c'était le *déclinatoire*.

Le 23 avril, le tribunal, sur les objurgations des défenseurs de la famille d'Orléans, Paillet et Berryer, et sous les applaudissements dans l'auditoire (en leur faveur bien entendu !), le rejetait fermement : « *Attendu que les tribunaux ordinaires sont exclusivement compétents sur les questions de propriété, de validité des contrats, de prescription ; Que ce principe a toujours été appliqué aussi bien à l'égard de l'État qu'à l'égard des particuliers ; Qu'ainsi au tribunal seul il appartient d'apprécier les titres des parties et d'appliquer la loi aux faits qui donnent lieu au procès ; Se déclare compétent ; retient la cause...* »²².

Le préfet de la Seine éleva immédiatement le conflit.

C'était le 28 avril. Le 18 mai, l'affaire arrivait au palais d'Orsay. Qu'allait donc dire et retenir le Conseil ?

La procédure appelait un rapport de présentation et de préparation ; il fut confié à Léon Cornudet.

Le 4 juin, Cornudet remettait son rapport. C'était dans la séance préliminaire à huis clos devant la section du contentieux.

Restait à entendre en séance publique, après les observations des avocats, les conclusions, donc l'analyse et les préconisations, d'un commissaire du gouvernement.

21 Voir notamment, et concernant les familles régnantes déchues : CE, 1^{er} mai 1822, *Lafitte, S.*, 1822, 3, 632 ; 5 déc. 1838, *Famille Napoléon Bonaparte*, 8 arrêts, *Rec.*, 641.

22 Ce jugement et ces plaidoiries ont été naturellement alors publiés ; voir notamment : *Décrets du 22 janvier. Biens de la maison d'Orléans. Question de compétence*, Paris, imprimé par Henri et Charles Noblet, 1852. Celle de Paillet figure aussi dans le recueil de ses *Plaidoyers et discours*, publiés par Jules Le Berquier, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1881, p. 537-581.

Le commissaire désigné était Émile Reverchon.

Certes, ses conclusions, d'ailleurs personnelles, il faut le rappeler, ne seraient qu'une opinion. *Mais* forcément, d'autant qu'elles étaient publiques, elles auraient dû retentir. Or, il se comporta très vite – Reverchon ne s'en cachant pas – qu'elles seraient non seulement contre le conflit, mais également sévères dans leurs motifs, fondées en effet sur la défense intransigeante du droit de propriété auquel il était porté ici, selon lui, une atteinte pleinement justiciable de la garantie judiciaire.

Louis Napoléon ne pouvait qu'en prendre ombrage. Le vice-président du Conseil d'État, Baroche, fut lui-même inquiet, tout en semblant assurer ou afficher qu'aucune pression ne serait exercée.

Il y eut alors un curieux chassé-croisé.

Un collègue de Reverchon lui aurait proposé de prendre sa place, se disant prêt au sacrifice (ce ne peut être que du Martroy, l'autre commissaire étant Maigne qui, justement, lui succédera). Reverchon déclina cette offre ; il le raconte lui-même dans son récit de l'affaire²³.

La date de l'audience à l'Assemblée du Conseil approchait.

Alors se situe – c'était le lundi 7 juin, donc moins d'une semaine avant la séance du Conseil d'État – le fameux dialogue entre Baroche et Reverchon, dramatique, tragique, théâtral, narré par Richou à partir, le souligne-t-il, de notes de son beau-père²⁴.

On n'en reproduit ici qu'un échange qui résume bien l'affrontement majeur qui s'y joua, ainsi rapporté, sinon un peu arrangé :

Baroche : « *C'est une affaire politique et il est bien difficile que le commissaire du gouvernement ne soit pas de l'avis du gouvernement.* »

Reverchon : « *Il est bien difficile aussi que le commissaire du gouvernement soutienne une opinion qui ne serait pas la sienne.* »

Baroche insista, exposant que, sur une telle affaire, eu égard à son « *côté politique* », le Conseil ne pouvait prétendre à sa « *liberté ordinaire* », et encore que son opinion serait forcément exploitée par les ennemis du gouvernement. Même la perspective d'un « *moyen terme* » lui parut insupportable. Il agita aussi la perspective grave d'un refus du prince-président de signer un décret dans le sens de l'invalidation du conflit.

Il proposa à Reverchon de laisser en tout cas le dossier à Maigne. Reverchon ne l'accepta pas, mais il le laissera faire. Précisément, il s'en remettra au président de la section du contentieux, Maillard, tant, dira-t-il dans son récit de l'affaire, « *il est notre procureur général ; c'est à lui que je dois remettre le soin de voir ce qu'il aura à faire* ».

23 É. Reverchon, *Les Décrets...*, préc. note 16, p. 56-59.

24 G. Richou, *Notice sur la vie et les travaux de M. Reverchon*, Paris, Impr. et libr. gén. de jurisprudence, Marchal, Billard et Cie, 1878, 66 p. + *index des ouvrages et écrits divers de M. Reverchon*. Reverchon lui-même le narre dans son étude déjà citée sur *Les Décrets...*, p. 58.

Concession proche d'un recul ? Souci d'afficher son attachement à la hiérarchie interne à la section du contentieux ? Probablement, Reverchon n'entendait ni renoncer à sa fonction, ni faire de ce procès une sorte d'affaire personnelle ou politique à l'envers.

En tout cas, il y avait danger à ce retrait.

Maillard fut effectivement complaisant alors qu'il ne voulait sans doute pas être complice (on le verra d'ailleurs voter finalement contre l'arrêt validant le conflit d'attribution). Le 8 juin, il cédera donc, dessaisissant Reverchon au profit de Maigne, à l'échine plus souple.

Reverchon lui-même le décrira : « *M. le Président Maillard, sur la demande de M. Baroche, commit M. Maigne pour me remplacer ; on eut soin de ne pas s'adresser à mon autre collègue, dont l'opinion était conforme à la mienne*²⁵. »

L'affaire devait être appelée le 12 juin ; elle fut repoussée au 15, et l'arrêt rendu le 18 juin, confirmant l'incompétence du juge civil, tant :

« *le décret du 22 janvier est un acte politique et de gouvernement dont l'exécution et les effets ne peuvent être soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire*²⁶. »

L'Assemblée du contentieux comptait alors seize membres. En sus, le vice-président Baroche la présida, comme c'était son droit.

M^e Paul Fabre, avocat des princes, contesta lui-même ce conflit.

Puis Maigne conclut *comme c'était souhaité*, défendant sans ambages que le premier décret, « *tout en respectant le droit privé... , prescrit une mesure exceptionnelle, l'aliénation obligée...* », et le second est, « *comme le premier, au plus haut degré un acte de gouvernement...* », concluant que « *les décrets du 22 janvier... sont des actes de politique et de gouvernement [...] qui* » « *ne sont pas susceptibles de discussion juridique, soit devant l'autorité judiciaire, soit devant l'autorité administrative...* », de sorte que « *c'est avec raison que le conflit a été élevé* ».

Maigne proposait seulement l'annulation du conflit quant à la question de la propriété d'une partie des domaines de Neuilly et de Monceau, *soit* acquises par Louis-Philippe après son accession au trône, *soit* héritées de sa sœur, Madame Adélaïde, décédée en 1847. Ainsi d'ailleurs l'arrêt souscrira-t-il à cette modeste concession.

Tout de même, l'arrêt ne devait être rendu en ce sens autoritaire que de justesse par neuf voix contre huit, la présidence de Baroche, donc son vote qu'on pouvait présumer, faisant atteindre la majorité. C'est à relever alors qu'on était en sortie

25 Son gendre Richou narrera aussi comment : « *Le lendemain, cédant aux instances de Baroche, M. Maillard eut la faiblesse de retirer le dossier à M. Reverchon, quoique celui-ci l'eût prié de n'en rien faire et le remit à M. Maigne sur la complaisance duquel le gouvernement comptait* » (notice préc. note 24, p. 33).

26 CE, confl., 18 juin 1852, *Famille d'Orléans c. le Domaine de l'État*, *Rec.*, 252, avec renvois et l'indication expresse de conclusions *conformes*; *D.*, 1852, 3, 17, avec les conclusions de Maigne et une note; *S.*, 1852, 2, 307, avec aussi les conclusions de Maigne et notes. La plaidoirie de M^e Paul Fabre fut elle-même diffusée et publiée, on n'en sera pas étonné (Paris, imprimé par Henri et Charles Noblet, 1852).

de coup d'État et que, après déjà une recomposition du Conseil en janvier, tant de membres du palais d'Orsay pouvaient se sentir personnellement menacés.

Ainsi, leur attachement au droit, leur répugnance à l'égard du procédé et aussi un réel courage, eurent raison *chez la moitié d'entre eux* de ce qui les astreignait ou inclinait à suivre plutôt la raison du plus fort!

Ces conseillers d'État de la minorité étaient : Maillard qu'on voit manifester un sursaut de dignité, Marchand, Cornudet, Giraud, Boulay de la Meurthe, Suin, Tourangin et Vuitry.

Dans la majorité, outre Baroche, il y avait notamment Quentin-Bauchart, futur président de la section du contentieux²⁷.

Tout cela se sut, comme souvent dans pareil moment historique, et jusqu'aux Tuileries... alors que, par principe, les votes des juges sont secrets et doivent le demeurer, y compris quant à leur répartition.

On rendra cette justice à Reverchon de l'avoir tu, en tout cas dans le détail, même dans son livre de 1871. Ainsi, le lit-on :

« Il me suffira de dire – c'était certes déjà une révélation... – que huit... se prononcèrent contre le conflit, et que les neuf autres l'approuvèrent », n'hésitant pas même à ajouter que :

« J'ai d'ailleurs la certitude absolue que si le Conseil d'État avait été sûr qu'aucune atteinte ne serait portée à son indépendance, presque tous les membres qui ont formé la majorité se seraient réunis aux huit qui ont fait la minorité » ;

et se défendant encore en note, tant :

« On me reprochera sans doute de commettre une indiscretion en divulguant ce détail. D'abord, il a déjà été divulgué dans le temps. De plus, je me couvrirais, au besoin, d'illustres exemples, parmi lesquels il me suffit de citer celui de M. Troplong qui raconte (Traité des donations et testaments, t. III, p. 282) que la Cour de cassation, dont il était premier président, a adopté son opinion dans une certaine affaire à la majorité de 18 voix contre 16. »

Bien plus tard, en 1878, son gendre Richou exposera aussi comment *« le secret de la délibération... transpira. J'en ai retrouvé trace dans les papiers de M. Reverchon... »*, et égrenant les noms de ceux qui avaient souscrit au conflit (ces seuls noms, précisait-il en bien curieuse excuse, tant cette énumération indique forcément ceux des autres)²⁸.

Ce vote partagé, c'était assurément déjà un camoufflet pour le prince qui rêvait au contraire de l'unanimité et précisément, selon un mot de l'époque, de l'*« aplatissement »* du Conseil.

C'est donc que la thèse de Reverchon n'était pas si excessive ni iconoclaste, non plus que le Conseil si faible ni servile.

27 Quentin-Bauchart s'en justifiera avec franchise dans ses *Études et souvenirs sur la Deuxième République et le Second Empire (1848-1870)*, Mémoires posthumes publiés par son fils, Paris, Plon-Nourrit, 1901-1902, t. II, p. 6-7 ; selon lui, en tout cas, *« sur la question de compétence, le doute n'était pas possible »*.

28 G. Richou..., ouvr. préc. note 24, p. 35.

Reverchon publiera lui-même en 1871 – mélange sans doute de souci de justification et d’affichage de sa résistance à l’empereur déchu – ce qui avait été son projet de conclusions²⁹. La lecture en est instructive. Elles ne font pas moins de vingt-deux pages serrées autant que très argumentées qu’il dit avoir rédigées entre le 4 et le 12 juin. On y sent assurément un souffle de gravité qui traduit bien sa conscience des enjeux de l’affaire.

Du coup, cette *affaire des Biens d’Orléans* est sans doute un cas unique (au-delà de l’hypothèse tout autre d’affaires renvoyées lors du délibéré) où l’on possède deux conclusions très exactement sur le même procès, destinées à la même séance de jugement et sur le même projet d’arrêt.

S’agissant en particulier du second décret, il entendait ainsi le minimiser à « *une revendication provisoire des droits de l’État sans préjudice des droits des tiers et de la compétence judiciaire pour y statuer* ».

« *Peut-être, observera-t-il, restait-il en deçà de la véritable intention qui avait inspiré l’auteur de la mesure ; mais à nos yeux, il suffisait que les termes employés permissent le doute pour que, dans l’intérêt même du gouvernement, ce doute pût et dût être tranché comme je viens de l’indiquer* » (p. 60-61).

Côté principes contentieux, c’était non moins ferme.

Il répudiera ainsi la théorie des actes politiques souverains, pour lui en tout cas inopposable à la compétence judiciaire pour la garantie des droits privés, et tant, exposerait-il :

« *La doctrine... qui admettrait l’inviolabilité absolue des actes politiques, de quelque nature qu’ils fussent, quel que fût leur objet, quelles que pussent être leurs conséquences, produirait de tels résultats, aboutirait à une confiscation si complète de tous les droits et de toutes les garanties, qu’elle ne s’est jamais établie et, nous ne craignons pas de le dire, qu’elle ne s’établira jamais dans la jurisprudence.* »

Pour lui, au total, il y avait ici pur et simple débat de propriété. Le juge judiciaire devait donc statuer³⁰.

Surtout, il insistera sur l’indépendance foncière du Conseil d’État, ce qu’il appellera en des termes vraiment modernes autant qu’empreints de grand noblesse,

« *cette véritable indépendance qui sert le pouvoir politique...*, [et] *qu’il ne peut conserver qu’à la condition de ne pas admettre, dans la balance qui lui est remise, des éléments étrangers à ceux qui doivent seuls, peser sur ses déterminations* ».

Même si le Conseil d’État statua dans le sens souhaité sur la rive droite de la Seine, la satisfaction du futur Napoléon III fut donc finalement mince et mitigée.

29 Voir *Les Décrets du 22 janvier*, préc. note 16.

30 Reverchon citait en particulier un arrêt du Conseil d’État du 9 mai 1832, *Merlin c. Caraman*, annulant une ordonnance de 1816, « *et tout ce qui s’en est suivi* » en tant qu’elle avait dépossédé Merlin (le fameux procureur général Merlin, le régicide et rédacteur de la *loi des suspects*), de ses actions du canal du Midi qu’une loi de 1830 lui avait restituées (*Rec.*, 247, avec les concl. Chasseloup-Laubat, *Journal du palais, jurispr. adm.*, 1832, p. 276). Dans son livre sur *Les Décrets...*, Reverchon ajoutera qu’il fut reproché de n’avoir vu ici qu’« *une question de droit* » ; on ne sera pas surpris qu’il ait ajouté prestement : « *mais cette critique était et est restée à mes yeux un éloge* » (p. 58, note 1).

Son appétit de vengeance n'en fut que plus grand. La machine broyeuse fut ainsi rapidement mise en marche : Maillard, le président de la section du contentieux, invité à remettre sa démission³¹ ; Cornudet, conseiller rapporteur, et Reverchon, destitués par décret du 31 juillet au sein d'un mouvement qui nettoiera alors fortement le Conseil d'État³².

Napoléon III dira lui-même en des termes ou en tout cas selon un ton de dépit qu'on retrouvera malheureusement lors d'épisodes postérieurs et politiquement tendus de notre histoire que : « *les conseillers d'État sont, non des magistrats, mais des hommes politiques chez qui je ne dois point rencontrer de résistance* »³³.

Baroche avait été pour le moins l'« *exécuteur résigné des basses œuvres d'autrui* »³⁴. Il recevra par décret impérial du 30 décembre 1852 le titre envié de président du Conseil d'État³⁵. Plus tard, de 1863 à 1869, il accédera aux hautes fonctions de ministre de la Justice et des Cultes.

Reverchon quitte donc le Conseil d'État, mais pour entrer dans l'Histoire !

Très vite, Napoléon III pardonnera certes aux rebelles, n'étant sans doute pas si rancunier et ayant besoin d'hommes de qualité.

Maillard sera bientôt sénateur ; il mourra en 1854 ; Reverchon lui dédiera alors un opuscule qui lui rend hommage³⁶ ; Léon Cornudet (1808-1876), qui était entré au Conseil d'État en 1836 et y ayant exercé comme commissaire du roi puis commissaire du gouvernement, y reviendra lui-même dès 1853 et y sera président de section ; son fils Michel y accédera aussi en 1864, puis à nouveau après 1872, sauf à en être révoqué lors de l'épuration, cette fois républicaine, de 1879.

Adolphe Vuitry (1813-1885) sera ministre, présidant le Conseil d'État de 1864 à 1869 ; c'est un des hommes publics importants du Second Empire. Joseph

31 Charles Maillard, né en 1774 (l'année de l'accession de Louis XVI au trône de France !), était entré au Conseil d'État dès 1809. Il ne devait cesser d'y siéger jusqu'à y être vice-président du comité de l'Intérieur en 1833 et présider sa section du contentieux déjà en 1849 et à nouveau donc après janvier 1852. Et voir note 36.

32 Plus précisément, ce décret du 31 juillet le *remplace*, comme en témoigne son texte : « *Sont nommés maîtres des requêtes... en remplacement de MM. Maigne, Arrighi, marquis de Padoue, nommés conseillers d'État, et de M. Reverchon* ».

Il sera évidemment relevé que Maigne reçoit son *salaire* en devenant alors conseiller d'État et alors attaché à la section du contentieux. Il poursuivra sa carrière au palais d'Orsay jusqu'à sa mort en 1864 ; il était né en 1814 et y était entré en 1842, à peu près donc en même temps qu'Émile Reverchon. C'est aussi l'époque où Cormenin revient au Conseil d'État qu'il avait présidé momentanément en 1848 (voir note 9) et dont il avait été destitué en décembre 1851 lors du coup d'État. Il y est alors affecté à la section de l'intérieur, de l'instruction publique et des cultes.

33 P.-M. de La Gorce, *Histoire du Second Empire*, notamment 15^e éd., Libr. Plon, tome I, p. 43.

34 É. Reverchon, *Les Décrets...*, préc. note 16, p. 61.

35 Bull. n° 55, et Duvergier, *Coll. des lois, décrets, ordonnances...*, 1853, p. 2. Sur Jules Baroche (1802-1870) : J. Maurin, *Baroche, ministre de Napoléon III, d'après ses papiers inédits*, Paris, Félix Alcan, 1936, notamment p. 116-121, qui conclut certes qu'il a eu, « *après comme avant la décision du Conseil d'État, un rôle modérateur* ».

36 É. Reverchon, *Notice sur M. Maillard, ancien président de section au Conseil d'État*, Paris, Impr. de Simon Raçon et Cie, 1855, 39 p. Et voir note 31.

Boulay de la Meurthe (1799-1880) présidera la section de l'Intérieur dès 1855, puis sera sénateur en 1857; il était frère du vice-président de la République de 1848 Henri Boulay de la Meurthe (le *boulet de la République*, fut-il moqué); leur père avait été conseiller d'État de 1799 et président de la section de législation. Son fils Alfred (1843-1926) appartiendra lui-même au Conseil en 1868 mais sera suspendu en septembre 1870, se retirant alors de la vie publique pour se consacrer à des travaux d'histoire. Armand Marchand (1803-1870) sera président de la section du contentieux en 1867 en succession de Quentin-Bauchart et le demeurant jusqu'à sa mort début 1870. Suin et Tourangin seront eux-mêmes sénateurs de l'Empire.

Tout de même, son gendre Gabriel Richou le notera gravement et sans doute amèrement, «*Seul, M. Reverchon n'obtint pas justice*». Il semble que Baroche s'y opposa, cette affaire étant devenue pour lui presque personnelle. Peut-être Reverchon lui-même fut-il réticent à cette simple réintégration sans vraie réhabilitation. En tout cas, le Conseil d'État s'en est trouvé privé d'une de ses lumières. Certainement y eût-il été de la veine de Léon Aucoc qui a illuminé le droit public de son temps, avec un point de divergence, car Aucoc était impérialiste et aussi un point de comparaison dans l'adversité, tant Aucoc, sans être révoqué lors de l'épuration de 1879, s'estimera alors moralement acculé à la démission. On n'oublie pas non plus que Reverchon stigmatisa la théorie de l'acte de gouvernement quand Aucoc la justifia.

Mais la propre histoire d'Émile Reverchon va se poursuivre, et encore grande et belle.

Il avait eu une vie avant. Il en aura une aussi après, non moins pleine d'imprévu, mais aussi de gratifications, voire de revanches, de sorte que l'histoire se terminera *bien*...

Avant de quitter le palais d'Orsay, Reverchon aura d'ailleurs encore conclu plusieurs fois. On le rencontre même sur un arrêt lu le 13 août alors qu'il avait lui-même déjà quitté le palais d'Orsay³⁷. À la veille de son éloignement, on l'entend le 16 juillet 1852 sur une drôle d'affaire également passée à l'Histoire en ce que l'arrêt n'en sera lui-même rendu qu'en... 1861. Précisons que ce n'est pas là un exemple (ancien) d'exceptionnelle lenteur juridictionnelle. Simplement, si l'on peut dire, alors qu'on était à nouveau dans la justice retenue, ce fut un très rare cas où le chef de l'État, ici le prince-président, différa sa signature.

L'affaire concerne Mérilhou, ancien magistrat et conseiller d'État, ancien ministre de l'Instruction publique et, à ce titre, président du Conseil d'État. Il avait été suspendu en 1848 en même temps que d'autres magistrats et il réclamait son traitement pour cette période de suspension. Justement, le Conseil d'État lui en aura reconnu la créance, sauf donc que l'arrêt ne sera signé que neuf ans plus tard et – autre singularité – encore au nom de Louis Napoléon, président

37 CE, 13 août 1852, Ouvrard, *Rec.*, 382, sur un contentieux électoral.

de la République, Mérilhou étant lui-même décédé... Ajoutons qu'une loi dut régler cette affaire³⁸.

D'autres procès de magistrats suspendus de 1848 furent réglées en 1852 et également aux conclusions de Reverchon, citées au Recueil, qui devait y défendre ce droit au rappel de traitement tout en observant qu'en tout cas « *l'immovibilité ne constitue pas un de ces principes antérieurs et supérieurs à toutes les révolutions, desquels on pourrait dire qu'il n'y a pas de droit contre le droit* »³⁹.

Reverchon après l'affaire

Cet acte III qui sera aussi le dernier, débute pour Émile Reverchon dans l'adversité. Encore se poursuivra-t-il avec des rebonds et rebondissements, presque des revanches – fût-ce en rien de la vengeance – et aussi, enfin *et en fin*, des récompenses et reconnaissances.

Car 1852 ne clôt pas la vie professionnelle et intellectuelle du juriste Émile Reverchon. Bien au contraire.

Chassé du Conseil d'État en juillet, ayant à peine quarante ans, il y revient, en quelque sorte, dès le mois de novembre... comme avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, reprenant précisément la charge de son beau-père M^e Hautefeuille⁴⁰.

38 CE, 8 mai 1861, *Mérilhou, Rec.*, 1025-1026, S, 1862, 2, 491, D., 1862, 3, 49, avec les conclusions de Reverchon, devenu en somme commissaire du gouvernement *posthume*... Autre arrêt du jour et mêmes références : Lavielle. On ne cite ainsi, habituellement, que deux affaires de signature ainsi différée, l'une sous Louis-Philippe et donc celle-ci, même si Auguste Vivien, qui sera vice-président du Conseil d'État de 1849 à 1851, assure qu'au temps de la Restauration, la *sanction* royale ne fut parfois donnée « *qu'après un long retard* » (*Études administratives*, 3^e éd., 1850, t. I, p. 159). Et voir notre ouvrage *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative au XIX^e siècle*, préc. note 3, p. 196-197. Gabriel Dufour, en particulier, évoquera cette question dans son *Traité général de droit administratif appliqué* (2^e éd., 1854, t. II, p. 309, note 1), admettant que, en tel cas, « *la partie, qui souffrira d'une inertie qui aura... tous les caractères d'un déni de justice, sera sans moyens pour la vaincre* ». Encore la loi du 19 juillet 1845, et ce sera repris à l'article 24 du décret du 25 janvier 1852, avait-elle prévu qu'une ordonnance qui ne serait « *pas conforme à l'avis du Conseil d'État* » ne pourrait en tout cas « *être rendue que de l'avis du Conseil des ministres* », « *qu'elle est motivée* » et « *insérée au Moniteur et au Bulletin des lois* ».

39 CE, 7 mai 1852, Saletta et Boixo, *Rec.*, 138.

40 Laurent-Basile Hautefeuille (1805-1875) était le père de la première Mme Reverchon. Sa vie fut elle-même complexe, voire rocambolesque. Il avait vécu au Sénégal dans des conditions difficiles avant de faire ou reprendre des études de droit et d'être nommé procureur du roi à Alger après 1830, puis regagnant Paris où il devait acquérir en 1837 une charge d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Devenu veuf, Reverchon se remariera en août 1849 avec Laure Leduc (née en 1824; elle décéda en 1916), dont la mère devait elle-même épouser Laurent-Basile Hautefeuille en secondes noces..., d'ailleurs son cousin germain; c'est un peu compliqué mais de tels recoupements et alliances ne sont pas extraordinaires pour l'époque.

Des raisons de santé – précisément, on le sait, une affection du larynx – l’obligeront cependant en décembre 1859 à se défaire de cette charge, se satisfaisant d’une inscription comme avocat à la Cour impériale de Paris et s’y bornant à un travail de consultant mais important et prolongé tout au long de ces années d’analyses, études et commentaires.

Tout au long du Second Empire, son nom sera ainsi associé à de grandes affaires.

Parmi elles, sur des questions d’impartialité juridictionnelle aujourd’hui de grande actualité, on relèvera l’affaire *Batisse et Ronat* jugée en 1859 à propos d’une demande de récusation d’un préfet au sein d’un conseil de préfecture, se souvenant que celui-ci en était alors le président, et le président souvent effectif et actif. Au Conseil d’État, le commissaire du gouvernement Leviez y disait répugner *a priori* à accepter cette récusation, tant : « *c’est éloigner presque toujours le préfet... ; c’est se mettre en contradiction avec la loi de l’an VIII qui lui donne dans ces tribunaux et la présidence et voix prépondérante* ».

Reverchon lui-même reconnaîtra que c’était dans la nature des conseils de préfecture que d’associer un administrateur, de sorte que : « *le motif pour lequel on propose aujourd’hui une récusation contre le préfet est précisément celui-là même qui a déterminé les auteurs de la loi de l’an VIII [...] à en faire le préfet membre et président de la juridiction...* »

Et tant, défendait-il encore, on peut savoir dissocier « *le cas où le juge a... un intérêt personnel, et celui où se trouvent seulement en cause les intérêts d’une personne morale ou d’un établissement dont il est l’administrateur* »⁴¹.

Notons que dans une étude de 1863 sur les conseils de préfecture alors réformés (et améliorés), Reverchon dira certes regretter que cette présidence ait été conservée, ajoutant en des termes que les tenants modernes de l’impartialité apparente ne désavoueraient pas : « *Nous sommes, quant à nous, convaincus que la justice des conseils de préfecture... est généralement juste en elle-même ; mais elle ne paraît pas l’être*⁴² ».

41 CE, 3 févr. 1859, *Rec.*, 104, concl. Leviez.

42 « *De la publicité des audiences des conseils de préfecture* », *Le Droit*, 20, 24 et 25 févr. 1863, et tirage à part, Impr. de tirage à Dubuisson et Cie, 1863, p. 29.

Un autre observateur renchérit alors en des termes non moins dignes d’être exhumés : « *Ce n’est pas assez... que la justice soit équitablement rendue ; il faut aussi que, sous les regards, elle apparaisse de la plus rigide impartialité* » (G. Bazille, *Étude sur la juridiction administrative*, Figeac, Impr. Lacroix, 1867).

Sur le fonctionnement de ces conseils et leur présidence préfectorale, voir notre étude, « Les conseils de préfecture au XIX^e siècle », in ouvr. coll., *Les Conseils de préfecture (an VIII-1953)*, études réunies par Éric Gojossa, LGDJ, 2005, p. 3-42, avec les renvois et exemples.

Il publiera aussi plusieurs articles toujours très documentés et puissants à la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, et cela presque chaque année⁴³, ainsi, très régulièrement, qu'à la *Revue pratique de droit français et étranger*⁴⁴.

Il écrit encore et beaucoup dans *Le Droit*⁴⁵.

L'ensemble est énorme autant que varié, sans compter les observations de jurisprudence, des notices nécrologiques et de très nombreuses études bibliographiques (la toute première, plus ancienne, se doit d'être évoquée, c'était au *Droit* des 19-20 avril 1841, signée comme simple auditeur au Conseil d'État, elle concernait le *Droit administratif* du grand Cormenin ; parmi les dernières, ce sera une notice sur les *Conférences...* de Léon Aucoc, *Le Droit* du 2 février 1877).

Particulièrement digne de mémoire, évidemment, l'attachement qu'il a manifesté dans ses écrits à l'indépendance (son droit et aussi son devoir) du commissaire du gouvernement. Non sans rappeler l'épisode de 1852, il affirmera – ce sera en 1869 – comment : « même devant le Conseil d'État, c'est-à-dire devant un corps où l'ordre de prendre des conclusions déterminées se concevrait mieux que devant l'autorité judiciaire, tout en portant le titre du commissaire du gouvernement, ne sont point les défenseurs obligés du gouvernement ; ils ne puisent leurs conclusions que dans leurs convictions, et ils ne balancent jamais, s'il y a lieu, à combattre les prétentions des ministres... ; il n'est personne qui ne puisse en rendre témoignage ».

43 *Revue critique de législation et de jurisprudence*, notamment : 1861, t. XVIII, « De la constitutionnalité des décrets du 9 janvier 1861 », p. 239-245 et t. XIX, « De la suspension des traitements ecclésiastiques par mesure administrative », p. 264-275 ; 1866, t. XXVIII, « De la juridiction disciplinaire des conseils académiques », p. 80-88 ; 1867, t. XXX, « De la diffamation contenue dans les délibérations d'un conseil municipal... », p. 112-127 ; 1868, t. XXXIII, « De la patente des professions libérales », p. 546-569, suite en 1869, t. XXXIV, p. 213-311, 529-552 ; 1870, t. XXXV, p. 136-166 ; nouv. série, 1871-1872, « De la délimitation du domaine public », p. 275-287 ; 1875, « Du caractère légal des personnes auxquelles l'État confie l'enseignement public », p. 32-40 ; 1877, et « Des effets de la naturalisation du mari sur la situation de la femme », p. 65-83 ; 1878, « De la taxation des biens de main-morte », p. 396-419, 555-594 et 622-644 (étude publiée à titre posthume et qui traduit son activité jusqu'à donc son dernier souffle).

44 *Revue pratique de droit français et étranger*, notamment : 1864, t. XVII, « Le décret organique du Conseil d'État », p. 337-358 ; 1865, et t. XXVI, « Communes, actions en justice », p. 481-489 ; 1867, t. XXIV, « Question de compétence », p. 5-51. On y ajoutera sa longue et importante étude étalée entre 1863 et 1866 « Une question nouvelle sur l'application de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII », citée *infra* note 50.

45 Par exemple : *Le Droit*, 3-4 avr. 1861, « De l'organisation et spécialement de la procédure des conseils de préfecture » ; 20, 24, 25 févr. 1863, « De la publicité des audiences des conseils de préfecture », préc. note 44 ; 24 avr. 1863, « Des mesures prescrites par quelques arrêtés préfectoraux au sujet des audiences des conseils de préfecture » ; 20-21 avr. 1868, « De la révision du code de procédure civile (avoués) » ; 8-10 févr. 1869, « De l'indépendance du ministère public dans l'exercice de ses fonctions », et tirage à part, Impr. Balitout, 1869, 32 p., cité *infra* note 46 ; 28 mai 1869, « Du projet de règlement d'administration publique sur la procédure des conseils de préfecture » ; 5 févr. 1870, « De la haute cour de justice », et tirage à part, Impr. Balitout, 1870, 31 p. ; 13-14 nov. 1871, « De la réorganisation du Conseil d'État » ; 9-10, 19 déc. 1872, « Du projet de loi portant suppression des conseils de préfecture ».

Et de terminer ce puissant paragraphe en adjurant que : « *S'il en était autrement, si la parole du ministère public n'était pas libre, cette parole avilirait à la fois le fonctionnaire et la fonction; mieux vaudrait cent fois le supprimer que d'en faire une honteuse servitude*⁴⁶. »

On citera également sa collaboration au *Dictionnaire de l'administration française* dit *Block* du nom de son fondateur, et justement pour le délicat V^o Conflit où il reprendra le débat sur la question de savoir si le procédé du conflit peut servir, au-delà de l'arbitrage entre juridictions, à préserver un acte de tout contentieux ainsi qu'il en était allé dans l'affaire d'Orléans⁴⁷.

Il donnera aussi à ce *Dictionnaire* l'important V^o Expropriation.

On le voit encore s'investir en particulier dans l'affaire de la saisie des deux premiers volumes de l'*Histoire des princes de la maison de Condé* du duc d'Aumale (encore la famille d'Orléans!), saisie opérée brutalement le 19 janvier 1863 chez son brocheur parisien.

Une action devait être alors portée devant les tribunaux judiciaires contre le préfet de police de Paris, mais rejetée avec l'aval de la Cour de cassation en 1865, faute de l'autorisation de poursuite requise à son égard par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII (le célèbre article 75 alors toujours en vigueur; il sera abrogé en septembre 1870...), s'agissant d'un fonctionnaire « *ayant agi dans l'exercice de ses fonctions* »⁴⁸.

Restait à se tourner vers le Conseil d'État aux fins d'annulation de cette saisie. Ce sera en vain, celui-ci devant y opposer en 1867 son incompétence radicale, tant : « *la mesure par laquelle le préfet de police a prescrit... la saisie desdits exemplaires, et la décision de notre ministre... qui a confirmé cette mesure, sont des actes politiques qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir, en notre Conseil d'État, par la voie contentieuse* ».

Ainsi l'avait d'ailleurs soutenu et défendu force Léon Aucoc comme commissaire du gouvernement, tant pareille saisie « *est un acte de l'ordre politique et*

46 « De l'indépendance du ministère public dans l'exercice de ses fonctions », publié dans *Le Droit*, 8-9 et 10 février 1869, et tirage à part, Impr. Balitout, Questroy et Cie, 1869, 32 p., notamm. p. 29-30, cité *supra* note 45.

47 Étude aussi publiée sous le titre « Des conflits » à la *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, 1855, p. 530-546, et tirage à part, Cotillon, éd., libraire du Conseil d'État, 1855, 19 p. Il y avait certes déjà eu un tel usage du conflit au profit d'actes de gouvernement : CE, confl., 22 août 1844, *Prince Napoléon*, *Rec.*, 508. Le Tribunal des conflits de 1872 l'admettra aussi; voir notamment : TC, 14 déc. 1872, *Goulet*, *Rec.*, *suppl.*, 5; 30 juin 1877, *Villebrun*, *Rec.*, 411, note L. L. Et ainsi y servira-t-il encore en 1950 dans l'affaire du brouillage de Radio-Andorre : TC, 2 févr. 1950, *Radiodiffusion française c. Soc. de gérance et de publicité du poste de radiodiffusion « Radio Andorre »*, *Rec.*, 652, S., 1950, 3, 73, concl. Odent. Dans ses conclusions, Raymond Odent, commissaire du gouvernement, y défendait ainsi, et non sans rappeler l'affaire des *Héritiers d'Orléans*, comment le conflit est une arme au service de « *l'indépendance administrative* » dans toutes ses dimensions, y compris donc pour interdire aux juges de « *connaître d'un acte de gouvernement* », *RDP*, 1950, p. 418, concl., note Waline, *JCP*, 1950, I, 5542, note Rivero.

48 Voir Cass., req., 15 nov. 1865, *Duc d'Aumale et Michel Lévy c. le préfet de police*, *D.*, 1866, 1,49, note H. Thierclain.

gouvernemental qui, à ce titre, ne peut être soumis au contrôle du Conseil d'État comme juridiction administrative».

Inversement, Reverchon, qui avait soutenu le procès devant les juges judiciaires, entendait voir pleinement réservé « le droit, dont les tribunaux ne peuvent être dépouillés, de garantir l'état civil, la liberté et la propriété des citoyens »⁴⁹.

C'est un apport de plus d'Émile Reverchon aux transformations et améliorations futures du contentieux public, même si c'est aussi un échec momentané, et en l'occurrence contre Léon Aucoc alors qu'ils partagèrent bien, en règle générale, le souci de développer le champ des sanctions d'excès de pouvoir⁵⁰.

La saisie du livre du duc d'Aumale sera levée en 1869. Et l'ensemble des sept tomes – œuvre monumentale – seront effectivement publiés d'ici à sa mort.

On le voit, l'affaire des biens de la famille d'Orléans le suit ; et il aura toujours à cœur de préserver comme de prolonger cette forte volonté de défense des droits qui y avait éclaté⁵¹.

Il avait été projeté après sa mort de réunir une partie de ses travaux en vue de les publier. Même si ce ne fut pas réalisé, ils ont compté, et hautement, dans les débats juridiques de son temps ; et c'est avec profit qu'on y glane et puise toujours.

Depuis 1851, reconnaissance non moins précieuse pour lui au titre de ses attaches franc-comtoises, il était membre correspondant de l'académie du Doubs.

Il déclina longtemps toute candidature politique. Il acceptera seulement de ses compatriotes de Pontarlier, en février 1870, le rôle – à ses yeux, plutôt le *service* – de conseiller général, et sans même, a-t-il été narré, qu'il se fût rendu

49 CE, 6 mai 1867, *Duc d'Aumale et Michel Lévy, Rec.*, 472, concl. Aucoc et obs. Reverchon (réflexions reprises de son étude parue aussi dans *Le Droit* du 19 mai 1867), *D.*, 1867, 3, 49, plaid. Groualle, concl. note.

Voir aussi les plaidoiries de maîtres Dufaure et Hébert, av. pour S. A. R. Mgr le Duc d'Aumale et M. Lévy contre M. le Préfet de police, Paris, Impr. de E. Bruière, 1865, 47 p.

50 Voir aussi : É. Reverchon, « Question nouvelle sur l'application de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII », *Rev. pr. de dr. fr.*, 1863, t. XVI, p. 5-18 ; 1865, t. XX, p. 113-125 ; 1866, t. XXI, p. 65-80, et tirage à part, étude particulièrement vive, redoutant qu'on puisse conclure « que, même en France, la force peut primer le droit, et que cette audacieuse parole d'un homme d'État étranger a fait des disciples dans notre pays ». Son appréhension face à l'arbitraire public se déploiera plus encore dans son étude de 1867, qu'on peut bien qualifier de véhémente, intitulée : « De la saisie administrative, question de compétence », publiée à la *Rev. pr. de dr. fr.*, 1867, t. XXIV, p. 5-38, où il défend une doctrine restrictive de tout ce qui peut interdire ou restreindre la défense des droits ; il y revient aussi sur l'épisode de 1852, soulignant qu'on était en tout cas dans un contexte particulier de concentration des pouvoirs et que certes « cet arrêt me paraît trop erroné en droit pour que je ne persiste pas à préférer à l'opinion de la majorité qui l'a rendu l'opinion de la minorité qui l'a combattu... ». Reverchon se couvra même alors d'Édouard Laferrière (et précisément de son livre très polémique *La Censure et le régime correctionnel. Étude sur la presse contemporaine*, Paris, Armand Le Chevalier, éd., 1867, 322 p.). Pour lui, la théorie de l'acte de gouvernement ne peut concerner que des actes « émanés de la puissance souveraine, c'est-à-dire du chef de l'État, dans l'exercice de ses attributions constitutionnelles ».

51 Il signait alors ses études : É. Reverchon, *avocat à la Cour impériale de Paris, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État*.

sur les lieux pour solliciter leurs suffrages. Il y renoncera en septembre 1871 lors de la réforme départementale.

L'année 1870 va marquer pour lui un retour à la vie et aux responsabilités publiques. Dès le mois de mai, il lui aurait été proposé, sans qu'il l'accepte, le secrétariat général du ministère des Travaux publics. Mais voilà la guerre franco-prussienne. Et voilà Sedan, l'Empereur prisonnier, l'Empire écroulé.

Du coup, lui qui était devenu et demeuré à l'écart des affaires publiques pendant presque vingt ans va y revenir. Il commence par manquer de peu de réintégrer le Conseil d'État lui-même. Il est bien nommé par décret du gouvernement de la Défense nationale en date du 19 septembre 1870 pour remplir les fonctions de conseiller d'État au sein de ce qui avait été créé comme *commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État* jusqu'à la nouvelle réorganisation du Conseil, celui-ci et précisément ses membres ayant été suspendus de leurs fonctions dès le 15 septembre. Reverchon y apparaît alors précisément comme ancien maître des requêtes, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Il n'y siègea cependant pas. Son dossier du Conseil d'État indique que c'est « à cause de l'investissement de Paris ».

Il paraît alors retenu en province, ce qui n'étonne pas vu, effectivement, l'isolement de Paris assiégé, Gabriel Richou précisant seulement dans son opuscule souvent cité ici (p. 58) que : « *on dut, par suite de son absence, donner ce poste à un autre* ».

On notera encore qu'à ces fonctions de conseiller, ils n'étaient que huit (dont Léon Aucoc, rare rescapé de l'Empire).

Il y aura aussi dix nominations « *pour remplir les fonctions de maître des requêtes* » ; parmi ces arrivées, faisant donc son entrée dans la juridiction administrative : Edouard-Julien Laferrière, avocat à la cour d'appel de Paris...

Peut-être aussi Reverchon a-t-il hésité devant ce retour tardif et dans cette commission d'ailleurs expressément dite *provisoire*⁵².

Deux mois plus tard, un décret du 16 novembre le nommera plutôt avocat général à la Cour de cassation.

Il a été rapporté qu'il n'avait accepté cette nomination elle-même « *qu'après les plus honorables hésitations... près d'une année après y avoir été appelé*⁵³ ».

52 On note la prudence de ces termes après que l'ancien Conseil d'État eut fait lui-même l'objet d'une simple *suspension*, mais qui présageait plutôt sa profonde réorganisation. Le fonctionnement de cette *commission* sera aménagé par décret du 3 octobre 1870.

En tout cas, la relève va tarder, se souvenant aussi que ce qui deviendra la *grande loi* du 24 mai 1872 s'était d'abord elle-même prudemment présentée comme une réforme *d'attente* alors que l'Assemblée nationale n'avait pas encore doté la France de sa Constitution... les allusions au transitoire ayant cependant disparu de son texte final. Sur cette *commission provisoire* (dite dans ses arrêts : *Comm. f. f. de Conseil d'État*, sans qu'elle dispose de la justice déléguée) : *Rec.*, 1870, p. 1071 s., avec ses premiers arrêts qui reprendront les formes antérieures ; J. de La Forest Divonne, « La commission provisoire remplaçant le Conseil d'État », septembre 1870-juillet 1872, *EDCE*, 1978-1979 (n° 30), p. 137-154.

53 A. Huart, *Notice sur M. le conseiller Reverchon*, citée *infra*, note 59.

Il y sera en tout cas très actif. La notice établie par son gendre Gabriel Richou cite ainsi, de 1871 à 1876, quelque cinquante conclusions prononcées par lui dans ces fonctions et publiées dans des revues juridiques, plus quelques rapports...

Et de là, encore un retournement... quand la Cour de cassation le délègue au ministère public devant le Tribunal des conflits, alors reconstitué dans la loi du 24 mai 1872, après qu'il avait été supprimé en 1852. L'y voici même, et dès le 12 novembre 1872 Reverchon y devient... commissaire du gouvernement... on l'a évoqué au début de cette étude, comme vingt ans plus tôt au Conseil d'État!

Du coup, lui qui avait connu la rue Saint-Dominique, puis le palais d'Orsay, connaîtra donc aussi le palais royal, où la Cour de cassation siègera en effet en 1871.

C'en était en effet fini alors du palais d'Orsay ravagé dans la nuit du 23 au 24 mai 1871 par le gigantesque incendie déclenché sous les ordres d'un Peyrouton que les insurgés avaient fait directeur du Conseil d'État et qui sera plus encore, dans la folie et la furie de cette semaine sanglante, son destructeur⁵⁴.

Sous l'effet de souffle de l'incendie, le palais devait s'effondrer, seules subsistant ses façades. Avec lui périrent son mobilier, sa bibliothèque et tout ce qu'il contenait d'archives, le grand tableau de Delacroix *Justinien composant les Institutes*, et les fresques de Chassériau, dont le frère était d'ailleurs conseiller d'État, peintes dans le grand escalier. Furent même aussi alors détruits de nombreux biens personnels de membres du Conseil d'État qui avaient cru les y mettre à l'abri. Le vent soufflait si fort, paraît-il, que des feuillets calcinés volèrent jusqu'à Pontoise.

Nombre de ses conclusions au Tribunal des conflits ont, elles aussi, été publiées.

On relèvera en particulier celles prononcées sur l'affaire *Delle Bezombes c. Abbé Turcq* du 1^{er} mai 1875, concernant un cas original de poursuites contre un prêtre pour des injures envers un particulier, la question étant de savoir si ce procès relevait du droit commun ou de la compétence administrative au titre de l'appel *comme d'abus*.

Outre ses enjeux, cette affaire appelle l'attention. Reverchon y défendait fermement qu'on était en dehors de la procédure d'abus, les paroles litigieuses ayant été proférées en dehors de l'exercice du culte.

On note surtout comment il n'entendait entrer qu'avec prudence, donc discernement, dans la querelle de l'impartialité des juges, en l'occurrence ceux de l'ordre judiciaire (contre lesquels l'autorité administrative prétendait ici protéger un prêtre) mais aussi ceux du Conseil d'État, tant ses conclusions méritent d'être citées : « *Nous ne voyons pas pourquoi on ne dirait pas alors que sous le régime de*

54 Sur cet incendie : Marius Vachon, *Le Palais du Conseil d'État et de la Cour des comptes*, A. Quantin, Paris, 1879, 30 p. ; L. Esnault, *Paris brûlé par la Commune*, Plon, 1871, 376 p. ; F. Fort, *Paris brûlé...*, Paris, Lavaud, 1871, 144 p. ; anonyme, *Un coin du tableau, mai 1871, catalogue raisonné d'une collection d'ouvrages détruite au palais du Conseil d'État... précédé d'une relation de l'incendie...*, Paris, Impr. Jules Le Clere, 1872, 71 p. Il a aussi été décrit avec extraordinaire puissance par Émile Zola dans les dernières pages de *La Débâcle*. Un curieux *Essai sur la flore des rues de Paris, florule des ruines du Conseil d'État* (J. Vallot, 1884, 122 p.) étudie même les plantes qui ont alors prospéré dans ses ruines...

liberté des cultes, les conseillers d'État aussi peuvent être juifs, protestants, libres-penseurs, et que leur éducation ne les met pas à l'abri des préjugés qu'on prête aux magistrats», parlant encore de « préventions... arriérées que nous pouvons bien à notre tour qualifier de préjugés... »⁵⁵.

On le croise aussi au *Lebon* en 1873, de sorte que l'arrêt *Blanco*, qu'aurait pu être *Reverchon*!

D'ailleurs, une semaine plus tôt... il conclut, et en faveur de la compétence administrative, sur un contentieux postal, s'agissant de lettres chargées à bord d'un paquebot et qui ont péri en mer avec ce bâtiment, et aux yeux du Tribunal, « *le traité de concession de transport étant en cause*⁵⁶ ».

Le Tribunal des conflits aura même permis de fabuleuses rencontres, voire de formidables *Dialogues*, comme on croirait ne pouvoir qu'en imaginer et inventer, entre *Reverchon* et *Léon Aucoc*, ainsi qu'avec *Édouard Laferrière*.

C'était sur le contentieux des fabriques d'allumettes chimiques et sur les procès en indemnisation suite à l'attribution d'un monopole à l'État, avec le débat quant à la compétence juridictionnelle en tant que des actes de puissance publique y étaient en cause.

Sur l'une de ces affaires, *Aucoc* était en effet rapporteur et *Reverchon* commissaire du gouvernement quand, sur d'autres, c'était *Laferrière* qui concluait.

Ce contentieux les fera d'ailleurs s'opposer, sinon s'affronter, *Reverchon* ayant conclu à la pleine compétence judiciaire, tant, pour lui, « *le conflit n'est pas fait pour revendiquer les questions préjudicielles qui pourraient se présenter dans une hypothèse incertaine mais seulement pour revendiquer celles qui doivent nécessairement être tranchées avant* », quand *Laferrière* défendait inversement la compétence administrative sur cette question de nature administrative⁵⁷.

Le 3 décembre 1876, au sein de la Cour de cassation, un décret nommera *Reverchon* plutôt conseiller ; il y siège à la Chambre des requêtes.

En ce temps des épilogues, on verra d'abord les décrets du 22 janvier 1852 abrogés de par une loi du 21 décembre 1872, de sorte que, énonce son article 2 :

« *Les biens meubles et immeubles saisis par l'État en vertu desdits décrets et non aliénés à ce jour, seront immédiatement rendus à leurs destinataires* » ; tant, selon son

55 TC, 1^{er} mai 1875, *Delle Besombes c. abbé Turcq*, *Rec.*, 415, avec ses conclusions ; *D.*, 1876, 3, 1 ; *S.*, 1875, 2, 174, *Journal du palais, jurispr. adm.*, t. XVI, p. 444.

56 CE, 1^{er} févr. 1873, *Administration des Postes c. Valéry*, *Rec.*, 1873, suppl., p. 55, avec le texte de ses conclusions ; au *Recueil*, c'est seulement trois pages avant l'arrêt *Blanco*!

57 TC, 28 nov. 1874, *Celse, et autres esp.*, *Rec.*, 936, *D.*, 1875, 3, 33, concl. *Reverchon*.

exposé des motifs, « ces décrets péchaient à la fois contre le droit commun et l'équité. Ils péchaient en outre contre les traditions de notre ancien droit monarchique... »⁵⁸.

En 1873, le 14 octobre, Émile Reverchon avait été promu officier de la Légion d'honneur. Les charges et responsabilités s'accumulent désormais sur ses épaules. Il siège à la Société de législation comparée, jusqu'à en être élu vice-président. Il devient vice-président du Conseil des domaines de Mgr le duc d'Aumale auquel il avait été associé dès 1864 (une correspondance de celui-ci et conservée aux Archives nationales, que nous avons vue, témoigne de la reconnaissance comme de la confiance qu'il disait alors lui porter). Il est en 1877 à la commission chargée d'interpréter la loi organique des cultes protestants et encore d'une commission de centraliser au ministère de la Justice les lois étrangères.

Il figurera parmi les membres de la Société générale des prisons.

Mais sa santé continue à s'altérer et, le 20 août 1877, il rend le dernier soupir. Il n'avait que soixante-six ans⁵⁹.

Dernière coïncidence, c'est le jour de ses obsèques que la chambre des requêtes quitta le Palais-Royal où elle était réfugiée depuis l'incendie du Palais de Justice lors de la Commune et qui accueillera désormais pleinement le Conseil d'État au point que l'institution a fini par se confondre avec son siège.

58 S., 1875, 2, 32, *Journal du palais, jurispr. adm.*, t. XVI, p. 371; Duvergier, *Coll. des lois, décrets, ordonnances...*, 1872, p. 448-457, note J.-B. D.; *D.*, 1873, 4, 9, avec le rapport de M. Robert de Massy, *fait au nom de la commission*; S., *lois ann.*, 1873, p. 323. Le projet en avait été présenté dès le 8 décembre 1871.

Voir aussi : G. de La Magdeleine, « Les biens d'Orléans et la loi de décembre 1872 », *Rev. des deux mondes*, 1883, t. LV, p. 96-129. Les biens non aliénés (environ la moitié) furent donc restitués, sauf – c'est à souligner – « renonciation » expresse consentie par les princes à toutes « répétitions » envers les acquéreurs des biens déjà aliénés.

Comme le résumera Robert de Massy dans son rapport précité, c'était : « restitution des immeubles invendus, consolidation et sécurité pour les possesseurs des biens aliénés ». G. de La Magdeleine conclut lui-même que « les princes d'Orléans abandonnaient donc au trésor une grande partie de leur patrimoine » (art. préc.). On ne peut qu'évoquer comment la destruction (méthodique, presque forcenée) de la fortune de la famille d'Orléans sera le propre fait du comte de Paris du *xx^e* siècle.

59 Plusieurs *Notices* lui seront alors évidemment consacrées, notamment : au *Bulletin de la Société de législation comparée*; séance du 12 déc. 1877, janv. 1878, p. 9; à la *Revue critique de droit*, janvier 1878, p. 63 (notice par Accarias); et aussi dans *Le Droit, journal des tribunaux* (du 2 déc. 1877, p. 1156-7, par les soins de son gendre Gabriel Richou). On y ajoutera la *Notice* insérée par M. A. Huart dans les *Travaux de l'académie de Franche-Comté*, séance du 28 novembre 1879, p. 119-135, qui le qualifie bien justement de « jurisconsulte habile, magistrat intègre, citoyen courageux, homme d'élite ». Il avait eu deux filles nées de son second mariage : Cécile (1860-1927), future religieuse bénédictine à la communauté de Solesmes sous le nom de Mère Marie-Cécile; et Marie (1854-1931), épouse de Gabriel Richou (1852-1915), chartiste, qui sera conservateur de la bibliothèque de la Cour de cassation, auteur de plusieurs ouvrages réputés et d'ailleurs réimprimés, sans oublier sa précieuse *Notice sur la vie et les travaux de M. Reverchon*, citée note 24 où nous avons puisé de très précieuses informations. Gabriel Richou a même été associé au fameux *Répertoire du droit administratif*, dit *Béquet*, *V^o Archives et Bibliothèques publiques*. La conférence dont cette étude est issue aura permis de réunir en partie leur descendance.

Au temps du Second Empire, le Palais-Royal avait été habité par Jérôme Bonaparte, roi de Westphalie, le plus jeune frère de Napoléon I^{er}, décédé en 1861, et par son fils le prince Napoléon (celui du fameux arrêt de 1875 *Prince Napoléon* qui mettra à mal la théorie des actes de gouvernement qu'avait tant aimé son cousin Napoléon III...).

Après avoir certes aussi subi gravement les avanies de l'insurrection de 1871, le Palais-Royal fut restauré et réaménagé, après qu'un décret du gouvernement de la Défense nationale en date du 6 septembre 1870 eut lui-même déclaré que l'ensemble des biens de la liste civile de l'Empereur (il en relevait) «*feront retour au domaine de l'État*» (les princes Napoléon ne semblant pas avoir protesté!).

Le Conseil d'État y poursuivra donc sa vie et son œuvre⁶⁰, ce Conseil d'État qui doit tant à Émile Reverchon.

60 Sur l'installation du Conseil d'État lui-même au Palais-Royal, voir le beau livre de Marc Sanson, très illustré, *Le Conseil d'État au Palais-Royal, architectures et décors intérieurs*, Éd. du patrimoine, 2006, préf. R. Denoix de Saint Marc, 171 p. À titre d'ouvrages classiques sur l'ensemble de l'histoire du Palais-Royal : V. Champier et G. Roger-Sandoz, *Le Palais-Royal d'après des documents inédits*, Paris, Soc. de propagation du livre d'art, 1900, 2 t., 521 p. + 210 p. + tables ; E. Dupezard, *Le Palais-Royal de Paris, architecture et décoration, de Louis XV à nos jours*, Paris, Libr. centrale d'art et d'architecture, 1911, recueil *in folio* de quelque 120 planches de photographies et plans.

Les contrôles de constitutionnalité exercés par les juridictions françaises entre 1791 et 1914

Jean-Louis MESTRE

Dès le 1^{er} octobre 1791, le Tribunal de cassation a cassé un arrêt de la cour des aides de Paris et un jugement du tribunal du district de Semur-en-Auxois parce qu'ils étaient contraires à deux articles de la loi constitutionnelle de l'État, loi constitutionnelle qui venait à peine d'entrer en vigueur (la Constituante l'avait adoptée le 3 septembre et Louis XVI l'avait acceptée le 14 septembre). Cette promptitude montre bien que la nouvelle juridiction suprême, dont plusieurs membres avaient été membres de l'Assemblée nationale constituante, considérait sans hésitation que la Constitution était susceptible d'être invoquée devant la justice. En prononçant ces annulations, le tribunal de cassation a même exercé un véritable contrôle de constitutionnalité. Il n'a pas seulement interprété et appliqué la Constitution, il a privé de tout effet des décisions de justice qui violaient des dispositions de celle-ci. Or le contrôle de constitutionnalité *stricto sensu* existe quand la juridiction saisie a, en plus de la faculté d'interpréter la Constitution, le pouvoir d'arrêter l'application d'un texte postérieur à cette Constitution qu'elle juge contraire à celle-ci, selon l'analyse classique de Paul Duez dans les *Mélanges Hauriou*. Ce contrôle existe dès lors que ce pouvoir est détenu par une juridiction et qu'elle en fait usage. Certes on peut déduire de l'emploi de l'expression « loi constitutionnelle de l'État » que le Tribunal de cassation ne pensait exercer qu'un contrôle de la légalité des deux décisions à lui déferées ; il n'en reste pas moins qu'il les a annulées au vu de dispositions contenues dans la Constitution et, en outre, dans vingt et un jugements de cassation rendus entre le 24 novembre 1791 et le 11 janvier 1793, le tribunal n'a pas employé l'expression « loi constitutionnelle de l'État », mais celle d'« acte constitutionnel ».

Si le Tribunal a de la sorte initié un contrôle de la constitutionnalité des décisions des juridictions judiciaires, il a toutefois refusé à ces juridictions le pouvoir d'annuler des actes administratifs pour inconstitutionnalité. Il s'est prononcé sur ce point, ses deux sections réunies, le 3 mai 1792. Se fondant sur l'article 3 du chapitre v du titre III de la Constitution qui interdisait au juge d'empiéter ou d'entreprendre sur les fonctions administratives, il a cassé une ordonnance et un jugement du district d'Uzerche qui avaient eux-mêmes cassé comme inconstitutionnels des arrêtés de la municipalité de Ségur (nom de lieu qui deviendra célèbre grâce à l'œuvre littéraire de la fameuse comtesse).

Le Tribunal suprême a suivi le réquisitoire d'Abrial, futur ministre de la Justice du 25 décembre 1799 au 14 septembre 1802, qui avait fait valoir que « quand bien même l'arrêté de la municipalité de Ségur du 19 janvier 1792 et celui

du 26 eussent été inconstitutionnels, il suffisait qu'ils fussent émanés des officiers municipaux pour que la connaissance et la réformation n'en appartenissent qu'aux corps administratifs, c'est-à-dire qu'aux autorités administratives départementales sur avis de celles de district». Cette décision du Tribunal de cassation est tout à fait remarquable. Elle incarne pleinement la conception française de la séparation des pouvoirs à laquelle s'est référé le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du 23 janvier 1987 sur la compétence de la juridiction administrative. On a contesté alors l'ancienneté de cette conception. Cette décision du 3 mai 1792 montre au contraire qu'elle remonte aux débuts de la Révolution. Et d'ailleurs cette décision était parfaitement dans la ligne de deux instructions de l'Assemblée nationale constituante, dont celle du 12 août 1790 qui avait confié aux autorités administratives départementales la tâche d'annuler les actes inconstitutionnels des corps municipaux.

J'indique au passage qu'on trouve de telles annulations pour inconstitutionnalité d'actes municipaux par les autorités administratives départementales, des annulations d'actes départementaux par des proclamations royales qui étaient rédigées après délibération du Conseil d'État de 1791, c'est-à-dire du Conseil des ministres présidé par Louis XVI. Seulement le recours était un recours hiérarchique et non un recours contentieux devant une juridiction et donc je ne ferai que l'évoquer au passage.

Si la date de 1791 s'imposait comme un point de départ, celle de 1914 est au contraire arbitraire. Je l'ai choisie comme limite, comme terme de ce sujet, pour éviter d'avoir à traiter des jurisprudences du Conseil d'État pendant la Première Guerre mondiale qui ont été présentées par Hauriou comme des manifestations d'un contrôle de constitutionnalité de façon, me semble-t-il, discutable.

Je ne vais pas traiter le sujet de façon purement historique. Je ne vais pas retracer une évolution en fonction des différents régimes politiques français, ce que je fais dans le précis Dalloz de droit constitutionnel. Il me semble préférable d'essayer de répondre à trois questions :

- Quand un contrôle de constitutionnalité apparaît-il dans un litige entre 1791 et 1914 ?
- Quels textes ont fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité ?
- Enfin, quelles inconstitutionnalités ont été dénoncées et sanctionnées ?

Naturellement les réponses à ces trois questions sont d'inégales longueurs, et la première partie sera beaucoup plus longue que la troisième puisque les affaires citées feront apparaître évidemment un certain nombre d'inconstitutionnalités invoquées.

Quand un contrôle de constitutionnalité apparaît-il dans un litige entre 1791 et 1914 ?

Il faut distinguer deux points : les procédures et les formes que revêtait le contrôle.

Les procédures

En ce qui concerne les procédures, ce qui était notable, c'était leur diversité. Les juridictions pénales sont ordinairement saisies par voie d'exception : le ministère public requiert la condamnation d'un accusé en se fondant sur un texte répressif. Le défenseur répond en faisant valoir que ce texte est entaché d'inconstitutionnalité et le juge est évidemment amené à se prononcer.

Il arrive aussi, à l'époque, qu'une juridiction pénale soit saisie d'une action en restitution d'objets inconstitutionnellement saisis par les agents d'un octroi municipal. Les juridictions civiles sont amenées à se prononcer sur les actions en remboursement de contributions indirectes inconstitutionnellement perçues. Le Conseil d'État admet très souvent leur compétence. Elles se sont prononcées aussi sur des litiges entre avocats et avoués à propos de leurs attributions respectives ; ce fut même un contentieux très important à la fin de la Restauration et au début la monarchie de Juillet.

Les juridictions civiles peuvent aussi être conduites à se pencher sur une inconstitutionnalité prétendue au cours de procès entre particuliers. Cela était très rare, mais c'est arrivé. Le problème se présente de façon quelque peu différente en appel, dans la mesure où l'appelant reproche à la juridiction du premier degré d'avoir mal apprécié la constitutionnalité du texte discuté. Le juge d'appel est donc sollicité à la fois de réexaminer cette constitutionnalité et d'infirmer le jugement entaché par cette mauvaise interprétation du texte constitutionnel. À la Cour de cassation, il est demandé ensuite de casser le jugement ou l'arrêt entrepris pour violation de la Constitution. Mais il est arrivé aussi que le procureur général requière la cassation d'une décision de justice ou d'une décision non contentieuse d'une juridiction pour violation de la Constitution, les juges ayant excédé leur pouvoir.

De son côté, le Conseil d'État peut être saisi par voie d'action, au moyen du recours pour excès de pouvoir. Il peut être aussi amené à procéder à un examen de constitutionnalité dans le cadre du contentieux de pleine juridiction. Enfin, l'examen des arrêtés de conflit a pu aussi amener le Conseil d'État à invoquer la Constitution.

Il est vraisemblable que des conseils de préfecture ont été saisis d'une exception d'inconstitutionnalité en matière de grande voirie dans des cas de répression de contraventions de grande voirie. Ce fut sans doute le cas dans l'affaire *Blotin* dont le Conseil d'État a connu en appel en 1870, mais la notice du *Lebon* ne permet pas à mon avis d'en acquiescer la certitude.

Sous le Second Empire apparaît un nouveau problème d'ordre procédural que provoque le rétablissement du Sénat. Cette assemblée est dotée, dans la Constitution de 1852, de la faculté d'empêcher la promulgation des lois contraires à la Constitution et aux droits fondamentaux des citoyens. Elle se voit aussi confier le pouvoir d'annuler les actes à elle dénoncés comme inconstitutionnels par les citoyens. La Cour de cassation et le Conseil d'État doivent-ils alors renoncer à exercer les contrôles de constitutionnalité auxquels ils procédaient déjà ? Les publicistes de l'époque ont répondu par la négative. Telle a été la position de Dufour dès 1854, et Serrigny a discuté de façon très précise cette question :

«*Les tribunaux pourraient-ils se refuser d'ordonner l'exécution d'un décret inconstitutionnel qui serait rendu postérieurement à l'époque fixée par l'article 68 de la Constitution du 14 janvier 1852 ?*» Et il invoque l'argument essentiel en défaveur de la jurisprudence traditionnelle en disant qu'il existe désormais un risque de contradiction entre l'autorité du Sénat reconnaissant la constitutionnalité du décret et la décision de l'autorité judiciaire qui déclarerait l'inconstitutionnalité du même décret. Mais il en relativise la portée et fait valoir que la décision du Sénat diffère de la décision des juges qui ne vaut que pour l'affaire par eux examinée, et il se prononce en faveur du maintien de la compétence des juges.

Ces positions de Dufour et Serrigny sont approuvées par Foucart, le grand professeur de droit administratif de la faculté de droit de Poitiers. Cependant Foucart envisage quand même une sorte de question préjudicielle de constitutionnalité devant le Sénat, disant que l'on peut envisager que les juges saisis sursoient à statuer jusqu'à ce que le Sénat, saisi par le gouvernement, se soit prononcé sur la constitutionnalité du décret discuté.

Il envisage donc cette question préjudicielle, mais tout en l'écartant au prétexte qu'il faut laisser libres les magistrats afin que ceux-ci puissent défendre les citoyens qui pourraient être victimes d'une « exagération du pouvoir exécutif dont l'Histoire nous montre tant d'exemples ».

Les formes

J'en viens maintenant au second point de cette première partie : les formes sous lesquelles se présentent les contrôles de constitutionnalité dans les décisions elles-mêmes. Et là encore on éprouve une impression de diversité. Ces formes sont variables et l'on peut établir une sorte de graduation.

Le **premier cas** est celui du contrôle de constitutionnalité qui est expressément opéré dans la décision. Il arrive même que la décision contienne l'affirmation du devoir des juges d'opérer le contrôle de constitutionnalité. En 1834, un arrêt des chambres réunies de la cour de Nîmes commence de la sorte : « *Attendu que toutes les fois que l'application d'une ordonnance royale est demandée aux tribunaux, il est de leur devoir d'examiner sa constitutionnalité.* »

Deuxième cas : le contrôle de constitutionnalité est effectué de façon implicite dans la décision ; je pense que l'arrêt *Hachette* du Conseil d'État rendu le 28 février 1866 en fournit un exemple. Le célèbre éditeur demandait l'annulation de la décision par laquelle le conseil de préfecture d'Alger avait partagé un domaine indivis entre lui, l'État et des indigènes. Il faisait valoir qu'il n'avait pas été mis en demeure de présenter ses observations, que l'immeuble avait été partagé en nature, qu'on s'était borné à distraire de celui-ci la part revenant à l'État ; mais Hachette ne soulevait pas la question de la compétence du conseil de préfecture, celle-ci ayant été fondée sur le décret du 2 avril 1854 concernant le partage des biens indivis en Algérie. Je cite : « *Toutes contestations tant sur le fond que sur la forme des partages seront déférées au conseil de préfecture sauf l'appel au Conseil d'État* ». Mais, expose le commissaire du gouvernement de Belbeuf, ce décret de 1854 est en contradiction avec la loi du 16 juin 1851 attribuant aux tribunaux civils la connaissance des actions immobilières intentées par ou contre le domaine

de l'État. De Belbeuf fait remarquer que les compétences étant d'ordre public, le conseil de préfecture aurait dû s'interroger sur sa propre compétence. Or, dit-il, c'est un principe de notre droit public que les règlements émanés du pouvoir exécutif ne peuvent pas déroger aux dispositions des lois en vigueur ; à l'exemple des Constitutions qui l'ont précédée, la Constitution du 14 janvier 1852 confère au chef de l'État le droit de faire des règlements pour l'exécution des lois, mais, dans aucun cas, un simple décret ne peut prendre de dispositions contraires aux prescriptions de la loi. Le commissaire du gouvernement de Belbeuf est écouté par la section du contentieux qui annule la décision du conseil de préfecture d'Alger sur la base de cette loi de 1851. C'est-à-dire qu'implicitement elle priva d'effet le décret de 1854 mentionné dans les visas après la loi de 1851, et elle le fit en suivant l'argumentation du sieur de Belbeuf qui s'était appuyé sur un principe de droit public et sur la Constitution de 1852.

Or l'expression « *droit public* » était alors entendue à la fois de façon large par opposition au droit privé et de façon restreinte au sens de droit constitutionnel. C'était d'ailleurs dans ce sens que l'on trouvait cette expression dans l'instruction ministérielle de 1807 relative aux facultés de droit. On distingue le cours de droit public et le cours de droit administratif (c'est la première fois d'ailleurs que l'on emploie expressément l'expression « *droit administratif* » dans un texte ministériel).

Troisième cas : le contrôle de constitutionnalité est présenté comme un contrôle de légalité. Parfois cette différence de terminologie n'a absolument aucune importance, le mot « *légalité* » étant employé pour désigner la conformité aux règles de droit. Un excellent exemple est fourni par l'arrêt de la cour de Nîmes, dont j'ai déjà cité le début, et que voici dans son intégralité : « *Attendu que toutes les fois que l'application d'une ordonnance royale est demandée aux tribunaux, il est de leur devoir d'examiner sa constitutionnalité. Que ce devoir ne cesse pas pour eux parce qu'ils auraient déjà ordonné l'exécution d'un pareil acte en d'autres circonstances où sa légalité n'aurait pas été mise en question.* »

Cet emploi indifférencié des mots « *légalité* » et « *constitutionnalité* » était courant, d'autant plus que la Charte constitutionnelle était souvent présentée comme la loi fondamentale de l'État ou comme la première de toutes les lois (on trouve d'ailleurs l'expression « *légalité constitutionnelle* » ou plus tard l'expression « *législation constitutionnelle* »). La Constitution de la III^e République prendra la forme de lois constitutionnelles.

Mais, en lisant d'autres décisions, on doute cependant que l'emploi du mot « *légalité* » au lieu du mot « *constitutionnalité* » ait été insignifiant. Cette substitution peut provenir d'une autre analyse juridique ou refléter une certaine réserve vis-à-vis d'un contrôle apparaissant comme trop éminent ou trop proche de considérations d'ordre politique. On éprouve surtout ce sentiment quand les requérants, les premiers juges ou le commissaire du gouvernement emploient le mot « *constitutionnalité* » et que la décision rendue ne parle que de « *légalité* ». Tel semble avoir été le cas dans un arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation en 1885. Le juge de paix de Mahé avait été saisi par un électeur qui lui avait demandé « *que le décret du 26 février 1884 modifiant pour les possessions françaises des Indes l'établissement des listes électorales fût déclaré illégal et inconstitutionnel comme n'ayant pas été rendu en conformité des dispositions de l'article 18 du*

senatus-consulte du 3 mai 1854 et de l'article 4 du décret du 13 décembre 1858». Le juge de paix s'était déclaré incompétent pour apprécier les actes du pouvoir exécutif.

Le conseiller rapporteur Michaux-Bellaire a posé le problème en se plaçant au point de vue du contrôle de constitutionnalité, en disant : « *il s'agit de déterminer les limites précises du droit qui appartient au juge d'examiner au point de vue de la Constitution, la valeur de la disposition qu'il doit appliquer* ». Il dénie au juge évidemment tout pouvoir de contrôle ou d'examen lorsqu'il s'agit de la loi, en citant l'opinion d'Aucoc et en l'approuvant ; mais il reproche ensuite au juge de paix de Mahé de s'être abstenu de rechercher si les conditions de la délégation faite par le législateur au président de la République étaient remplies, et si le décret était constitutionnel. La chambre civile casse le jugement : « *attendu qu'il appartenait au magistrat de l'ordre judiciaire d'examiner la valeur légale dudit décret émané du chef du pouvoir exécutif exerçant dans la colonie des Indes par délégation du législateur la puissance législative* ». L'arrêt évoque la valeur légale du décret et non son inconstitutionnalité. Cette rédaction s'explique sans doute par le fait que la chambre civile a eu conscience de ce que *senatus-consulte* de 1854 n'avait plus valeur constitutionnelle, mais seulement valeur législative. Peut-être aussi a-t-elle trouvé plus discret de donner le sentiment qu'un juge n'exerçait qu'un contrôle de légalité (la perspective qu'un juge de paix d'un simple comptoir lointain soit investi du contrôle de la constitutionnalité des actes du président de la République pouvait quand même susciter quelques émois).

Certaines décisions du Conseil d'État donnent une impression de discrétion en la matière. C'est le cas de l'affaire *Mogambury* de 1892. Romieu indique dès le début de ses conclusions que le Conseil est appelé à se prononcer sur un point assez obscur de droit public : l'existence au point de vue constitutionnel de l'institution des sous-secrétaires d'État et la légalité de leurs attributions. Il ajouta que le Conseil devait examiner « la légalité, la constitutionnalité » d'un décret de mars 1889 qui avait déterminé les attributions de ce sous-secrétaire d'État. Au terme de sa démonstration, Romieu conclut que la délégation faite par le décret était légale – il n'ajoute pas « *constitutionnelle* ». Ce mot ne figure pas non plus dans l'arrêt, qui ne fait même pas allusion au problème, lequel est résolu de façon implicite. Le Conseil admet la recevabilité du recours, ce qui implique comme l'a expliqué Romieu que le décret soit valable. La loi constitutionnelle n'est même pas citée dans les visas, alors qu'elle aurait pu l'être sans difficulté.

Autre affaire comparable : l'affaire *Babin* de 1906. Romieu explique que l'une des questions posées par le recours « *se ramène à la détermination des limites entre la sphère d'action du pouvoir législatif et celle du pouvoir exécutif* ». Il ajoute qu'il n'existe pas de règle de droit écrit en ce qui concerne cette délimitation de pouvoirs si importante au point de vue constitutionnel. Mais il dit ensuite que la compétence générale du pouvoir exécutif, pour tout ce qui concerne le personnel d'administration, peut être rattachée au droit qu'il tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 pour assurer l'exécution des lois et pour nommer à tous les emplois. Or en définitive l'arrêt ne vise pas cette disposition, il indique seulement que le gouvernement a pu, par le décret du 10 octobre 1902, étendre au personnel d'administration maritime le bénéfice de la loi du

19 mai 1834 – bénéfice que refusait d'ailleurs *Babin* – en l'absence de toute disposition législative contraire. Cette attitude discrète du Conseil d'État, dont on trouve des manifestations antérieures sous les monarchies constitutionnelles, tient probablement au souci de ne pas donner l'impression de sortir de son rôle de juge des actes des autorités administratives en se posant ostensiblement en juge constitutionnel. De la même façon la Cour de cassation employait moins souvent que les juridictions inférieures les mots « *constitutionnalité* » ou « *inconstitutionnalité* ». Mais cela n'était pas systématique ; de même de la part du Conseil d'État. Une décision du Conseil d'État de 1904 a bien visé la loi constitutionnelle à propos de la délimitation des sphères d'action du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Quatrième cas de figure : l'examen de la question de savoir si un texte législatif ou réglementaire a été abrogé par la Constitution postérieure était parfois considéré comme un contrôle de constitutionnalité. J'y reviendrai un peu plus tard lorsque je parlerai du contrôle de la constitutionnalité des lois sous la II^e République.

La **cinquième situation** et, me semble-t-il, la dernière qui puisse apparaître, est celle d'un arrêt qui se présente comme le résultat d'un contrôle de constitutionnalité, mais qui ne l'est pas d'un point de vue juridique. En voici un exemple avec un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 15 mars 1898. La chambre civile conclut son argumentation en assurant que les arrêtés du gouverneur de la Guadeloupe qui ont déclaré exécutoires les délibérations du conseil général ont été entachés d'illégalité et d'inconstitutionnalité en refusant en la circonstance d'ordonner la restitution qui était demandée par un contribuable. Or l'article invoqué est l'article 2 du senatus-consulte de 1866 que la chambre civile a qualifié elle-même entre son visa et la phrase ci-dessus évoquée de « *disposition de loi* ». Et il est vrai que le senatus-consulte de 1866, comme celui de 1854, n'avait plus que valeur législative depuis la fin du Second Empire. En l'espèce les arrêtés contestés dataient de 1874 et de 1892 ; ils étaient donc postérieurs au Second Empire. Il eût donc été plus approprié de dire seulement que ces arrêtés étaient illégaux. Et d'ailleurs dans une note, parue au *Sirey* de 1896, Léon Michoud l'avait écrit à propos des décrets algériens, notant que ce n'était pas un contrôle de constitutionnalité qu'exerçaient en la matière les juridictions judiciaires mais un simple contrôle de légalité.

Mais sous la III^e République de nombreuses décisions rendues par les juridictions judiciaires des colonies parlent d'inconstitutionnalité et pas seulement d'illégalité et, nous venons de le voir, il arrivait que la Cour de cassation fasse de même. Alors pourquoi ? L'article 27 de la Constitution de 1852 avait dit que le Sénat réglait par senatus-consulte la Constitution des colonies et de l'Algérie. Le senatus-consulte de 1854 était ensuite intervenu comme senatus-consulte qui réglait la Constitution des colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion. Il avait été modifié, complété, par celui de 1866. Les lois constitutionnelles de 1875 étaient muettes sur le statut des colonies, ne réglementant que l'élection de leurs sénateurs ; on comprend que l'usage du mot « *Constitution* » s'y soit maintenu. Il donnait l'impression de combler une lacune et pouvait être considéré aussi comme valorisant pour des territoires lointains et souvent négligés.

J'en viens maintenant à la deuxième question s'agissant des textes ayant fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

Quels textes ont fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité ?

Il faut distinguer entre ceux qui émanent des titulaires du pouvoir réglementaire et les lois émanant du législateur.

Après la chute du Premier Empire, certaines juridictions judiciaires ont écarté l'application de décrets impériaux en faisant valoir qu'ils avaient été pris dans des matières législatives, notamment en matière pénale. Mais la Cour de cassation a vigoureusement condamné ce contrôle de constitutionnalité qui était réalisé manifestement *a posteriori*, malgré les efforts du procureur général Dupin aîné. La Cour de cassation a jugé en 1819 que ces décrets avaient force de lois dès lors qu'ils avaient été publiés et appliqués comme des lois sans opposition de la part du Sénat qui ne les avait pas déclarés sous l'Empire inconstitutionnels. Tout au plus un arrêt des chambres réunies a-t-il admis que soit contrôlée la validité des décrets pris par la régente Marie-Louise en fonction de la délégation de pouvoir qui lui avait été consentie par Napoléon. Un ajout au code de commerce par un simple décret de la régente ne fut donc pas reconnu comme ayant force de loi, et le Conseil d'État s'est rallié à la jurisprudence de la Cour de cassation sur ces décrets impériaux.

La jurisprudence a évolué de façon différente à propos des ordonnances royales. Selon les Chartes, le roi exerce le pouvoir réglementaire sous la forme d'ordonnances. Or l'application de certaines d'entre elles va se trouver contestée à l'occasion de divers procès. Il est notamment reproché à ces ordonnances d'être contraires à des dispositions contenues dans des lois, ce qui les rend inconstitutionnelles, le pouvoir réglementaire ne pouvant contredire valablement ce qu'a établi le pouvoir législatif, sauf si la loi émane d'une assemblée qui a cumulé tous les pouvoirs comme la Convention, ou si la loi contient des dispositions qui relèvent du domaine du règlement, appréciation toujours très délicate évidemment à opérer.

J'ai cité plus haut l'attendu d'un arrêt de la cour de Nîmes de 1834. Le contrôle de la constitutionnalité des ordonnances royales a débuté un peu plus tôt sous le règne de Charles X. Il s'est manifesté avec vigueur parfois, et Macarel l'évoque dans son ouvrage sur *Les Tribunaux administratifs*, d'autant plus qu'un arrêt de la cour de Nancy avait été fort critique envers le Conseil d'État.

Ce contrôle s'est ensuite fait remarquer lors de la Révolution de 1830, à l'occasion de la fameuse crise provoquée par les ordonnances du 25 juillet ; et il est devenu banal, si je puis dire, sous la monarchie de Juillet. Serrigny dit à la fin de la monarchie de Juillet que s'est développée une jurisprudence selon laquelle les ordonnances royales ne doivent pas être appliquées par les juges lorsqu'elles sont inconstitutionnelles. La Cour de cassation, après semble-t-il avoir un peu

hésité, s'était ralliée à la position des juridictions inférieures qui exerçaient très volontiers ce contrôle.

Les décrets de Louis Napoléon Bonaparte ont ensuite été contrôlés par les juridictions judiciaires et par le Conseil d'État. On en trouve quelques exemples. Le Conseil d'État se prononçait à la suite d'un recours pour excès de pouvoir ; les juridictions judiciaires se prononçaient par voie d'exception. Ensuite on trouve beaucoup de décisions relatives aux arrêtés des gouverneurs des colonies, mais on trouve aussi des décisions relatives aux décrets coloniaux du président de la République sous la III^e République.

Voici une affaire curieuse dont la victime a été le gouverneur général de l'Indochine Klobukowski. Celui-ci fit l'objet d'une caricature désobligeante dans le journal *Le Pilon* publié à Hanoï. L'auteur de cette caricature fut poursuivi pour outrage aux bonnes mœurs et pour atteinte au respect de l'autorité française sur la base d'un décret du 30 décembre 1898. Le tribunal correctionnel de Hanoï le relaxa sur le premier chef en considérant que la caricature, même si elle était malencontreuse, n'était pas obscène. Il le relaxa aussi du délit d'atteinte à l'autorité française en suivant l'argumentation de la défense. La ville d'Hanoï ayant le statut de colonie, le président de la République pouvait y légiférer par décret en vertu du *senatus-consulte* de 1854. Mais un acte émané du Sénat impérial ne pouvant lier les assemblées républicaines, aucune règle n'empêchait les chambres de légiférer elles aussi, et lorsqu'elles l'avaient fait, les principes de notre droit public s'opposaient à ce qu'une loi soit modifiée par décret. Le décret du 30 décembre 1898 n'avait donc pas pu modifier valablement la loi sur la presse de juillet 1881 en restreignant les libertés octroyées par cette loi ; il était donc nécessairement illégal et inapplicable.

Le ministère public ne fit appel que sur le second chef d'accusation. La cour d'Hanoï estima que l'atteinte à l'autorité française n'était pas établie, car la personne du gouverneur général de l'Indochine ne s'identifiait pas à cette autorité, faisant valoir que seuls les régimes monarchiques pouvaient admettre une pareille personnification de l'autorité publique. Elle affirma en conséquence qu'il était impossible de séparer la seconde incrimination de la première et, donc, que l'exception de chose jugée s'imposait à elle. Elle ajouta, ce qui est quand même assez curieux, qu'elle se trouvait ainsi dans l'impossibilité d'examiner l'illégalité et l'inconstitutionnalité du décret du 30 décembre 1898, et ce malgré « l'intérêt considérable » que cette question présentait pour la presse locale et pour une partie de la presse nationale diffusée en Indochine.

Saisie d'un pourvoi du ministère public, la Cour de cassation approuva en 1910 l'argumentation de la cour d'appel, mentionnant que, selon le tribunal d'Hanoï, le décret de 1898 serait inconstitutionnel. Alors que d'après le texte du *Sirey* et celui du *Dalloz*, le jugement ne contenait que l'adjectif « *illégal* ». Pourtant la Cour de cassation a employé l'adjectif « *inconstitutionnel* ».

Autre affaire remarquable. La Cour d'appel de l'Afrique Occidentale Française a déclaré inconstitutionnel le décret du 24 juillet 1906 sur la propriété foncière dans cette partie de l'Afrique, car il n'avait été contresigné que par le ministre des Colonies. Il aurait dû l'être, estimait la Cour, aussi par le ministre de la Justice en vertu de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875. Cet arrêt

a toutefois été cassé, la chambre civile de la Cour de cassation jugeant que le contreseing d'un seul ministre suffisait pour la validité des décrets du président de la République non seulement d'après le texte de l'article 3 de la loi constitutionnelle, mais encore d'après son esprit.

L'ampleur de ce contrôle a été relevée par Pierre Daresté en 1915. « Nombre de décrets, plus encore d'arrêtés locaux, ont été déclarés illégaux et inconstitutionnels par les tribunaux sous le contrôle de la Cour de cassation. Cette fameuse institution du contrôle de la constitutionnalité des lois, que l'on s'imagine parfois être spéciale aux États-Unis, existe et fonctionne dans les colonies françaises, et nulle part, à vrai dire, elle n'est plus utile ». Cependant cette appréciation doit malgré tout être relativisée : si Daresté parle de contrôle de la constitutionnalité des lois, cela vient de ce qu'il était convaincu que les décrets pris par le président de la République sur la base du *senatus-consulte* de 1854, qui avaient confié au chef de l'État l'exercice du pouvoir législatif dans certaines colonies, constituaient de véritables lois ; d'ailleurs l'expression « *loi* » sera reprise par la Cour de cassation en 1926. Mais cette opinion était critiquée par la plupart des publicistes de l'époque. Ceux-ci affirmaient que ces décrets devenus susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État n'étaient que des actes réglementaires et, s'appuyant sur les principes républicains, ils affirmaient que seuls les textes votés par le Parlement pouvaient légitimement être appelés « *lois* ».

Vis-à-vis des lois proprement dites, les juridictions judiciaires n'ont exercé que très rarement un contrôle de constitutionnalité. La première d'entre elles à avoir refusé d'appliquer une loi, en arguant d'une irrégularité de forme, fut le tribunal criminel de La Dyle, le 15 prairial an V, soit le 3 juillet 1797. Mais dès le 18 fructidor suivant (4 septembre), le Tribunal de cassation a condamné très fermement ce refus, considérant que les termes « *absolus* » dans lesquels est conçue pour les corps administratifs et judiciaires la défense d'arrêter ou de suspendre l'exécution des lois ne peut admettre ni exception, ni prétexte. Et sous le Consulat, le tribunal de cassation a fait valoir qu'il appartenait au seul Sénat d'apprécier la validité des lois.

La question des pouvoirs du juge vis-à-vis de la loi a été vraiment posée au début de la monarchie de Juillet à l'occasion de l'affaire Paulin. L'avocat de celui-ci était Adolphe Crémieux, futur ministre républicain de la Justice en 1848 et en 1870. Crémieux a dénoncé comme inconstitutionnelles deux dispositions législatives sur lesquelles s'étaient fondés les magistrats qui avaient condamné son client. Il fait valoir que la première loi qui datait de 1822 a été abrogée par la Charte d'août 1830 et que la seconde du 8 octobre 1830 est une violation flagrante du nouveau texte constitutionnel. Mais la chambre criminelle de la Cour de cassation ne le suit pas le 11 mai 1833 au terme d'un délibéré de dix heures. Elle estime que la première disposition contestée n'a pas été abrogée par la Charte et refuse de se prononcer sur l'inconstitutionnalité prétendue du contenu de la seconde. La loi du 8 octobre 1830 délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte fait la règle des tribunaux et ne peut pas être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité. Tout au plus, il était possible de déduire de cet arrêt que les juges pouvaient examiner la régularité formelle de la loi pour apprécier sa constitutionnalité extrinsèque.

La Cour de cassation a cependant élargi sa jurisprudence sous la II^e République en acceptant de se prononcer sur la constitutionnalité intrinsèque de deux dispositions législatives. Elle accepta d'examiner le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de l'attribution de compétences au conseil de guerre pour juger des civils : attribution qui figurait dans la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, et ce au regard des dispositions de la Constitution de 1848. Elle l'a fait à deux reprises, le 15 mars et le 17 novembre 1851 en rendant les arrêts *Gauthier* et *Gent*. Ces arrêts sont restés méconnus. Ils ont été publiés au *Sirey*, au *Dalloz*, au *Journal du Palais*, mais cette publication n'a pas été accompagnée de longs commentaires ; selon toute vraisemblance parce que ces recueils sont parus après le coup d'État du 2 décembre 1851.

Mais le dépouillement de la *Gazette des tribunaux* et du *Droit* m'a permis de reconstituer les débats de la seconde affaire : l'affaire *Gent*. Affaire qui présentait quand même une particularité puisqu'elle mettait aux prises trois anciens membres de la Constituante de 1848 : le requérant, son avocat maître Martin de Strasbourg et le conseiller rapporteur Isambert. Une absence surprend dans ces débats, comme d'ailleurs dans les brèves notes des recueils de jurisprudence, c'est celle de l'arrêt *Paulin*. C'est un autre arrêt, l'arrêt *Geoffroy* de 1832, qui se trouve au cœur de la discussion. Il avait été rendu dans des circonstances comparables à celles des affaires *Gauthier* et *Gent* : condamné par un conseil de guerre pour rébellion à main armée, le sieur Geoffroy avait contesté la compétence de cette juridiction pour connaître des crimes commis par des civils, compétence fondée sur un article d'un décret impérial de 1811. Son avocat, Odilon Barrot, avait fait valoir que cet article avait été abrogé par la Charte qui affirmait que nul ne pouvait être distrait de ses juges naturels et qui proscrivait les tribunaux extraordinaires.

La chambre criminelle écoute Odilon Barrot. Elle estime que le texte de 1811 est inconciliable avec la Charte, car les conseils de guerre deviennent des tribunaux extraordinaires quand ils se prononcent sur des crimes commis par des civils comme Geoffroy. *Gent* étant aussi un civil condamné par un conseil de guerre, Martin de Strasbourg invoque ce précédent de 1832 et souligne que l'article 4 de la Constitution de 1848 reprend les dispositions de la Charte puisqu'elle interdit la création de tribunaux extraordinaires et pose en principe que nul ne sera distrait de ses juges naturels.

Martin de Strasbourg demande donc à la chambre criminelle de tirer la conséquence de la présence de cet article 4 : « *ce que vous avez déclaré alors relativement aux lois antérieures à la Constitution de 1832, il faut l'appliquer aussi aux lois postérieures à la Constitution, car le pouvoir législatif est un pouvoir limité* ». Et Martin de Strasbourg d'achever sa plaidoirie en assurant que l'article 8 de la loi de 1849 est inconciliable avec le principe posé par l'article 4 de la Constitution.

C'est sur ce dernier point, et sur lui seul, que lui répondent le rapporteur Isambert et l'avocat général Plougoulm. Ni l'un ni l'autre ne contestent la compétence de la Cour de cassation pour se prononcer sur l'inconstitutionnalité prétendue du contenu même d'une disposition législative postérieure à la Constitution. Elle l'a fait d'ailleurs, le 15 mars, dans l'arrêt *Gauthier*. Isambert et l'avocat général font seulement valoir que l'article 106 de la Constitution a permis au législateur d'adopter une dérogation au principe posé par l'article 4,

car il prévoit qu'une loi déterminera les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré et réglera les formes et les effets de cette mesure. La chambre criminelle suit leur argumentation. Comme elle l'avait fait le 15 mars, elle rejette le pourvoi en assurant que l'article 8 de la loi d'août 1849 n'a pas violé l'article 4 de la Constitution et n'a fait qu'une légitime application du principe posé par l'article 106.

Ces arrêts de 1851 ont souvent été présentés comme des décisions de circonstance, c'est-à-dire comme des manifestations de la tendance répressive de la chambre criminelle. Celle-ci, a-t-on écrit, aurait accepté d'examiner le moyen tiré de la violation de l'article 4 de la Constitution de 1848 afin que des hommes politiques, qui lui apparaissaient comme de dangereux extrémistes, ne puissent pas se prévaloir de la jurisprudence Geoffroy de 1832 pour prétendre que le nouveau régime se montrait moins respectueux de sa Constitution que la monarchie de Juillet.

Mais en réalité il était facile à la chambre criminelle, si elle avait voulu le faire, de maintenir la jurisprudence *Paulin*, tout en indiquant que l'article 8 de la loi de 1849 n'était pas inconstitutionnel. Il lui suffisait de procéder comme elle l'avait fait dans un arrêt du 3 janvier 1834 : la constitutionnalité d'une loi du 22 mars 1831 ayant été contestée, elle avait commencé par affirmer que les lois délibérées et acceptées par le roi et légalement promulguées sont obligatoires pour les citoyens et pour les tribunaux, puis elle avait ajouté que l'allégation que la loi du 22 mars 1831 qui instituait les conseils de discipline de la garde nationale n'était pas conforme à la Charte était dénuée de tout fondement. Et il était très simple pour la chambre criminelle d'opérer exactement de la même façon en 1851, d'autant plus facilement que, lors de l'adoption de l'article 8 de la loi sur l'état de siège, l'Assemblée législative avait été saisie de la question. Le député Charamaule avait demandé une modification du texte proposé afin que soit supprimée l'attribution de la compétence pour connaître des crimes commis par les civils au conseil de guerre. Il avait invoqué la jurisprudence de 1832, et il avait expressément cité l'article 4 de la Constitution et dit que l'article 106 serait inconciliable à son avis avec l'article 4. Cette argumentation avait d'ailleurs été soutenue par des personnalités comme Jules Grévy. Mais elle avait été combattue par le ministre de l'Intérieur Dufaure et très largement rejetée par 420 voix contre 165.

Donc il était facile à la chambre criminelle en 1851, si elle se préoccupait uniquement de la survie du régime, de maintenir la jurisprudence *Paulin* en disant qu'elle n'avait pas à examiner le grief d'inconstitutionnalité formulé à l'encontre d'une loi régulièrement adoptée et promulguée. Et d'ajouter de façon superfétatoire que l'allégation d'inconstitutionnalité n'était pas fondée, comme elle l'avait fait en 1834, en précisant en plus que l'Assemblée législative elle-même avait discuté de la question et qu'elle avait écarté cette allégation. C'est d'ailleurs ce qu'indique la note du *Sirey* sous l'arrêt *Gautier*. Procéder de la sorte aurait présenté plusieurs avantages si la chambre criminelle avait seulement voulu réfuter la critique adressée à l'application de l'article 8 de la loi du 9 août 1849 aux civils. Elle aurait répondu à cette critique tout en maintenant le refus d'examiner la constitutionnalité du contenu des lois adoptées selon les formes

constitutionnelles, car l'abandon de ce principe n'allait pas sans risques si l'on se plaçait uniquement du point de vue de la défense du régime à l'encontre de ses adversaires. Le procureur général de la cour d'Aix se montre hostile à la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation. Il l'a dit de façon implicite mais extrêmement nette dans le discours qu'il a prononcé lors de la rentrée de la cour d'appel d'Aix après les vacances.

Évidemment on peut penser que lorsque les rédacteurs de la Constitution de 1852 ont rétabli le Sénat et lui ont confié à nouveau le contrôle de la vérification de la constitutionnalité des lois, ils ne pensaient pas seulement au précédent de la première Constitution napoléonienne ; ils pensaient aussi concrètement à la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Et le fait est que, sous le Second Empire, la Cour de cassation ne s'est plus prononcée sur la constitutionnalité du contenu d'une loi.

Cela dit, dans une décision du 15 avril 1863, elle a fait une allusion aux lois qui, étant contraires à la Constitution, seraient nulles de plein droit. Je pense que cette allusion présentait un certain intérêt, car en 1885 la Cour de cassation a suivi l'un de ses rapporteurs qui avait reproché à une décision d'un juge de l'avoir mentionnée. Ce rapporteur a dit qu'on n'avait pas besoin d'invoquer ce précédent, cet arrêt du Second Empire, pour prendre la décision qui avait été rendue, de telle sorte que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi mais sans ajouter toute l'argumentation qu'avait développée le jugement, argumentation qui avait repris exactement la formulation employée par la Cour de cassation sous le Second Empire.

Très sincèrement je pense que l'arrêt rendu le 13 juin 1879, même s'il ne concerne pas directement le contrôle de constitutionnalité, montre bien que la Cour de cassation a condamné la jurisprudence *Gent* et *Gauthier* et qu'elle l'a abandonnée. En outre en 1903 le procureur général Baudouin a invoqué le principe de la séparation des pouvoirs pour ne pas s'engager, à la suite d'un pourvoi, dans la critique de la procédure que la Chambre des députés a cru devoir adopter. Et est approuvé par la chambre criminelle le fait que l'autorité judiciaire n'a pas à contrôler la procédure suivie par le Parlement dès lors qu'il y a eu décision du pouvoir compétent.

J'en viens maintenant très rapidement aux inconstitutionnalités qui ont été dénoncées et condamnées.

Quelles inconstitutionnalités ont été dénoncées et sanctionnées ?

Évidemment les affaires qui viennent d'être évoquées précédemment ont déjà anticipé très largement sur cette troisième partie.

Le grief qui revient le plus souvent est celui de l'incompétence de l'auteur d'un acte réglementaire, et l'affaire la plus pittoresque et la plus remarquable par ses conséquences est l'affaire *Lacaussade*.

Le sieur Lacaussade était un contribuable vivant sur l'île de la Réunion. Il a contesté la constitutionnalité d'arrêtés pris par le gouverneur en 1850 et 1851, arrêtés qui établissaient des taxes sur la consommation et le fameux octroi de mer. Lacaussade a fait valoir qu'en réalité c'était le législateur métropolitain qui aurait dû créer ces taxes, car à l'île de la Réunion en matière de régime douanier seul le Parlement métropolitain était compétent sur le fondement d'une loi des débuts de la monarchie de Juillet.

Le jugement du tribunal de Saint-Denis lui a donné gain de cause en déclarant que les arrêtés du gouverneur, qui s'était appuyé sur une délégation de pouvoir que lui avait consentie le gouvernement provisoire en avril 1848, étaient illégaux et inconstitutionnels. Un arrêté a élevé le conflit, et le Conseil d'État a rendu une décision un peu imprudente en maintenant sa jurisprudence traditionnelle. Il reconnaissait la compétence de la juridiction judiciaire pour se prononcer sur le grief d'inconstitutionnalité formulé à l'encontre de contributions indirectes.

Ceci dit, il a quand même précisé dans sa décision que le gouverneur de la Réunion avait agi dans le cadre de la délégation de pouvoirs qu'il avait reçue du gouvernement provisoire de 1848. Entre-temps la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion avait infirmé le jugement qui avait été rendu par le tribunal et la Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi par le sieur Lacaussade. Elle a considéré que les arrêtés du gouverneur de l'île de la Réunion étaient illégaux et inconstitutionnels. Cette décision a suscité un contentieux extrêmement important qui a duré presque un demi-siècle à la fois à la Réunion, à la Guadeloupe, à la Martinique et, accessoirement, dans d'autres colonies comme la Polynésie. Et la situation financière des colonies s'en est considérablement ressentie. En 1885, Ruben de Couder, fondateur des *Pandectes françaises* et conseiller à la Cour de cassation, se lamentait en disant que des millions étaient ainsi perdus dans les budgets des colonies françaises à cause de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a maintenu sa position, alors même que les juridictions coloniales étaient de plus en plus favorables à la reconnaissance de la légalité et de la constitutionnalité de l'octroi de mer et de différentes autres taxes.

Le procureur général Baudouin avait expliqué d'ailleurs, devant la chambre civile, qu'il était tout à fait étrange que sur une question si discutable sur le plan juridique, on ne tienne pas compte des conséquences pratiques aussi importantes et aussi graves pour les finances locales. Et c'est vrai que lorsqu'on lit les différents arrêts et les différentes notes sous ces arrêts, on éprouve l'impression que la Cour de cassation était extrêmement pointilleuse en la matière et qu'elle avait tendance à majorer les différences qui pouvaient exister entre l'octroi de mer, qui était perçu dans les Antilles et à la Réunion, et les octrois métropolitains, pour justifier l'assimilation de cet octroi à une taxe douanière.

Il faut préciser que le problème a persisté pratiquement jusqu'à la fin du XIX^e siècle, et il a fallu que certains textes réglementaires et législatifs interviennent pour mettre fin à cette résistance de la Cour de cassation à ce qu'on appelait désormais les «jurisprudences coloniales» hostiles à la position de la chambre civile.

Donc l'«*incompétence*» est incontestablement le grief que l'on invoque le plus. On trouve parfois aussi le «*vice de forme*» (concernant par exemple des

dispositions de la Constitution de 1852 invoquées à l'encontre de différentes mesures réglementaires).

L'« *inconstitutionnalité* » enfin du contenu même du règlement, son opposition au texte constitutionnel, est invoquée un certain nombre de fois. Par exemple s'agissant de la liberté de culte. L'article 5 des Chartes de 1814 et de 1830 disposait que « *chacun professe sa religion avec une égale liberté et obtient pour son culte une égale protection* ». Parfois cette disposition a été invoquée par des protestants qu'on avait obligés à décorer la façade de leurs maisons à l'occasion de la procession de la Fête-Dieu. La Cour de cassation a rendu en définitive, toutes chambres réunies sous la présidence du garde des Sceaux, une décision favorable à ces protestants mais sans la motiver directement sur l'article 5 de la Charte de 1814. Elle a invoqué les dispositions des lois de 1790 et de 1791 sur la police municipale.

Après la révolution de 1830, c'est un catholique qui invoque l'article 5 dans les circonstances suivantes. Bedeau de sa paroisse, il avait quitté les rangs de sa compagnie de la garde nationale pour se rendre à la messe dominicale, et avait ainsi été condamné pour désobéissance et insubordination. Il fit valoir que le règlement était contraire à l'article 5 de la Charte sur les libertés de conscience et de culte, et demanda à la Cour de cassation de casser la sanction prise contre lui par le conseil de discipline de la garde nationale.

La chambre criminelle a refusé de le faire par un arrêt du 17 mai 1834 en précisant : « *attendu que si les heures déterminées pour le service public coïncident avec l'heure de l'exercice d'un culte, cette circonstance ne saurait être considérée comme portant atteinte aux droits consacrés par la Charte, les services publics demeurant essentiellement indépendants de l'exercice des cultes professés par les citoyens, sauf la faculté réservée aux gardes nationaux de porter devant l'autorité supérieure leurs réclamations sur les règlements dont s'agit* ». Évidemment ici l'expression « *service public* » était prise au sens de tâche personnelle accomplie pour le bien public, qui était un sens extrêmement fréquent à la fin de l'Ancien Régime et sous la Révolution.

L'article 5 de la Charte a aussi été invoqué par Adolphe Crémieux, à l'encontre de l'obligation faite par un tribunal à un Juif de prêter serment *more judaïco*. Crémieux a soutenu que la liberté religieuse entraînait le droit de ne pas faire connaître sa religion aux autres et interdisait aux autres de demander de quelle religion l'on était. Le *Sirey* reproduisit une partie de son plaidoyer, lequel développa aussi un autre argument : l'obligation de prêter serment *more judaïco* était contraire à l'égalité devant la loi, égalité consacrée par l'article 1^{er} de la Charte. C'est ce second argument qui a été retenu par la cour de Nîmes le 10 janvier 1827 : tous les Français étant égaux devant la loi, ce serait violer les principes d'égalité consacrés par l'article 1^{er} de la Charte constitutionnelle que d'exiger d'un Juif français un serment différent dans sa forme de celui que sont tenus de prêter les autres concitoyens.

En matière pénale, on a invoqué le principe du juge naturel, et on trouve d'autres décisions de la Cour de cassation qui cassent des décisions rendues par les juridictions inférieures pour violation de la Constitution. On a invoqué aussi le principe d'inamovibilité des magistrats du siège à l'encontre d'une ordonnance

de 1844 qui avait imposé aux magistrats des chambres des mises en accusation de compléter les chambres civiles qui ne pouvaient siéger qu'avec sept magistrats présents. La cour de Poitiers refuse d'appliquer cette ordonnance contre laquelle elle lance « l'imputation si redoutée d'inconstitutionnalité ». Le garde des Sceaux fait alors saisir la Cour de cassation qui ne voit pas dans cette ordonnance une violation de la Charte.

Le surcroît de travail ne devait pas être considérable (les trois chambres civiles de la cour de Poitiers rendaient 208 arrêts par an pour 21 magistrats), d'où le commentaire du journal *Le Droit* à propos de cette affaire : « toutes les réformes de l'ordre judiciaire, loin de tendre à l'augmentation du personnel devraient tendre au contraire à la diminution. Améliorer la condition du magistrat, faire que sa vie soit une vie active et occupée, l'arracher aux langueurs d'une dignité un peu oisive, tel est le but que devrait toujours se proposer un pouvoir intelligent. Ce qui manque en général aux magistrats, surtout aux magistrats des cours royales, c'est l'emploi de leur temps et de leurs facultés ». C'était évidemment une tout autre époque, même si l'on procédait déjà à des contrôles de constitutionnalité.



La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire ¹

Yves GAUDEMET

Le 6 décembre 1760, Sartine, lieutenant général de police, écrit à Joly de Fleury, procureur général près le parlement de Paris, en ces termes : « *Je suis informé, Monsieur, que depuis environ 3 ou 4 mois, il s'est fait dans la campagne plusieurs vols dans les églises et dans les manoirs particuliers, que les voleurs se sont servis pour faire les fractures nécessaires des coutres des charrues. Comme cet objet de sûreté publique exigeroit qu'on obligeast les laboureurs [à rapporter chez eux le soir les coutres des charrues] ... Mais comme il n'appartient qu'au Parlement de faire des règlements, vous serès le maître, Monsieur, de le proposer si vous pensez comme moy. Dans le cas où vous trouveriès des expédients plus propres à la sûreté publique, je suis convaincu que vous en ferès usage et que vous voudrès bien m'en instruire pour que je puisse m'y conformer.* »² »

L'arrêt de règlement, du type de celui que Sartine demande au procureur général de faire prendre par le parlement de Paris, appartiendrait au passé, dès lors que prohibé – c'est généralement la disposition que l'on cite – par l'article 5 du code civil ; on connaît les termes de celui-ci : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* » Pourtant périodiquement cette prohibition est rappelée pour brider ou contester les pouvoirs du juge ou, davantage encore, pour attacher comme une sorte de suspicion de principe à la création du droit par le juge.

Cela est vrai notamment du contentieux administratif. On en relèvera, à titre d'exemples et parmi d'autres, trois manifestations comme particulièrement significatives.

Lors du vote de la loi du 31 décembre 1987 réformant le contentieux administratif, et plus précisément de l'adoption de l'article 12 de cette loi créant les « *avis contentieux* », les débats parlementaires ont posé la question – on y reviendra (voir *infra* III) – de la compatibilité de cette nouvelle procédure avec la prohibition

1 Cette communication présentée dans le cadre des conférences du Comité d'histoire du Conseil d'État, reprend et actualise les développements d'un article publié dans les *Mélanges D. Labetoulle*, en 2007, p. 387, sous le titre, « *L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif* ».

2 Cité par Ph. Payen, *La Physiologie des arrêts de règlement du parlement de Paris au XVIII^e siècle*, thèse, Paris, tome II, p. 15 ; et pour un renvoi plus complet à ce travail essentiel, voir *infra* note 7.

des arrêts de règlement, prohibition au passage considérée comme naturellement applicable au juge administratif; notamment Jean Foyer, alors président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, s'est interrogé sur cette procédure, assimilée par lui au rescrit impérial du droit romain, car, disait-il, constituant, comme celui-ci, « une interprétation officielle et publique de la loi apparue comme obscure au cours d'un procès »; et il posait la question de sa compatibilité avec la prohibition de l'arrêt de règlement (*JO Débats AN* 6 octobre 1987, p. 3960).

Sur le même registre, les commentateurs critiquent volontiers telle ou telle décision contentieuse dans laquelle ils voient comme une sorte de nouvel arrêt de règlement; ainsi Philippe Terneyre et Jean Gourdou en 2003 choisissent pour leur commentaire de l'arrêt du conseil d'État relatif à l'homologation des transactions administratives sous forme d'ailleurs d'avis contentieux, l'arrêt *Syndicat intercommunal des établissements du second degré du district de L'Hajj-les-Roses*, un titre significatif: *À propos de l'avis de règlement relatif au droit des transactions administratives*³. Et j'ai moi-même parfois utilisé l'argument critique, par exemple dans une chronique brève et irrévérencieuse militant dans le sens du retrait d'un arrêt – l'arrêt *Ternon*⁴ – qui statuait en forme générale sur le droit du retrait des actes administratifs⁵. Plus généralement, le professeur Roland Drago, dans son commentaire du passage du discours préliminaire de Portalis relatif à l'article 5 du code civil, s'interroge ouvertement (« *et le juge administratif?*») sur le respect de la prohibition de l'arrêt de règlement par le juge et par la jurisprudence administratifs⁶.

Tout ceci invitait, considérant le contentieux administratif, à un double questionnement: 1) La prohibition de l'arrêt de règlement vaut-elle pour le juge administratif? La réponse, qui historiquement est d'abord négative, évolue à mesure que s'affirme la fonction proprement juridictionnelle du juge administratif (II). 2) Que signifie alors cette prohibition de l'arrêt de règlement et peut-elle être occasionnellement contredite par l'office du juge administratif? La réponse nous paraît devoir être – prudemment – négative (III). Mais d'abord qu'est-ce qu'un arrêt de règlement (I)?

I. – Qu'est-ce qu'un arrêt de règlement ?

Dans notre représentation actuelle, un arrêt de règlement est une décision du juge rendue sur requête particulière et dont celui-ci entreprend d'élargir la solution pour fixer, de façon générale, le droit applicable à une situation donnée; une décision dans un contentieux particulier et qui comporte donc des effets de

3 « *À propos de l'arrêt de règlement* » relatif au droit des transactions administratives », *CJEG, RJE* 2003, p. 543.

4 CE 26 oct. 2001, *Ternon*, *AJDA*, 2001, p. 1030.

5 Y. Gaudemet, « *Faut-il retirer l'arrêt Ternon ?* », *AJDA*, 2002, p. 738.

6 R. Drago, « *Pouvoir législatif et pouvoir judiciaire* », in *Le Discours et le code Portalis, deux siècles après le code Napoléon*, Litec, 2004, p. 39.

droit directs et immédiats au-delà du litige tranché par le juge. Cette présentation n'est aucunement fidèle à la réalité historique, à propos de laquelle précisément est intervenue la prohibition des arrêts de règlement.

A. – On dispose à cet égard d'une magnifique thèse d'un de nos collègues historien du droit, Philippe Payen, couronnée par la faculté de droit de Paris et par la chambre des avoués de Paris et publiée en 1997, mais restée malheureusement inexploitée par les processualistes et spécialistes contemporains. Cette thèse traite de l'arrêt de règlement du parlement de Paris au XVIII^e siècle, en deux tomes consacrés, le premier, à la « *dimension et doctrine* » de l'arrêt de règlement, le second à sa « *physiologie* ». Les enseignements qu'on y lit, au demeurant, valent pour une plus large période, dès le XV^e siècle et, au-delà du parlement de Paris, pour l'ensemble des cours « *souveraines* », Parlement et autres, du royaume⁷.

Les cours souveraines, à côté des arrêts *inter partes* prononcés avec l'autorité de chose jugée, rendaient en effet traditionnellement des arrêts de règlement, selon une procédure bien établie en tous les cas depuis le XV^e siècle, distincte de la procédure du contentieux *inter partes*, dans des formes spécifiques (arrêts en robe rouge) et dans le prononcé desquels le procureur général avait le rôle principal, notamment celui de l'initiative formelle de l'arrêt de règlement.

Ces arrêts de règlement étaient des actes de portée générale – d'où leur nom –, publiés et applicables dans tout le ressort de la cour, s'imposant à tous, sauf annulation par le Conseil du roi. Comme l'indique, en une formule ramassée, Philippe Sueur dans son manuel d'histoire du droit, l'arrêt de règlement correspondait à une participation du Parlement au droit de police, à l'époque indissociable du droit de justice, mais différent tant dans sa formulation que dans sa portée.

L'origine du procédé remonte à la *curia regis* qui rendait des règlements en même temps que des jugements. Telle était également la justice qu'on prêtait à saint Louis sous le chêne de Vincennes⁸ : jugements *inter partes* et aussi règlements de police applicables à tous et dégagés d'une espèce particulière. Philippe Sueur explique encore que « *les cours souveraines, émanant de l'antique formation de la curia regis, emportèrent la prérogative qui passa en coutume, renforcée par l'apport du droit romain qui concédait au préfet du prétoire des pouvoirs réglementaires* ».

Il y a là un exemple classique de confusion – nous dirions plutôt « *cumul* » – des pouvoirs de justice et de police. Celui-ci ne fut d'ailleurs pas sans conflits ; écoutons le président de Meynières, président de la deuxième chambre des

7 L'ensemble de cette première partie doit beaucoup à la thèse de Ph. Payen, et notamment plusieurs références et citations sont reprises de son ouvrage. Voir aussi Ph. Sueur, *Histoire du droit public français*, tome II, not. p. 144 et s., et la thèse de G. Déteix, *Les Arrêts de règlement du parlement de Paris*, Paris, 1930.

8 L'image – qui doit beaucoup à l'historiographie de la III^e République comme tant de pages de l'histoire de la France d'avant la Révolution – a pour origine, comme le rappelle Arlette Lebigre, ce passage du vieux sire de Joinville dans son *Histoire de saint Louis* : « *Maintes fois il advint qu'un été le roi allât s'asseoir au bois de Vincennes après sa messe et il s'adossait à un chêne et nous faisait asseoir autour de lui. Et tous ceux qui avaient quelque affaire venaient lui parler, sans être empêchés par huissier ou autre. Alors il leur demandait de sa bouche : "Y a-t-il ici quelqu'un qui ait un litige ?" Et se levaient ceux qui en avaient.* »

requêtes à la fin du XVIII^e siècle : « *Je ne sais par quel propos, le Parlement, dans ses remontrances (d'avril 1554) qui sont plustost des supplications que des remontrances, dont l'intérêt public me paroît être l'objet, s'abaisse jusqu'à demander basement au Roi que les ministres de sa justice soient mis au rang de ses domestiques... Pour tenir un pareil langage, il falloit que les magistrats de ce temps-là fussent bien peu instruits de leur origine et peu pénétrés de la noblesse de leurs fonctions. / Originairement, ils étoient le conseil des Rois, chargés de contribuer avec les monarques au bonheur des peuples, par la sagesse des loix qui se formoient et se préparoient dans ce conseil. / Ensuite les Rois se sont reposés sur un certain nombre de magistrats de ce conseil pour l'administration de la justice et le maintien de la police générale du Royaume. Ces magistrats ont conservé une part principale dans la formation des loix qui ne sont véritablement loix qu'autant qu'elles sont approuvées et consenties par le Parlement.* »

Ce à quoi Louis XV avait répondu par avance dans le célèbre édit de la Flagellation de 1766 : « *c'est par ma seule autorité que les officiers de mes cours procèdent, non à la formation, mais à l'enregistrement, à la publication et à l'exécution de la loi. Le droit de faire les lois [...] nous appartient sans dépendance ni partage.* »

B. – À l'époque et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, les arrêts de règlement constituent ainsi une catégorie juridique dont les caractéristiques sont bien déterminées.

Les arrêts de règlement sont une réglementation supplétive, qui n'est possible aux parlements que pour compléter la législation royale ou la coutume, mais ne peut pas les contredire. Au demeurant l'arrêt de règlement est toujours rendu « *sous le bon plaisir du roi* » qui peut le modifier. Enfin l'arrêt de règlement, qui n'est opposable qu'après publicité, ne vaut que dans le ressort du parlement ou de la cour de justice qui l'adopte : il est nécessairement une réglementation locale.

Quant à la procédure, c'est sans doute le plus grand apport de la thèse de Philippe Payen d'avoir montré que celle-ci était en tous points différente de celle des arrêts des parlements rendus *inter partes*. C'est le procureur général qui a le rôle dominant et qui est à l'origine de chaque arrêt de règlement. L'arrêt est préparé et porté par le procureur général qui le rédige ; il est rendu sur requête du procureur général qui le soumet à la délibération du parlement.

L'initiative du procureur général elle-même ne vient pas d'un litige particulier soumis au parlement, mais procède de ce que Philippe Payen appelle une « *sollicitation d'arrêt* », laquelle émane, selon les cas, des évêques et seigneurs, des agents du roi, des communautés d'officiers défendant leurs prérogatives, des paroisses, etc. ; nous dirions aujourd'hui, des autorités et corps constitués qui souhaitent une réglementation locale propre à prévenir les désordres et les comportements erratiques.

Cette distinction est faite très tôt ; on peut en donner cet exemple, à la fois pittoresque et significatif, qui date de 1404, sous le règne de Charles VI (qui il est vrai était devenu fou quelques années plus tôt). Il s'agit d'un conflit, en juillet 1404, entre l'université de Paris et les gens de l'hôtel de Savoisy : ces derniers ayant molesté les suppôts de l'université et troublé la messe célébrée en l'église Sainte-Catherine par l'université, le Parlement prononce des sanctions très sévères à l'égard des gens de Savoisy : démolition de l'hôtel, bannissement de la cour de Charles de Savoisy et de ses parents, privation d'offices royaux, etc. Mais ce qui

doit nous retenir, c'est que l'université, estimant qu'à travers elle et ses doléances c'est l'ordre public qui était en cause, exige que l'arrêt ne soit point rendu à sa requête, mais « *du propre mouvement et office de la cour* », et publié pour avoir effet dans tout le ressort de celle-ci⁹.

La pratique n'est pas propre au parlement de Paris, comme le montre par exemple Nicolas Delamare dans son célèbre et volumineux *Traité de la police*¹⁰. Saulnier de La Pinelais¹¹ indique de même, à propos du parlement de Rennes, que celui-ci n'hésitait pas, quand son procureur général l'y conviait, à faire directement certains règlements. On le voit ainsi régler la hauteur des cheminées et le ramonage de la ville de Brest, défendre aux habitants de Fougères de couvrir leurs maisons autrement qu'avec des tuiles ou ardoises et réglementer pour cette ville les secours en cas d'incendie ; prononcer l'annulation ou la modification des délibérations de communautés de villes et exercer ainsi, avec le concours du procureur général, une véritable tutelle administrative touchant à tous les intérêts municipaux des villes et communautés de la province : gestion des biens communaux, construction et réparation des édifices publics, élections et composition des assemblées des paroisses.

Ces arrêts généraux de règlement, écrit encore le même auteur, « *touchaient pour la plupart aux objets intéressant la sécurité publique* » : exercice des professions de santé et assimilées ; droits de chasse ; organisation du guet ; police des cabarets ; représentation des spectacles ; surveillance des étrangers ; vagabondage ; femmes de mauvaise vie ; etc. D'autres exemples encore sont donnés par Pierre-Clément Timbal, cette fois à propos du parlement de Metz¹².

Tels sont les arrêts de règlement dont la mention, généralement critique, émaille la littérature de l'Ancien Régime. Leur pratique valait aussi pour les animaux ; on connaît la fable de La Fontaine intitulée *La Querelle des chiens, des chats et celle des chats et des souris* : elle s'ouvre par ce triste propos général que « *La discorde a toujours régné dans l'univers ; / Notre monde en fournit mille exemples divers* », pour montrer que « *cent arrêts rendus en forme solennelle* » n'y changent rien et qu'il fallut encore faire un nouveau règlement « *dont les chats se plainquirent, / Et tout le quartier étourdirent* ».

C'est en effet le domaine de la police largement entendu qui est le terrain d'élection des arrêts de règlement. Le Parlement, mû par le procureur général, apparaît à cet égard comme l'autorité de police locale de droit commun et l'arrêt qu'il rend à ce titre ne présente ni les formes, ni la portée, ni la publicité des arrêts « *contentieux* » *inter partes*, non plus qu'il ne relève des mêmes voies de recours.

Ainsi l'arrêt de règlement touche bien principalement, voire exclusivement, à la matière administrative ; il est nettement distingué de l'activité juridictionnelle, bien qu'émanant des mêmes cours et parlements. Il en est ainsi parce que, jusqu'à

9 Voir Ph. Payen, op. cit., tome II, p. 109.

10 Paris, 1722-1738, 4 volumes.

11 *Les Gens du roi au parlement de Bretagne (1553-1790)*, Rennes-Paris, 1902, p. 331.

12 P.-C. Timbal, *Histoire du droit*, vol. I, p. 333, Paris, cours de droit, 1952-1953, avec de très riches développements sur l'origine de l'arrêt de règlement.

la Révolution, justice et police ne sont pas séparées et s'exercent l'une et l'autre, y compris par les parlements souverains, sous le contrôle éminent du roi source de toute justice.

Mettant fin à ce que le principe de séparation des pouvoirs (ou des fonctions) tiendra désormais pour une confusion, la Révolution condamne dans son principe même l'arrêt de règlement ; et cela dès 1790.

II. – La prohibition de l'arrêt de règlement et son application au juge administratif

Il est clair que la prohibition de l'arrêt de règlement, tel qu'on vient de le définir, tel qu'il était régulièrement pris par les parlements et les cours souveraines de l'Ancien Régime, ne s'adresse pas, en 1790, au contentieux administratif, encore moins à un « *juge administratif* » qui n'existe alors qu'en devenir.

Il s'agit, au nom de la séparation des pouvoirs récemment affirmée (Déclaration des droits de 1789, art. 16 : « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution* ») – et en réaction aux abus des parlements de l'Ancien Régime –, d'interdire au juge toute incursion dans le domaine de la législation ou de la réglementation. On sait les positions radicales des révolutionnaires sur ce point, dénonçant les abus du pouvoir judiciaire : « *il n'est aucun pouvoir public qu'il faille limiter avec plus d'exactitude que celui-là [...] dont les débordements n'ont point de bornes* »¹³.

Il ne faut pas s'étonner dès lors de lire la condamnation des arrêts de règlement dès la loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 12, dans une disposition qui, à notre connaissance, est toujours en vigueur ; et on sait que c'est cette loi qui met, d'une façon générale, l'administration, les actes administratifs, en dehors de la compétence du juge.

La formule est reprise, peu après, par la Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chap. v, art. 3 ; le titre III traite successivement « *de l'exercice du pouvoir législatif* » (chap. III), « *de l'exercice du pouvoir exécutif* » (chap. IV) et « *du pouvoir judiciaire* » (chap. V). L'article 3 du chapitre V dispose : « *Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions* ». On retrouve cette prohibition des arrêts de règlement, en des formules plus détaillées, aux articles 270 et 271 de la Constitution girondine de février 1793 ; puis à l'article 203 de la Constitution de l'an III (Directoire).

La Constitution de l'an VIII – dont on sait la brièveté – ne reprendra pas la formule, d'autant plus évidemment qu'elle ne consacre aucune disposition

13 Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire, séance du 17 août 1789. Sur la critique notamment de la pratique des arrêts de règlement, voir Y.-L. Hufteu, *Le Référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, mémoire, fac. droit, Paris, PUF, 1965.

spécifique à l'autorité ou au pouvoir judiciaires. Mais elle est fidèle à la solution qu'elle confirme, par antiphrase, en reconnaissant très clairement un pouvoir réglementaire pour l'exécution des lois au seul gouvernement confié aux consuls (art. 46), chargés encore de « *pourvoir à la sûreté intérieure* » (art. 47), cependant que c'est le Conseil d'État qui, de façon expresse, est chargé « *sous la direction des consuls de [...] résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* » (art. 52).

Bref, la prohibition de l'arrêt de règlement est bien d'ordre constitutionnel et c'est d'ailleurs pourquoi la commission de réforme du code civil n'avait pas repris les dispositions de l'article 5 de celui-ci, estimant « *qu'une semblable disposition serait mieux placée dans un texte constitutionnel*¹⁴ ».

En effet le code civil n'innove pas lorsqu'il reprend, au titre préliminaire, la condamnation de l'arrêt de règlement, sous une forme apparemment proche des textes précédents : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* » ; d'ailleurs ce qui était initialement l'article 6 du projet de code et qui était rédigé comme suit : « *il est défendu aux juges d'interpréter les lois par voie de disposition générale et réglementaire* » avait été adopté pratiquement sans discussion¹⁵.

De même Portalis, dans le discours préliminaire tenant également la prohibition de l'arrêt de règlement pour chose acquise, réserve sa critique à l'abus du référé législatif dénoncé par lui – et par l'article 4 du code civil – comme déni de justice¹⁶.

Pourtant cette inscription dans le code civil, pour n'ajouter rien à une prohibition de l'arrêt de règlement déjà acquise, modifie sensiblement la perspective. C'est que cette prohibition se trouve désormais inscrite dans l'office du juge, comme une limite à celui-ci, et du juge agissant en tant que juge. Il ne s'agit plus seulement de lui interdire d'être aussi autorité de police ou d'administration, comme c'était le cas dans un régime de confusion des pouvoirs ; il s'agit, le considérant en tant que juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, de lui interdire d'user de celle-ci pour, en quelque sorte, donner une autorité générale à ses décisions.

Et Portalis, présentant précisément cet article 5 du code civil, fait à cet égard une distinction fondamentale : « *l'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office du juge ? L'interprétation par la voie d'autorité consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d'interprétation est le seul qui soit interdit au juge* ». Et plus loin : « *en laissant à l'exercice du ministère du juge toute la latitude convenable, nous lui rappelons les bornes qui dérivent de la nature même de ses pouvoirs. Un juge est associé à l'esprit de législation : mais il ne saurait partager le pouvoir législatif. Une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou*

14 Rapport au garde des Sceaux et avant-projet de réforme du code civil, p. 25.

15 Procès-verbaux, Locré, séance du 4 thermidor an IX, présidée par le Premier Consul.

16 Sur le référé législatif, voir mémoire de Y.-L. Hufteu, *op. cit.*, *supra*, note 13.

de magistrature. Or le juge deviendrait législateur s'il pouvait, par des règlements, statuer sur les questions qui s'offrent à son tribunal... Il y aurait bientôt autant de législations que de ressorts» ; dernière critique qui fait bien apparaître le caractère de réglementation locale de l'arrêt de règlement désormais interdit.

On le voit, tout ceci ne concerne pas d'origine le juge administratif qui, d'ailleurs, à l'époque n'est pas perçu comme une juridiction et n'en a pas les caractères. La prohibition de l'arrêt de règlement s'est faite contre les parlements, pour faire obstacle aux interventions – excessives – de ceux-ci dans ce que l'on commence à appeler la réglementation administrative ou de police. On constate ainsi, par exemple, dans l'édition de 1935 du code civil annoté, sous l'article 5, la mention exclusivement de décisions de la Cour de cassation sanctionnant des arrêts qui, en violation de l'article 5, ont entendu régler par voie générale notamment l'exercice des professions judiciaires ou parajudiciaires.

Mais d'un autre côté cette prohibition de l'arrêt de règlement n'est pas un acte de législation civile. Elle est inscrite dans les Constitutions avant de l'être dans la loi, et consacrée au titre de la séparation des pouvoirs, telle que l'exige l'article 16 de la Déclaration des droits.

Ainsi donc, du jour où le juge administratif, désormais constitué et reconnu comme tel, rejoint le juge judiciaire au sein de l'autorité juridictionnelle, séparée des autres pouvoirs par la Déclaration des droits, la prohibition de l'arrêt de règlement, conséquence nécessaire du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, vaut pour le juge administratif comme pour son homologue judiciaire.

La prohibition de l'arrêt de règlement n'est sans doute pas d'origine pour le « *juge* » administratif ; et elle ne lui vient pas du code civil. Mais elle s'impose à lui, de par les principes constitutionnels, dès lors qu'il est vraiment juge et dans cette mesure aussi.

Il n'y a jamais eu véritablement de doute à cet égard. On lit ainsi dans les conclusions du commissaire du gouvernement Marguerie sur un arrêt du Conseil d'État du 7 décembre 1883 (*C^e du chemin de fer de Paris à Orléans, Rec. Lebon p. 905*) : « *il n'est pas interdit à un tribunal de faire à une même question des réponses contradictoires : si cette faculté n'avait pas été donnée au juge, on n'aurait à signaler aucune variation dans la jurisprudence ; chaque jugement deviendrait une loi ; le juge aurait ce pouvoir réglementaire qui ne lui appartient pas en vertu de ce principe de droit public d'après lequel il doit y avoir une séparation absolue entre le pouvoir chargé de faire la loi et le pouvoir chargé de l'appliquer, principe rappelé dans l'article 5 du code civil* ». Et plus loin : « *le jugement, fût-il passé en force de chose jugée, doit être considéré comme nul et non avenu pour tout ce qui a excédé l'objet de la demande, car le principe en vertu duquel le juge ne peut statuer par voie réglementaire est supérieur au principe de l'autorité de la chose jugée* ».

Considérons maintenant la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980 (Rec. p. 46). Au principe de séparation des pouvoirs invoqué devant lui, le Conseil répond que celui-ci s'applique au juge administratif, reconnu comme faisant partie de « *l'autorité juridictionnelle* », aux côtés du juge judiciaire, au moins depuis la loi de 1872 ; ce qui implique une exigence constitutionnelle de séparation des fonctions, donc de prohibition de l'arrêt de règlement.

Réponse est ainsi donnée, quelques années plus tard, à la thèse bien connue de Jacques Chevallier qui, s'interrogeant sur le fondement du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, le qualifiait de principe de « *consécration équivoque*¹⁷ ». C'est bien la Constitution, le bloc de constitutionnalité qui, au moins pour ce qui intéresse ici, interdit au juge administratif, en tant que juge, le cumul de fonctions juridictionnelles et d'administration active, au moins sous la forme des arrêts de règlement des anciens parlements ; et cela parce qu'il est juge, juge de l'administration sans doute, proche d'elle et même organiquement lié à elle, mais que réglementer est interdit au juge, à tout juge, au nom de la séparation des pouvoirs.

Ici un mot rapide, parce qu'ils intéressent notre matière, de deux adages, inlassablement repris, mais dont on n'a pas souvent souligné ce qu'ils pouvaient avoir de contradictoire, au moins en apparence. D'un côté le principe, répété par les arrêts, selon lequel « *il n'appartient pas au juge de faire acte d'administration active* » et, de l'autre, le vieil adage fondateur de la juridiction administrative et justifiant sa spécificité, selon lequel « *juger l'administration, c'est encore administrer* ».

Ils ne se situent pas sur le même plan. L'adage selon lequel « *juger l'administration c'est encore administrer* », repris de l'Ancien Régime pour affirmer la « *juridiction* » de l'intendant contre celle des parlements et systématisé – on le sait – par Henrion de Pansey au début de la Restauration, est fondateur et explicatif de l'existence d'un ordre juridictionnel administratif, au sein de l'administration, organiquement lié à elle. Quant à la prohibition – que le juge se fait à lui-même – de faire acte d'administration active, elle est une règle (non absolue) de prudence, et elle est incluse – si l'on peut dire – dans la prohibition de l'arrêt de règlement, puisqu'il ne s'agit jamais de dépasser l'espèce et que, de toutes les façons, la question ne se pose que dans le contentieux des actes individuels et pas – au moins pas directement – pour les actes réglementaires. On réserve cependant ici, pour la retrouver tout de suite, la question des perspectives que peut ouvrir, depuis 1995, l'injonction prononcée pour donner ses suites « *nécessaires* » à une décision d'annulation d'un règlement.

En effet, parvenu à ce stade on doit ouvrir le débat d'actualité ; celui auquel tout ce qui vient d'être dit sert de toile de fond ; on doit tenter de répondre à la question périodiquement posée et que je rappelais au début ; et surtout discerner la réponse qui y doit être faite : le juge administratif aujourd'hui, lié qu'il est par la prohibition constitutionnelle des arrêts de règlement, se tient-il à celle-ci ; ou bien, libre qu'il est aussi des équilibres qu'il se donne à lui-même, prend-il parfois quelque liberté avec cette prohibition de principe ?

17 J. Chevallier, *thèse*, Paris, LGDJ, 1970.

III. – L'arrêt de règlement et l'office du juge administratif aujourd'hui

A. – Ce qui précède fait comprendre la différence fondamentale qui sépare, d'un côté, l'arrêt de règlement, forme spéciale de décision des anciens parlements et relevant, dans un système de confusion des pouvoirs, de l'acte d'administration, et, d'un autre côté, le phénomène de la jurisprudence.

Ou bien encore, pour dire les choses autrement, cela n'a guère de sens – outre que la condamnation est vaine – de contester le principe d'une jurisprudence des tribunaux au nom de la prohibition de l'arrêt de règlement¹⁸. Cela vaut notamment pour le droit administratif dont on sait le caractère « *essentiellement jurisprudentiel* », pour reprendre l'expression de R. Chapus (qui – comme chacun sait – n'utilise pas les qualificatifs sans en peser le sens).

La question du pouvoir normatif de la jurisprudence, de son rôle créateur, de son caractère obligatoire a donné lieu et donnera lieu encore à des débats inépuisables. Je m'en remettrai à cet égard à l'analyse si lucide de Battifol, dans sa note sur les revirements de jurisprudence aux *Archives de philosophie du droit* de 1967 : « *les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative* ».

La cause est entendue. Le « *phénomène* » de la jurisprudence doit être examiné pour lui-même, il n'est en rien contraire à la prohibition de l'arrêt de règlement. Bien plus, cette prohibition a été relevée par certains auteurs privatistes comme participant au fondement conceptuel de la jurisprudence.

Pour ceux-ci, en effet, une explication, sinon une justification de la jurisprudence doit être cherchée dans la combinaison des articles 4, 5 et 1351 du code civil. L'article 4, prohibant le déni de justice (et dirigé contre la pratique trop large du référé législatif), oblige le juge à statuer; l'article 5 lui interdit de le faire par voie de disposition générale; c'est donc d'un acte d'une autre nature qu'il s'agit : la décision de justice, dont l'autorité est fixée par l'article 1351 du code et dont les modalités ont été précisées dès la loi de 1790 – toujours elle – dont l'article 15 consacre un principe général de motivation des décisions de justice¹⁹.

Sur la base de ces textes qui caractérisent, déterminent et encadrent le « *nouvel office du juge* », la jurisprudence, disent ces auteurs privatistes, se formera autour des deux lois – celles-là sociologiques – d'imitation et de continuité; une loi d'imitation, conséquence de la hiérarchie des juridictions : ce que la Cour suprême a jugé, les juges des juridictions territoriales le jugeront; une loi de continuité : la Cour suprême, veillant à l'unité du droit et, d'une certaine façon, à la sécurité

18 Voir, illustrant cette tendance, A. Audinet, « *Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?* », *Mél. J. Berthe de La Gressaye*, 1967, p. 99 – et auparavant H. Sinay, *La Résurgence des arrêts de règlement*, D. 1958, chron. p. 85.

19 Obligation d'exprimer, avant le dispositif du jugement, « *les motifs qui auront déterminé celui-ci* ».

juridique, ne modifiera la jurisprudence qu'après mûre réflexion et en faisant en sorte que ces évolutions ou revirements soient annoncés et compris²⁰.

L'article 5 du code civil, en prohibant l'arrêt de règlement, contribuerait ainsi à fonder « *autre chose* », une autre forme d'intervention du juge source de droit ; et cette autre chose serait la jurisprudence. La perspective est renversée : la prohibition de l'arrêt de règlement n'est pas une limite assignée à la jurisprudence, un titre de suspicion de celle-ci, mais au contraire l'indication de ce que la création du droit par le juge doit suivre une autre voie, celle précisément de la jurisprudence.

Aussi bien – et pour être plus technique – la prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse au dispositif de la décision du juge : celui-ci ne peut avoir la portée d'une réglementation ; tandis que la jurisprudence est tout entière dans les motifs (parfois dans les visas), par eux-mêmes dépourvus d'autorité juridique autre que celle – s'il s'agit de moyens supports de celui-ci – empruntée au dispositif.

B. – Si donc la prohibition de l'arrêt de règlement ne doit pas être lue comme emportant condamnation – au demeurant parfaitement vaine, on l'a dit – de la jurisprudence, en tant que source de droit, et notamment pas de la jurisprudence administrative, n'y a-t-il pas, aujourd'hui, certaines formes, certaines modalités d'intervention du juge – singulièrement du juge administratif – qui rapprocheraient son office de l'arrêt de règlement ?

J'en vois deux dont je voudrais, en terminant, dire quelques mots : les avis contentieux d'une part²¹, l'injonction dans le contentieux de l'annulation des actes réglementaires d'autre part²².

1. – La loi du 31 décembre 1987 réformant le contentieux administratif a institué une procédure nouvelle – et insolite – d'avis donnés par le Conseil d'État sur une question de droit sérieuse et répétitive posée par une requête pendante devant un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel, lorsqu'il est saisi d'une telle demande d'avis par la juridiction compétente pour trancher le litige au fond. La matière est aujourd'hui aux articles L. 113-1 et R. 113-1 et s. du code de justice administrative.

La formule, d'inspiration purement pragmatique, a surpris parce qu'elle bousculait les catégories acquises. Elle a aussi séduit, puisque reprise, peu de temps après, par la procédure judiciaire. La loi du 15 mai 1991 consacre une procédure analogue d'avis donnés par la Cour de cassation à la demande des juridictions judiciaires, à l'exception de la matière pénale, et dont il a été indiqué, lors du vote de la loi, qu'elle était largement la transposition de celle déjà en place dans le contentieux administratif. La loi de 1991 a été reprise aux articles L. 151-1 à L. 151-3 du code de l'organisation judiciaire et complétée par un décret du

20 Voir notamment sur cette analyse F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2000, n. 217 et s.

21 Voir not. Y. Gaudemet et Th. Dal Farra, « *Les avis contentieux du conseil d'État et de la Cour de cassation* », *Courrier jur. des finances*, oct. 1995, n. 58.

22 Voir not. Y. Gaudemet, « *Du bon usage de l'injonction (ou quand le juge refait l'impôt)* », *RFDA*, 2003, p. 521.

12 mars 1992, lui-même codifié aux articles 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile. Elle a bien fonctionné là où elle avait été instituée d'origine, c'est-à-dire devant le juge administratif. La pratique par la Cour de cassation et les juridictions judiciaires du fond semble au contraire plus difficile.

C'est qu'il n'y a pas d'autre explication à la procédure des avis contentieux que les nécessités de la pratique, notamment celle des administrations dans leurs rapports avec la justice; et pas d'autre justification que les services qu'elle rend. La réforme du contentieux administratif qui s'est traduite par la loi du 31 décembre 1987 ne comportait à l'origine rien qui ressemblât à l'institution des avis contentieux. C'est l'administration, plus précisément l'administration des finances, qui, inquiète des longueurs de l'appel et des délais désormais nécessaires à l'expression d'une jurisprudence sûre pour l'interprétation de textes nouveaux, a souhaité – comme une sorte de contrepartie – la création d'une procédure accélérée permettant de provoquer l'intervention rapide de la Cour suprême sur des points de droit encore incertains.

Cet objectif explique les contours de la demande d'avis. Intervenant en cours de procédure, au moment où apparaît la question de droit, elle suppose que celle-ci soit « nouvelle », qu'elle « présente une difficulté sérieuse » et qu'elle « se pose dans de nombreux litiges » (art. 12 de la loi du 31 décembre 1987). La formule est la même dans la loi du 15 mai 1991 relative aux avis donnés par la Cour de cassation; elle a été interprétée plus strictement par la Cour de cassation que par le Conseil d'État²³.

C'est donc bien d'un instrument jurisprudentiel qu'il s'agit. Il n'est pas question de faire juger directement par la Cour suprême un litige dont la juridiction de renvoi reste saisie. Il s'agit d'anticiper la formation d'une jurisprudence, en provoquant l'avis de la Cour suprême sur un point de droit dont, par le jeu ordinaire des recours, elle ne connaîtrait que beaucoup plus tard. La saisine pour avis permet de poser cette question de droit sous son caractère général et abstrait, alors que la juridiction d'appel et même de cassation est davantage tributaire des circonstances de l'espèce et d'éléments de procédure. Le propos est ainsi, sans bouleverser l'ordre des compétences et en particulier le double degré de juridiction là où il existe, de rendre rapidement disponible, à la discrétion des juges qui renvoient, une jurisprudence de la Cour suprême qui, en droit, n'aura d'autre autorité que celle de toute jurisprudence.

Aussi bien, si l'avis est rendu, pour le Conseil d'État par les formations contentieuses ordinaires de celui-ci et non par les sections administratives et, pour la Cour de cassation, par une formation juridictionnelle spéciale présidée par le premier président et comprenant des représentants des chambres concernées, il ne lie pas en droit la juridiction qui a demandé l'avis. Celle-ci, dûment éclairée, reste libre de s'y conformer dans la solution qu'elle donne au litige dont elle est saisie, ou bien au contraire de s'en écarter.

En pratique, il est vrai, et pour des raisons évidentes, cette seconde attitude ne peut être que rare; elle n'est pourtant pas inédite (CAA Lyon, 5 avril 1993,

23 Sur cette comparaison, voir Y. Gaudemet et Th. Dal Farra, article précité, n. 21.

SA Lorenzy Palanca, Rev. jur. fin. 1993, 15, p. 687, refusant de suivre CE, Avis, 4 novembre 1992, *SA Lorenzy Palanca*, sur la question de l'obligation de motiver un redressement fiscal et de la soumettre à une procédure contradictoire préalable); la forte motivation développée par la juridiction qui, dans ce cas, a refusé de s'incliner, montre bien que l'on est toujours dans la logique de la formation d'une jurisprudence sur une question de droit difficile.

Cette même logique jurisprudentielle explique la publicité qui peut être donnée aux avis. L'avis rendu par la Cour suprême peut être, à l'initiative de celle-ci, publié au *Journal officiel*; et c'est le plus fréquemment le cas, au moins pour les avis donnés par le Conseil d'État. L'objectif est alors clairement, dépassant l'espèce, de fixer et de faire connaître le droit sur un point particulier d'interprétation, donc de faire œuvre normative, au moins de compléter le texte en cause.

Si ainsi l'esprit de la procédure de l'avis juridictionnel se comprend bien, comme se comprend encore son apparition au moment même où les procédures contentieuses s'alourdissent et s'allongent, on cherche en vain une catégorie ou un modèle théorique auxquels la rattacher. Il n'en résulte pas qu'il soit un « *monstre* » (D. Labetoulle, « *Ni monstre, ni appendice : le renvoi de l'article 12* », *RFDA*, 1988, p. 213) : instrument du travail jurisprudentiel qui incombe aux Cours suprêmes, il est maîtrisé par celles-ci, qui en font d'ailleurs, on l'a dit, des usages sensiblement différents.

Le conseil d'État pour sa part – puisque nous traitons du contentieux administratif – a fait une utilisation large et libre du procédé de l'avis contentieux : traitement par les formations juridictionnelles ordinaires; saisine largement ouverte aux juridictions territoriales sans exigence autre que d'information des parties; interprétation libérale des conditions de recevabilité (« *question nouvelle* » et « *se posant dans de nombreux litiges* »); enfin publication presque systématique de l'avis au *Journal officiel*, laquelle, on l'a dit, est décidée librement par la juridiction. Cette publication systématique – qui est un choix du Conseil d'État – peut même apparaître surprenante précisément en ce qu'elle est systématique : ainsi l'avis contentieux *Adellee* du 11 juillet 2001²⁴ sur les ouvrages de France Télécom, rendu en formation de sous-sections et auquel un rapporteur public vient de dénier toute portée de principe, n'a pas été moins publié au *Journal officiel* que, précisément, le nouvel et récent avis sur l'ouvrage public rendu le 29 avril 2010 aux conclusions dudit rapporteur public²⁵.

C'est cette publicité surtout, combinée avec la formulation « *abstraite* » des avis contentieux, qui les apparente matériellement à de nouveaux arrêts de règlement; mais ils n'en sont point puisque, en droit du moins, dépourvus de toute autorité, ni chose jugée, ni chose réglementée.

2. – Plus récemment, une autre forme d'intervention du juge administratif pourrait peut-être être décrite comme s'approchant de l'arrêt de règlement, sans en rejoindre cependant exactement la catégorie. Il s'agit de l'injonction de prendre un acte réglementaire faisant suite à une annulation contentieuse.

24 *Rec. Lebon*, p. 372.

25 CE 29 avril 2010, *M et Mme A. c. EDF-Énergie Méditerranée*, concl. M. Guyomar.

Depuis longtemps la doctrine avait souhaité la reconnaissance au juge administratif d'un pouvoir d'injonction qu'aucun texte d'ailleurs n'avait jamais écarté (voir notamment l'article déterminant de F. Moderne, « *Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?* », *RFDA*, 1990, p. 795 ; et, sur un mode synthétique, Y. Gaudemet, « *Le juge administratif, futur administrateur ?* », in *Le Juge administratif à l'aube du XX^e siècle*, colloque du 40^e anniversaire des tribunaux administratifs, p. 177). Il y a fallu la loi et celle-ci a été bien accueillie.

On sait que, désormais doté du pouvoir d'adresser une injonction, lorsque celle-ci est demandée et qu'elle apparaît comme une mesure « *impliquée nécessairement* » par la décision d'annulation prononcée, le Conseil d'État en a rapidement fait un usage assez complet. L'article L. 911-1 du code de justice administrative, ici en cause et qui reprend les dispositions de la loi du 8 février 1995, a été appliqué, pour ordonner toutes sortes de mesures y compris des mesures réglementaires²⁶.

Or lorsque le juge, comme il peut désormais le faire s'il est saisi de conclusions en ce sens, prolonge l'annulation contentieuse par une injonction faite à l'administration, le cas échéant sous astreinte, de prendre un acte réglementaire, ne doit-on pas considérer qu'il s'approche, au moins en intention, de l'arrêt de règlement ? Certes ce n'est pas du juge que viendra formellement la réglementation requise, et c'est ce qui sépare l'injonction de l'action en déclaration de droit du droit allemand (laquelle n'existe, en Allemagne, que dans le contentieux des actes individuels) ; mais c'est bien le juge qui en a déjà fixé les termes, le délai et le caractère obligatoire.

C'est pourquoi il est sans doute nécessaire de réfléchir à une sorte de discipline du pouvoir d'injonction exercé dans ce type d'hypothèses²⁷.

Une première piste de réflexion serait de distinguer, du point de vue de l'utilisation du pouvoir d'injonction, entre le contentieux des actes réglementaires et celui des actes individuels. Ne peut-on en effet penser qu'une chose est d'adresser une injonction propre à la situation du requérant, situation que celui-ci a précisément entendu porter devant le juge pour contester le sort que lui avait d'abord fait l'administration ; autre chose de réclamer un acte réglementaire, substitué à un premier acte réglementaire annulé et donc, d'une certaine façon, la modification de la situation juridique d'administrés qui n'avaient rien demandé au juge ? L'injonction ne se concevrait ainsi que dans le contentieux de la légalité des décisions individuelles et comme complément possible et parfois nécessaire à l'annulation de celles-ci.

On doit écarter ce raisonnement.

D'abord parce que, sous cette forme, la distinction de l'injonction dans le contentieux de l'acte individuel et dans celui de l'acte réglementaire n'est pas

26 Par exemple CE 26 juillet 1996, *Assoc. lyonnaise de protection des locataires*, *Rec. Lebon*, p. 293 ; 28 mars 1997, *Union nationale des associations familiales*, *Rec. Lebon*, p. 124.

27 Sur les réflexions qui suivent, voir Y. Gaudemet, *Du bon usage de l'injonction*, article précité note 22, dont on reprend ici l'argument.

faite par la jurisprudence qui a déjà admis le prononcé d'injonction d'actes réglementaires comme complément nécessaire à l'annulation de mesures elles-mêmes réglementaires²⁸.

Et ensuite parce que l'injonction de prendre un acte individuel n'est pas sans conséquence possible sur les tiers, et rejoint par là l'injonction de prendre un règlement ; ainsi dans le plein contentieux de la légalité – dans lequel l'injonction a toujours été possible – le juge a régulièrement ordonné (voire pris lui-même) des mesures ayant des effets à l'égard des tiers. De la même façon, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, tant l'annulation de l'acte individuel que l'injonction de lui substituer un acte régulier produisent des effets de droit au-delà de la personne du requérant, à l'identique d'un acte réglementaire. C'est en réalité l'annulation *erga omnes* qui comporte naturellement cet effet à l'égard des tiers ; et il n'y a pas à distinguer ici selon que l'acte déféré au juge ou celui qui doit être pris sur injonction est un acte réglementaire ou un acte individuel.

C'est donc ailleurs, semble-t-il, que doit être recherchée la nécessaire « *discipline* » du pouvoir d'injonction du juge ; et, pensons-nous, dans une appréciation différente de l'intérêt à agir pour demander l'annulation et de l'intérêt à agir pour demander l'injonction susceptible de compléter cette annulation. Il n'est pas besoin de rappeler ici combien libéralement l'intérêt à agir est apprécié dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Mais cela donne-t-il au requérant un intérêt à agir pour demander une mesure qui n'est pas le rétablissement dans ses droits mais, bien au-delà, l'édition (le cas échéant rétroactive) d'un acte réglementaire ?

Pour dire encore les choses autrement, il faut apprécier distinctement l'intérêt qui rend recevable une demande d'annulation d'une mesure illégale et l'intérêt qui rend recevables des conclusions complémentaires d'injonction ; dans chaque cas l'intérêt à agir doit s'apprécier au regard de l'objet de la demande et du lien d'« *intérêt* » qui unit cet objet à la situation subjective du requérant.

La voie que l'on suggère est alors celle-ci : elle conduit, dans tous les cas où des conclusions d'annulation sont prolongées par des conclusions d'injonction comme la loi le permet désormais, à examiner distinctement et successivement l'intérêt à agir rendant recevables, et les conclusions principales, et les conclusions d'injonction.

En agissant ainsi on se borne à tirer les conséquences de la juxtaposition, dans la même instance, de conclusions d'excès de pouvoir et de conclusions relevant de la pleine juridiction. Le juge de l'excès de pouvoir devient un juge de plein contentieux lorsqu'il statue sur des conclusions complémentaires d'injonction (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 1096). Il est naturel que l'intérêt à agir soit apprécié distinctement et éventuellement différemment dans l'un et l'autre contentieux.

C'est, me semble-t-il, dans le maniement de la notion classique d'intérêt à agir, appréciée différemment selon les contentieux – et donc selon les demandes faites au juge –, que se trouve la clé d'une discipline nécessaire de l'injonction, les principes d'un bon usage de celle-ci et la réponse possible – même si partielle – au grief d'arrêt de règlement.

28 Voir les références données *supra* note 25.

Voici donc le contentieux administratif et le juge administratif largement lavés du péché d'arrêt de règlement dont on les taxait parfois ; on peut même soutenir que, d'une certaine façon, la prohibition de l'arrêt de règlement « *conduit* » à la jurisprudence, à la création jurisprudentielle du droit, et la justifie.

On n'a pas la naïveté de penser que cette suspicion de péché ait jamais beaucoup affecté le juge administratif dans son travail de création jurisprudentielle du droit administratif ; mais enfin il est toujours réconfortant de relever que l'œuvre justement célébrée s'inscrit aussi dans le respect des principes, au moins au regard de la prohibition de l'arrêt de règlement.

Les classifications des fonctions administratives : la métamorphose des concepts juridiques

Étienne PICARD

Nous, juristes, sommes par vocation portés à croire que, non pas certes les règles de droit, mais le droit lui-même resterait toujours identique à ce qu'il est, comme si cela était une donnée de son ontologie : comme si cela était l'effet d'une nécessité, pour lui, de ne pas changer, car il perdrait alors quelque chose de sa raison d'être ou de son être même. Portés à croire ou à laisser croire, en effet, plutôt que désireux de penser pourquoi il devrait en aller nécessairement ainsi, dans la mesure où cette contradiction entre l'évolution des règles de droit et cette stabilité de l'être du droit n'est pas vraiment interrogée : pourquoi et comment le droit devrait-il et pourrait-il se maintenir tel quel, lors même que ses règles changeraient, s'il ne jouissait pas d'un être irréductible à ces dernières ?

« *Hora fugit stat jus* », peut-on lire ainsi sous le cadran solaire qui, à l'intention des justiciables, pour les instruire ou les rassurer, orne la façade sud du Palais de justice de Paris ; comme si seule l'heure fuyait, mais non le droit – certes, compris ici comme justice –, lequel serait censé, quant à lui, demeurer pareil à lui-même malgré la fuite du temps ; peut-être comme si nous voulions le retenir un peu, ce droit, dans le temps qui passe, grâce à la proclamation de sa stabilité ; comme si nous pouvions faire que celle-ci soit assurée par le seul effet de son inscription dans la pierre – façon de procéder sans doute un peu naïve, mais qui, toutefois, n'est pas forcément illusoire ; car, dans l'ordre du droit également, nous savons aussi qu'énoncer est déjà « *performer* », comme on le dit maintenant.

À moins que ce ne soit le temps lui-même qui, pour ne pas se laisser réduire à cet écoulement inexorable des heures, cette fuite infinie et déliquescence des jours, chercherait quelque instance qui lui permettrait enfin de faire produire quelque chose à sa durée, comme pour nous dire : « *Vous voyez : tout, dans le temps, ne passe pas, comme le font les heures : le droit reste, lui, car il se forme justement dans et par le temps* », celui-ci, par cette continuité, se chargeant alors de consistance et d'épaisseur, et s'affirmant surtout comme une œuvre, celles-là mêmes qui justement font le droit, le droit de toujours, par-delà toutes ses formes, ce temps prétendant même, peut-être, se muer en éternité si l'instance en cause devait bien être le droit comme justice, ainsi que l'ose encore espérer ce vieux fonds culturel, le nôtre, qui persiste à croire, mais *in petto*, que l'on pourrait en appeler, en ultime recours, à la transcendance d'une justice éternelle, aujourd'hui néanmoins rabattue sur les jugements de l'Histoire – ce qui n'est tout de même pas rien.



Il est cependant bien loin d'être certain que les justiciables percevaient le droit, de nos jours, comme une continuité garante de stabilité, eux qui réclament tant la sécurité justement parce qu'ils ressentent son absence, et qui revendiquent donc tout spécialement la sécurité juridique – laquelle n'est devenue un principe normatif, notons-le, que depuis que l'on a commencé à réprouver l'insécurité juridique, ce qui atteste que le droit ou plutôt certaines de ses règles naissent aussi, en quelque sorte, de sa ou de leur violation – là où nous apercevons, encore une fois, que le droit ne se réduit pas à la somme de ses propres règles, et qu'il faut bien distinguer les règles qui changent et le droit qui demeure, les règles qui meurent ou qui naissent pour que le droit survive, dans un monde qui tendrait par trop à s'en déprendre. Mais elles changent tellement vite de nos jours – d'ailleurs sous la pression fréquente des mêmes sujets de droit – que leur mutation constante et surtout inopinée rendrait plutôt caduc, dans l'esprit du public, l'aphorisme du cadran solaire du Palais de justice de Paris, qu'il faudrait alors réécrire, dans une intention cette fois plus descriptive que normative : « *Eodem hora, jus fugit* » : « *Tout comme l'heure, le droit s'enfuit.* »

Et il en va ainsi d'autant plus que, dans notre représentation contemporaine du temps, qui est cependant plus l'effet d'une perception que d'une conception, nous nous laissons prendre par cette formule si constamment rabâchée par tous les discours qui se veulent techniquement et politiquement à la mode – la mode, *modo* en latin, c'est-à-dire, « *tout de suite* », « *à l'instant* » –, cette formule selon laquelle toutes choses se feraient ou devraient se faire « *en temps réel* ». « *En temps réel* », dit-on ? C'est-à-dire immédiatement, dans l'instant même ? Mais alors si seul l'immédiat est du temps « *réel* », comme nous l'assène à satiété cette formule sans doute irréfléchie et spontanée, mais tellement convaincante, insidieusement, à force d'être répétée puis reçue comme une évidence indiscutable, cela implique nécessairement que le passé, l'histoire, le temps qui passe et qui est maintenant passé, n'est plus du temps « *réel* » ou, pire encore, qu'étant dépassé, il n'est plus réel du tout. Et comme le temps est ce qui dure tout en passant, ce qui est passé ne serait plus rien, puisque le temps n'a justement pour lui, afin d'être lui-même, que la durée, l'écoulement, le laps, l'empilement des faits et des règles, la sédimentation des idées et des sentiments...

Anéantir ainsi le temps qui dure et qui s'accumule en histoire, c'est abolir tout ce qu'il fait et tout ce qu'il peut faire : refuser les pauses ou les délais, rejeter toute latence et toute expectative, condamner toute attente et toute hésitation, récuser toute suspension ou toute interruption, étouffer toute respiration ou tout soupir comme toute épokhé, interdire les répit ou les trêves, ignorer les limbes comme les aubes, brusquer les gestations, les maturations, n'attendre aucun aboutissement ni accomplissement, n'assurer aucune filiation, aucune transmission ou tradition, rester insensible aux renaissances et aveugle aux zéniths comme aux crépuscules, c'est donc nier tout ce qui naît dans le temps, tout ce qui vit, tout ce qui croît et se transforme ou se métamorphose, nécessairement pendant son cours, et ignorer tout ce qui se comprend par rapport à lui. Et c'est même tuer une deuxième fois ce qui est déjà mort, car non seulement la chose n'est plus, si elle est déjà morte de sa belle mort, mais c'est encore la déposséder, jusque dans l'ordre rétrospectif de la mémoire, de toute possibilité

d'avoir *réellement* existé dans le passé, puisque dans une telle perspective, si folle et si funeste, l'histoire n'a plus cours, n'étant plus « *réelle* » dès lors qu'elle n'est pas actuelle ou instantanée, alors qu'elle ne peut pas être instantanée, pour des raisons strictement ontologiques, propres autant à elle-même, l'histoire, qu'à nous-mêmes, êtres humains, qui, quoi que nous voulions, quoi que nous fassions, sommes des êtres historiques – je veux dire nés de l'histoire, à tout le moins *dans* l'histoire et plongés en elle.

Mais si donc l'histoire ne fait plus partie du réel, ce réel que l'on en est venu à réduire à *l'actuel*, on ne peut plus rien comprendre non pas simplement du passé, mais aussi du présent, de l'actuel justement, voire de l'instantané, qui, tout actuel et tout instantané qu'ils soient, ne sont tels que par rapport au temps qui dure et qui en ont besoin, de ce temps, ne serait-ce que pour s'y poser, juste un instant, ou simplement l'effleurer sans y laisser nécessairement leur trace. Et c'est évidemment se priver des moyens de comprendre tout ce qui sourd ou gît dans le temps et n'existe ou ne viendra que par lui. C'est donc ne plus rien comprendre au droit, comme à tout ce qui se forme et perdure dans le temps puis change avec lui. C'est même refuser d'y accéder mentalement au motif d'une non-pertinence de la démarche, car quel sens pourrait-il y avoir à se pencher sur ce que l'on tient pour du néant ? Mais c'est aussi s'anéantir soi-même, dès lors que nous ne sommes nous-mêmes que ce que le temps a fait seul ou en compagnie, nous qui ne sommes que « *ces nains juchés sur les épaules de géants* » que, dès la Renaissance du XII^e siècle, avait si justement dépeints Bernard de Chartres et que Pascal avait à son tour évoqués en 1651 dans sa « *Préface pour un Traité du vide* ».

Pour contrer cette irresponsable récusation de l'histoire comme manufacture de droit et d'humanité – manufacture parce que nous sommes à l'évidence impliqués par nos gestes dans ce que nous devenons –, pour tenter de réparer ce mépris de l'histoire qui est au moins pourvoyeuse de sens, pour le droit comme pour le reste – parce que nous agissons au regard de ce que nous avons été et en fonction de ce que nous voulons devenir –, il faudrait donc démonter tout le raisonnement qui, depuis ses fondements, fort anciens, nous amène à ces actuelles et invraisemblables négations.

Contentons-nous de commencer par nous étonner et nous interroger.

Comme il est étrange que nous puissions dire ou laisser dire que le droit ne changerait pas, lorsque nous savons si bien, nous juristes, que ses règles changent constamment ! Mais comment se pourrait-il que le droit ne change pas s'il devait n'être constitué que de ces règles qui changent ? Cela ne tient-il pas, décidément, à ce qu'il jouit d'une forme d'indépendance par rapport à ses règles ? Dans ces conditions, ce ne sont pas tant ses règles qui font le droit ; si c'est le cas, n'est-ce pas bien plutôt le droit qui produit ses règles ou du moins certains de leurs éléments constitutifs, ce qui expliquerait qu'il puisse ne pas changer lorsque ses règles changent ? Mais si c'est le droit qui fait ses règles et non les règles qui constituent le droit, quel peut bien être ce droit qui serait porteur et peut-être même producteur de normes, au moins de certaines d'entre elles, ou de certains de leurs éléments constitutifs, alors que nous sommes tant accoutumés à postuler que c'est la seule volonté politique qui fait les règles de droit ?



Le droit pourrait donc prétendre à une certaine autonomie par rapport à cette volonté politique ? Mais cette autonomie du droit, que nous ne cessons d'invoquer, quels peuvent bien en être le fondement et la portée ? Comment serait-elle même possible lorsque dans le même temps nous continuons à dire que le droit est dans la loi ou dans la Constitution et que celles-ci ne sont que des actes de volonté souveraine et donc autonome ? Ces deux autonomies, celle de cette volonté souveraine, et celle de ce droit, ne peuvent pas, sans contradiction ni sans conflit, cohabiter dans le même ordre ; et si chacune devait avoir sa part pour déterminer la consistance de cet ordre, comment s'opérerait le partage de souverainetés ou plus simplement d'autonomies, et comment s'articuleraient-elles l'une à l'autre ? Et si la dimension stable et autonome du droit devait résider dans sa seule structure, tandis que ses éléments variables résideraient dans ses règles et leurs contenus, cela voudrait dire que cette structure, si déterminante pour caractériser le droit, ne procéderait pas d'actes de volonté du pouvoir politique, mais d'une donnée objective qui s'imposerait à tous, et qui pourrait constituer l'être même du droit, ce que son ontologie même révèle et commande.

Le droit serait donc fait de son être même, avant d'être une somme de règles de droit ; mais qu'est-ce qui ferait cet être du droit ? Et est-ce que le fait d'admettre la portée normative de cette objectivité de l'être du droit (parce que personne n'a jamais supprimé le droit, et que, s'il devait être supprimé, il ne le pourrait que par un acte juridique, un acte matériel ne pouvant que le violer, mais pas le changer) ne chamboulerait pas tout ce que l'on répète à satiété sur les rapports entre l'être et le devoir-être ? D'ailleurs, il n'est nullement certain que cette autonomie du droit résiderait dans sa seule structure, car celle-là même est certainement déterminée par d'autres données qui la commandent, tout en s'imposant aussi à la volonté souveraine, données qui pourraient être l'ensemble des conditions qui déterminent l'existence même du droit, et que l'on pourrait dénommer comme les règles *du* droit, par opposition aux simples règles *de* droit.

Mais si l'on admet l'autonomie du droit, peut-on ou doit-on pour autant postuler sa stabilité et laisser accroire qu'elle irait de soi, quand nous savons si bien, nous juristes, que nous n'avons jamais eu, dans notre longue histoire, ni le même droit, ni la même représentation du droit, ni le même concept de droit, ni les mêmes concepts juridiques, et cela quelquefois (et même assez souvent aujourd'hui) aux mêmes moments de cette histoire ? Il est vrai cependant qu'au moins le mot « *droit* » demeure dans toute cette longue histoire et que la pérennité de ce mot, par-delà toutes les mutations que la chose a subies, laisse peut-être présager tout de même une secrète ou ineffable constance du droit qui se situerait, cette constance, à un autre niveau, inexploré, celui de la réalité ou de la pensée du droit – de la réalité ou de la pensée, car, en droit tout au moins, qu'est-ce qui distingue la réalité juridique de la pensée que nous nous en donnons ensemble dans l'histoire et dans ses mutations ?

Mais, avant de prétendre accéder à ce niveau de pensée ou de droit, il faut d'abord nous demander pourquoi donc nos conceptions du droit et nos concepts juridiques eux-mêmes endurent l'effet du temps, quelquefois au point de s'en

trouver bouleversés, au point de subir ces véritables métamorphoses. Or, celles-ci s'avèrent extraordinairement étonnantes dès lors qu'ordinairement nous concevons nos concepts comme le produit d'une réduction du réel à son essence, celle-ci prétendant même à une manière d'absoluité, par conséquent d'éternité autant que d'universalité, et qui, à tout le moins, devrait être immune à l'égard de toute contingence, de toute particularité, de tout accident, de toute variation – et de toute histoire ?

Au demeurant, le temps ne paraît pas jouer seul, ou de façon exclusivement déterminante, pour expliquer l'évolution ou la transformation des conceptions du droit ou des concepts juridiques, dès lors qu'aux mêmes moments de la même histoire, plusieurs conceptions, plusieurs concepts juridiques prétendument relatifs au même objet, peuvent se disputer le monopole de la vérité – ou cohabiter en se superposant, quelquefois sans controverse, absence elle aussi étonnante. Or, plutôt que de nous affronter au nom de la vérité, ne serait-il pas moins régressif et plus pertinent, pour la cause même de cette vérité, de nous demander d'abord pourquoi nous pouvons ne pas tous avoir la même conception du droit ou la même définition de ses concepts, sans que ces divergences doivent se voir nécessairement et implacablement condamnées comme les effets de nos seules erratiques subjectivités ? Nous nous agitons à cet égard comme si nous étions capables d'accéder par nous-mêmes à l'absolue vérité, alors que, sans en être vraiment conscients, nous n'en avons sans doute pas les moyens. Pourquoi, en tout cas, les notions clés du droit ont-elles à ce point évolué tout au long de cette histoire, laquelle évidemment n'est pas faite que de temps, mais aussi des idées, des intentions et des représentations, des pesanteurs et des contraintes, des aspirations ou des valeurs qui se déploient tout au long l'histoire ? Mais, au juste, comment tous ces faits auraient-ils pu faire du droit ou tout au moins contribué à en produire – question qui n'est pertinente, évidemment, que tant que l'on raisonne, comme tout le monde, sous l'empire du paradigme indiscuté de la césure du droit et du fait, tant que l'on se plaît à entretenir cet isolationnisme du droit au sein la mer humaine et temporelle, de cet îlot dont on ne connaît exactement ni le moment de son émergence dans le flux de nos pensées et de nos gestes, ni la latitude ni la longitude dans l'océan de nos savoirs et de nos pratiques – ou de nos ignorances – paradigme dont il faudrait peut-être bien, enfin, réexaminer l'exacte valeur au regard d'autres paradigmes ?

Car, lorsque l'on ne peut pas *résoudre* un problème au regard d'un certain contexte, on doit se demander si l'on ne peut pas le *dissoudre* en changeant de contexte référentiel – cette forme du « *pas de côté* » cher à Bachelard.

Ainsi, posons-nous la question de savoir si le droit ne peut pas changer, indépendamment de l'évolution toujours possible de ses règles, pour des raisons qui ne tiendraient donc pas à ces dernières, mais qui procéderaient plutôt de la façon dont nous les percevons, les comprenons, les construisons en catégories et en structures, ou plus généralement dont nous *pensons* ce droit, lui ou ses concepts, qui ne sont sans doute, fondamentalement, que de la pensée, plus exactement le fruit de nos pensées collectives.

Et si c'est notre pensée collective et discursive qui, dans l'histoire, détermine ces changements de ce qu'est essentiellement le droit, ne faudrait-il pas nous demander pourquoi il en va ainsi et en inférer certaines implications plus générales quant à la nature du droit lui-même ? Car si le droit ou ses concepts peuvent changer sans que nécessairement changent ses règles ou s'il peut demeurer égal à lui-même lorsqu'elles changent, cela signifie bien, certainement, que son identité de droit, son être même de droit, lui est conféré par autre chose que ces règles. Ne lui est-il pas conféré, tout simplement, par la seule pensée que nous en avons ?

Car on ne voit pas ici que la pensée puisse se distinguer de ses objets, dès lors qu'avant que ne s'exerce notre pensée collective sur un objet de droit, celui-ci n'existait pas : il n'y avait ni Constitution, ni séparation des pouvoirs, avant que l'on se mette à les concevoir, puis à les poser normativement et il fallait bien qu'elles fussent conçues avant d'être ainsi posées ; et il faut bien qu'elles continuent à être pensées quant à leurs effets normatifs pour pouvoir continuer à en avoir. Dans ces conditions, le droit est certainement tout à la fois objet et produit de la pensée.

Pour le demander autrement, comment ces concepts juridiques qui imprègnent et structurent le droit comme ses règles pourraient-ils prétendre à une objectivité ou à une hétéronomie s'imposant mot à mot à la pensée *actuelle*, alors qu'ils ne sont sans doute que de purs produits de cette pensée dans ses formes et ses objets *antérieurs* ? En effet, notre pensée juridique collective s'exerce le plus souvent sur des produits que la pensée elle-même avait déjà constitués auparavant, puisque nous ne faisons que nous « *entregloser* » pour le dire comme Montaigne. Mais pour énoncer ces choses dans le langage qu'ont imposé, dans *ce contexte général d'ahistoricité du droit*, ces dichotomies sérielles et systématiques du droit et du fait, des normes et de la connaissance que l'on peut en avoir, du vrai et du faux, de l'objectif et du subjectif, etc., est-il réellement pertinent, si ce devait ne pas être l'effet d'une simple convention pédagogique, d'expliquer que les normes se réfèrent à des concepts, qui seraient donc les concepts normatifs, tandis que ceux que la connaissance du droit produirait ne seraient que des métaconcepts juridiques, inaptes par eux-mêmes à accéder à l'ordre normatif ?

On veut bien, par convention, et si l'on en reste là, distinguer les concepts et les métaconcepts ; mais il paraît plus lucide encore d'observer que les concepts et métaconcepts sont susceptibles d'être des objets substantiellement identiques, même si leurs modes respectifs de formalisation et de détermination ne sont pas nécessairement identiques, mais peuvent aussi se compléter, car les concepts normatifs se trouvent être plus ou moins élaborés par l'auteur de la norme ; et ils ont souvent besoin d'une formalisation ou de détermination, plus ou moins complémentaire ou principale, de type métanormatif (et non pas « *métajuridique* », car le droit n'est pas tout entier et exclusivement dans les normes). Ainsi, si les métaconcepts sont bons pour le droit en tant qu'objets de connaissance des normes, ils devraient l'être encore plus pour le droit comme normes, car comment mettre en œuvre ces dernières quand on ne saurait pas exactement ce qu'elles veulent dire ou ce qu'elles sont ?

La vocation même des métaconcepts est de jeter de la lumière sur les normes pour révéler ce qu'elles sont et veulent dire vraiment, et donc, le cas échéant, pour qu'elles puissent s'appliquer d'une manière plus juridique – on veut dire

plus rationnelle, moins inopinée, moins erratique, moins arbitraire. Une fois élaborés, ces concepts peuvent donc s'intégrer intimement dans la substance du droit, car *le métaconcept est du droit*, même s'il n'est pas, *per se*, doté d'une portée normative au sens de prescriptive (car toute norme n'est pas nécessairement prescriptive, si l'on sait distinguer le *normatif* et le *normal*) ; mais est-ce que sa qualité de vérité offerte en miroir au discours du jurislatureur n'est pas la justification de sa possible normativisation par l'usage que les autorités habilitées peuvent en faire ? Pourquoi assimiler ou confondre le droit et la norme, au point de rejeter hors du droit tout ce qui ne serait pas, *per se*, normatif au sens de juridiquement prescriptif (car il peut exister des normes ou des prescriptions non juridiques) ? Pourquoi séparer la cause de son effet, pourquoi expulser le fond de la forme ? Comment pourrait-on *extruder* l'esprit de la lettre ?

Au stade où nous en sommes de ces étonnements, de ces questionnements et de ces hypothèses, il semble bien que la réflexion sur la question du droit – dont au fond se trouve tributaire toute question de droit, même pratique, dès qu'elle vient à présenter quelque sérieuse difficulté – doive maintenant se focaliser, pour s'approfondir, sur les objets juridiques dans lesquels la pensée s'investit le plus, c'est-à-dire *les concepts juridiques*, lesquels peuvent en effet constituer du droit là où les textes ne l'ont pas nécessairement prescrit ni envisagé, et sur les situations dans lesquelles les œuvres de cette pensée conceptuelle peuvent se métamorphoser, au moins sur le long terme, sans que les normes formelles l'aient jamais ordonné, ni même prévu, ni même entrevu.

On comprendra alors que le vrai sujet de cette étude – abordé ici, certes, de façon tout à fait fragmentaire et oblique – est bien l'insondable question du droit en général : elle se pose à tous égards et à tout propos ; mais ici on l'appréhendera en partant de ce phénomène, étonnant à première vue, que sont ces *métamorphoses conceptuelles*. Celles-ci ne forment que le sous-titre de cet exposé, dont le titre principal se rapporte à « *La classification des fonctions administratives* ». En réalité, cette classification ne constitue qu'un des champs d'observation, parmi beaucoup d'autres, du phénomène des métamorphoses conceptuelles et l'un des lieux où pourrait se tester l'éventuelle validité des hypothèses déjà entrevues.

Mais, comme ces métamorphoses conceptuelles restent encore impénétrables tant que l'on raisonne sous le seul empire des conceptions habituelles du droit, qui ne rendent pas compte de leurs causes ni de leurs effets, nous nous attacherons, d'abord, à cerner les manières de *prodiges* que ces concepts et leurs métamorphoses sont capables, en droit, d'accomplir. Cela nous permettra peut-être de commencer à mieux comprendre ces phénomènes en les illustrant concrètement par cet exemple de la classification des fonctions administratives. Puis, remontant de l'effet à la cause, encore obscure à ce stade, nous chercherons à identifier les *sortilèges* capables d'engendrer ces métamorphoses des concepts juridiques, alors que les textes peuvent ne les avoir ni définis ni posés, ni même envisagés, et qui ne sont sortilèges qu'au regard de l'incapacité des conceptions communes du droit de nous expliquer ces phénomènes, qui restent donc assez mystérieux. Ainsi, dans l'unique dessein de les démystifier, observons d'abord les *prodiges qu'accomplissent ces métamorphoses conceptuelles*, puis tentons de débusquer ces *sortilèges qui les rendent possibles*.

Les prodiges qu'accomplissent les métamorphoses conceptuelles

Un prodige est un phénomène quelque peu mystérieux ou fabuleux que la science en vigueur ne parvient pas à expliquer. Il faut alors, pour tenter d'y parvenir, s'efforcer d'améliorer cette science, en commençant par décrire le phénomène tout en recherchant ses possibles raisons (ce par quoi commence l'œuvre de démystification), sans s'arrêter à cela que la science en question, en son état actuel, n'accepterait sans doute pas l'explication proposée. Car il se peut que les sciences se trompent; et il advient qu'elles s'amendent.

Or, en l'espèce et en l'état, on peut bien parler des prodiges qu'accomplissent les métamorphoses conceptuelles : prodiges, en effet, parce que certains objets conceptuels parmi les plus importants de notre droit ont pu s'imposer à la conscience et au droit positif comme des vérités sans jamais avoir été élaborés ou définis par des normes de droit positif : cet ordre juridique que l'on dit positif parce que son contenu serait constitué de normes délibérément voulues et posées par les autorités habilitées et relevant d'un ordre effectivement appliqué, globalement, se trouve en réalité mis en forme par des éléments structurels, objets de concepts, qui peuvent n'avoir jamais été dictés par ces normes positives, se contentant d'avoir été inventés par la pure pensée juridique que nous pouvons, collectivement, en avoir. C'est ainsi que le droit paraît bien jouir d'une autre vie et d'une autre substance que celles qui procèdent directement ou exclusivement de ses propres normes positives. C'est là que se tient le prodige, mais seulement au regard de ce que prétend être ce droit positif, et qui ne devrait peut-être pas se définir ou se concevoir de cette manière-là. Et ce prodige stupéfie davantage lorsqu'on observe que ces éléments structurels ne se contentent pas de se poser eux-mêmes, comme par l'effet d'une sorte d'ontogenèse, mais se métamorphosent par eux-mêmes, c'est-à-dire par la seule pensée que nous en avons dans tels contextes donnés, pour donner au droit, selon le temps et ce qui l'accompagne, une autre consistance, une autre perspective, un autre sens.

Si l'on raisonne maintenant plus concrètement à propos de la classification traditionnelle des fonctions administratives, non pas ici pour en discuter la pertinence, mais pour illustrer plus systématiquement le phénomène de ces métamorphoses, on doit alors montrer combien les deux concepts de *police* et de *service public*, qui correspondent en effet aux deux principales fonctions administratives, ont fait l'objet de mutations très profondes entre le moment où ils ont imposé leur existence et leur substance, et aujourd'hui, où leur identification n'est pas si facile à établir, non plus que leur distinction, ni peut-être même leur existence, qui paraît bien menacée en cela qu'ils ne sont certainement plus ce qu'ils ont été.

Mais, auparavant, notons déjà que l'idée d'une classification des fonctions administratives suppose que soit préalablement élaboré le concept de « *fonctions administratives* », au pluriel, quand on ne connaissait que « *la fonction administrative* ». En effet ce passage du singulier au pluriel change complètement le sens du mot « *fonction* ». « *La fonction administrative* » est l'objet d'un concept, constitué par référence au principe de la séparation des pouvoirs, qui permet de

l'opposer à « *la fonction législative* » ou à « *la fonction judiciaire* » ; et l'intention qui anime son élaboration est de spécifier le régime juridique des actes relevant de cette fonction, en tant qu'il est administratif, et non législatif ou judiciaire, tandis que le concept de « *fonctions administratives* » au pluriel, qui n'a jamais été défini normativement, permet de distinguer, au sein de la fonction administrative, plusieurs fonctions substantiellement différentes, comme la fonction de police et la fonction de service public, dualité qui traverse également la fonction législative, puisque les services publics sont régis autant par des lois que par des règlements. Cette notion de « *fonctions administratives* » est, quant à elle, conçue au regard d'une autre référence, qui, comme on va le comprendre, est le principe de séparation entre l'État et la Société, tandis que son intention est de prendre position sur cette dernière question, soit pour cantonner la sphère respective de l'une et de l'autre fonction, soit, au contraire, pour étendre l'emprise de l'une de ces fonctions par rapport à l'autre et par rapport à ce principe libéral de séparation entre l'État et la Société.

C'est ainsi que la métamorphose de cette notion de fonction en général nous a permis de passer du singulier au pluriel, soit de « *la fonction administrative* » « *aux fonctions administratives* » ; et c'est encore cette métamorphose qui a seule permis que soient classifiées les différentes fonctions administratives, spécialement la police et le service public. Au total, c'est encore cette métamorphose et la classification qu'elle permet, qui donnent sens à tout l'appareil politique et normatif de ces deux activités publiques, lesquelles sont comme deux modes d'être et d'action de l'État, bien différents l'un de l'autre. On peut maintenant examiner, mais de façon très sommaire, la façon dont s'est élaborée la classification traditionnelle de ces fonctions administratives, puis évoquer les ébranlements contemporains qu'elle connaît actuellement.

L'élaboration de la classification traditionnelle des fonctions administratives

Si l'on considère d'un seul mouvement toute la période qui s'étend de la Révolution (en tant qu'elle met fin à l'Ancien Régime et à ses notions) jusqu'à la moitié du xx^e siècle, on observe deux phénomènes assez étonnants à première vue : d'une part, la négation originaire, par l'ère libérale, de la fonction de police telle qu'on la concevait sous l'Ancien Régime, puis, au début du xix^e siècle, sa survie locale un peu clandestine ou anormale, au regard des principes de l'époque, puis sa normalisation comme activité administrative locale, et, enfin, sa réapparition inattendue au début du xx^e siècle, sur le plan administratif non plus local, mais national ; et l'on sait qu'à chaque phase de cette histoire très complexe, la police n'a survécu comme concept de référence qu'au prix de grandes transformations ; puis, d'autre part, au cours de la même période, commence à émerger la notion de service public, issue originairement de la police mais destinée bientôt à s'amplifier puis même à absorber plus ou moins ses origines, c'est-à-dire la police elle-même. Cette période offre donc, au total, le spectacle d'une intense création et de profondes mutations conceptuelles affectant les données centrales de l'action

administrative, sans qu'aucun texte n'ait jamais défini globalement ni la police, ni le service public, ni l'évolution de leurs représentations ou de leurs usages.

Lorsque survient la révolution de 1789, la notion de police existe bien, depuis toujours, au moins depuis la cité grecque, *polis*, qui lui a donné son nom. Chez les Grecs, elle désignait rien de moins que la constitution et le régime politique de la cité-État. Plus tard, la littérature juridique disponible des deux ou trois derniers siècles de l'Ancien Régime atteste qu'elle recouvrait à peu près tout le droit, en connotant une valeur très positive, car on lui imputait l'accomplissement d'une fonction civilisatrice.

En tout cas, la notion de police englobait toutes les règles de droit et toutes les activités publiques imaginables. Selon Domat (1625-1696) qui la décrit au XVII^e siècle, « *la police universelle de la société règle chaque nation par deux sortes de lois* », qu'il regroupe en droit public et droit privé, et qui couvrent à peu près toutes les matières juridiques connues à l'époque... En revanche, au XVIII^e siècle et selon Nicolas de La Mare (ou Delamare) (1639-1723) qui publia le premier *Traité de la police*, le droit privé paraît désormais lui échapper. Mais les onze objets de police dénombrés par cet auteur lui conféraient un champ d'intervention considérable, car à peu près *tous les objets possibles de l'action publique* lui étaient attribués. Et elle pouvait mettre en œuvre tous les procédés normatifs, les règlements, les ordonnances, les lois (« *les lois de police* ») y compris certains actes juridictionnels (les « *arrêts de grande police* »), tout comme une multitude d'activités matérielles qui relèveront plus tard des services publics (l'éclairage des rues, la fourniture du travail aux « *pauvres valides* », par exemple). Elle s'appliquait à un nombre considérable de matières, utilisait à peu près tous les procédés, visait tous les buts que l'on pouvait imaginer. Elle était exhaustive de toutes les activités considérées comme publiques, qui elles aussi répondent à un concept hautement évolutif.

Mais, par-delà cette diversité de fins, d'objets, de procédés, quel était le principe de son unité, qui a ultérieurement évolué ?

Le principe de son unité résidait tout à la fois, avec diverses variations selon l'époque considérée, dans son fondement, sa fonction et sa nature : son fondement reposait sur les principes les plus essentiels des civilisations où elle s'exerçait, fondement mythologiques, divins, naturels, religieux, rationnels selon le cas. Les fonctions qui lui étaient assignées à l'égard de la société étaient comparées à ceux de « *l'entendement de l'homme* ». Elle n'était pas autre chose que « *l'âme de la Cité* ». S'appuyant sur Isocrate, le même auteur, Nicolas de La Mare, expliquait que la fonction de police est tendue vers cet « *unique* » objectif : « *elle consiste à conduire l'homme à la plus parfaite félicité dont il puisse jouir en cette vie* », fonction qui préfigure celle que les révolutionnaires attribueront non plus à la police, mais à la Constitution elle-même et à la loi, instruments privilégiés de ce qui sera « *la politique du bonheur* ». Ce changement s'avérera déterminant pour rendre compte de ce qu'est devenue la police après la Révolution.

De façon plus technique, Loyseau (1566-1627), dans son *Traité des Seigneureries* (1609), définit la police comme « *le règlement de la cité* » ; il y voit « *un droit par lequel il est permis de faire d'office, pour le seul intérêt du bien public et sans postulation de personne, des règlements qui engagent et qui lient tous les*

citoyens d'une ville, pour leur bien et leur utilité commune». Or cette définition présente encore une grande valeur.

Pour proposer une forme de synthèse de toutes ces caractérisations, on peut, d'une façon extrêmement générale, définir ainsi la police prélibérale comme la fonction sociale constitutive de la cité ou de l'État.

La révolution libérale a fait perdre à la police entendue en ce sens non pas seulement son unité, mais son existence même. Et, si on la retrouve néanmoins après cette révolution, c'est reconfigurée sous des formes extrêmement plus inattendues et plus marginales. Elle a donc subi tout un processus de déconstruction et de reconstruction très partielle, assez complexe techniquement, mais aisé à comprendre dans son fond.

Tout d'abord, la Révolution repose sur une tout autre conception de la société : en tant qu'elle est libérale, cette société est censée résulter d'un contrat social entre ses membres individuels, agissant sur la base de l'autonomie de leur volonté. Relevant en propre de la volonté et des intérêts de ses membres, elle est donc une affaire privée. Ce sont les sujets de droits privés qui, sur la base de la division du travail, mais surtout, juridiquement, sur le fondement du principe de leur liberté et de leur égalité en droits, la constituent entièrement, par eux-mêmes – sauf au législateur à formaliser et sanctionner les règles de droit essentiellement interindividuelles, donc subjectives et privées, qui régissent cette société : l'ordre social n'est pas un ordre public ; il demeure encore un ordre essentiellement privé. Et tout le droit libéral va, après la Révolution, se réorganiser sur la base du principe organique le plus essentiel à son ordre, car assurant la meilleure garantie de l'égalité en droits : le principe de séparation des pouvoirs, qui est en réalité une séparation des *organes* du pouvoir, destinée à concentrer tout le pouvoir normatif entre les mains d'un seul de ces organes, le législateur, qui représente la Nation.

Dans ces conditions, les fonctions de l'État, saisies juridiquement – c'est-à-dire au regard de la loi, puisque tout le droit est dans la loi – deviennent les fonctions de ces trois organes : il n'y a de fonctions de l'État que législative, juridictionnelle et exécutive ou administrative : elles sont définies formellement par la nature des actes qu'elles peuvent édicter, lesquels se caractérisent tous désormais par rapport à la loi (actes législatifs, actes judiciaires ou actes administratifs), et non plus par leurs objets, leurs matières ou par leurs buts, car tout le droit s'inscrit dans la loi ou dans la façon de l'appliquer. La fonction de police, définie matériellement comme la fonction constitutive de la société ou de l'État, n'a plus aucun sens au regard du nouveau paradigme juridique, et n'a plus aucune chance d'exister, *parce qu'elle n'a plus lieu d'être pensée* ; il n'y a plus de raison qu'elle puisse accéder à l'existence conceptuelle et donc juridique : elle est devenue inutile depuis qu'on a la liberté et l'égalité, la Constitution et la loi ; sa survivance contredirait essentiellement le projet libéral qui ne veut pas de fonction publique constitutive de la société, mais une société libre résultant du simple exercice des libertés privées, qui assigne à l'État de « *conserver* » les droits se posant aux fondements du contrat social, tout en devant n'intervenir que le moins possible. En effet, si l'État doit agir, ce n'est pas pour constituer la société, mais simplement pour garantir son ordre, en tant qu'elle est libre et privée, et



seulement lorsque les mécanismes statutaires de l'ordre privé s'avèreraient inaptes à le prémunir, quant à ses éléments constitutifs les plus essentiels – ceux qui sont considérés comme relevant précisément de l'ordre public –, appelant alors une intervention de police, exceptionnelle et minimale, mais dotée de toute la force de la puissance publique.

L'ancienne notion de police comme fonction constitutive de la cité ou de l'État éclate donc au moment de la Révolution, et on ne s'y réfère plus comme à un objet juridique pertinent. Néanmoins, la mention que peuvent en faire certains textes, comme le code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV, lui fait subir tous les effets du principe de séparation des fonctions de l'État : pour ce code, la police n'est pensable qu'à travers le prisme de ce principe de séparation : elle ne peut être saisie que sous la forme, d'une part, de la police judiciaire, chargée de préparer la mise en œuvre de la répression judiciaire, et, d'autre part, sous une autre forme qui, si elle n'est plus judiciaire, ne peut être qu'administrative, mais ici entendue de façon très restrictive, comme simple surveillance préventive. Mais le principe des définitions de cette police judiciaire et de cette police administrative est formel dans la mesure où il se fonde sur la spécificité de régimes de ces deux formes de police. Par ailleurs, et surtout, les textes ne cherchent pas à établir le lien, qui ne pourrait être que matériel, entre les trois formes de police que pourraient être une police législative, une police judiciaire et une police administrative. Mais, après la Révolution, évoquer une police législative serait certainement déplacé, car la loi est un instrument de la garantie des droits, tandis que la police est désormais perçue comme un moyen de leurs restrictions ; quant à en appeler à une police administrative comme fonction de réglementation, cela n'aurait guère eu de sens quand toute la structure normative de l'époque s'appliquait à écarter l'exécutif et l'administration de la production normative, surtout dans les matières où les libertés sont en cause. D'ailleurs c'est à peine si les autorités exécutives disposaient, au moins à l'origine, d'un pouvoir réglementaire. La police en général, et en tout cas sur le plan étatique, avait donc vécu. L'entrée « *Police* » n'existe d'ailleurs pas dans le *Répertoire Dalloz* de 1825.

Néanmoins, la police a tout de même survécu à la Révolution, mais seulement dans un ordre juridique qui, précisément, avait plus ou moins échappé à l'emprise de l'ordre constitutionnel et du principe de séparation, dans la mesure où il était essentiellement privé. On veut naturellement évoquer ici l'ordre juridique communal, qui n'était lui-même que l'organisation d'une sorte de liberté collective, précisément désignée comme liberté locale et traitée constitutionnellement sous la rubrique de « *l'état des citoyens* ». Henrion de Pansey, ancien premier président de la Cour de cassation, et également ancien conseiller d'État, avait parfaitement expliqué la nature de ce « *pouvoir municipal* », auquel il consacra, en 1820, un ouvrage fameux décrivant ce pouvoir comme un « *quatrième pouvoir* ». En effet, le maire pouvait prendre des règlements, normes générales et impersonnelles, comme le sont les lois ; il pouvait encore veiller à leur exécution, comme le ferait un organe exécutif, et il était encore compétent sur le plan judiciaire, et, en tant qu'officier de police, pour jouer un rôle dans la partie contentieuse de la police, devant le tribunal de police. Ainsi, il continuait de concentrer entre ses mains les trois sortes de pouvoirs que le principe de séparation avait distingués. Et

comme il les exerçait lui-même tous plus ou moins dans le cadre de la commune, il se situait en marge de ce principe, en constituant précisément ce « *quatrième pouvoir* ». Dans ces conditions, la définition de ce pouvoir municipal devait bien, en tant qu'il était municipal et non encore réellement administratif, faire l'objet d'une caractérisation formelle; mais, en tant qu'il constituait la mise en œuvre d'une fonction de police, il pouvait encore faire l'objet d'une définition matérielle. Or, à cet égard, la fonction de police municipale constituait l'assez exacte survivance, mais seulement au plan local, de l'ancienne fonction de police de l'État de l'Ancien Régime, assez largement oubliée – sauf dans certains discours doctrinaux.

À partir de cette époque, la police en général commença à se concevoir, dans sa nature même, comme *essentiellement* municipale; et elle a eu une forte tendance à se fixer ultérieurement sous ces traits. En tout cas, c'est une conviction qui demeure aujourd'hui, d'une façon plus ou moins raisonnée, alors que depuis longtemps la police n'est plus seulement municipale. Néanmoins, l'ancienne conception de la police, très large, a continué à perdurer dans l'esprit de plus d'un auteur. Ainsi, le *Répertoire Béquet* de 1905, sous l'entrée « *Commune* », en dresse un tableau qui ressemble, sur le plan du contenu ou de l'objet, à celui de la police de l'Ancien Régime. Curieusement, la définition que fournit ce *Répertoire* s'applique aussi à la police de l'État, alors que celle-ci n'avait plus lieu d'exister après la Révolution; mais cette définition reste intéressante et offre encore, à cette époque, l'intérêt de montrer que c'est au niveau seulement municipal que la police présente, en droit positif de cette période, un tel contenu et un tel objet qui iront en s'amenuisant tout au long du XIX^e et du XX^e siècle.

Néanmoins, une autre forme de la notion de police commença à apparaître au plan national. Elle a découlé des initiatives prises par les titulaires du pouvoir réglementaire national, soit pour exécuter les lois, soit pour prendre, à la place des lois, des règlements autonomes. Ces initiatives furent d'abord sanctionnées politiquement et juridiquement, jusqu'à ce que le Conseil d'État, par le fameux arrêt *Labonne* de 1919, reconnaisse précisément ce pouvoir au chef de l'État en matière de police, comprise par transposition de la police municipale, elle-même cantonnée, désormais, dans certaines activités ou pouvoirs.

Il se fit alors que, sans texte, la police générale conçue comme une activité locale se transportât au plan national, mais avec une emprise nettement plus restreinte. Il advint alors que la construction intellectuelle de la police, bien différente de celle de l'Ancien Régime, en fit une fonction, subsidiaire mais très impérative, assez strictement réduite aux seules mesures acceptables par la doctrine libérale: elle n'avait plus rien à voir avec la police universelle de l'Ancien Régime: elle se cantonnait à la protection ou au rétablissement de *l'ordre public conçu comme l'ensemble des conditions minimales de possibilité de l'ordre social privé libéral*.

Mais, dans le même temps, émergeaient peu à peu les fondements de la future notion de service public, par dérivation de la fonction de police, de façon assez discrète et naturelle initialement, mais d'une portée de plus en plus considérable. Ainsi, tandis que la police était enfermée dans les limites que lui assignait le libéralisme et dont elle ne sortira plus vraiment après le début du XX^e siècle, la notion de service public se voyait virtuellement dotée d'une force séminale



extraordinairement puissante, auquel le libéralisme ne pourra résister qu'en se transformant assez radicalement, avant que le néo-libéralisme, plus tard, c'est-à-dire aujourd'hui, inflige au service public – et à la police – des cantonnements et des disciplines jusque-là inouïs.

L'histoire de la notion de service public illustre, elle aussi, remarquablement ce phénomène des métamorphoses conceptuelles. Mais cette histoire n'est pas dissociable de celle de la notion de police.

Tout au long du XIX^e siècle, si l'État, encore pure puissance publique, ne pratiquait guère d'activités matérielles, les communes au contraire exerçaient assez abondamment et ordinairement, depuis longtemps, des activités matérielles, plus modestes, consistant à rendre des *services au public*, comme le service des pompiers, le bureau des nourrices, le mont-de-piété, les écoles, le bureau de bienfaisance, et, à certains égards, les prisons locales, etc. Mais, pour autant, ce n'étaient pas encore des activités de service public, au sens que cette notion commencera à revêtir à partir de l'articulation des deux siècles : elles relevaient pleinement de la fonction de police au sens le plus ancien qui fût, en tant que fonction sociale constitutive de la cité.

Mais, sans que le législateur ne l'eût décidé de façon directe et délibérée, le traitement juridique de ces activités matérielles subira deux évolutions quasi concomitantes, sous l'effet de divers facteurs : elles vont se voir conceptuellement regroupées sous l'égide d'une nouvelle notion, transitoire quant à elle et qui était jusque-là inutile, puisque celle de « *police municipale* » ou de « *quatrième pouvoir* » suffisait à cela : elles vont être pensées comme actes matériels, ou « *actes de gestion* » par opposition aux actes prescriptifs, désignés pour lors d'« *actes d'autorité* ». Il y avait à cela une raison assez simple, tenant à la nécessité de déterminer un critère de compétence juridictionnelle entre les deux ordres de juridictions : le juge administratif devait pouvoir connaître des actes unilatéraux, actes d'autorité (sous la réserve importante du recours parallèle exerçable devant le juge judiciaire qui, à l'occasion d'une poursuite pénale pour méconnaissance d'une règle de police, pouvait, par voie d'exception, en apprécier la légalité), tandis qu'il pouvait abandonner au juge judiciaire la connaissance des litiges relatifs aux activités de gestion, tout à fait semblables à celles que peut accomplir toute personne privée. En tout cas, la police municipale comme quatrième pouvoir était en train de se disloquer par infiltration en son sein de ce principe si libéral de la séparation de l'État et de la Société, qui reprend et accentue la séparation du public et du privé, de l'*imperium* et du *dominium*... La police municipale de la première partie du XIX^e siècle subissait ainsi une profonde mutilation conceptuelle.

Dans le même temps, une autre évolution, bien plus déterminante encore, commençait à se former : elle consistait à faire valoir que les actes de gestion accomplis par la puissance publique présentaient, à raison des modalités de leur mise en œuvre précisément par la puissance publique, une spécificité remarquable qu'Hauriou, avec son opuscule sur la « *gestion administrative* », a mise en valeur pour en attirer le contentieux dans la sphère de compétence du juge administratif. Déjà, le commissaire du gouvernement David avait avancé l'idée, dans l'affaire *Blanco* où il fut suivi à cet égard, que la notion de service public pouvait constituer le critère de répartition de compétence entre les deux ordres

de juridictions. Puis Romieu développera cette notion, qui se chargera d'une épaisseur et d'une portée bien plus considérables lorsque les notions de « *gestion administrative* » et de « *service public* » opéreront leur jonction – d'ailleurs temporelle, car un peu plus tard, elles cesseront de coïncider exactement lorsque sera imaginée cette notion de « *gestion privée du service public* ». Alors, en même temps que s'affirmera davantage le principe selon lequel la compétence suit le fond, le droit administratif se construira progressivement sur l'unique fondement du service public. Et, dès avant l'élaboration ultime du concept de service public par l'École du service public, cet objet deviendra l'un des plus importants du droit administratif français. Le concept de « *service public* » remplira trois fonctions essentielles : il sera donc tenu pour le fondement du droit administratif ; il sera le critère de son champ d'application en même temps que le critère de délimitation des compétences des deux ordres de juridiction. Et toute l'École du service public travaillera, jusqu'à une systématisation extrême, à renforcer cette coïncidence qui deviendra de droit positif, mais sans que celui-ci reprenne à son compte toutes les implications de ces vues quelquefois très systématiques.

Mais l'élaboration de cette notion de service public aura deux autres effets sur la notion de police : par la jurisprudence que chacun ici connaît parfaitement, il est apparu que ces actes communaux de gestion pourraient devenir eux aussi des actes de gestion administrative. Car, pour lors, les communes qui demeuraient plus ou moins, dans les esprits, ce qu'elles étaient sous l'Ancien Régime et qu'elles sont restées encore par la suite, c'est-à-dire des associations de propriétaires, ne relevaient pas encore de l'administration. Leur intégration pratiquement complète dans la sphère administrative fut réalisée par les fameuses jurisprudences *Terrier* (CE 1903), *Feutry* (TC 1908), *Thérond* (CE 1910). En même temps, cette évolution accentuera encore la dislocation de la police municipale comme fonction locale constitutive d'ordre social, puisque ces actes de gestion devenus actes de gestion administrative furent littéralement aspirés dans l'orbe éminemment attractif du service public, nébuleuse encore un peu gazeuse, mais en voie de solidification et d'opposition de plus en plus marquée à la police.

Démembrée de ses procédés matériels de prestations, la police municipale se cristallisa peu à peu sur l'idée d'un pouvoir assez strictement normatif, qui l'attachait à la notion d'actes d'autorité. Ainsi, en même temps que l'administration locale devenait publique, la police municipale rentrait dans la norme : elle n'était plus ce quatrième pouvoir un peu incongru, avatar monstrueux du principe de séparation entre le public et le privé, résistant au principe de séparation des pouvoirs : elle devenait elle aussi une activité de puissance publique administrative, alors que sa puissance, au niveau local, n'était, à l'origine, précisément pas publique, mais bien plutôt privée comme celle qui émane de la propriété, du *dominium* et non de l'*imperium*, voire de la famille, du contrat ou de la liberté – justement la *liberté* locale bien entendu.

L'esprit libéral commençait donc à se réconcilier avec une police municipale devenue plus normale à ses yeux. En effet, celle-ci se voyait mise au service d'une société avant tout privée dont elle devait ne sauvegarder que ce que celle-ci concevait comme sa part la plus précieuse, l'ordre public, qui n'est que la partie publique d'un ordre social essentiellement privé. Dans le même temps et

selon le même esprit, le contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif commençait, au nom de la liberté et de la légalité, à resserrer sur elle son emprise, pour en faire un pouvoir acceptable, c'est-à-dire arraisonné et limité. Dès que cette évolution fut acquise ou en voie d'acquisition, il devenait définitivement impensable qu'elle pût encore être, à proprement parler, une fonction constitutive d'ordre social. Elle devenait une fonction d'ordre, mais *d'ordre public*, soigneusement tenue à l'écart de l'ordre social, qui devait rester essentiellement privé, et, comme tel, placé entre les mains et sous la responsabilité première des sujets libres et égaux formellement. Selon une formule qui mérite de passer les siècles, car elle est à peine caricaturale de l'état des convictions prévalant à cet égard au début du xx^e siècle, sa fonction consistait simplement à « *chasser du trottoir, mendiants, camelots et souteneurs* », ce qui nous conduit assez loin de la « *fonction civilisatrice* », de « *l'âme de la cité* », qu'on lui reconnaissait un siècle auparavant !

En même temps, mise au pas par l'esprit libéral, elle devenait un modèle pour l'administration d'État, qui n'avait pas de police semblable à ce qu'elle avait été localement. Il fut donc entendu que l'équivalent du maire au plan administratif départemental devait être le préfet (*Commune de Nérès-les-Bains*, CE 1902), le Conseil d'État pouvant néanmoins se prévaloir ici de l'article 99 de la loi municipale de 1884, autorisant le préfet à faire des règlements de « *police municipale* »). Puis c'est au plan national qu'une police générale fut érigée et confiée au président de la République (avec l'arrêt *Labonne* de 1919), mais cette fois sans que celui-ci puisse se prévaloir d'une base légale, sauf à admettre que l'on puisse transformer sa compétence d'exécution des lois en une compétence réglementaire autonome, n'exécutant précisément aucune loi particulière, ce qui ne fut qu'un tour de passe-passe juridictionnel et jurisprudentiel.

La structuration des fonctions de l'administration commençait donc à se stabiliser sur le modèle d'une dualité mettant en jeu la police et le service public. Ces activités, qui n'étaient pas encore tout à fait des fonctions, mais plus strictement des prérogatives dans un cas, et des prestations dans l'autre, n'étaient cependant pas tout à fait parallèles. L'idée de fonction appliquée à l'administration n'était guère admissible pour l'esprit libéral : l'administration n'a que les attributs, voire les compétences et les pouvoirs que la Société lui reconnaît pour le propre intérêt de cette dernière, de façon très soigneusement limitée, car la puissance publique demeure dangereuse pour l'esprit libéral. Il n'était donc pas question de lui reconnaître une fonction au sens propre, ce qui l'eût renforcée et autonomisée, et surtout pas une fonction publique de constitution sociale comme elle avait pu l'être antérieurement.

Mais ce qui est justement remarquable est, d'une part, cette sorte de renversement des prévalences axiologiques, politiques, et juridiques, entre le service public et la police, et, d'autre part, la substitution du service public à la police dans ce rôle de fonction publique de constitution sociale. Naturellement, jamais ces changements hautement significatifs des rapports entre l'État et la Société, jamais l'apparition de ces fonctions administratives présentant une telle portée pratique, en droit positif, n'ont été prescrits ou envisagés par la moindre norme constitutionnelle ou législative. Le souverain ne s'est pas prononcé sur ces questions cependant revêtues d'une grande importance doctrinale, politique et pratique. Il

n'a d'ailleurs jamais défini, sur un plan général, ni la police, ni le service public, ni l'ordre public, ni l'intérêt général, qui se tiennent cependant au fondement ou à la fin de toutes les actions publiques. Et cela ne manque pas de susciter quelque doute sur la pertinence des doctrines volontaristes du droit qui entendent l'imputer entièrement à des actes de volonté du législateur ordinaire ou constituant. On ne peut que constater que sa volonté a été singulièrement défailante sur ces données parmi les plus essentielles de l'ordre politique et juridique, bien plus assurément que celles qui règlent, par exemple, la procédure législative ou la procédure électorale des sénateurs.

Le renversement des prévalences entre la *police* et le *service public* ne s'est pas effectué immédiatement ; mais lorsqu'il fut lancé, il parut irrésistible. Tout au début du processus de cette évolution, il pouvait même apparaître que le principe de légitimité de la création d'un service public pouvait se trouver dans la police elle-même ou dans des motifs d'ordre public. Car le service public, qui allait devenir, aux yeux des libéraux les plus lucides, une véritable fonction publique de constitution sociale, ne jouissait guère, initialement, de légitimité dans l'esprit libéral du début du ^{xx}e siècle. Il fallait donc avancer des motifs fortement justificatifs pour légitimer et fonder en droit libéral l'intervention d'un service public. C'est la raison pour laquelle on ne manqua pas, alors, d'invoquer par exemple la sécurité des personnes ou des biens, la protection de la propriété, le ravitaillement de la population, la salubrité publique, puis par glissements imperceptibles, la santé publique, qui avaient été et restaient des motifs d'ordre public justifiant des mesures de police, et qui pouvaient donc, *a fortiori*, justifier des interventions publiques plutôt moins contraignantes, apparemment, et plus serviables que celles de la police.

C'est ainsi que la police ou l'ordre public fut le premier fondement du service public et que l'on eut, pendant quelque deux décennies au moins, des « *services publics à but de police* ». Mais ces services publics à but de police finirent par constituer en quelque sorte le cheval de Troie des services publics dans la forteresse de la police libérale et, plus généralement, dans l'ordre des fonctions administratives au sein desquelles ces services prirent leur totale autonomie par rapport à la police.

Puis, assez rapidement et très puissamment, c'est le phénomène inverse, et donc une autre métamorphose, que l'on a constaté, de manière bien plus significative : peu à peu, la police a dû chercher dans le service public le fondement de sa légitimité. Car, enfin, on tenait avec le service public le moyen d'ordonner toute la puissance publique à des fins universelles d'intérêt général : la puissance publique se voyait ainsi assujettie à autre chose qu'elle-même ; elle perdait son autonomie et peut-être même sa souveraineté. Désormais, elle devait se comporter comme si sa légitimité et la légalité de ses actes n'allaient plus de soi et devaient se justifier, c'est-à-dire se subordonner à plus fondamental, à plus fondateur, à plus inconditionnel qu'elle-même, à plus puissant que sa propre puissance : elle devenait l'instrument d'une fonction hétéronome à elle-même, qu'elle devait servir, au lieu de pouvoir s'imposer *ex officio* ou *per se*. Le souverain a-t-il jamais ordonné cette transformation de son propre statut moral, politique et juridique ? L'a-t-il jamais acceptée ? L'a-t-il seulement perçue ?

Par la force des choses, si le but de la police devait correspondre à un service rendu au public, la police devenait elle-même, irrésistiblement, un service public. Et la dualité des fonctions administratives se ramenait en réalité à une unité. Et cela ne pouvait que réjouir le courant doctrinal et idéologique auquel s'alimentait la théorie du service public : la subordination de la puissance publique à un service constituait déjà une grande victoire idéologique et politique, très progressiste en elle-même ; mais, en outre, l'esprit dogmatique y trouvait une grande satisfaction, car enfin tout le droit de l'État, tout le droit administratif en tout cas, se trouvait sublimé en un principe unique, *le service public*, notion unitive de toute l'action publique et de son droit, exprimant d'un mot valorisant toute sa substance, délimitant selon un principe potentiellement très extensif le champ d'intervention, dans le social, de l'administration, et de son droit administratif, élucidant enfin le principe d'unité de ce droit en reconstruction permanente et offrant aux juridictions le critère délimitant leurs compétences respectives. On ne pouvait guère trouver mieux. Ce fut la cause de l'immense succès, si ce n'est du triomphe impérial, du service public, *alpha* et *oméga* du droit administratif.

On comprend alors la substitution radicale qui s'est opérée entre la police et le service public. La fonction publique constitutive par excellence de la cité comme État et comme société, enfin réintégrés l'un dans l'autre, était devenue le service public lui-même. En réalité – mais la doctrine dominante qui était acquise au service public n'a pas voulu l'admettre ni même le voir –, le service public n'a affecté l'ordre social libéral, au moins dans les premières décennies de son triomphe, que de manière ponctuelle et non unitive : les services publics, en tant que mode de réalisation d'un processus d'égalisation des conditions économiques, sociales, culturelles, a bien affecté l'ordre primaire libéral, mais simplement en construisant en son sein des ordres juridiques secondaires habilités à déroger ponctuellement, dans certains secteurs de la vie sociale, à cet ordre juridique primaire, et à son principe de l'égalité libérale formelle. Ainsi les deux esprits, *libéral* et *social*, ont-ils pu s'articuler assez convenablement, sous la domination de l'ordre juridique primaire, consentant à – et mesurant – cette dérogation au principe de l'égalité libérale, dans toute la mesure nécessaire à la réalisation de tel but ponctuel d'égalisation des conditions, dans tel ou tel secteur de la vie sociale.

Et cette dualité des ordres juridiques, primaire et secondaires, s'avère fort éclairante, car elle cantonne la police, comme fonction disciplinaire, dans l'ordre primaire, tandis que le service public accomplit ses fonctions statutaires essentiellement au sein de et par ces ordres secondaires, de sorte que, contrairement à ce que postule la doctrine du service public, il n'y a pas qu'un seul droit administratif, mais bien deux, en tout cas deux champs différents pour son déploiement : le droit administratif de l'ordre primaire et le droit administratif des ordres secondaires, les règles de ces deux droits apparaissant très ou assez spécifiques, par exemple en matière de détermination des compétences, des motifs d'intervention, des modalités d'action, des buts assignés aux actes, des principes de responsabilité...

Néanmoins, ce triomphe du service public ne dura pas. On ne retracera pas ici les déboires de la notion de service public comme critère universel de toutes les questions de droit public, qui sont très bien connus dans ce palais. On suggérera simplement certaines clés de compréhension de cette crise existentielle.

Surtout, il paraît bien plus important de montrer qu'il se produit sous nos yeux – qui toutefois se trouvent encore trop proches du phénomène pour bien le voir –, une autre crise bien plus significative encore, car elle n'est plus seulement existentielle mais essentielle.

Les ébranlements contemporains de la classification traditionnelle des fonctions administratives

Ces ébranlements contemporains de la classification traditionnelle des fonctions administratives affectent autant le service public que la police. En effet, cette dernière est elle aussi entrée dans une sorte de crise, concomitante et corrélative à celle du service public, mais moins visible, car elle n'a jamais joué, pour la qualification des autres grandes notions du droit administratif et pour la détermination de la compétence du juge administratif, les rôles qui ont été et restent en partie ceux de la notion de service public : la notion de police est essentiellement conceptuelle, et non technique, tandis que la notion de service public présente ou a entendu présenter les deux qualités, selon les rôles que l'on veut lui faire jouer.

La police a donc commencé à traverser une crise d'identité conceptuelle très tributaire de la crise affectant le service public lui-même, dont les principes de définitions ont varié, sans qu'un accord général ne se forme à cet égard. Car, selon la façon dont elle est conçue, elle peut aussi bien s'opposer à la police que l'englober, comme on peut aisément le constater en consultant la quasi-totalité des manuels de droit administratif. En effet, après avoir expliqué que les fonctions de l'administration sont, d'une part, la police et, d'autre part, le service public (en commençant le plus souvent, et contre toute attente, par le service public, alors que, historiquement, il lui est postérieur), ces ouvrages poursuivent l'analyse de la police en énonçant qu'elle est un service public. Dans ces conditions, et du fait de cette incorporation de la police dans le service public, l'identité spécifique de la police se trouve niée, au moins tant qu'il n'est pas expliqué si ou pourquoi elle pourrait être un service public tout à fait particulier. Mais on comprend aussitôt que si les deux fonctions de police et de service public peuvent être présentées dans un premier temps comme distinctes, puis dans un second temps comme assimilables l'une par l'autre, il doit exister, à tel ou tel stade du raisonnement, une faille consistant à donner deux sens ou deux objets différents à la même notion. On ne pourra pas ici entrer dans ce débat. Mais on observera, au regard de notre propos qui se concentre sur le phénomène des métamorphoses, que le service public au sens de *service rendu au public*, qui était autrefois une manifestation de la police, au moins municipale, est parvenu à traiter la police comme une de ses propres formes. On mesure donc le renversement des ambitions : la police, notion originellement englobante, au moins sur le plan local, devient englobée. Or, là encore, aucun texte normatif n'a jamais décidé de ces évolutions, alors que les implications positives en sont tout à fait évidentes sur ce plan technique. Il en va ainsi, par exemple, relativement aux conditions de légalité de la création d'un service public, de police ou non, ou des modalités de gestion du service public de police.

Le service public, qui n'existait donc pas en tant que concept élaboré avant la fin du XIX^e siècle, prétend désormais tout absorber en son sein, bien que son existence sur un pied aussi général et exhaustif ne soit pas formellement normative. Elle a donc par elle-même réussi à émerger à l'existence, puis à se poser comme l'autre fonction administrative, parallèlement à la police ; puis, par une nouvelle métamorphose amplifiante, le concept de service public a prétendu s'assujettir la police elle-même. Mais, pas davantage que les autres, cette métamorphose n'a été décidée normativement, alors qu'elle n'a pas été sans conséquences sur le droit de la police, sur son régime, en particulier quant à la légalité de ses initiatives ou ses responsabilités. Aucune norme n'a autorisé le service public à absorber toute autre activité publique, y compris la fonction législative et la fonction juridictionnelle. Ainsi aucune réforme constitutionnelle ne nous permet de parler du « *service public de la justice* », du « *service public de la législation* », ou du « *service public du fisc* », ou du « *service public de la défense* ». Pour ce qui touche simplement à l'absorption de la police par le service public, on mesure assez bien, en tout cas, l'étendue et la portée de la métamorphose subie ou réalisée par le concept de service public : le concept de service public a fini par réussir à intégrer en lui ce qu'il avait initialement présenté comme son opposé, la police ; puis ce concept de service public, mais qui n'est alors plus exactement le même, a réussi à incorporer et assimiler en lui-même ce qu'il nous disait lui être hétérogène, la police. Quel législateur a autorisé cette mutation radicale, qui ne pouvait être sans conséquences sur la façon de concevoir et de déterminer, en droit positif, le sens de la fonction de police, ses pouvoirs, ses fins et ses raisons d'être – en un mot son droit ?

Une autre série de causes est venue affecter l'identité des deux notions considérées ; et cette fois la crise qui en résulte n'apparaît plus simplement existentielle, mais essentielle, même si elle n'a pas encore développé toutes ses virtualités. Et elle est essentielle en cela qu'elle est en train de remettre en cause les caractères propres et distinctifs de la police et du service public, tels qu'ils ont été naguère conçus, et, par suite, le principe d'une classification duale de ces fonctions. C'est en effet la mutation des contextes politiques, sociaux et juridiques par rapport auxquels ces deux notions ont été conçues qui les ont directement affectées dans leur identité.

On sait en effet qu'un concept est toujours élaboré par rapport à une référence donnée, choisie plus ou moins consciemment par les auteurs de l'élaboration conceptuelle, car elle porte sens pour eux, alors qu'ils ont toujours en vue, délibérément ou non, quelque finalité. On sait ainsi que la notion de « *fonctions administratives* », en tant qu'elle oppose le service public à la police, correspond à un concept conçu au regard de la question des rapports entre l'État et la Société, dont la pensée libérale et la pensée socialisante n'ont pas la même représentation, ni les mêmes intentions quant aux modalités selon lesquelles l'une et l'autre entendent les organiser.

La pensée libérale n'a commencé à admettre la *police* que lorsque le droit libéral eut réussi à la cantonner dans un rôle minimal, destiné à garantir l'existence d'un ordre privé libéral, qui n'en avait besoin que très subsidiairement : la police n'était acceptable par cet ordre que si elle était strictement

ordonnée à la protection de l'égle liberté formelle, elle-même conçue comme un pouvoir privé d'autodétermination, par tous les sujets, de leurs fins et des moyens aptes à les atteindre : l'ordre public ne recouvrait qu'une étroite partie de l'ordre privé. La police telle qu'elle fut alors conçue répondait à ce contexte, en restant modeste dans ses ambitions, quoique très impérative lorsqu'elle se trouvait sollicitée.

De son côté, la fonction de *service public*, elle aussi conçue au regard de la même référence, avait pour objet d'assurer, dans les ordres juridiques propres à chaque service public, une autre conception de l'égalité et de la liberté : non plus une égalité formelle *des* droits, mais une égalité-égalisation des conditions économiques, sociales, culturelles ; non plus une égalité formelle *du* droit, mais une égalité-différenciation des règles, selon les situations des uns et des autres, afin d'assurer l'égalité des chances, et bientôt, mais très ponctuellement, une égalité-discrimination pour obtenir une égalité des résultats. Non plus une liberté-autonomie privée, mais une libération par la puissance tutélaire, de tous les maux d'une société libérale n'ayant pas tenu, au profit de tous, les promesses de la liberté-autonomie du sujet, libre de déterminer ses fins et moyens sous sa seule responsabilité : la liberté est ainsi devenue, dans la conception dominante que s'en font aujourd'hui ses titulaires, une simple non-contrainte, mais assortie, désormais, d'une autre promesse : celle de pouvoir librement accéder à tous les bienfaits de la vie, pour les obtenir directement de la puissance tutélaire, ou des tiers qu'elle peut obliger à cet effet.

Ce qui concrétise essentiellement les mutations conceptuelles en cause est le fait que les ordres juridiques propres à chacune de ces fonctions, ordre juridique primaire pour la police et ordres juridiques secondaires pour les services publics, ont commencé à brouiller leurs frontières : dans la société *sociale libérale*, les ordres juridiques secondaires ont investi presque tout le champ social, et il ne reste plus guère de lieu juridique où persiste à s'affirmer le principe de l'égle-liberté formelle, qui est le contexte référentiel de la police ; l'ordre juridique primaire n'est plus le lieu de l'égle liberté privée, rétive à l'intervention publique de police ; cette liberté d'antan est désormais admise en non-valeur ; et d'ailleurs, dans cet ordre, la liberté, lorsqu'elle subsiste, spécialement la liberté économique prise comme liberté de la concurrence, est devenue d'ordre public, même pour ceux censés en profiter, mais qui y sont aussi assujettis. Pour tous, la puissance tutélaire, agissant par des règles que l'on ne sait plus si l'on peut les faire relever de la police, commence à imposer dans l'ordre primaire les obligations propres à assurer l'égalisation des conditions. Ainsi, toutes les césures et toutes les différences qui ont porté la police d'une part et le service public d'autre part se brouillent progressivement : ce n'est plus la société qui se donne un État, mais l'État qui se constitue une société ; l'ordre primaire ne se distingue plus trop des ordres secondaires qui l'ont presque totalement investi ; et si la liberté est d'ordre public, l'ordre public devient l'instrument de réalisation des droits ; et il ne se contente plus d'intervenir à la marge, en respectant le principe de tempérance de la police : l'ordre public tend à investir tout l'ordre social ; le disciplinaire et le statutaire paraissent échanger leur rôle, le privé et le public se mélangeant au point que l'on ne voit plus trop ce qui reste de privé dans la liberté, ni de public dans le service public.



Il se pourrait donc, à terme, que la police et le service public aient vécu comme mode de détermination duale des fonctions de l'administration, pour donner lieu, peut-être, à leur ultime métamorphose.

On peut donc, maintenant, d'une façon plus générale et abstraite, chercher à mieux comprendre ces sortilèges intellectuels et juridiques qui produisent ces métamorphoses conceptuelles.

Les sortilèges qui produisent les métamorphoses conceptuelles

Sortilèges que, librement, on tiendra soit pour des maléfices s'ils sont jugés faire obstacle, obscurément et malignement, à la révélation de ce que l'on peut penser être la vérité du droit, soit au contraire pour des enchantements si on leur reconnaît le mérite de révéler ou au moins de mieux faire comprendre pourquoi ils ne sont pas facilement compréhensibles au regard de cette vérité établie. Sortilèges en tout cas tant qu'on ne les comprend pas bien au vu de ce que l'on sait ou croit savoir du droit, de sorte que, pour tenter de démystifier ces sortilèges, pour essayer de passer des ténèbres à la lumière, il faut d'abord métamorphoser l'alchimie en chimie.

La question principale est donc de savoir pourquoi les concepts juridiques peuvent se métamorphoser, au point que l'on a déjà entrevu. Mais, intuitivement, il semble que la réponse à cette question première se trouve sans doute dans les raisons mêmes qui expliquent l'existence des concepts. Pourquoi y a-t-il donc des concepts en droit ? Pourquoi apparaissent-ils et comment se forment-ils ? Qui les élabore et dans quelle intention ? Comment peuvent-ils évoluer à ce point que l'on puisse évoquer à ce propos cette notion de « *métamorphose* » ? Et que sont en définitive ces concepts ? Surtout : Que nous disent-ils du droit ? Sont-ils nécessaires en droit ou au droit pour que celui-ci puisse exister et opérer ? Ou bien sont-ils superflus pour le droit, comme le serait la connaissance de quelque chose qui existerait nécessairement par soi-même, sans attendre que cette connaissance même s'affirme, un peu comme les astres qui, pour briller et se mouvoir au firmament, n'ont nullement besoin de l'astronomie – et encore moins de l'astrologie ?

Là encore, il n'y a donc de sortilèges que tant que l'on reste incapable de les expliquer. Et, de fait, si l'on persiste à penser que le droit se réduirait à l'ensemble de ses normes positives, on ne peut comprendre comment peuvent se produire ces métamorphoses conceptuelles que le droit positif n'ordonne pas et qui cependant se réalisent en entraînant nombre d'effets positifs, indirects ou directs.

On doit donc ici expliciter d'abord les conditions qui rendent possible l'intervention de ces métamorphoses, pour rechercher ensuite les implications qu'elles comportent quant à ce que, dans ces conditions, peut bien être le droit.

Les conditions rendant possibles les métamorphoses conceptuelles

Les métamorphoses sont possibles en raison même de ce que sont les concepts juridiques et qui les fait apparaître comme essentiellement évolutifs, dès lors qu'on en souligne les modalités de formation.

Pour définir les concepts et les caractériser, il convient pour commencer de se référer à l'étymologie du mot : « *concept* » vient de l'association des deux mots latins, *cum*, « ensemble », et *capere*, « prendre », « saisir » – ou « capter » ; on voit alors que le « *concept* » comme action, c'est-à-dire la conceptualisation, désigne cette opération mentale par laquelle le sujet qui conçoit saisit ensemble des éléments qui, sans cet acte de saisie, resteraient des éléments épars, comme étrangers les uns aux autres, dépourvus de consistance ou de dimension communes, ou exempts de ce sens partagé que révèle précisément cette conceptualisation. Le concept comme action est donc une *captation* par la raison des liens qui s'établissent ainsi entre ces éléments égarés qui se polarisent alors les uns par rapport aux autres, en vue de former quelque chose d'autre, que l'action de penser élabore tout en le mettant à jour.

En tant que résultat de cette opération, le concept correspond à la constitution mentale et à la formalisation verbale d'un objet, fait de ces éléments, qui accèdent ainsi à une compréhensibilité qui ne pourrait s'affirmer sans cette opération et son résultat. D'ailleurs, le mot « *comprendre* », constitué des deux mots *cum* (« avec ») et *prehendere* (« prendre » ou « saisir ») signifie exactement la même chose que concevoir : comprendre, c'est « *prendre ensemble* » des données qui ne se présentaient pas spontanément comme susceptibles de se voir liées ou reliées les unes aux autres. On comprend donc que « *comprendre* » au sens d'accéder à l'intelligibilité d'une chose, dépend donc d'une opération de conceptualisation, ou de détermination d'un concept : *le concept permet ainsi de comprendre*. D'ailleurs, pour désigner le fait de comprendre quelque chose, la langue la plus simple utilise aussi le terme « *saisir* » ; en langue allemande également, *begreifen*, qui signifie « *comprendre* », « *saisir* », « *concevoir* », a donné *Begriff* qui signifie « *concept* » ; tandis que selon la langue française familière, qui ne se trompe pas non plus, le fait de comprendre quelque chose se dit également « *capter* ». Loin d'être un obstacle à la saisie ou la cause d'une difficulté de compréhension, le concept *est* la saisie même d'un objet et donc le moyen de sa compréhension.

Mais il n'est pas que cela. Car il faut encore comprendre comment il procède, sur quelles bases et selon quel dessein.

La conceptualisation est donc une opération de l'esprit qui consiste bien à saisir la réalité juridique, c'est-à-dire des objets juridiques qu'il est possible d'appréhender, parce qu'ils existent effectivement et que l'on est capable de les connaître. Mais cette saisie n'est pas un simple acte de connaissance qui serait réductible à une simple lecture, une simple reprographie de cette réalité. En effet, elle opère une sélection des objets juridiques qu'elle met elle-même en rapport les uns avec les autres, afin précisément d'établir leurs liens de toutes sortes, dans le but de révéler et d'attester leur communauté d'objet, de consistance ou de sens : la conceptualisation subsume des éléments du réel sous l'égide d'une entité qui rend compte autant de leur unité que de leur diversité ordonnée ; et cette entité est essentiellement intellectuelle.

Autrement dit, la conceptualisation n'est pas une simple opération de lecture ou de reproduction du réel, mais bien une *opération de construction du réel* : à partir du réel, elle construit un nouveau réel juridique qui n'était pas apparu à la conscience. La conceptualisation emporte donc une novation de ce réel, novation en cela que celui-ci était réduit à ce que l'on en pensait jusqu'alors : elle l'élabore à nouveau à partir de lui-même, pour en produire une autre figure et une autre substance. Par le truchement de cette conceptualisation, le réel se reproduit donc lui-même pour évoluer ou se changer, au moins partiellement : *la conceptualisation emporte déjà une métamorphose.*

À la vérité, en effet, les différents concepts du droit sont souvent des produits historiques – on veut dire élaborés au cours de l'histoire – et rarement des produits neufs, créés *ex nihilo*. Et il est rare aussi qu'ils disparaissent entièrement. Le cimetière des concepts défunts n'est pas si surpeuplé qu'il nous faille l'inventorier pour mesurer, négativement, la réalité du phénomène de la métamorphose : tous les concepts ont un passé, plus ou moins affirmé ; et ils se présentent le plus souvent comme la transformation quelquefois à la marge et quelquefois plus directement essentielle de ce qui existait déjà : ils sont souvent une manière de réincarnation, sous une autre forme, d'une substance que l'on connaissait déjà et que l'on peut suivre à la trace en remontant l'histoire.

Il semble que l'on puisse même avancer que la métamorphose est le mode ordinaire de la vie des concepts, du moins sur un assez long terme. Je croyais jusque-là que seules les crises, qu'on a si souvent connues en droit administratif, à propos de toutes les notions, faisaient finalement partie du mode normal d'existence des concepts. Mais je n'avais pas vu que la crise a le plus souvent une issue et que celle-ci est marquée par une transformation, plus ou moins accusée, qui la résout en la dépassant, et qui toujours reconstruit ponctuellement le droit. La mort brutale d'un concept peut se produire plus couramment lorsque son objet avait été posé originellement par une norme de droit positif, sujette à l'imperfection d'une pensée rapide et d'une formulation hasardeuse, que seuls le temps, l'expérience et le savoir réfléchi et prudent de cette instance, que nous appellerons tout à l'heure la *jurislogie*, peuvent éventuellement corriger. Mais lorsqu'ils s'imputent à cette dernière, ils ne risquent plus trop cette fatalité extrême : ils survivent généralement comme nouveaux avatars d'un état antérieur.

Mais on ne comprend bien la notion de concept que si l'on prend conscience qu'un concept est toujours élaboré en regard de quelque chose d'autre que lui-même – ce qui est le sort de tous les objets de la pensée : nous pensons toujours quelque chose par rapport à autre chose –, même si l'on n'en prend pas toujours conscience. Mais, à la vérité, il n'y a là rien de remarquable, car cette façon de procéder est *ontologiquement nécessaire* : tant que l'objet d'une connaissance n'est pas la totalité, il est toujours rapporté à autre chose qu'à lui-même, précisément pour être connu, et il ne peut pas en aller autrement, car cet objet, par hypothèse circonscrit, ne peut être saisi que relativement – et non absolument, à supposer que cela soit possible. Or l'acte de connaissance peut établir la relation avec une multitude d'autres objets de connaissance ; et c'est du choix qu'il opère entre ces derniers pour accéder à la connaissance que dépendra la détermination de l'objet à connaître : la mer n'est

vraiment bleue que sous un ciel ensoleillé et pur de tout nuage; sous les nuages elle est plutôt vert-gris, tandis que, pendant la nuit, elle révèle son noir d'encre.

Il reste à savoir par rapport à quoi s'opère en droit cette constante reconstruction du réel.

La conceptualisation n'est donc pas une simple reproduction du réel juridique : elle y apporte quelque chose de plus ou quelque chose de neuf, parce qu'elle le considère à partir d'une référence qui n'est pas la même que celle que l'on pouvait s'être donnée jusqu'alors, et qui va changer la perception et la compréhension que l'on en avait jusque-là. Il se peut que le nouveau point de vue à partir duquel le réel est observé transforme cette réalité perçue, au point d'en changer les traits et de nous donner à voir et à comprendre ce qui n'était pas révélé, et, comme tel, n'existait ni à notre conscience, ni au monde, ni au droit lui-même. Un peu comme ces tableaux par Monet de la même meule de paille ou de la même façade de la cathédrale de Rouen, prise – captée, voire capturée, comme le disent aussi les peintres et les photographes – aux différentes heures de la journée ou aux différents jours des saisons : ce n'est pas chaque fois la même meule de paille ou la même cathédrale; et on les comprend chaque fois différemment. La diversité du réel est bien plus grande encore, et encore bien plus profuse, lorsque ce sont des peintres différents qui se saisissent du même objet, sous des lumières et à des distances fort variables et selon des palettes et des intentions inédites.

Si la référence par rapport à laquelle l'objet est considéré peut changer, une autre donnée doit être en effet expliquée : toute conceptualisation juridique vise certainement une intention, explicite ou non, consciente ou non, toujours présente à des degrés divers : ce peut être la solution d'un problème juridique, ce peut être la volonté d'agir sur la réalité juridique ou sur le droit positif.

Ainsi, quelque chose que l'on n'avait pas encore compris jusqu'alors peut appeler une explication susceptible de s'imposer par un nouveau concept, autant explicatif que validant. Pour élaborer ce nouveau concept, il peut s'avérer opportun de changer de perspective ou de point de vue, pour mieux comprendre ou mieux rendre compte. Or cette meilleure compréhension de la réalité juridique contribue ainsi à produire du droit en cela qu'elle ajoute au corpus une lumière supplémentaire, nécessaire à sa meilleure mise en œuvre. L'intention peut consister non pas à mieux expliquer la réalité juridique, mais à agir sur elle, dans un sens ou un autre. Contrairement aux croyances ou aux apparences, les concepts juridiques ne sont neutres que très rarement : le plus souvent, ils sont configurés de manière téléologique, consciemment ou inconsciemment, même si cette opinion peut heurter la conception que l'on s'en fait ordinairement. Ils obéissent toujours plus ou moins à quelque finalité, même quand ils prétendent ne pas en avoir – ce qui est déjà l'effet d'une certaine intention, leur permettant de signifier qu'ils sont scientifiques. En même temps, cette posture permet de tenir la thèse dualiste selon laquelle le discours sur le droit n'est pas du droit, tandis que l'énonciation du vrai droit doit rester l'apanage de la seule volonté des autorités habilitées, en remontant jusqu'au souverain – ce qui, de fait, correspond à une certaine conception du droit, qui n'est pas ontologiquement nécessaire, mais idéologiquement libre.



Quoi qu'il en soit de cette importante question des rapports entre le droit comme norme et du droit comme *discours sur les normes*, qui est à nos yeux une dichotomie essentiellement idéologique mais surtout intenable en pratique, il apparaît, lorsque l'on rapproche la référence que s'est donnée la conceptualisation et l'intention qui l'anime, qu'on est alors en mesure de mieux accéder au sens du concept, qui lui aussi s'ajoute au corpus juridique tout entier, en permettant une meilleure compréhension du droit et de ses normes, et une meilleure mise en œuvre de leurs dispositions.

Il ressort de cette approche définitoire du concept que celui-ci est bien une opération de l'esprit, et non un donné qui s'imposerait d'emblée à celui-ci, comme cela pourrait advenir lorsqu'une norme particulière aurait posé et défini le concept. Mais, même en ce cas, la norme reste encore le plus souvent à interpréter, opération qui demeure d'abord un acte de connaissance, mais dont la volonté n'est plus exclue puisqu'il y a intention.

Ainsi, la conceptualisation est donc une opération relevant de l'ordre de la connaissance du droit, plus exactement de l'ordre de la détermination du droit. Par suite, si l'on raisonne sous le paradigme d'une dichotomie entre le droit comme norme et le droit comme description de ces normes, les concepts comme actes ou objets de connaissance ne feraient pas partie du droit comme normes – du droit positif, dirait-on. Mais si l'on devait reconnaître la validité de cette césure dichotomique, il faudrait aussi admettre que l'action humaine en général devrait rester séparée de la conscience que l'on en a.

Mais c'est là tout le problème, qui ne questionne plus seulement les concepts, mais le droit lui-même, tel qu'on le conçoit ordinairement.

Les implications de la réalisation des métamorphoses conceptuelles

Bien entendu, il reste d'abord à établir si cet acte de connaissance est libre ou s'il est au contraire dicté par des données objectives, procédant du droit positif notamment, qui s'imposeraient à l'observateur, comme le feraient les astres, leur lumière ou leur mouvement.

En réalité, la comparaison avec ces données physiques n'est pas pertinente, précisément parce que l'objet « *droit* » n'est pas un objet naturel, mais un objet déjà construit par l'esprit ou par la pensée que les tenants du paradigme appelleraient activité de connaissance, mais sans voir que cette activité est aussi celle-là même qui donne son corps au droit, même entendu comme droit positif.

L'instance qui produit et qui exprime cette conceptualisation des objets juridiques, comme leurs métamorphoses, est le droit lui-même, dans son rapport à ce qu'il est lui-même, c'est-à-dire dans son rapport à notre pensée qui produit le droit. Mais, pour signifier cette façon de l'appréhender, de le saisir, de le capter, c'est-à-dire de le concevoir lui-même, il faut donner à cette instance un nom spécifique.

Il semble que le mot « *jurislogie* » soit le plus adapté à ce propos, en ce qu'il désigne assez bien le discours que le droit tient sur lui-même et qui est nécessaire

à son existence, à sa mise en œuvre, comme à sa pleine compréhension, que celle-ci elle soit concomitante, décalée dans le temps ou prospective.

Le suffixe « *logie* » appliqué à « *juris* » entend signifier non pas seulement l'expression d'un *logos*, d'un discours, mais d'une raison fondamentale qui détermine et anime ce discours, et qui se tient dans ce qu'est le droit lui-même. Car, pour être lui-même, pour accomplir sa vocation ontologique, qui est de s'appliquer effectivement pour régir le réel social selon les finalités qu'il se donne, et de le faire selon ce qu'il est essentiellement, c'est-à-dire selon des règles, et non selon un arbitraire intellectuel qui le ruinerait en tant que droit, il a besoin, au regard de la nécessaire et relative imperfection de ses normes formelles, de cet *organon* du discours rationnel. C'est cet *organon* qui l'englobe et le domine, qui le rend présent à notre conscience et immanent au monde, afin de nous le faire comprendre et de le mettre en œuvre, afin de le transformer continûment pour qu'il s'adapte aussi au réel, qu'il entend régir, mais qui le régir aussi.

Cette *jurislogie* peut donc se définir comme un discours du droit sur lui-même, qui n'a pas d'autre auteur que le droit lui-même, et qui est cette pensée collective et réflexive née, dans l'histoire, de la nécessaire et extraordinaire aptitude du droit à produire lui-même l'information et la pensée dont il a constamment et universellement besoin pour se comprendre, se déployer et finalement s'imposer : cette *jurislogie*, qui est *discours du droit sur le droit*, est faite de toutes les considérations nécessaires pour que le droit sourde, établisse autant son lit que ses rives et module son courant pour l'amplifier ou le restreindre, selon ses fins ; le droit de la *jurislogie* est donc d'abord pensée du droit sur lui-même, sans laquelle il ne pourrait commencer à exister ; et il est pensée et connaissance de ses raisons et de ses raisonnements, il est la glose de toutes ces considérations, de toutes ces références, de toutes ces expériences, de toutes ces notions, de toutes ces catégories, de toutes ces règles et jurisprudences éprouvées au fil du temps – au fil des siècles le plus souvent.

Cette *jurislogie* est le discours actif de la *jurisgénésie*, cette ontogenèse du droit, cette capacité du droit à se poser lui-même pour aussitôt, dans un même temps et par un même mouvement, engendrer des règles de droit, à commencer par celles selon lesquelles il s'est lui-même posé. C'est grâce à cette extraordinaire aptitude du droit que l'on doit le phénomène constitutionnel, qui, en se posant en son principe, pose en même temps les règles selon lesquelles la Constitution se pose elle-même. Mais on l'observe aussi bien plus couramment lorsque l'on voit telle règle générale de droit relevant de l'ordonnancement juridique déjà posé qui, par l'effet d'une sorte d'*autopoïétique*, tend à produire elle-même, sans disposition formellement édictée, les normes secondes nécessaires à son application. Pensons, par exemple, au principe des droits de la défense (qui d'ailleurs n'est pas lui-même posé par une norme positive). Mais, même s'il l'était, le principe devrait encore trouver les règles de son application, et dire par exemple dans quel champ il s'applique, contre quel type d'*attaque* on peut se défendre, et par quels moyens, à quel moment, avec l'aide de qui... Or c'est bien ce que l'on peut appeler cette *jurisgénésie* qui produit ces règles, et c'est bien à l'initiative et sous le contrôle de la *jurislogie* que s'élaborent toutes ces règles.

Considérée dans son état, c'est-à-dire comme fruit de ces pensées et de ces savoirs, la *jurislogie* constitue donc un immense corpus, que l'on pourrait tout aussi bien appeler « *corps de doctrine* », si le mot « *doctrine* » n'était pas pollué par la conception organique que l'on en a le plus souvent, entièrement imputable à une sorte d'antinomie que l'esprit contemporain a établie entre le droit positif, qui serait du droit, et la doctrine qui n'en serait pas.

Car il faut casser cette dichotomie séparant le droit de la doctrine (mais maintenir la distinction des rôles et des pouvoirs), en cela qu'elle nous empêche d'accéder à la compréhension de ces prodiges et de ces sortilèges. Il apparaît même que la cassure de cette dichotomie entre la doctrine et le droit positif nous permet de mieux comprendre l'un et l'autre, et mieux nous pénétrer de cette vérité que le droit positif lui-même a besoin, pour s'appliquer, d'une pensée qu'il ne trouve pas toujours dans ses normes, bien qu'elle les inspire aussi et que ces normes appellent encore pour accéder elles-mêmes à l'effectivité pratique.

Si pour désigner cette *jurislogie*, on voulait continuer à parler ici d'un « *corps de doctrine* », il faudrait alors entendre ce dernier mot au sens substantiel mais non organique du terme, n'excluant justement aucun organe et incluant évidemment le juge : une substance faite de toutes ces considérations, remplissant à chaque instant et dans toute l'histoire de notre droit une fonction autant validante qu'explicative, grâce à laquelle le droit, tout en se posant, tout en se rendant accessible à notre conscience et acceptable au monde qu'il régit, s'offre à lui-même sa propre compréhension et sa propre valeur. Mais le mot « *doctrine* » ne convient pas vraiment, si l'on le comprend comme son étymologie nous conduit à l'entendre : *doceo, docere, doctum* : « *enseigner, instruire, montrer* ». Or il ne s'agit pas de cela, mais bien de l'objet que l'on aurait à enseigner, c'est-à-dire d'un savoir, acquis ou construit par une activité rationnelle, cognitive et constructive. Mais il ne s'agit pas non plus d'une *doxa*, si l'on devait la ramener à une opinion, laquelle laisserait penser qu'il puisse y en avoir plusieurs, et qu'elles sont donc plus ou moins subjectives, égales en tant que telles et donc dénuées de valeur. Au contraire, il s'agit plutôt d'un discours général et ininterrompu, qui les rassemble toutes, où elles s'épurent les unes par les autres et se subliment en ce discours qui fait le droit, lequel n'aurait plus alors besoin de sa malheureuse épithète, « *positif* ».

Les concepts de la connaissance du droit que nous offre cette *jurislogie* ont donc complété ou éventuellement suppléé les normes qui n'y font nulle référence, ou qui se contentent d'utiliser des mots sans les définir ; et cependant, ces concepts se sont bien appliqués, dans la pratique politique et juridique, avec des effets fort concrets. On peut bien dire que les concepts se sont déduits de l'esprit des textes ; mais, réciproquement, il faut admettre qu'ils ont aussi inspiré cet esprit. Dans tous les cas de figure, le normatif s'est alimenté au descriptif, tandis que le descriptif s'est enté dans le normatif, au point d'invalider cette dichotomie, cette séparation prétendument étanche entre les deux ordres de discours juridiques.

Certes, la façon devenue classique de penser le droit pourrait ici poser la question de savoir quel pourrait donc bien être le statut, en droit, de cette pensée juridique. Par exemple, lui serait-elle extérieure ou intérieure, interviendrait-elle en amont, ou en aval ? Mais c'est précisément cette façon de penser que l'on peut récuser en montrant qu'il faut au contraire inverser les termes de la question et

se demander enfin quel doit être le statut conceptuel du droit, le concept, c'est-à-dire la pensée qui le porte, ayant alors le pas sur la force de la norme.

Mais, engourdis dans notre « *sommeil dogmatique* », nous ne songeons même pas ordinairement à réfléchir à ces questions, peut-être trop cardinales pour qu'elles se laissent poser dans l'ordinaire des jours, peut-être aussi parce que nous nous complaisons, par facilité, dans certaines illusions plus confortables, en effet, que leurs remises en cause.

* *

*

L'irruption constante et la réitération permanente, dans notre droit, de ces métamorphoses conceptuelles, qui nous disent tant sur le droit lui-même, réalisent, peut-on dire pour conclure, une sorte de métempsycose – cette migration *post mortem* d'une âme dans un autre corps, qui se donne à elle pour lui assurer une nouvelle vie : la métempsycose vers le droit du grand mythe grec de la métamorphose, que nous avons oublié sur un plan général, mais qui nous revient donc, en quelque sorte, par le droit : sur ce plan général, nous ne voulons plus, en Occident, croire aux mythes, à commencer par celui de la métamorphose, cette réviviscence du même en un tout autre : ces mythes sont morts pour nous. On dit que notre civilisation n'y croit plus, car elle aurait par trop sanctifié la forme unique que nous a donnée notre Créateur, dont ce serait renier l'œuvre que d'imaginer pouvoir changer de forme – encore qu'il nous en promette une autre, définitive celle-ci, et bien plus glorieuse. Et depuis que l'Occident ne croit plus non plus à cela, il nous reste, sur ce plan général, la Raison et l'immense considération qu'elle nous inspire à l'égard de nous-mêmes, qui sommes capables, en effet, d'y accéder – ce qui n'est pas rien, là non plus ; mais nous avons tellement absolutisé autant ce que nous pensons être que notre propre raison, que nous ne sommes plus spontanément portés à penser que l'essence des choses qu'elle saisit, une fois identifiée, puisse devoir changer, pour perdurer : nous pensons que la crise est une pathologie, alors qu'elle est la vie même.

Et cependant – comme c'est étonnant –, l'esprit du mythe, sans s'avouer comme tel, a survécu en migrant vers le droit qui lui l'a recueilli sous la forme de ces métamorphoses conceptuelles ; mais, à les observer, on voit bien les métamorphoses, mais elle ne sont plus mythiques : il s'agit toujours, pour les concepts, de changer de forme pour survivre ou revivre ; d'en revêtir une autre pour demeurer soi-même, de périr dans l'altérité pour rester vivant ou pour ressusciter d'une certaine façon. Mais cela s'explique maintenant par la nature du discours sans fin de la jurislogie.

Pour me faire pardonner d'avoir à ce point sollicité votre patience, et pour enfin évoquer ce grand mythe grec de la métamorphose, rappelons de quelques mots la belle histoire de Cécyl et Alcyoné qui l'ont personnellement incarné : Cécyl, roi d'une cité de Thessalie, Trachine, fils de Phosphoros, dieu de la lumière et maître des astres, périt en mer au cours d'un naufrage, que redoutait son épouse restée à terre, Alcyoné, elle-même fille d'Éole, le dieu des vents. Mais elle ignorait encore la mort de son mari Cécyl, et elle priait Héra, déesse du mariage, de le protéger. C'était cependant devenu inutile, puisqu'il était déjà mort ; mais Héra ne savait pas comment révéler à Alcyoné la cruelle vérité. Elle demanda donc à



Hypnos, le dieu du sommeil, qui passait son temps à dormir, d'envoyer un de ses fils, les Songes, pour apprendre à Alcyoné, au cours de son sommeil, la mort de son mari. Parmi ses fils, les Songes, Hypnos choisit Morphée, qui justement avait ce don inouï de savoir prendre toutes sortes d'apparences, spécialement celle des humains. Morphée, qui donna évidemment son nom à la métamorphose, apparut donc en songe à Alcyoné sous les traits de Céyx lui-même, pour révéler à son épouse son naufrage et sa mort. Réveillée et éperdue de douleur, elle alla à la mer déchaînée pour s'y jeter et retrouver son corps. Émus de cet amour, les dieux ne permirent pas qu'elle périsse à son tour, et la transformèrent en ce grand oiseau des mers, l'Alcyon, que nous décrit Ovide (43 av. J.-C.-17 apr. J.-C.), auquel nous laissons le soin de raconter la toute fin de l'histoire, qui n'a précisément pas de fin.

« Elle vole dans le ciel; on s'étonnerait qu'elle pût y monter, mais, de fait, elle vole. De ses ailes naissantes, elle frappait les airs légers; oiseau plaintif, elle effleurait les vagues, et son bec aigu jetait un cri lugubre et gémissant. Elle vole vers son époux; elle presse, elle embrasse de ses ailes ce corps froid et glacé qu'elle aime, et de son bec cherche et caresse sa bouche. Témoin de ce prodige, le peuple ignore d'abord si Céyx a senti ses baisers, ou si le mouvement des ondes a soulevé sa tête : il les avait sentis. Les dieux, touchés de leur malheur, en oiseau changent aussi le tendre époux d'Alcyoné. Dans leurs nouveaux destins, ils conservent leur premier amour; ils sont toujours unis. » Depuis, chaque année, *« au milieu de l'hiver, pendant sept jours calmes et sereins, l'Alcyon couve les tendres fruits de son hyménée dans des nids suspendus sur les mers. Alors le nautonier ne craint point les tempêtes. Éole, père d'Alcyoné, enchaîne les vents, il les retient au fond de leurs cachots, pour que ses petits-enfants puissent éclore sans péril sur des flots paisibles et unis ».*

Le Conseil d'État de Belgique : une histoire française ?

Philippe BOUVIER

Introduction

Nous sommes le 5 mai 1834. Le royaume de Belgique existe depuis moins de quatre ans. Par la volonté du congrès de Vienne, nos contrées avaient été incorporées dans le royaume des Pays-Bas dès 1815. Auparavant et à la suite de la bataille de Fleurus en 1794, elles étaient rattachées à la France. À sa naissance en 1830, l'État belge ne compte pas de Conseil d'État. La nécessité d'instaurer une telle institution se fera cependant très vite sentir, essentiellement pour pallier une rédaction jugée médiocre des lois. Puis, au fil des ans, il est également apparu que bon nombre de litiges opposant le citoyen à l'administration ne trouvaient pas de juge pour en connaître : la question s'est spécialement posée pour le contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics et, par la suite, pour celui de l'annulation des actes administratifs. Après la législation déficiente, les contentieux en déshérence formaient donc autant de bonnes raisons pour songer sérieusement à instituer un Conseil d'État en Belgique.

Dès le 5 mai 1834, précisément, le jeune Sénat de Belgique adopte un projet de loi visant à créer un Conseil d'État. Au cours des débats qui ont précédé ce vote les adversaires du projet donnent de la voix. Ainsi l'un d'entre eux fait-il valoir sa crainte que « *la gloire dont, du temps de l'Empire, nous avons vu briller une institution du même nom, ne soit pour beaucoup entrée dans les calculs des honorables membres et ait fortement contribué à faire naître leur illusion* ». Pourquoi ce reproche à peine voilé et, surtout, à qui s'adresse-t-il ? Tout s'éclaire lorsque l'on sait que l'auteur de la proposition de loi était le comte Dieudonné Duval de Beaulieu lequel, vingt-cinq ans plus tôt, avait été auditeur de première classe au Conseil d'État napoléonien et assistait à ce titre aux séances présidées par l'Empereur. Et tout devient même limpide si l'on ajoute que le président du Sénat, le baron Goswin de Stassart, fut, lui aussi, auditeur au Conseil d'État sous le Premier Empire ; il alla même jusqu'à accéder au grade de maître des requêtes au cours de la période des Cent-Jours ! Le rappel du glorieux passé des sénateurs Stassart et Duval de Beaulieu ne donne-t-il pas également tout son relief à cette intervention d'un autre sénateur, selon lequel « *Trop d'entraînement peut-être vers un pays voisin, des souvenirs chers et honorables nous ramènent malgré nous à des temps qui ne sont plus [...] sans doute, le titre de conseiller d'État est flatteur pour celui qui le porte ; il rappelle [...] de grands souvenirs dont on aime à soutenir le poids* ». Goswin de



Stassart et Dieudonné Duval de Beaulieu étaient-ils nostalgiques de ces temps révolus ? Nul ne le sait. Toujours est-il qu'ils n'en firent rien paraître.

Passons, car il est encore fort long le chemin qui donnera au Conseil d'État de Belgique de paraître en pleine lumière. Une route somme toute bien plus harassante que celle qui, de nos jours, conduit de nombreux Belges vers leur cher département du Vaucluse dont, sous le Premier Empire et quelques mois durant, Goswin de Stassart eut d'ailleurs l'insigne honneur d'être le préfet.

Une anecdote encore avant que ne sonne l'heure du vrai départ. Je dois à la bonne obligeance de Mme Emmanuelle Flament-Guelfucci, conservateur du patrimoine, de vous la conter. Au temps de Napoléon, certains jeunes Belges embrassent avec enthousiasme la carrière d'auditeur au Conseil d'État. D'autres se font tirer l'oreille. En témoigne cette réflexion formulée par le sénateur baron Joseph van der Linden d'Hoogvorst, toujours en 1834. Selon lui, « *si les jeunes auditeurs sous l'Empire étaient fils de grande famille, c'est que l'Empereur les avait placés au Conseil d'État comme otages* ». Ledit sénateur Joseph van der Linden d'Hoogvorst, qui ne souffle alors mot de son passé, parlait cependant d'or : nommé auditeur de deuxième classe en 1811 et affecté en qualité de sous-préfet à Leeuwarden, tout au nord de la Hollande, il refusera de prendre ses fonctions en raison d'obligations familiales. Certes, il aurait ainsi été tenu bien éloigné de chez lui. Se pourrait-il toutefois que ses réticences aient été surtout liées à la circonstance que, comme d'ailleurs bon nombre d'auditeurs nommés après 1810, il aurait de la sorte également été maintenu à l'écart des somptueux salons de la Ville lumière pour devoir croupir en province, au fin fond d'un obscur petit bureau d'une improbable sous-préfecture ? L'on n'ose même pas y songer !

L'histoire du Conseil d'État de Belgique est-elle française ? Poser la question, c'est déjà y répondre. Elle est, en tout cas, parsemée de rebondissements multiples qui s'enchaînent étonnamment les uns aux autres pour former une suite d'événements non dépourvue de logique.

Plus précisément, la genèse du Conseil d'État de Belgique peut être divisée en deux parties. La première débute avec l'indépendance de la Belgique pour culminer à la veille de la Grande Guerre. Cette partie se décompose en deux périodes, l'une dite « *parlementaire* » et l'autre appelée « *doctrinale* ». La deuxième partie prend sa source immédiatement après la guerre de 1914-1918 et débouche peu après l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Elle se subdivise à son tour en deux épisodes, celui de la révision constitutionnelle manquée et celui de la dernière ligne droite.

Le moment est venu de passer en revue les traits saillants dont ces époques ont été émaillées.

Les périodes parlementaire et doctrinale

La période parlementaire : 1832-1857

La période parlementaire, première étape de notre parcours, s'étend de 1832 à 1857. Elle est entièrement vouée à la mise sur pied d'un « *Conseil d'État législatif* ». Deux initiatives parlementaires retiennent spécialement l'attention. La première est due au comte Duval de Beaulieu et la deuxième au baron d'Anethan.

La proposition Duval de Beaulieu

La proposition du sénateur Duval de Beaulieu date de 1834. Elle ressemble, comme deux gouttes d'eau, à une autre proposition déposée deux années plus tôt et dont la fin fut précipitée par la disparition de son auteur. La proposition de l'ancien membre du Conseil d'État napoléonien tend bien à créer un Conseil d'État en Belgique mais, que l'on y prenne garde, la tâche de ce Conseil est strictement circonscrite ! Il ne s'agit nullement de l'ériger en juge de l'administration. Dans l'esprit de ce temps, cela ne se pourrait d'ailleurs pas, car le constituant a réservé le pouvoir judiciaire aux cours et aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Pour l'essentiel, l'enjeu est ici de faire contribuer le Conseil d'État à l'amélioration de la rédaction des lois et sa fonction demeure purement consultative. Le Conseil d'État sera, affirmait alors un membre du Sénat, le « *conseil permanent du gouvernement [et] le titre de conseiller d'État est reçu depuis longtemps dans un pays voisin, avec lequel nous sommes unis par tant de sympathies, qu'il y est devenu glorieux et honorable, à cause des talents qui l'ont illustré* ». Et tel autre sénateur d'ajouter : « *si nous fixons de préférence nos regards vers la France, c'est à cause du rapprochement de mœurs et d'intérêts* ».

Le Sénat votera le texte, malgré une opposition déchaînée ! En témoigne cette sortie d'un sénateur : « *Je regarde cette institution comme peu propre à atteindre le but qu'on se propose, comme dispendieux sans utilité, comme tendant à augmenter le nombre encore trop grand des sinécures, comme une véritable superfétation administrative.* »

Le projet parvient ensuite à la Chambre des représentants où il ne connaîtra que des mécomptes. Délaissé au fond d'un tiroir durant une dizaine d'années, il finit par en ressortir pour être tout aussitôt envoyé *ad patres* ! Nous sommes en 1844. Le député chargé de faire rapport à la Chambre concède bien que pour n'être qu'un « *simple bureau de rédaction, la création d'un Conseil d'État ne porte aucunement atteinte à l'organisation constitutionnelle des pouvoirs* ». Mais c'est sur le terrain de son utilité que le député se situe. À ses yeux, cette institution « *formerait finalement double emploi avec les bureaux des ministères* ». Et l'honorable député d'ajouter « *que le Conseil d'État se remplirait d'ambitieuses nullités, que les ministres y feraient tour à tour entrer leurs créatures, qu'il deviendrait une retraite ouverte aux fonctionnaires, dont on voudrait se débarrasser sans froisser leurs intérêts* ». Le coup de grâce est ainsi donné, le projet ne sera même pas discuté en séance publique de la Chambre.

La proposition d'Anethan

La deuxième initiative parlementaire marquante est due au sénateur d'Anethan. Le texte de sa proposition de loi tend à la création d'un Comité consultatif de législation et d'administration. L'étiquette change, mais la filiation avec le défunt projet Duval de Beaulieu ne souffre pas la discussion : il s'agit bien de « *confier à des hommes actifs et capables le soin de donner aux projets de lois et d'arrêtés un caractère qui, sous le rapport de la constitutionnalité, de l'ensemble et du style, ne leur a que trop souvent manqué* ». En dépit de la dénomination retenue, la référence au Conseil d'État napoléonien demeure prégnante : les attributions du Comité consultatif en projet ressemblent, à s'y méprendre, à celles que la Constitution de l'an VIII donnait au Conseil d'État sous le Consulat.

À l'effet de promouvoir la constitution d'un Comité composé de légistes patentés, les défenseurs du projet vont déployer tous leurs talents. Las ! bien que voté par le Sénat le 20 mars 1857, ce projet demeure à son tour sans lendemain. À la vérité, le gouvernement d'alors n'y était lui-même pas favorable. Le ministre de la Justice de l'époque craignait en effet que « *cette nouvelle assemblée extraparlamentaire et absorbante rende le pouvoir exécutif asservi et le pouvoir législatif muet* ».

« *La très vieille et très difficile question du Conseil d'État* », selon les mots de Charles Rogier, l'un des pères fondateurs du royaume de Belgique, quitte alors et pour longtemps les travées du Parlement. À la période parlementaire succède la période doctrinale qui, elle, cheminera de 1858 à 1914.

La période doctrinale : 1858-1914

En guise de clin d'œil, cette période doctrinale vaut bien le petit hors-d'œuvre que voici. En même temps que les regards se tournent ou se détournent de l'Hexagone, il se trouve curieusement, en France, un mandataire public au moins qui enviait cette petite Belgique sans Conseil d'État. C'est en effet au sein même de l'Assemblée nationale que, le 19 février 1872, le député Raudot crut devoir formuler cette déclaration : « *je vous ferai remarquer [...] 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. Il se tire parfaitement d'affaire sans Conseil d'État [...]* ».

Une hirondelle ne fait évidemment pas le printemps ! Que du contraire d'ailleurs, si l'on veut bien se souvenir que la France n'était à ce moment-là qu'à quelques encablures de l'importante loi du 24 mai 1872. Du reste, le retentissement de cette dernière se fera entendre jusqu'en Belgique – j'y reviendrai. Pour leur part, les acteurs de la période doctrinale vont s'activer sur deux fronts, celui de la législation, mais également, cette fois, celui du contentieux. Tournons-nous d'abord vers le premier d'entre eux.

La législation

Alors que le Second Empire cède le pas à la III^e République, la question du « *Conseil d'État législatif* » fait toujours rage en Belgique. Sans doute a-t-elle quitté l'enceinte parlementaire. Qu'importe, c'est à présent ces « *chers maîtres* » qui s'en

donnent à cœur joie. Ainsi les conférences de rentrée des jeunes barreaux leur offrent-elles des tribunes toutes trouvées. En 1879, maître Albert van Zuylen, du barreau d'Anvers, expose avec force que « *si les œuvres du législateur belge sont inférieures à celles du législateur français, c'est en raison de l'absence en Belgique de législateurs de profession* ». Et de poursuivre en ces termes : « *S'il est difficile d'imaginer la France sans Conseil d'État, c'est que cette institution est au plus haut degré l'incarnation du génie français, amant de la centralisation, de la réglementation et, quoi qu'on en dise, de la tradition* ». L'année suivante, maître Firmin Vanden Bosch, du barreau de Gand, lui répond ainsi : « *Est-il utile de créer un tel Conseil ? Nous répondons catégoriquement : non.* » Et l'orateur de clouer au pilori le Conseil d'État issu des lois républicaines : « *Que l'on consulte les faits, la statistique et l'on verra que ce grand corps, dont on attendait tout, est bien excusable de ne rien produire puisqu'on ne s'adresse plus à lui. Il s'occupe dans un palais fastueux à des affaires souvent minimes, et sa section de législation, d'où devraient jaillir des éclairs, semble moins rapprochée du Sinaï que des Invalides.* »

Tout au long de la deuxième moitié du XIX^e siècle, les gouvernements successifs vont se montrer soucieux de remédier, sans plus attendre, à la confection vicieuse des lois. Ils pallient en effet l'absence d'un Conseil d'État en Belgique par l'établissement, à partir de 1858, de conseils consultatifs de législation institués auprès des départements ministériels. Le plus illustre d'entre eux voit le jour aux premiers temps du XX^e siècle. C'est effectivement le 3 décembre 1911 que le ministre de la Justice, Henry Carton de Wiart, établit un Conseil de législation auprès de son administration. Le secrétaire adjoint de ce Conseil est un jeune avocat, dénommé Henri Velge. Henry Carton de Wiart et Henri Velge : deux noms à retenir, assurément. La première mission dévolue au Conseil de législation tient dans la mise au point d'un projet de loi déterminant les conditions de la responsabilité de la puissance publique. Il se trouve qu'à côté du contentieux d'annulation, le contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics est celui pour lequel la quasi-impossibilité de saisir un juge pour en connaître se fait de plus en plus durement sentir en Belgique. Et c'est précisément vers le tout nouveau Conseil de législation, ce « *substitut du Conseil d'État législatif* », que l'on se tourne à la recherche d'une solution. Du front de la législation nous passons donc, tout naturellement en somme, à celui du contentieux.

Le contentieux

Ainsi donc, la période doctrinale n'est-elle pas entièrement vouée à la recherche de solutions visant à améliorer la qualité de l'arsenal législatif. Un nouveau front s'est ouvert, celui de la prise de conscience de l'absence, en Belgique, d'un contentieux administratif digne de ce nom. Une petite remontée dans le temps s'impose, car, à la vérité, ce front n'est pas dépourvu de lien avec l'adoption de la loi française du 24 mai 1872 qui consacre, définitivement, le passage de la justice retenue à la justice déléguée. Lors de sa conférence de 1879, maître Albert van Zuylen donne à cette loi capitale un écho appuyé. Fort des travaux de Léon Aucoc, membre éminent du Conseil d'État de France et l'un des premiers maîtres en droit administratif, Albert van Zuylen n'entend nullement toucher aux attributions des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire en Belgique. Il préconise

seulement de ne confier au Conseil d'État que des contestations qui n'avaient alors d'autres « *juges* » que le roi ou les députations permanentes des conseils provinciaux. À cette époque, les députations permanentes jouaient en Belgique un rôle équivalent à celui des conseils de préfecture en France.

J'en viens, à présent, au premier congrès international des sciences administratives qui s'est tenu à Bruxelles du 28 au 30 juillet 1910. Ce congrès fut assurément, pour le contentieux administratif, un tout grand moment de la période doctrinale. Parmi les intervenants figurent Gaston Jèze, professeur à la faculté de droit de Paris, et Léon Duguit, professeur à la faculté de droit de Bordeaux. Jean Romieu et Georges Teissier, deux grands noms du Conseil d'État, sont également de la partie.

Gaston Jèze et Léon Duguit exposent aux congressistes les garanties offertes aux justiciables par le Conseil d'État de France lorsqu'il revient à ce dernier de statuer sur une action en responsabilité des pouvoirs publics ou sur un recours en annulation, pour excès de pouvoir, d'un acte de l'autorité administrative. Le fameux recours pour excès de pouvoir retient tout spécialement l'attention. « *Une pièce essentielle forgée par la jurisprudence du Conseil d'État* », dit Gaston Jèze. « *Une des créations les plus curieuses de la jurisprudence française* », ajoute Léon Duguit.

Pour la plupart d'entre eux, les professeurs d'université belges présents sont séduits.

Quant à Jean Romieu, il tient à cette occasion ces propos vraiment prémonitoires : « *Ce qui est nécessaire, c'est qu'une action en annulation des actes administratifs illégaux puisse être portée devant une juridiction inspirant à la fois confiance au gouvernement et aux citoyens. Or le gouvernement admettra difficilement que les tribunaux ordinaires soient investis du droit de prononcer l'annulation des actes administratifs : d'où cette conséquence que le résultat ne peut être obtenu que par l'institution d'une juridiction spéciale.* »

Mais le contentieux d'annulation est « *affaire de spécialistes* » et n'interpelle donc guère la population. Il en va tout différemment pour le contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics, car, en cette matière, les affaires qui défrayent la chronique ne manquent pas. Ainsi l'opinion publique a-t-elle pu être sérieusement secouée par le sort malheureux réservé par la justice à la veuve Peuglon. Vainement en effet, cette dame frappa aux portes du palais de justice afin d'obtenir réparation pour le dommage causé par la perte cruelle de son mari, accidentellement emporté par un coup de canon lors d'une fête militaire organisée, en 1909, dans le parc du Cinquantenaire à Bruxelles. C'est que, dira la cour d'appel de Bruxelles, suivant en cela une jurisprudence fermement établie, « *le principe qui consacre la séparation des pouvoirs politiques de l'État soustrait à la compétence des tribunaux le jugement des actes faits par le pouvoir administratif dans les limites de son action propre* ».

Et voilà pourquoi, au début de l'année 1912, le gouvernement ne confie au Conseil de législation que le soin de mettre au point un projet de loi déterminant les conditions de la responsabilité de la puissance publique. Il ne l'investit donc pas, en outre, de la mission d'organiser le contentieux d'annulation. De son côté, le Conseil de législation ne manquera pas de regretter expressément de n'avoir pas été également chargé d'examiner cette question du recours pour excès de

pouvoir qu'il qualifiera, lui-même, de « *garantie extrêmement solide des droits et même des intérêts particuliers contre l'arbitraire administratif* ».

À la fin de cette année 1912, le Conseil de législation boucle la rédaction d'un avant-projet de loi portant création d'une Cour de contentieux administratif. En substance, chaque fois que sera en jeu la responsabilité de la puissance publique, il appartiendra à la Cour dont la création est suggérée de se prononcer sur le principe d'une réparation puis, si celui-ci est reconnu, le juge judiciaire, cette fois, fixera le montant de l'indemnité due. Ce système en deux temps procède manifestement du souci de ménager les juridictions de l'ordre judiciaire. Il est bon de se souvenir ici que la Constitution de la Belgique réserve explicitement au seul juge judiciaire les contestations qui portent sur des droits civils.

Il n'empêche! Le mécanisme ainsi imaginé est passablement alambiqué. C'est là précisément que se situe la brèche dans laquelle les adversaires résolus du Conseil d'État ne tarderont pas à s'engouffrer. Mais ils attendront, car la Grande Guerre est à nos portes et sonne l'heure de la relativité des choses.

Quittons à présent les périodes parlementaire et doctrinale pour aborder la deuxième partie de notre histoire. Elle regroupe l'épisode de la révision constitutionnelle manquée et celui de la dernière ligne droite.

Les épisodes de la révision constitutionnelle manquée et de la dernière ligne droite

L'épisode de la révision constitutionnelle manquée : 1919-1921

L'épisode de la révision constitutionnelle manquée débute quelque temps après la « *der des der* », pour prendre fin dès 1921.

Le 10 décembre 1919, le gouvernement dépose sur le bureau de la Chambre des représentants un projet de déclaration de révision constitutionnelle. Il prévoit, notamment, la création d'une Cour de contentieux administratif. Ce faisant, le gouvernement s'inscrit exactement dans la ligne des travaux réalisés par le Conseil de législation en 1912. Cette Cour, expose-t-il, « *apparaît aujourd'hui comme une garantie indispensable des droits des citoyens dans les pays qui, comme la France et la Belgique, ont interprété le principe de la séparation des pouvoirs de manière à arrêter l'action des tribunaux devant l'acte d'administration publique* ». Quant au « *Conseil d'État législatif* », il passe au second rang des préoccupations. Non pas qu'un tel Conseil serait à ranger au rayon des accessoires, au contraire, mais dans l'esprit du gouvernement d'alors point n'est besoin de modifier la Constitution pour l'établir.

Voici venir l'année 1920 : elle sera celle de tous les dangers. Certes, la Chambre des représentants et le Sénat voteront bien la déclaration de révision de la Constitution. Mais deux événements majeurs feront voler en éclats cette belle déclaration d'intention ! Et ce sera là une occasion perdue.



Deux événements majeurs

Le premier des événements majeurs a pour nom Louis Wodon. Ce haut fonctionnaire et professeur à l'université de Bruxelles commet un ouvrage assasin sur les travaux que le Conseil de législation a consacrés à la responsabilité de la puissance publique en 1912. Pour Louis Wodon, tout est simple : notre système constitutionnel est ainsi conçu qu'il revient au pouvoir judiciaire de se déclarer compétent pour connaître, dans tous les cas, des actions en dommages et intérêts dirigées par les particuliers contre l'administration du fait de son activité fautive. Et il franchit une étape de plus en affirmant que les citoyens trouvent dans l'article 1382 du code civil un fondement suffisant à leur action. Au passage et dans un tout autre registre, il ne manque pas de torpiller la théorie du recours pour excès de pouvoir : « *la simple annulation n'est pas possible [...] nous savons que même en France, où ce prétendu contentieux relève de la compétence du Conseil d'État, le recours n'est juridictionnel que dans la forme. Dans la réalité, c'est un recours hiérarchique transformé* ».

Les messages de Louis Wodon seront reçus « *cinq sur cinq* » par la Cour de cassation et par son premier avocat général, Paul Leclercq. C'est là le deuxième événement majeur qui aura raison de la révision constitutionnelle projetée.

Un arbre dépendant du domaine public de la ville de Bruges a la mauvaise fortune de choir sur les plantations de la société horticole voisine, dénommée La Flandria. Et voilà qui donne à la Cour de cassation, sur les conclusions conformes de son premier avocat général, de revenir sur une jurisprudence quasi séculaire : elle affirme à présent que le juge judiciaire est toujours compétent pour connaître d'une demande en réparation du préjudice né de l'atteinte à des droits civils, même lorsque l'auteur de la lésion est une personne de droit public et, ceci est nouveau, même lorsque cette personne de droit public agit sous le bénéfice de la puissance publique. Tel est le célèbre arrêt *La Flandria* du 5 novembre 1920. On le néglige trop souvent, mais la Cour de cassation ne se contente pas de décider que le contentieux de la responsabilité de la puissance publique relève des juridictions de l'ordre judiciaire. À la suite de son premier avocat général... et de Louis Wodon, elle profite également de l'occasion qui lui est offerte pour poser en principe que la règle de la séparation des pouvoirs ne permet pas au juge judiciaire d'annuler les actes de l'autorité administrative.

Une occasion perdue

Le gouvernement est désemparé par ces coups de semonce, partis à l'heure où la Chambre et le Sénat s'apprentent, tour à tour, à discuter de l'insertion d'une Cour de contentieux administratif dans la Constitution. Il tente de reprendre le contrôle des opérations mais, nous allons le voir, l'essai ne sera pas transformé et une occasion sera ainsi perdue. Au début de l'année 1921 et à la surprise générale, le gouvernement charge une commission extraparlamentaire de déminer le terrain. Au sein de cette commission se côtoient des membres du Conseil de législation, mais aussi Louis Wodon et Paul Leclercq. Partisans et adversaires d'une Cour de contentieux administratif se retrouvent donc autour d'une même table. La solution est toute trouvée : le principe du recours pour excès de pouvoir est retenu, mais il doit être confié à... la Cour de cassation ! Et pour ce qui est

du contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics, la cause est entendue : la Cour de cassation a déjà tranché, en faveur des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire!

Ce « *compromis à la belge* » dégagé par la commission extraparlamentaire va toutefois être balayé d'un revers de la main par les membres de la Chambre des représentants. Pour ces parlementaires, il est en effet hors de question de confier le recours pour excès de pouvoir à la Cour de cassation. L'on raconte, mais que ne dit-on pas, que les députés auraient été vexés par cette singulière initiative du gouvernement de faire intervenir cette fameuse commission extraparlamentaire dans le processus de la révision constitutionnelle en cours, alors que cet organe était dénué de toute légitimité démocratique. Un corps étranger malvenu, en quelque sorte! Plus officiellement, la Chambre des représentants a entendu rappeler, en substance, que si les pères de la Constitution belge de 1831 avaient, justement, voulu protéger le pouvoir judiciaire contre toute tentative d'invasion en provenance du pouvoir exécutif, il ne faudrait pas à présent, par une sorte de retour de balancier, octroyer à la juridiction suprême du pouvoir judiciaire le droit d'entraver, à son tour, l'exercice du pouvoir exécutif. Mais les députés vont aller plus loin : ils ne veulent pas non plus entendre parler du recours pour excès de pouvoir. Ils le jugent en effet incompatible avec notre système constitutionnel lui-même. *Exit* aussi, par conséquent, la Cour de contentieux administratif! Du moins pour un temps...

Face à ce spectaculaire *non possumus* des membres de la Chambre des représentants, les sénateurs seront, tout à la fois, médusés et résignés. Ils n'insisteront pas parce que l'opération de révision constitutionnelle de l'époque ne se limitait évidemment pas à cette seule question et qu'ils étaient naturellement soucieux de ne pas retarder indéfiniment l'issue de la procédure en cours. Ils entendent toutefois prendre solennellement acte de ce que, d'après Henry Carton de Wiart, chef du gouvernement, « *aucun obstacle d'ordre constitutionnel ne s'oppose à ce que la loi intervienne [...] pour protéger les particuliers contre l'arbitraire du pouvoir central aussi bien que contre l'arbitraire des autorités locales* ».

Ainsi donc, si le compromis de la commission extraparlamentaire avait été accepté, jamais sans doute le Conseil d'État de Belgique n'aurait vu le jour. Mais le sens de l'Histoire ne sera pas celui-là. Et s'il y a eu là une occasion perdue, la messe n'était pas dite pour autant. L'on peut même parler d'avancée : l'idée tend désormais à prévaloir qu'une Cour de contentieux administratif peut être créée sans qu'il soit besoin de réviser la Constitution.

L'année 1921 touche à sa fin. Nous voici arrivés au terme de l'épisode de la révision constitutionnelle manquée. Celui de la dernière ligne droite peut commencer.

L'épisode de la dernière ligne droite : 1928-1948

Cette dernière ligne droite, qui ne fut d'ailleurs pas si rectiligne que cela, s'étirera de 1928 à 1948! Le spectre du Conseil d'État habite toujours certains esprits. Devenu procureur général près la Cour de cassation, Paul Leclercq témoigne de sa hantise avec férocité : « *et l'on voit réapparaître l'institution, de*



laquelle le Congrès n'a pas voulu : le Conseil d'État, ce cadavre qu'on a beau tuer ; il renaît des poussières administratives comme le Phénix de ses cendres». Puis vient cet aveu, lourd de sens : « *Le public belge ne sait pas [...] que la jurisprudence du Conseil d'État de France, si elle constitue une très belle construction juridique, est, à un autre point de vue, atteinte d'un vice : elle est en dehors du droit civil.* »

Insensiblement, la fin de l'histoire se profile à l'horizon. Elle va se dérouler en deux temps : il y a l'avant et l'après-Second Guerre mondiale. L'avant tourne autour de deux axes : le premier axe est constitué par le duo Velge-Carton de Wiart et le gouvernement van Zeeland forme le deuxième. Viendra ensuite le temps d'après, celui des derniers pas, puis de l'apothéose.

Avant la Seconde Guerre mondiale

Le duo Velge-Carton de Wiart

Secrétaire adjoint du Conseil de législation dès 1911, Henri Velge a pris de l'ascendant avec les années. Devenu professeur à l'université de Louvain, il rédige, en 1930, un petit ouvrage dédié à l'institution d'un Conseil d'État en Belgique. Au grand étonnement de l'intéressé ses travaux recueillent un vif succès dans les milieux qui comptent. Le Conseil d'État est à nouveau sur les rails et, cette fois, c'est sûr, il parviendra à destination. Pas si vite cependant, car, si Henri Velge n'exclut pas tout à fait la mise sur pied d'une Cour de contentieux administratif, il recommande plutôt de confier le recours pour excès de pouvoir à la Cour de cassation. Quant à la contribution à l'amélioration de la rédaction des textes législatifs et réglementaires, Henri Velge juge qu'il s'agit là d'un métier tout différent. Il préconise, dès lors, d'en confier plutôt la charge à un Conseil de législation à instituer auprès du gouvernement et du Parlement. Pas de Conseil d'État donc ! Ironie de l'histoire, Henri Velge deviendra, en 1947, le premier des premiers présidents du Conseil d'État de Belgique, une institution dont, moins de vingt années plus tôt, il ne recommandait pas la création !

Jean Romieu, pour sa part, avait parfaitement vu juste dès 1910 et l'avait fort bien prédit : il n'y a pas et il n'y aura jamais de majorité en faveur d'une thèse qui reviendrait à attribuer le contentieux d'annulation des actes administratifs au pouvoir judiciaire. Au tournant des années trente, ce point de vue était largement dominant en Belgique. Dès lors, si l'on entendait vraiment confier à un juge le soin de connaître du recours pour excès de pouvoir, il s'imposait, au nom du sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs, d'ériger une Cour de contentieux administratif. Henri Velge écrira donc, pour le compte du député Carton de Wiart, une proposition de loi portant création d'une telle Cour. Les aléas de la vie parlementaire conduiront l'honorable député à déposer sa proposition à trois reprises, en 1930, en 1933 et en 1936. Au fil des ans, la proposition s'enrichit des réflexions et du soutien des milieux universitaires. Elle reçoit également, en 1933, l'appui du roi Albert en personne : « *Nous n'avons en Belgique ni tribunaux administratifs, ni Cour de contentieux administratif. C'est une lacune de nos institutions nationales.* » Il sied de relever ici, ce n'est pas innocent, que le chef de cabinet du roi est alors un certain Louis Wodon, une vieille connaissance déjà rencontrée en 1920 et que nous allons retrouver.

Une précision importante s'impose à ce stade : c'est bien une compétence juridictionnelle, et non pas une simple compétence d'avis, dont la Cour de contentieux administratif en projet se voit investie. La Cour n'est d'ailleurs pas appelée à exercer cette compétence au seul contentieux d'annulation, mais également à celui de l'indemnité. Ce second contentieux est considéré comme le complément nécessaire du contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics : il est subsidiaire à lui. Au contentieux de l'indemnité, la Cour de contentieux administratif aura vocation à juger, en équité, des actions en réparation d'un dommage causé par l'action non fautive de l'administration. Elle sera donc compétente chaque fois que le litige ne portera pas sur un droit civil, c'est-à-dire, en d'autres termes, chaque fois que le juge judiciaire ne sera pas compétent pour connaître de la contestation.

Tout est-il pour le mieux dans le meilleur des mondes ? Pas vraiment, car, au milieu des années trente, la peste brune se fait menaçante et, somme toute, ceci ne sera pas sans conséquence sur cela.

Le projet van Zeeland

Le 24 juin 1936, le nouveau Premier ministre, Paul van Zeeland, présente le programme de son gouvernement. Surprise ! Il annonce « *la création d'un Conseil d'État composé de personnalités choisies parmi les plus éminentes du pays [qui] comprendra un conseil de législation et une cour de contentieux administratif* ». Mais ce Conseil d'État n'a pas d'autre vocation que de devenir une bien pâle réplique de son prestigieux homologue français. C'est que l'institution projetée a pour destinée principale d'être vouée toute à la gloire du gouvernement. En réalité, c'est l'autorité et le prestige de son propre exécutif que Paul van Zeeland cherche à renforcer pour, selon toute vraisemblance, tenter de contrer le rexisme, ce mouvement politique d'extrême droite de plus en plus envahissant et inquiétant. Un Conseil d'État instrumentalisé, si l'on ose ainsi s'exprimer... La mission du Conseil d'État sera donc purement et exclusivement consultative. Ce qui est tout naturel pour la législation constituée, toutefois, pour le contentieux, un spectaculaire recul par rapport à la proposition Carton de Wiart. Et dire que cette dernière proposition bénéficiait pourtant de la caution des milieux universitaires ! Voilà donc dans quelles conditions la structure bicéphale empruntée au Conseil d'État de France pénètre dans l'histoire de la Belgique. Et elle ne la quittera plus.

Pour donner un vernis scientifique à son projet, le gouvernement van Zeeland charge une commission extraparlamentaire d'en rédiger le texte. C'est la commission Rolin, du nom de son président, par ailleurs président de la Cour de cassation. Triés sur le volet, ses membres sont entièrement dévoués à la cause du gouvernement en place. Une exception confirme la règle. Henri Velge est en effet aussi du nombre : un « *otage* » en quelque sorte, pour reprendre le mot utilisé par Joseph van der Linden d'Hoogvorst en 1834 !

Cette commission remplira parfaitement la mission que le gouvernement attendait d'elle, non sans commettre au passage une solide imprudence : en annexe à son rapport, et comme pour cautionner celui-ci, la commission Rolin croit bien faire en joignant de larges extraits de l'ouvrage publié par Louis Wodon en 1920. C'était là sans compter avec le fait que Louis Wodon avait pu



changer d'avis depuis lors, ce qui était précisément le cas ainsi que nous allons le voir. Le 20 mars 1937, le gouvernement dépose sur le bureau de la Chambre des représentants un projet de loi qui s'inspire très largement du texte rédigé par Henri Rolin et ses disciples. Dans ce Conseil d'État cohabiteront une section de législation et une section d'administration. Elles sont du reste toujours bien présentes aujourd'hui si ce n'est que, depuis 2006, la deuxième porte le nom de section du contentieux administratif.

Moyennant quelques adaptations, le projet van Zeeland est adopté par les députés le 12 avril 1938. En regard de la proposition portée par Henry Carton de Wiart, Henri Velge et les milieux universitaires, le texte ainsi voté se présente comme étant le résultat d'une chute vertigineuse, puisque la section d'administration ne bénéficie d'aucune compétence juridictionnelle, ni au contentieux de l'indemnité ni même, pour l'essentiel, au contentieux de l'annulation. La pente à remonter était donc particulièrement abrupte. Elle sera effectivement remontée et tout le mérite en reviendra au Sénat... et à Louis Wodon!

C'est, en effet, Louis Wodon en personne qui donnera un coup de pouce décisif aux sénateurs. Lors d'une communication effectuée le 5 décembre 1938, celui qui fut le chef de cabinet du roi rappelle en substance que, depuis son origine, la Constitution belge habilite les cours et tribunaux à paralyser l'action de l'administration lorsqu'elle pose des actes administratifs illégaux. Puis, négociant un virage à 180 degrés au prix d'une hardiesse étourdissante, il en vient à reconnaître au juge, fût-il administratif, la faculté d'annuler, pour excès de pouvoir, les actes posés par les autorités administratives.

Pour leur part, les sénateurs s'empressent d'applaudir à tout rompre... et d'enfoncer le clou! Que l'on en juge : « *un conseil d'État est attendu depuis plus d'un siècle, il est vrai, mais ce n'est point la faute du Sénat ni des sénateurs si la Belgique est privée jusqu'ici de cette haute juridiction. Nous dirons les efforts louables et répétés de nombreux membres de la Haute Assemblée, accomplis en vue de cette institution; ces efforts, hélas, devaient échouer toujours devant l'opposition et l'inertie de la Chambre des représentants ou des gouvernements* ». Les honorables membres du Sénat ajoutent : « *la très longue et très concluante expérience de la France – dont le Conseil d'État possède le pouvoir de juger depuis 1872 – cessera enfin d'être lettre morte pour notre pays, dont le droit a tant d'analogies avec celui de la grande démocratie voisine* ». C'est le retour en grâce – et même la consécration – du « *modèle français* », dans toute sa splendeur!

Désormais, il est acquis que la section d'administration se prononcera par voie d'arrêt sur les recours en annulation, pour excès de pouvoir, des actes des autorités administratives. Un bémol cependant : elle ne disposera que d'une compétence d'avis lorsqu'elle sera saisie d'une demande d'indemnité. Mais, pour dire la vérité, le contentieux de l'indemnité ne décollera jamais vraiment. Telle est d'ailleurs bien la raison pour laquelle, le 3 juin 1971, le législateur attribuera au Conseil d'État également une compétence juridictionnelle dans ce domaine. Malgré cela, le contentieux de l'indemnité restera confiné dans la marginalité.

Avant d'en finir, les sénateurs ne manquent pas de prodiguer leurs bons conseils à « *nos* » futurs conseillers d'État : « *Ils tireront souvent grand profit de la jurisprudence du Conseil d'État français. Signalons dès à présent à leur attention*

l'ouvrage de M. R. Ockrent, classé premier au concours universitaire 1936-1937 des sciences politiques et administratives. Ce mémoire répondait à une question ainsi posée : Au cas où une Cour de contentieux administratif serait créée en Belgique, dans quelle mesure pourrait-elle utiliser la jurisprudence du Conseil d'État de France ?»

Le Sénat adopte le projet ainsi amendé le 5 juillet 1939. Celui-ci fait alors immédiatement retour à la Chambre, mais la deuxième conflagration mondiale aura évidemment raison de la poursuite des travaux.

C'est à présent l'heure de l'après-Seconde Guerre mondiale, celle des derniers pas, puis de l'apothéose. Les derniers pas tout d'abord !

Après la Seconde Guerre mondiale

Les derniers pas

Au soir du 8 mai 1945, le champ de bataille cède la place à un champ de ruines. Tout est à reconstruire. Il s'indique aussi de tenter de surmonter les profondes divergences apparues avant la guerre entre les députés et les sénateurs, autour de la création d'un Conseil d'État. Le ministre de l'Intérieur charge une commission consultative de cet exercice. Elle n'aura eu, finalement, pas fort à faire : les députés et les sénateurs étaient, en effet, dans de bonnes dispositions. Le constat vaut spécialement pour les députés, car, en réalité, c'est la position des sénateurs qui, largement, s'imposera.

Le 20 décembre 1945, la Chambre des représentants adopte le projet par 108 voix pour, 3 contre et 9 abstentions.

Le Sénat, de son côté, vote le texte le 11 décembre 1946 à l'unanimité des membres présents. Le ministre de l'Intérieur s'exclamera alors : « *Messieurs, je ne sais si l'opinion s'en rend compte. Nous venons de voter un quart de Constitution.* » L'affirmation ne manque pas de piquant, si l'on veut bien se souvenir que le Conseil d'État de Belgique ne prendra place dans la Constitution que le 18 juin... 1993 !

L'apothéose

La loi portant création du Conseil d'État sera sanctionnée et promulguée le 23 décembre 1946. L'installation solennelle de la nouvelle institution se déroule le 9 octobre 1948. Nos voisins français, hollandais et luxembourgeois rehaussent la cérémonie de leur présence. Henri Velge, le premier des premiers présidents, est contraint de renoncer à être de la partie, pour des raisons de santé.

Au nom de ce dernier, le président du Conseil d'État de Belgique évoque alors un certain voyage à Paris en ces termes : « *À Paris particulièrement toutes les portes se sont ouvertes et, dans cet historique Palais-Royal, nous avons eu l'insigne privilège, grâce à l'extrême obligeance de ce grand président qu'est Monsieur Cassin et ses collègues, de vivre pendant près d'une semaine la vie des conseillers d'État français et de nous pénétrer des travaux de leurs sections d'administration et du contentieux.* »



Conclusion

« *Le passé est un socle, une fondation, qu'il nous faut connaître et déchiffrer pour continuer de construire le présent et préparer l'avenir.* » Ces termes choisis sont empruntés à Monsieur le Vice-président Jean-Marc Sauvé. Je ne puis mieux faire que d'y souscrire sans réserve, car c'est aussi à l'aune de notre histoire, des avancées et des avatars dont elle est parsemée, qu'il sied de concevoir demain et de prendre la mesure de toutes les suggestions visant à parfaire la conception de la règle de droit et à encadrer l'action menée par l'administration au service du bien commun.

L'histoire du Conseil d'État de Belgique se poursuit. Une histoire française ? Une histoire belge, en tout cas ! Qu'il me soit permis, pour ma part, de conclure par cette pensée de Montaigne, citée en exergue du discours prononcé par maître Albert van Zuylen en 1879 : « *J'ay seulement faict icy un amas de fleurs estrangeres, n'y ayant fourny du mien, que le filet à les lier.* »

L'ENA sous la présidence de René Cassin (1945-1960)

Antoine PROST

L'ENA fait aujourd'hui partie de notre paysage institutionnel, au point que nous avons oublié ses débuts difficiles. Elle eut, en fait, beaucoup de mal à s'imposer, et elle le dut en grande partie à l'action de son conseil d'administration que René Cassin a présidé avec qualités pendant quatorze ans, de 1945 à 1960. Il était composé de personnalités éminentes. Les deux fondateurs de l'ENA, Michel Debré et Jean-Marcel Jeanneney, y côtoyaient le directeur de la fonction publique, Roger Grégoire, puis Pierre Chatenet, le directeur de l'Institut d'études politiques, Roger Seydoux puis Jacques Chapsal, le président de la Fondation nationale des sciences politiques, André Siegfried puis Pierre Renouvin. Des hommes aussi différents que René Brouillet, François Bloch-Lainé, Henri Wallon, ou Robert Bothereau y ont siégé, ainsi que, à titre consultatif, le directeur de l'École, Henri Bourdeau de Fontenay, un résistant qui avait été commissaire de la République à Rouen.

Cassin a accordé une grande importance à ce conseil. Il n'a manqué que quatorze de ses réunions sur cent quarante au cours de son mandat, ce qui est fort peu compte tenu de ses responsabilités au Conseil d'État et, surtout, à la commission des droits de l'homme de l'ONU. Il a dégagé du temps pour remplir ces fonctions et il s'est beaucoup investi pour faire valoir dans les sphères gouvernementales les intérêts de l'École. Il le fallait, en effet, pour surmonter les difficultés qui rendent ses premières années quelque peu agitées. C'est ce que nous nous proposons d'étudier ici à partir des procès-verbaux des conseils d'administration de l'ENA¹. Un groupe de hauts fonctionnaires éminents et résolu peut-il assurer le succès d'une innovation majeure, malgré les résistances de ceux qu'elle concerne et d'une partie du personnel politique ?

Les résistances des ministères

La création de l'ENA est la clé de voûte d'un projet beaucoup plus vaste de refonte des administrations centrales. Il s'agit de créer une haute fonction publique interministérielle. C'est pourquoi l'ordonnance du 9 octobre 1945 qui crée l'ENA est aussi celle qui crée la direction de la fonction publique, le

1 Ils sont conservés au CAC, à Fontainebleau, versement 19900256, art. 1 à 3. La référence à leur date suffit à les identifier.

corps des administrateurs civils et celui des secrétaires d'administration. Elle est accompagnée de l'ordonnance qui institue la Fondation nationale des sciences politiques et de sept décrets d'application. L'objectif est de mettre fin aux cloisonnements entre ministères. L'ENA, dit Cassin, « n'est pas née du besoin de mieux recruter ce qu'on appelle les grands corps, elle est née du besoin de briser certaines cloisons² ». Or les différentes administrations tenaient à l'autonomie de leur recrutement et elles n'ont pas accepté facilement de recruter des énarques, dans l'espoir que cette expérience finirait par avorter. Il n'est pas excessif de parler de « l'opposition sourde mais violente de certains éléments des grands corps et des vieilles administrations³ ». « On ne mesure pas, témoigne Jean Sérisé⁴, le choc qu'a représenté pour les administrations centrales – et pour les grands corps – la naissance de l'ENA qui les privait de tout contrôle direct sur leur recrutement [...] nous étions attendus comme le gibier au coin du bois, observés par tous, redoutés par certains⁵. » Son administration, les Contributions directes, le dissuadait de se présenter au concours, car l'avenir de l'École paraissait tout à fait incertain.

Ces résistances mettaient en question la survie même de l'École. Cassin et le conseil d'administration durent mener un combat incessant pour les surmonter.

Les débouchés

Il fallait d'abord que les énarques trouvent des postes dans la fonction publique. Or, paradoxalement, jusqu'à une décision du Conseil d'État de 1957, le succès au concours ne leur donnait aucun droit à un emploi. Chaque année, un arrêté établissait la liste de ceux qui étaient attribués aux sortants de l'ENA. Mais la correspondance entre le nombre des places au concours et celui des emplois disponibles deux ou trois ans plus tard n'était nullement garantie.

La difficulté apparut dès 1947, quand la première promotion qui avait fait seulement deux années de formation sortit de l'ENA. En effet, l'inflation galopante avait conduit le gouvernement à prendre des mesures drastiques, créant une commission de la hache pour supprimer les emplois inutiles et repoussant l'âge de départ en retraite de trois ans pour tous les fonctionnaires, et même de cinq pour ceux des Affaires étrangères. Du coup, les postes qui devaient se libérer et créer un appel d'air favorable aux énarques se trouvaient bloqués. En outre, au même moment, avec l'appui du Parlement, le gouvernement ouvrait un concours pour promouvoir dans le corps des administrateurs civils certains cadres supérieurs des ministères. Quarante candidats furent ainsi titularisés sur des postes auxquels les énarques auraient pu prétendre, ce qui était pour ceux-ci d'autant plus amer que vingt-sept des heureux promus avaient échoué à l'entrée de l'ENA ! Comme si le

2 CA 28/6/57.

3 Pierre de Boisdeffre, promotion Nation unies, 1947-49, « La formation des fonctionnaires depuis 1945. L'École nationale d'administration », *Le Monde*, 8 novembre 1952.

4 Promotion France Combattante, 1946-47.

5 Témoignage de Jean Sérisé, in *Cahiers pour une histoire de l'ENA*, n° 1, Paris, La Documentation française, 2007, « France Combattante, mars 1946-juillet 1947 », p. 203 et 214.

climat n'était pas déjà explosif, le gouvernement tardait à publier la liste des emplois proposés aux sortants de l'ENA, et Fontenay ne parvenait pas à obtenir audience du ministre dont relevait la Fonction publique, Pierre-Henri Teitgen.

Les élèves décidèrent donc de rendre public leur mécontentement devant la situation qui leur était faite, et tinrent une conférence de presse au *Lutetia* le 29 mai 1947 au matin. Teitgen, qui devait les recevoir l'après-midi même, le prit très mal et leur ferma sa porte. Devant cet incident, le conseil d'administration était bien embarrassé. Pour prendre des sanctions, il faudrait identifier des responsables, or la promotion entière semble engagée. Leur adresser une semonce ? Cela gêne Jeanneney, car l'initiative des élèves a eu des résultats : Teitgen a aussitôt reçu Fontenay, et l'arrêté fixant les débouchés a été publié. La direction de l'École a obtenu ce qu'elle demandait : « *un nombre raisonnable de places, en particulier au ministère de l'Intérieur, et l'augmentation du nombre de places à l'Inspection des finances et au Conseil d'État. Tout cela est très fâcheux, parce que lorsque vous aurez adressé votre semonce aux élèves, ils pourront se dire : il n'empêche que nous avons tout de même obtenu quelque chose*⁶ ». Finalement, Teitgen vint à l'ENA tenir aux élèves un beau discours sur les devoirs des serviteurs de l'État, et Cassin leur adressa au nom du conseil une semonce dont il refusa d'écrire le texte : « *Ce n'est tout de même pas un arrêt de condamnation à mort, il faut leur parler sur un ton humain*⁷. »

Le problème se posa de nouveau l'année suivante. L'ENA était organisée jusqu'à sa réforme de 1958 en quatre sections, à l'exemple des sections administratives du Conseil d'État : administration générale, administration économique et financière, affaires sociales et affaires étrangères. Les débouchés dépendaient de la section choisie, le Conseil d'État seul pouvant recruter à partir des quatre sections, et la Cour des comptes à partir des trois premières. Pour entrer dans la « *carrière* », il fallait sortir de la section des affaires étrangères, et de la section économique et financière pour l'Inspection des finances. En 1948, les élèves ne trouvent pas tous au sortir de l'École un poste correspondant à leur section. Après avoir envisagé de les nommer pour ordre dans une administration adéquate, et de les détacher aussitôt dans une autre administration, l'on décida de les nommer directement hors de leur section dans l'intérêt du service.

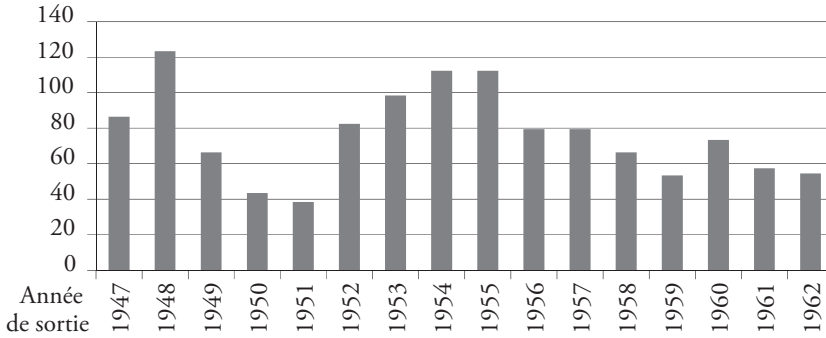
Ces difficultés conduisent à une réduction drastique du nombre de postes au concours. En 1948, ils sont amputés de moitié, passant à quarante, relevés finalement à quarante-six, ce qui met en question l'avenir de l'École. La crise des débouchés est récurrente, comme le montre le graphique ci-dessous. En 1954, le directeur de la fonction publique dispose de 104 emplois pour 109 sortants, alors qu'il y a eu 60 à 80 intégrations dans le corps des administrateurs civils⁸.

6 CA 14/6/47.

7 CA 26/6/47.

8 CA 18/6/54. On envisage, pour l'écartier, une solution qui aurait consisté à considérer cinq sortants comme « *inaptes* ».

Effectifs des promotions sortant de l'ENA



Source : *Annuaire de l'Association des anciens élèves de l'ENA*, 1995.
Les années 1948 et 1949 ont compté chacune deux promotions.

La volonté d'économies n'est pas la seule raison de la crise récurrente des débouchés : les administrations minimisent les besoins qu'elles déclarent, dans l'espoir de maintenir ou de rétablir leur recrutement propre. La Cour des comptes vient ainsi demander au conseil de l'ENA, le 19 février 1949, de lui donner trente auditeurs, car ses charges ont augmenté du fait des entreprises nationalisées et de la sécurité sociale qu'elle contrôle. Compte tenu de l'effectif réel des promotions de l'ENA, une manœuvre de la Cour des comptes est probable. La Cour attend une réponse négative qui lui permettrait de plaider en faveur du rétablissement de son concours, l'ENA s'avérant incapable de répondre à ses besoins. Devant une délégation de la Cour venue présenter sa demande au conseil du 19 février 1949, Jeanneney s'étonne : « *Voici quelques mois, la Cour des comptes déclarait ne pouvoir offrir que deux places par an à nos élèves et elle en réclame trente aujourd'hui. Je ne peux pas croire que cela était tout à fait imprévisible.* » La Cour obtint l'année suivante une partie des postes demandés, mais l'épisode est révélateur des résistances qu'affronte l'ENA à ses débuts.

Elle parvint à les surmonter grâce, d'une part, à Roger Grégoire, qui, en sa qualité de directeur de la Fonction publique, s'est toujours opposé aux recrutements parallèles, et, d'autre part, à René Cassin, qui joua le jeu constamment comme chef de corps et accueillit volontiers les énarques au Conseil d'État. Au bout de quelques années, il apparut que ce qui était bon pour le Conseil ne pouvait pas être mauvais pour les autres administrations. Mais des ministères comme l'Agriculture ou l'Équipement persistaient à refuser les énarques en avançant la nécessité de compétences techniques. À court terme, la crise des débouchés fragilisait l'École, la marginalisait et faisait douter d'elle, d'autant qu'elle la rendait onéreuse. Devant le peu de places mises au concours de l'ENA en 1955, Cassin s'indignait : « *Il est pénible à un conseil d'administration d'admettre la réduction de ses promotions alors qu'il voit que, dix ans après la loi de 1945, il y a une bastille dans laquelle aucun*

*administrateur sorti de l'École n'est entré*⁹. » Le plus irritant pour le conseil était le maintien par l'Intérieur du recrutement de chefs de cabinet par un examen donnant accès à une liste d'aptitude régulièrement plus longue qu'il n'offrait de places aux énarques, ce qui permettait à des candidats refusés à l'ENA d'obtenir des postes auxquels les énarques auraient pu prétendre¹⁰. Aussi l'abandon en 1959 de ce recrutement parallèle fut-il salué par Cassin comme une victoire¹¹.

Les carrières

La résistance des administrations à la pénétration des énarques ne se manifeste pas seulement par le petit nombre de postes qu'elles leur offrent : elles entravent aussi leurs carrières. Aux Affaires étrangères, les énarques ne sont pas reclassés et restent administrateurs civils adjoints en 1949¹². L'Agriculture refuse d'inscrire au tableau d'avancement des énarques sortis du concours fonctionnaires sous prétexte qu'ils n'ont pas la licence : en 1954, sur 148 administrateurs civils, ce ministère ne compte que 2 énarques. De 1947 à 1955, les Travaux publics accueillent 3 énarques, mais leur mesurent si chichement la place que deux d'entre eux vont tenter leur chance ailleurs. L'Intérieur affecte au fichier de la Sûreté générale un énarque qui a manqué d'une place la Cour des comptes. C'est peu de dire que les énarques sont parfois mal accueillis.

Quand ils le sont bien, comme au Conseil d'État, leur régime indemnitaire ne leur est pas favorable. Cassin s'indigne : « *J'ai des garçons sortis de la fonction publique de la plus haute valeur, qui sont dans ma maison depuis six ans ; ils n'ont pas l'indemnité différentielle qu'ils auraient eue s'ils étaient restés dans leur administration. Est-ce que vous croyez que c'est moral*¹³ ? »

Quant aux Finances, elles mesurent au plus juste le budget de l'ENA. Elles refusent par exemple de rémunérer le président du jury d'admission pour les épreuves écrites, si bien que la direction de l'École prélève sur l'indemnité des correcteurs celle du président, ce qui indignait Jeanneney : « *Il est vraiment fâcheux que [...] ce soient en somme les membres du jury qui se cotisent pour payer leur président*¹⁴. » Les Finances refusent aussi de donner aux professeurs de l'ENA la même rémunération qu'à ceux des facultés¹⁵. La charge des stages avait imposé de donner au directeur des stages un adjoint, détaché du Conseil d'État, mais les Finances refusaient de créer un poste pour cette fonction. Il fallut une lettre

9 CA 20/5/55.

10 CA 22/3/57. Fontenay a fait le compte : sur 20 inscrits sur la liste d'aptitude pour laquelle un examen a été ouvert en 1956, 18 avaient échoué au concours de l'ENA. Le sujet revient aux conseils des 18/5/56, 16/11/56, 19/12/58, 17/4/59, 15/5/59, etc.

11 CA 18/12/59.

12 CA 21/5/49.

13 CA 15/5/56. Il s'agit d'élèves entrés à l'ENA par le concours interne. Nous reviendrons plus loin sur leur situation.

14 CA 20/11/53.

15 CA 30/4/54.

au ministre du président du Conseil lui-même, Pierre Mendès France, pour que le directeur du budget l'accepte en 1955¹⁶.

Ces difficultés récurrentes montrent combien l'unification du recrutement de la haute fonction publique heurtait les habitudes. Les fondateurs de l'ENA les avaient prévues. Ils craignaient à juste titre que les administrations ne recréent des concours spéciaux et ne rejettent les énarques si leur formation ne tenait pas compte des spécificités des divers champs administratifs. Ils avaient donc adopté une organisation en sections spécialisées. Or cette organisation était elle-même un facteur de difficultés supplémentaires.

Les sections

L'ENA était structurée, on l'a vu, en quatre sections. Cette structure compliquait beaucoup et le concours d'entrée, du fait d'épreuves propres à chaque section, et le classement de sortie, car les élèves étaient classés à la fois dans leur section, et dans l'ensemble de la promotion. Elle était en outre relativement onéreuse, car elle conduisait à des enseignements spécifiques pour des groupes d'élèves parfois très peu nombreux. Elle engendrait enfin des inégalités entre élèves. La section économique et financière, la plus riche en débouchés, était particulièrement recherchée, et celle des Affaires étrangères avait la réputation de peu exiger d'élèves trop assurés de leur avenir. Les sections sont donc l'objet d'interrogations récurrentes, et il n'est guère de réunion du conseil d'administration où leur regroupement ou leur suppression ne soient discutés¹⁷.

Cassin, Debré, Jeanneney et plus tard Bloch-Lainé ont défendu avec constance et fermeté les sections. Leur première préoccupation était d'empêcher les administrations de rétablir des recrutements indépendants, et ils ne voulaient pas qu'elles puissent reprocher à l'ENA une formation trop générale, qui ne tiendrait pas compte de leurs spécificités. Le comportement de l'Agriculture, des Travaux publics et même de l'Intérieur justifiait ces craintes, et l'on peut se demander si une ENA sans sections aurait réussi à s'imposer dans ces premières années. Mais d'autres arguments apparaissent dès 1948, quand l'Inspection de finances demande à recruter non seulement dans la section économique et financière, mais, comme la Cour des comptes, dans toutes les sections, sauf celle des Affaires étrangères. Pour Debré, placer l'Inspection dans les carrières communes, c'est rétablir deux catégories : les grands corps et les autres. « *Cette discrimination existe encore* », reconnaît-il, mais il ne faut pas la solidifier¹⁸. L'un des objectifs de l'ENA était de supprimer la distinction entre les grands corps et les administrations centrales, de faire des administrateurs civils un nouveau grand corps¹⁹. Il s'oppose ainsi à un projet de décret qui réserverait les fonctions

16 Lettre du 6 octobre 1954, AN 382AP/86, dossier « *Correspondance 1954* » ; CA 20/5/55.

17 Jeanneney en fait la remarque, à propos d'un projet de rattachement de la section sociale à celle d'administration générale, qui a été examiné par le Conseil d'État ; CA 10/5/47.

18 CA 3/7/48.

19 CA 16/5/52.

de sous-directeurs de ministères aux membres des grands corps, alors que, fait remarquer Bloch-Lainé, on nomme des énarques à l'Imprimerie nationale²⁰. En sectorisant, en technicisant les débouchés, les sections visaient à contrecarrer leur hiérarchisation. Cet objectif s'éloigne, mais Debré et Jeanneney y restent attachés. En 1955, ce dernier est choqué d'entendre le directeur de la Fonction publique, Chatenet, utiliser l'expression « *sortir dans la botte* » :

« Il y aurait alors à la sortie de cette école vraiment deux catégories de carrières : la botte, les carrières communes destinées aux princes de l'esprit à qui on ne demande que d'être des gens intelligents, sans se préoccuper du tout du genre d'études qu'ils ont fait [*sic*], et puis les autres, destinées aux pauvres types, qui ne sont capables que d'œuvrer dans le sillon de leur spécialisation technique. Cela irait tout à fait à l'encontre de ce qu'on a souhaité quand on a fait l'École²¹. »

Cassin partage ce souci, mais il développe deux arguments supplémentaires en faveur des sections. Le premier est pédagogique : il serait partisan d'une formation générale si l'ENA recrutait ses élèves au sortir du baccalauréat, mais le concours venant après la licence, leur formation générale est achevée et il faut donc leur donner une formation spécialisée²². C'est pour lui une école d'application. Le second relève de la défense du concours interne. Il estime que les épreuves propres à chaque section sont mieux adaptées que les épreuves générales aux connaissances de fonctionnaires expérimentés, mais peu diplômés. La suppression des sections les défavoriserait²³.

Contesté par le rapport Le Gorgeu, le système des sections fut définitivement remis en cause en 1956. Pour des raisons de prestige, les Affaires étrangères demandaient que la diplomatie devienne une carrière commune. Comme c'était pratiquement le seul débouché de la section correspondante, accepter cette demande conduisait à sa suppression. Debré continue à s'y opposer²⁴, mais le gouvernement y est favorable, comme la majorité des anciens élèves consultés, et elle est adoptée au début de 1958²⁵. Le décret du 13 décembre, longtemps retardé par la conjoncture, réorganise les concours et supprime les sections.

Ce combat retardateur perdu illustre la défensive à laquelle l'ENA est contrainte. Loin de faire l'unanimité dans les sphères gouvernementales, elle doit en effet faire face à une contestation qui tourne parfois à la brimade.

20 CA 19/11/54.

21 CA 18/11/55.

22 CA 25/9/48.

23 CA 16/5/52.

24 CA 16/11/56.

25 Décret du 24 février 1958.

La contestation politique et pédagogique

Une conception novatrice de la formation

L'ENA a été créée en 1945 par des résistants, marqués par la débâcle et les reniements de 1940. Ils partageaient les réflexions de leur génération sur les causes de cette catastrophe nationale, et comme Marc Bloch, les réformateurs de la commission Langevin-Wallon ou les promoteurs des classes nouvelles, ils portaient un jugement sévère sur la responsabilité des élites et de leur formation. Élever le niveau de la haute fonction publique était donc l'un des objectifs majeurs de la création de l'ENA et du Centre des hautes études administratives.

Cassin était absolument convaincu du rôle essentiel de la haute fonction publique : « *Les grandes époques d'un État sont les époques où les administrations centrales sont d'une qualité exceptionnelle*²⁶. » À la différence de membres du conseil comme Debré ou Jeanneney, qui ont été ses étudiants, il a constaté directement les insuffisances d'avant-guerre, et sa critique est d'une rare véhémence : « *On a vu des directeurs de ministères en 1939-1940 qui étaient tout juste bons pour être sous-chefs de bureau ; je le dis parce que je l'ai vu.* » Jusqu'en 1929, le bas niveau des traitements détournait les candidats si bien qu'il y avait parfois dix fois plus de places que de candidats. « *Dans certains secteurs, on a pris le rebut.* » Puis, avec la crise, la fonction publique a attiré, mais ce sont alors les places qui ont manqué ; on est même passé de onze places à zéro pendant plusieurs années avant de reprendre les recrutements. « *J'ai présidé des jurys d'administrations centrales entre 1919 et 1939 et j'ai vu les conditions lamentables et le hasard qui présidaient à ce recrutement*²⁷. » « *Le mépris dans lequel le pays a tenu sa fonction publique entre 1919 et 1929 a été payé lourdement en 1940. Ce n'est pas seulement une défaite militaire que nous avons subie, c'est une défaite nationale, en ce sens que le sommet de l'administration de l'État n'était plus à la hauteur, au moins dans d'assez nombreux ministères*²⁸. »

Mais Cassin se fait une idée très moderne de la formation. D'abord, il prend en compte l'âge des élèves : « *Au fond, le caractère de l'École est dominé par l'âge tardif auquel les gens y accèdent. Le problème n'est pas le même que si nous avions à faire à des jeunes hommes sortant de l'enseignement secondaire*²⁹. » Il ne réduit pas la formation aux connaissances. « *Le plus important, et qui répond aux vœux des fondateurs de l'École, c'est que celle-ci ne donne pas seulement une formation intellectuelle, mais une formation d'homme*³⁰ », dit-il un jour. C'est le sens des

26 CA 15/6/56.

27 Intervention de Cassin lors d'un colloque sur l'ENA organisé au Centre de recherches administratives de Sciences Po le 27 novembre 1954, Archives nationales, fonds Cassin, 382AP/87.

28 CA 28/6/57.

29 CA 25/10/47.

30 CA 16/2/51.

épreuves physiques au concours : « *L'idée à laquelle certains d'entre vous ont obéi en parlant d'épreuves physiques, c'était d'introduire une épreuve de caractère, de tempérament qui complète l'épreuve de connaissances*³¹. » Aussi lui paraîtrait-il absurde de la remplacer par une épreuve de langues pour les candidats inaptes.

C'est surtout la raison d'être du stage. Nous mesurons mal aujourd'hui l'innovation révolutionnaire que représentèrent les stages. Aucune formation universitaire ne leur accordait alors la moindre place. Or ils sont mentionnés dès l'exposé des motifs de l'ordonnance du 9 octobre 1945 :

« L'École leur enseignera [aux élèves] les techniques de la vie administrative et politique; elle s'efforcera de développer en eux le sentiment des hauts devoirs que la fonction publique entraîne et les moyens de les bien remplir. Des stages effectués en province, dans les territoires d'outre-mer, à l'étranger ou à Paris même, associeront étroitement des expériences pratiques aux enseignements théoriques. »

Le décret statutaire plaçait le stage en tête du titre consacré à l'enseignement de l'École, lui affectait la première année et lui donnait deux coefficients sur huit (un pour le stage, et un pour le mémoire) dans le classement de sortie. Il créait un poste de directeur des stages, qui fut occupé par Pierre Racine. Celui-ci expose longuement la philosophie du stage au conseil du 16 janvier 1947. Il lui assigne trois objectifs : ouvrir l'esprit, former le caractère et donner une première expérience administrative. Au stage administratif d'une année, il imagine en 1949 d'ajouter un stage ouvrier de quinze jours. La discussion est très vive au conseil : quinze jours, c'est très peu, disent les uns, les élèves n'apprendront rien. Soutenu par Wallon et Dennery³², Racine fait valoir qu'ils permettront de comprendre le travail et la tension nerveuse de l'atelier. Il attribue surtout à ce stage une fonction sociale : « *Je désire [...] que nos futurs fonctionnaires soient mis loyalement en contact avec tous les milieux de la nation, de manière à acquérir au moins de la compréhension, sinon de la sympathie pour tous les gens qu'ils auront à administrer plus tard*³³. » Un accord se dessine pour introduire un tel stage dans le programme de la section sociale, mais Cassin va plus loin. Il fait confiance au responsable des stages et conclut en lui donnant raison.

Si l'année de stage est pour le conseil de l'ENA une composante essentielle de la formation, il n'en va pas de même à l'extérieur. Cette innovation n'est pas comprise. Beaucoup de fonctionnaires parisiens considèrent que cette formation humaine ne sert à rien ; ils n'en sentent ni l'intérêt ni le besoin³⁴. C'est pour eux une promenade onéreuse, qui allonge inutilement la formation. Elle est suspecte aux conservateurs qui y voient une mesure inspirée par la Libération, ce qui vaut condamnation pour eux, à l'exception des gaullistes. La contestation politique de l'ENA prend donc la forme d'une contestation pédagogique par le biais d'une remise en question du stage.

31 CA 11/7/46.

32 Directeur d'Amérique aux Affaires étrangères.

33 CA 17/9/49.

34 Racine, CA 16/2/51.

La contestation pédagogique

Avant même les élections de 1951, une certaine défiance envers l'ENA se manifeste par une réduction symbolique de 1 000 francs de ses crédits. Le directeur signale que, « depuis quelques semaines, on entend à nouveau contre l'École, contre le principe même de l'École, des critiques plus ou moins véhémentes de la nature de celles qu'on entendait il y a quelques années³⁵ ». Cassin et Fontenay vont voir le président de la commission des finances, qui leur reproche d'envoyer en stage en Afrique française du Nord des élèves qui feront leur carrière en France, trouve que les élèves coûtent trop cher et voudrait supprimer la troisième année, ou du moins raccourcir les stages. La majorité élue en 1951 est encore moins bien disposée, et le secrétaire d'État chargé de la Fonction publique, Félix Gaillard, nomme au début de 1952 une commission de trois personnes, présidée par le député Victor Le Gorgeu, pour lui proposer une réforme de l'ENA. Le conseil du 16 mai 1952 est consacré à une discussion avec cette commission. Le Gorgeu trouve les études trop longues, signale que certains désirent supprimer la troisième année, et pose trois questions dont la première porte sur l'importance des stages. La réduction de la durée de formation, qui permet celle des coûts, est en fait une remise en cause du stage, que les parlementaires jugent inutile. Mais Le Gorgeu en constate, non sans surprise, l'importance : « Je dois dire cependant que lorsque nous avons interrogé les uns et les autres, en particulier les anciens élèves, les réponses ont été extrêmement favorables aux stages avec leur durée actuelle. » Dix jours plus tard, il revient à la charge. Il reconnaît leur utilité mais s'interroge toujours sur leur longueur.

Le rapport qu'il remet à la fin de l'année est favorable à l'ENA, mais le gouvernement ne le publie pas pour cette raison, pense le conseil. *Le Monde* en donne des extraits que le conseil juge tendancieux³⁶. Le climat se dégrade. Le nombre de postes mis au concours est réduit, le budget de 1953 amputé de vingt millions. Grégoire fait état de conversations dans les couloirs de la Chambre, dont il retire l'impression que, si elle ne se réforme pas, l'École ne passera pas le cap du budget 1954. La pression du secrétariat d'État, soutenu par la Fonction publique, le secrétariat général du gouvernement et le président du Conseil, se renforce. Il impose une réduction de trois mois du stage, et demande au conseil d'administration une réduction supplémentaire. Il modifie en outre la sanction de la formation pour la rendre plus traditionnelle, plus universitaire.

La remise en cause porte ici sur deux points : les modalités de notation et le poids des notes de stage dans le classement des élèves. C'est le directeur des stages qui notait le stage proprement dit, le mémoire de stage étant noté par un jury de trois personnes. Mais, dans le système français d'évaluation, une note donnée par un supérieur est une « cote d'amour », nécessairement suspecte. Le ministre

35 Fontenay, CA 16/2/51.

36 CA 19/12/52. *Le Monde* publie en effet le 27 novembre 1952 un compte-rendu de deux demi-colonnes, « Un rapport sur le fonctionnement de l'École nationale d'administration », qui ne parle pas des stages mais donne l'impression que par excès de culture générale les énarques ne sont pas « à même dès leur titularisation de rendre des services réels ».

voulait qu'elle soit donnée elle aussi par un jury de trois personnes. Pour le conseil, cette proposition manifeste une totale incompréhension du stage. Il s'y oppose catégoriquement, car le jury ne connaîtrait pas les stagiaires et encore moins les chefs de stage. La note qu'il donnerait serait donc plus arbitraire que celle du chef de stage³⁷. La question revient de façon récurrente jusqu'à la réforme de 1958, mais la résistance du conseil est finalement victorieuse³⁸.

En revanche, le poids du stage est réduit. Initialement, la note de stage pesait pour un quart dans le classement de sortie, l'examen pour une moitié et les notes d'exercices en cours de formation pour le quart restant. Gaillard veut porter à 70 % le poids de l'examen. Devant la résistance du conseil, il transige à 60 %³⁹. Mais il alourdit considérablement l'examen. Celui-ci comprenait jusqu'alors deux épreuves écrites de quatre heures, une épreuve de langue vivante et un oral de quinze minutes. Le décret du 9 juin 1953 l'alourdit sensiblement puisqu'il impose deux écrits de six heures, deux de quatre, deux épreuves orales et au moins une épreuve de langue vivante. Le conseil condamne ce bachotage qui conduit à un surmenage des élèves. Cassin s'indigne en vain : « *On ne doit pas proposer à des hommes de 27 ans le même concours que celui fait pour des bacheliers [...] Nous ne pouvons pas faire de nos jeunes des bêtes à concours*⁴⁰. » La réforme de 1953 est confirmée par le décret de 1958.

La contestation politique

Derrière la contestation pédagogique, la contestation politique est évidente. L'École, note en 1952 un ancien élève, a « *une mauvaise réputation à droite*⁴¹ ». Pierre July, qui succède à Félix Gaillard en juillet 1953, n'en fait pas mystère. Dans une déclaration au congrès des Républicains indépendants, le 10 décembre 1954, il accuse l'ENA de diffuser dans toute l'administration une inspiration communo-progressiste⁴². À l'époque, il n'est plus au gouvernement, mais cette déclaration explique l'offensive qu'il avait lancée contre les communistes.

Elle commence par l'exclusion d'un géographe de la Sorbonne, Jean Dresch, dont le cours était particulièrement apprécié des élèves. L'émotion du conseil est grande. Seul, André Siegfried approuve cette décision. Cassin s'inquiète : « *C'est la première fois que nous voyons une chose de cet ordre pour le corps enseignant et je dois dire que cela soulève un problème très sérieux; en effet, on peut admettre sans*

37 CA 20/3/53.

38 « *Les élèves sont notés par le directeur des stages* », écrit le décret du 13 décembre 1958.

39 CA 20/3/53. Jeanneney et Chapsal proposent 60 % pour que l'examen soit majoritaire, mais le conseil ne les suit pas et reste partisan de lui donner seulement 50 % des coefficients. Le décret du 9 juin 1953 donne 30 coefficients à l'examen, 10 aux exercices et 10 au stage dont 25 % pour le mémoire de stage.

40 CA 16/9/55.

41 P. de Boisdeffre, art. cit.

42 Fontenay envoie cette déclaration à Cassin le 18/12/54, AN 382AP/86, dossier « *Correspondance 1954* ».

contestation que si le cours subit une influence particulière il pourrait y avoir lieu de le supprimer; mais en l'espèce, les cours n'ont jamais donné lieu à remarque de quiconque, c'est donc l'activité en dehors du cours qui a justifié aux yeux du secrétaire d'État l'exclusion dont il a frappé le professeur.» Et Renouvin d'enchaîner : *« jusqu'ici les membres du parti ont pu enseigner partout et continuent à pouvoir enseigner partout; c'est donc une mesure très grave parce que c'est la première fois qu'on applique une mesure de ce genre »*⁴³.

Elle se poursuit par l'épuration des élèves. La liste des candidats au concours doit être en effet arrêtée par le ministre, et Pierre July use de son droit pour refuser d'inscrire sur cette liste en 1953 sept candidats communistes, trois étudiants et quatre fonctionnaires. L'émotion est très grande. La commission française à l'Unesco, les anciens élèves de l'ENA, les auditeurs du CHEA, adoptent des motions de protestation. L'administrateur du Collège de France, qui préside le jury du concours, écrit au secrétaire d'État que des membres du jury démissionnent. C'est le cas notamment du directeur de l'ENS. Pierre Laurent ne démissionne pas en raison de la proximité du concours, mais il écrit à Cassin, le 15 septembre : *« Je pensais que nous ne reverrions pas, sous quelque forme que ce soit, ces discriminations entre Français dont nous n'avons pas perdu, j'imagine, le douloureux souvenir »*⁴⁴.

Le conseil d'administration de l'ENA tient une réunion exceptionnelle le 5 octobre. Son émotion est d'autant plus forte qu'à cette date, le Conseil d'État a validé la décision du ministre⁴⁵. On ne peut compter sur le judiciaire pour défendre les principes essentiels, déclare Debré, profondément choqué, comme tous les membres du conseil, par le fait que ces exclusions reposent sur des présomptions, et non sur une enquête contradictoire. Renouvin est plus catégorique encore : *« que l'État n'appelle pas à certains postes des communistes, c'est son affaire, mais qu'il les écarte d'un concours pour cette seule raison, c'est inadmissible »*. Wallon ironise : il est inconséquent qu'un communiste comme lui soit membre du conseil et qu'on refuse des candidats parce que communistes. En outre, *« il est fâcheux que le premier examen d'entrée à l'École soit un examen de police »*. Le conseil doit intervenir, et il décide de se réunir dix jours plus tard pour approuver une lettre au secrétaire d'État qu'il charge Cassin de rédiger.

Le texte de Cassin, qu'il discute en effet le 16 octobre, est très argumenté et très diplomatique. Il procède par interrogations rhétoriques pour affirmer que la décision prise constitue *« plus qu'une limitation de l'exercice d'un droit, mais une négation de ce droit lui-même allant au-delà de la légitime défense d'un État démocratique »*. S'il le juge nécessaire, le gouvernement pourrait prendre certaines précautions *« au moment de l'affectation à certaines carrières déterminées »*. Mais dans ce cas, c'est par voie législative qu'il lui paraît le plus convenable d'agir. Le conseil de l'ENA, manifestant ici avec le Conseil d'État une proximité qui

43 Cette mesure est en outre irrégulière, car le décret statutaire précise que les professeurs sont nommés sur présentation du conseil d'administration et qu'il est mis fin à leurs fonctions dans les mêmes conditions. Or le conseil n'a manifestement pas été consulté, mais il ne relève pas ce point qui aurait permis l'annulation de la révocation au contentieux.

44 AN 382AP/86.

45 Section du contentieux, *Lingois*, 29 juillet 1953, *Rec. Lebon*, p. 413.

ne surprend pas, ajoute au texte de Cassin une précision : l'obligation pour le gouvernement de donner les raisons de l'éviction éventuelle afin de permettre ultérieurement au juge administratif de statuer⁴⁶. Le contentieux sur cette affaire est en effet loin d'être clos, car un nouveau recours a été déposé le 13 septembre par cinq exclus, dont le fils du député communiste Virgile Barel.

La note envoyée au secrétaire d'État par le conseil d'administration restant sans réponse, la vie même de l'ENA est menacée. Il est clair, en effet, qu'il sera très difficile de constituer les jurys du concours 1954. Le conseil s'en inquiète et l'écrit au secrétaire d'État⁴⁷. En mars 1954, Jeanneney décide de ne plus siéger au conseil, car son mandat n'a pas été renouvelé et il refuse de participer à des délibérations concernant un jury qui risque de devoir opérer avec des candidats exclus de façon arbitraire⁴⁸. On va vers un blocage, car July refuse les propositions du conseil⁴⁹. Le dénouement vient du Conseil d'État qui, par un arrêt célèbre, casse la décision d'exclusion en mai, assez tôt pour que les exclus puissent se présenter au concours de 1954⁵⁰.

Avec la victoire du Front républicain en 1956, le climat change, même si le secrétaire d'État chargé de la Fonction publique, Pierre Métayer, poursuit la réforme de la scolarité. Mais la guerre d'Algérie fait rejouer le clivage gauche/droite et le double d'un conflit entre l'administration civile et l'armée qui affecte aussi l'ENA.

L'ENA dans la guerre d'Algérie

À la rentrée de 1956, en effet, les élèves de troisième année apprennent par une affiche apposée dans le hall de l'ENA que le président du Conseil a décidé de les envoyer en stage en Algérie pour sept mois. Jeanneney est scandalisé :

« La présidence du Conseil traite l'École comme un de ses services, sur lequel il peut prendre toute décision [...] Le conseil aurait dû être consulté sur une modification du règlement, et les élèves ne peuvent pas être envoyés en Algérie sans qu'il y ait une modification du règlement. [...] La décision est présentée aux élèves comme prise, et elle est prise illégalement⁵¹. »

Le décret statutaire fixe, en effet, l'organisation des études et donne compétence au conseil d'administration pour les détails. Or le conseil n'a pas été consulté, et la mesure bouleverse l'organisation de la troisième année telle qu'elle résultait du décret statutaire. Ce vice juridique rendrait évidente l'annulation de cette mesure si le Conseil d'État était saisi. Le ministre récidive l'année suivante mais

46 CA 16/10/53. La lettre envoyée le lendemain figure aux AN 382AP/86.

47 CA 19/2/54.

48 Lettre manuscrite à Cassin du 26 mars 1954, AN 382AP/86, dossier « *Correspondance 1954* ».

49 CA 30/4/54.

50 Assemblée générale, *Barel et alii*, 28 mai 1954, *Rec. Lebon*, p. 308.

51 CA 19/10/56.

prend la précaution de soumettre son projet au Conseil d'État, sans pourtant avoir préalablement consulté le conseil d'administration. Pour Cassin, « *il y a là une question de principe qui intéresse la dignité du conseil*⁵² ». Il voit le ministre sans le convaincre qu'il va à une annulation contentieuse, et le ministre, qui sait que le conseil d'administration se réunit, ne le saisit pas officiellement. Pour le vice-président du Conseil d'État qu'est Cassin, cette mauvaise manière n'est pas acceptable. D'autant que la mesure est discriminatoire.

« Si le gouvernement cherche des élites pour aller en Algérie, pourquoi ne les prend-il qu'à l'École ? Il y a une École normale d'enseignement supérieur, il y a des écoles techniques d'ingénieurs, des PTT, des Ponts et Chaussées, il y a un problème de traitement fait à l'École nationale d'administration par rapport aux autres écoles. Il y a un autre aspect que nous ne pouvons négliger, puisqu'il s'agit de la scolarité de nos élèves : si on envoie soixante de nos élèves pendant plusieurs mois en Algérie, c'est pour administrer l'Algérie. Or, il y a au ministère de l'Intérieur une bonne centaine de sous-préfets qui ont été nommés pour administrer et qui sont titulaires de leurs postes. »

Les polytechniciens, notamment, ne sont pas envoyés en Algérie. Mais le conseil se limite à une protestation purement juridique :

« Le conseil d'administration de l'ENA ayant été informé par le directeur de l'ENA et par le président de ce conseil de l'intention du gouvernement de prendre un décret en forme de règlement d'administration publique identique à celui du 27 décembre 1956, sans se prononcer sur le fond, proteste contre le fait qu'il n'a pas été officiellement saisi d'un projet de décret concernant fondamentalement la scolarité des élèves de l'École⁵³. »

La direction des stages se mobilise cependant pour organiser les stages des élèves de troisième année en Algérie. Non sans difficultés. Les Finances refusent de prendre en charge au titre des accidents du travail un élève blessé par un attentat dans un restaurant, sous prétexte qu'il n'était pas en service⁵⁴. Les questions matérielles d'hébergement, de prise en charge des voyages, sont lourdes. Les affectations décidées en accord avec l'École ne sont pas respectées. Des élèves sont placés sous l'autorité d'un chef de cabinet accomplissant son service militaire, ce qui est contraire aux assurances formelles qui avaient été données. La mesure est parfois vécue comme une brimade. Le représentant de la promotion envoyée en Algérie écrit : « *nous avons eu parfois l'impression que notre présence en Algérie était motivée par des raisons de principe plus que par des besoins réels dans tous les services qui nous emploient* ». Alain Plantey, qui représente les anciens élèves au conseil, confirme avoir reçu des lettres d'élèves disant qu'ils n'ont rien à faire⁵⁵.

Les événements du 13 mai 1958 provoquent un « *véritable bouleversement* » dont la direction de l'École rend compte au conseil le 6 juin.

52 C 20/12/57, et fonds Debré à la FNSP, 1DE/7.

53 CA 20/12/57. Texte proposé par Jeanneney et adopté à l'unanimité. C'est la seule fois que le conseil de l'ENA a adopté une motion.

54 CA 21/2/58.

55 CA 18/4/58.

« Sous la pression des comités de salut public, soit même de leur propre mouvement, les autorités militaires ont procédé à un démantèlement systématique de l'autorité civile, et d'ailleurs ce mouvement se poursuit [...] À Alger même, le secrétariat général et certaines directions ont été décapitées, c'est-à-dire privées de leur directeur et parfois des adjoints de celui-ci. »

L'ENA a donc fait rentrer en métropole seize stagiaires qui avaient ainsi perdu leur chef de stage. *« Il y avait un aspect moral : il était pratiquement impossible de demander à des élèves de servir sous les ordres de ceux qui avaient mis fin aux fonctions de leur chef de stage, dans des conditions parfois assez pénibles⁵⁶. »*

Après les changements politiques de ces mois mouvementés, la question sort de l'actualité. Mais le dernier gouvernement de la IV^e République que dirige de Gaulle fait aboutir la réforme de l'ENA dont on discutait depuis 1952. Or le débat ne portait pas seulement sur les sections, le stage et son poids dans le classement de sortie : de façon moins politisée et moins médiatisée, mais très préoccupante pour le conseil, il concernait aussi le concours fonctionnaires.

Le concours fonctionnaires et la démocratisation de l'ENA

Le troisième objectif des fondateurs de l'ENA, après le décloisonnement de la haute fonction publique et l'amélioration de sa formation, était la démocratisation de son recrutement. Ils l'envisageaient d'abord sous un aspect géographique : mettre fin au recrutement massivement parisien, et c'est pourquoi les décrets de 1945 avaient créé des Instituts d'études politiques à Strasbourg et à Lyon. D'autres suivirent. De ce fait, le monopole parisien fut entamé, sans que pourtant Cassin puisse s'en satisfaire : il n'est pas admissible que la France puisse avoir 45 % de ses administrateurs nés à Paris⁵⁷.

La démocratisation était aussi et surtout un objectif social. Cassin y est très attentif. En 1952, il se félicite qu'il y ait 5 % de fils de paysans et d'ouvriers parmi les reçus au premier concours et 10 % au second : *« Si notre École doit réussir, elle doit réussir en permettant à tous les éléments de classes sociales de la Nation de devenir ses élèves⁵⁸. »* En 1955, sur 80 élèves, il compte 7 fils d'ouvriers ou d'agriculteurs, *« ce qui est un chiffre très intéressant, mais je ne crois pas qu'il corresponde encore à ce que nous devons considérer comme équitable⁵⁹. »*

La difficulté tenait aux inégalités sociales devant l'enseignement. L'ENA supposait une culture préalable, que le système scolaire tel qu'il fonctionnait ne dispensait pas à toutes les classes sociales. Cassin écrivit même au ministre de l'Éducation nationale pour lui dire que l'ENA ne pouvait réaliser le but pour

56 CA 6/6/58.

57 CA 18/2/55.

58 CA 21/11/52.

59 CA 18/2/55.



lequel elle avait été créée si une réforme n'intervenait pas dans l'enseignement⁶⁰. La seule façon de remédier partiellement à cette injustice sociale consistait à permettre à de jeunes fonctionnaires peu ou pas diplômés d'entrer à l'ENA. « *Je n'ai pas besoin de vous rappeler, déclare Cassin, qu'un des buts de notre École est de faciliter l'accès des jeunes gens de conditions modestes aux plus hautes fonctions de l'État, dans la mesure du possible*⁶¹. » D'où la création du second concours, qui, dans l'esprit des fondateurs, n'aurait plus lieu d'être le jour où la démocratisation de l'enseignement aurait abouti.

En attendant ce jour lointain, le conseil de l'ENA s'efforce d'assurer le succès du second concours et de ses lauréats, ce qui lui pose des problèmes récurrents, discutés et rediscutés chaque année.

Le premier est celui des candidatures : le second concours n'attire pas assez de candidats. Les administrations, d'une manière générale, regardent d'un mauvais œil le concours fonctionnaires : ce sont leurs meilleurs éléments qui sont tentés de s'y présenter, et elles ne veulent pas les perdre. Elles sont encore plus réticentes, car il s'agit de jeunes fonctionnaires qu'elles viennent de recruter : les candidats au second concours doivent avoir entre vingt-six et trente ans, et cinq années de service dans la fonction publique quel que soit leur statut. Ce sont précisément les éléments où les administrations puisent leur encadrement par promotion interne, ceux auxquels elles font une carrière. Elles les voient partir à regret.

Cette mauvaise volonté renforce des difficultés structurelles. Dans certaines administrations, notamment dans les régies financières, les services extérieurs offrent souvent des carrières beaucoup plus attrayantes que les administrations centrales, et par leur intérêt, par les responsabilités qu'elles comportent, et, plus encore, par leurs rémunérations. Les quitter pour entrer à l'ENA et poursuivre une carrière plus aléatoire dans une administration centrale, au prix d'efforts coûteux, n'est guère tentant.

D'autant que le succès à l'École coûte cher. Il faut déménager à Paris, et le déménagement est aux frais du stagiaire. Il faut s'y loger, ce qui, en cette période de crise aiguë du logement, est particulièrement difficile et coûteux. Le conseil en a bien conscience, qui s'efforce de résoudre ce problème en créant une « *maison de l'ENA* », mais elle n'est inaugurée qu'en janvier 1956. En outre, pendant leur séjour à l'École, les fonctionnaires n'avancent plus, leurs administrations ne les proposant plus au choix. Ils perdent les indemnités accordées par les collectivités locales, et les indemnités non soumises à retenues pour les retraites, ce qui représente dans certains cas une perte de revenu importante, de l'ordre du tiers de leur traitement. Enfin, au sortir de l'École, si leur nouvelle rémunération est inférieure à celle dont ils bénéficiaient, ils perçoivent parfois pendant des années une indemnité différentielle si bien que leur succès au concours ne leur vaut pas l'amélioration de traitement qu'il aurait dû leur assurer⁶².

60 CA 15/6/51.

61 CA 29/1/49. Formulation voisine, CA 17/1/48.

62 La plainte contre ces injustices de traitement est récurrente : CA 13/3/47, 28/9/51, 15/6/56, 10/5/57, 17/10/59. En 1951, les fonctionnaires qui réussissent le concours sont en moyenne à l'indice 347, alors qu'au sortir de l'École ils sont à l'indice 317.

Pour toutes ces raisons, le nombre de candidats au second concours est régulièrement inférieur à celui des candidats au premier. Comme les places offertes sont en nombre égal, ceci conduit l'ENA à utiliser certains postes ouverts aux fonctionnaires pour recruter davantage de candidats externes.

Le jury du concours fonctionnaires se plaint en effet régulièrement du niveau des candidats, notamment à l'épreuve de culture générale. Le conseil cherche à définir des épreuves qui valorisent l'expérience des candidats fonctionnaires, et non une culture générale que des fonctionnaires de catégorie B ou C de la fonction publique ne peuvent posséder, du fait de scolarités insuffisantes. En 1950, sur 54 reçus, 10 ont seulement le baccalauréat, 1 le brevet supérieur et 1 n'a aucun diplôme⁶³. L'échec des candidats peu diplômés est très important, bien que l'existence de sections puisse limiter leur handicap, ce qui est l'un des arguments régulièrement avancés en faveur de leur maintien, notamment par Cassin⁶⁴.

La différence de niveau joue ensuite durant la scolarité de l'École, qu'elle complique. Les conférences générales, par exemple, sont peu appréciées des élèves du concours externe, alors qu'elles sont très utiles à ceux du concours fonctionnaires. Grégoire propose de remplacer, pour ceux-ci, l'année de stage par une année ou six mois de formation universitaire⁶⁵.

Le conseil en vient à la conclusion que le seul moyen de remédier à leurs lacunes est d'offrir aux candidats fonctionnaires une préparation. Il est écouté, et un décret du 20 octobre 1950 organise un préconcours ouvrant droit à quatre mois de «*facilités de préparation*». Le nombre des facilités accordées devait être supérieur de deux à cinq fois au nombre de places offertes au second concours.

Cette solution s'avère insuffisante, et le conseil finit par adopter, après discussions avec les Finances et la Fonction publique, une formule plus radicale, qu'entérine le décret de 1958. Le succès au préconcours ouvre aux fonctionnaires de catégorie A de la fonction publique, d'un niveau égal en principe à la licence, un cycle préparatoire de quatre mois, mais pour les fonctionnaires des autres catégories, ce cycle préparatoire est porté à une ou même deux années. Cette mesure a sans doute sauvé le concours fonctionnaires d'une disparition envisagée à plusieurs reprises.

Conclusion

«*Personnellement je ne suis pas disposé à accepter des instructions. [...] Nous ne sommes pas un service, nous sommes une École, avec une hiérarchie et un conseil d'administration qui a des responsabilités*», disait Cassin lors d'une des premières réunions du conseil, avec l'adhésion de tous ses membres, et notamment de Jeanneney⁶⁶. Et pourtant, force est de le constater, le conseil a bel et bien dû

63 CA 19/1/51.

64 Si on supprime les sections, on défavorise les fonctionnaires, CA 16/5/52.

65 CA 11/7/46.

66 CA 6/4/46.

subir la volonté du gouvernement. Sur la durée de la formation, sur le poids du stage, et, pis, sur les exclusions politiques ou l'envoi en Algérie des élèves de troisième année, l'autorité politique lui a forcé la main.

Son bilan n'est pourtant pas négatif : il a maintenu le cap sur l'essentiel. Le premier objectif de la réforme de 1945 était de décroiser la haute fonction publique en supprimant les concours spéciaux des grands corps et des ministères. Sur ce point, la réussite est incontestable, et la fin du concours de chef de cabinet l'entérine. Les sections, qui étaient sans doute nécessaires pour atteindre cet objectif, disparaissent en 1958, mais le conseil d'administration était rallié à leur suppression. La contrepartie, sans doute inévitable, dès lors que l'Inspection des finances, puis la « *carrière* » avaient été admises à recruter dans toutes les sections, était la hiérarchisation des débouchés. Les intégrations dans le corps des administrateurs civils s'étant en outre multipliées, l'espoir s'est évanoui d'en faire un grand corps comparable aux autres. L'ENA a suivi le modèle de Polytechnique, avec une « *botte* » qui pose aux deux Écoles les mêmes problèmes.

L'objectif d'élever le niveau de formation de la haute fonction publique a été également atteint. L'ENA a formé les hauts fonctionnaires des « *Trente Glorieuses* ». Ils ont leurs qualités et leurs défauts, dont on peut discuter longuement – ce dont on ne se prive pas –, mais par rapport à l'entre-deux-guerres, la comparaison n'est pas douteuse. L'action du conseil en ce domaine a certainement été décisive. Nous n'avons ici considéré que le point le plus original, le *stage*, qu'il a défendu avec constance, et qui s'est finalement imposé parce qu'il avait fait ses preuves et que les énarques, de plus en plus nombreux dans les milieux dirigeants de l'administration et de la politique, témoignaient de son efficacité. Mais le conseil d'administration a joué un rôle capital dans la définition des enseignements, le choix des cours et de ceux qui les professaient, celui des sujets de concours, discutant régulièrement les rapports des présidents des jurys, cherchant les épreuves les plus pertinentes. Il y a là tout un pan de son intervention qui mériterait une étude particulière qui dépassait le champ de cet exposé.

Le troisième objectif des promoteurs de l'ENA était une déparisienisation et une démocratisation de son recrutement. La réussite, ici, est très incomplète, mais elle doit être relevée. Comme nous le disait Nicole Questiaux, qui a fait ses études secondaires à Casablanca, il aurait été inconcevable sans l'ENA que des femmes comme elle puissent accéder au Conseil d'État. La création d'Instituts d'études politiques dans les grandes villes universitaires a joué un rôle certain. La porte de la haute fonction publique s'est sans doute seulement entrouverte, mais elle n'était plus fermée. Une démocratisation effective était impossible, vu l'état du système scolaire, mais le maintien, malgré toutes les difficultés, du concours fonctionnaires a assuré des promotions internes, et ouvert l'horizon social de la haute administration.

Mais l'essentiel est peut-être ailleurs. Comme les écoles normales de la III^e République, l'ENA a probablement développé chez ses élèves une culture commune dont étaient imprégnés des hommes comme Cassin, Debré, Jeanneney, Grégoire, Chapsal et d'autres. Une culture issue de l'humiliation de 1940, et de la volonté de l'effacer en reconstruisant un État modernisateur et républicain.

Au total, le bilan que dressait sans triomphalisme Cassin de son action lorsque, quittant le Conseil d'État, il abandonnait aussi la présidence du conseil d'administration de l'ENA, ne manquait pas de lucidité :

« La création à laquelle nous avons participé est très importante, elle n'a pas encore acquis dans le pays les racines profondes et l'extension qu'elle doit avoir, mais nous avons l'espoir qu'elle peut vivre. [...] Même si nous devions fermer nos portes demain, nous aurions laissé une trace tellement profonde dans l'administration nationale qu'elle ne pourrait plus être oubliée. [...] Si nous avons de grandes difficultés, cela tient aux habitudes du pays, à la compartimentation exagérée des ministères, mais, dans l'ensemble, l'État et les grandes forces vives ne nous ont jamais manqué, et tant l'université que l'administration ont fait bon accueil à la petite institution neuve que nous leur présentions [...] Vous aurez la joie de voir les jeunes Français de valeur qui ont le sens de l'État et le goût du service public pouvoir satisfaire leur vocation, pour le plus grand bien de tous ceux qui nous suivront⁶⁷. »

67 CA 16/9/60.

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

Olivier CARTON

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

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

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

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

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*, p. 1167.

5 *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20 Séances des 2 et 7 février.

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

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

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

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

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

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

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

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

23 Séance du 31 janvier.

24 Séance du 31 janvier.

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

A. Penser la justice administrative

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

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

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

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

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

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

27 Séance du 2 février.

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

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

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

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

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

30 Séance du 26 janvier.

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

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

B. Changer le Conseil d'État

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

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

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

34 Séance du 26 janvier.

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

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

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

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

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

37 MM. Noël et Chenot.

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

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

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

*
* *

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Analyses de l'actualité. Éditoriaux de Jean Rivero parus entre 1961 et 1987 dans le journal *La Croix*

Avant-propos de Martine de BOISDEFRE
Préface de Jean-Claude VENEZIA

Sommaire des éditoriaux de Jean Rivero

Justice

Sur les tribunaux d'exception (8/6/1961)
De Watergate à Bormes (3/10/1974)
Deux campagnes et la liberté (10/12/1980)
La justice dans la vie des hommes (6/3/1984)

Conseil d'État

Un racisme antvieux ? (21/9/1974)
Un racisme antvieux ? Acte II (1/9/1984)
1799-1974 : le Conseil d'État publie ses Mémoires (22/1/1975)
Qui gouverne en France ? De Francis de Baecque (17/4/1977)
Réforme du Conseil d'État : pour un débat serein (25/4/1985)
Accélérer la justice administrative (27/11/1985)
Le Conseil d'État : faux et vrais problèmes (28/11/1986)
Léon Noël : un témoignage (1/9/1987)

Conseil constitutionnel

Les libertés protégées contre la loi (24/7/1971)
Une mauvaise cause (7/9/1978)
Neuf sages ou neuf partisans ? (21/1/1982)
Le référendum sans passion (23/8/1984)
Le Conseil constitutionnel et l'État de droit (28/8/1986)

En guise de conclusion

... D'un qui avait huit ans en 18 (17/11/1968)



Avant-propos

Martine de BOISDEFFRE

En complément de la conférence d'Olivier Carton sur la réforme de 1963, il est proposé de redécouvrir la pensée et l'esprit de Jean Rivero à travers les chroniques qu'il a fait paraître pendant plus de vingt ans dans le journal *La Croix*. Parmi celles-ci, un choix a été opéré. Un petit nombre d'entre elles présentaient, en effet, un caractère un peu circonstanciel et n'ont pas été retenues. Les autres, l'essentiel, ont été rassemblées autour de trois thèmes : la justice, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. On y goûtera la finesse des analyses du grand professeur de droit, mais aussi l'humour et l'inimitable sens de la formule du chroniqueur. Vient conclure cette sélection un article paru à l'occasion du cinquantième de l'armistice du 11 novembre 1918 où Jean Rivero rend un hommage à la fois lucide et plein de sensibilité à l'engagement des combattants de la Grande Guerre. Ainsi est tiré comme un trait d'union entre l'anniversaire d'alors et notre actuel cycle de commémorations¹.

Une telle publication est due, à la suite de la conférence d'Olivier Carton, aux initiatives conjuguées de Daniel Labetoulle, président de section honoraire au Conseil d'État, et du professeur Jean-Claude Venezia. Elle a pu se faire grâce à l'accord de Mmes de La Taille-Rivero et Cabouat-Rivero, les deux filles du professeur. Qu'ils soient tous chaleureusement remerciés. Ma reconnaissance s'adresse aussi au journal *La Croix* qui a bien voulu autoriser la reproduction de ces textes.

1 Pour plus d'éclairage sur les conceptions juridiques de Jean Rivero, le lecteur pourra également se reporter aux actes du colloque organisé par l'Association française pour la recherche en droit administratif à l'université de Montpellier les 10, 11 et 12 juin 2009 parus sous le titre : « *Le printemps de la recherche en l'honneur du professeur Jean Rivero* », *RFDA* 2009, n° 5.

Préface

Jean-Claude VENEZIA

Celui à qui revient l'honneur de présenter les pages qui vont suivre a connu Jean Rivero, moins que d'autres assurément, mais ce fut un privilège.

Depuis qu'il nous a quittés, des journées d'études ont eu lieu, des colloques se sont tenus, des articles ont été publiés concernant sa pensée juridique. Nous avons nous-même, après avoir déjà évoqué sa mémoire, étudié les préfaces qu'il avait données aux thèses qu'il avait dirigées et les rapports de synthèse qu'il avait présentés durant quelque quinze ans, en clôture des colloques du Centre européen d'administration publique d'Aix-en-Provence à la suite du rapport de synthèse, encore présent dans les mémoires de tous ceux qui l'avaient écouté, par lequel il avait clos en 1979 le colloque d'Aix-en-Provence sur *La loi et le règlement*. En lisant et en relisant ces préfaces, ces rapports de synthèse, on éprouve l'impression que leur auteur ne nous a pas quittés. On y ressent à chaque instant sa présence comme à chaque instant on y retrouve ses qualités : son intelligence, sa culture, son goût du travail bien fait, un humanisme qui innerve toute son œuvre et un style qui n'appartient qu'à lui.

Cette présence, ces qualités, on les retrouve dans les articles que, durant vingt ans, il a donnés au journal *La Croix*, un journal que l'on ne remerciera jamais assez d'avoir pris et le soin et le temps de nous les procurer.

Sans préjudice du fait qu'ils constituent un témoignage de tout premier plan sur la vie politique et sociale de la France sous la V^e République, chacun de ces articles est pensé et rendu avec un art consommé. À la différence des écrits proprement juridiques qui présentent souvent un caractère d'intemporalité, les articles donnés à *La Croix* par Jean Rivero s'insèrent toujours dans l'actualité et s'adressent à un public qui, s'il est concerné par le droit, en est rarement un spécialiste.

Certains parmi les sujets abordés, et l'on comprend que ce soient eux qui, pour l'essentiel, aient été retenus pour cette publication, mettent en cause des institutions ou des règles de droit : Conseil constitutionnel, Conseil d'État... Ils sont pour l'auteur autant d'occasions d'illustrer son talent pédagogique, étant bien précisé que si le problème comporte en droit plusieurs solutions, Jean Rivero indique quelle est, en conscience, celle qui aurait ses préférences.

Mais d'autres sujets sont ce que l'on appellerait de nos jours des « *sujets de société* ». Ils n'ont pu, et c'est naturel, trouver place ici. Disons, s'agissant de ces articles, que c'est ici en conscience que Jean Rivero prend position mais au terme d'un raisonnement conduit avec rigueur et précision. Qu'il s'agisse des uns ou des autres, on ne sera donc pas surpris de constater que l'auteur du *Huron au Palais-Royal* se révèle, dans certains articles, un redoutable pamphlétaire. On ne sera pas surpris non plus de constater que certains thèmes qui irriguent toute l'œuvre de Jean Rivero, à savoir le primat de l'homme, soient présents dans la plupart de ses articles.

Nous sommes heureux en redisant nos remerciements les plus sincères au journal *La Croix* et notre reconnaissance au président Daniel Labetoulle qui a été l'initiateur de cette réédition, de les présenter à toutes celles et à tous ceux qui ont connu, admiré et aimé Jean Rivero.

« Sur les tribunaux d'exception »

(*La Croix*, 8 juin 1961)

Il y a de détestables souverains légitimes et d'excellents tyrans ; mais on ne peut pas raisonner sur les institutions d'après la seule qualité des hommes qui les incarnent : la vertu du tyran, la malfaisance du souverain légitime, n'empêchent pas que la souveraineté légitime soit, dans son principe, supérieure à la tyrannie. Que telle juridiction d'exception puisse juger avec plus d'humaine sérénité que telle juridiction ordinaire, c'est – malheureusement – certain : mais cette constatation ne dispense pas de s'interroger sur la vertu de l'institution.

Les juridictions d'exception sont celles que le pouvoir crée pour leur donner compétence, dans une circonstance donnée, à la place des juridictions répressives ordinaires dessaisies à leur profit. Des raisons diverses peuvent expliquer, et parfois justifier, cette création : le caractère particulier des faits qu'il s'agit de réprimer, la volonté d'accélérer le cours de la justice ; mais, pour l'essentiel, le pouvoir ne dessaisirait pas le juge ordinaire s'il n'attendait de celui qu'il investit qu'il juge autrement que ne l'eût fait celui qu'il dessaisit. Or, il n'y a pour le juge qu'une norme de jugement : et c'est la justice. « *Rendre la justice* » : la formule a beau être passée dans la langue courante, il faut lui restituer sa pleine valeur. Si donc on décharge le juge ordinaire du soin de juger, c'est, ou bien parce qu'on redoute qu'il ne juge pas selon la justice – et alors quel désaveu infligé par le pouvoir à ceux qu'il a lui-même institués ! – ou bien parce qu'on souhaite, dans le cas considéré, un jugement que la justice n'inspirerait pas.

La trop longue expérience des juridictions d'exception que la France a connues depuis 1940 n'infirme pas ce propos pessimiste : cours martiales des derniers temps de Vichy, cours de justice et commissions d'épuration de la Libération ne furent point instituées pour rendre une justice sereine, mais une justice partisane ; et sans doute, il s'est trouvé, dans les unes et dans les autres, des hommes qui ont mis la justice au-dessus de la passion ; cela ne suffit pas à conjurer les périls que l'institution porte en elle-même pour la sécurité des citoyens.

À partir du moment, en effet, où le pouvoir prend l'habitude, chaque fois que sa sécurité est en jeu, de s'en remettre, pour punir des adversaires de l'ordre établi, à d'autres juges que ceux auxquels le droit commun donnerait compétence, la tentation est grande, pour lui, de transformer le débat judiciaire en un rituel, dont le dernier acte est dicté d'avance.

Certes, la justice politique est, par définition, plus imparfaite encore que n'importe quelle autre forme de justice humaine, puisqu'elle suppose, au départ, l'échec de la tentative dont le succès eût mis au banc des accusés ceux-là mêmes qui engagent la poursuite. Ce n'est pas une raison pour renoncer à tenter de la maintenir dans les cadres et dans les limites qui permettent de lui conserver sans blasphème le nom de justice.

Il reste aussi qu'on ne saurait englober sous la même condamnation absolue toutes les juridictions d'exception : leur création est, par elle-même, un fait grave ; la procédure qu'elles suivent, leur composition surtout, peuvent, en les rapprochant des juridictions ordinaires, atténuer cette gravité : si la procédure assure à l'accusé des garanties comparables à celles dont il eût normalement bénéficié, si les hommes choisis pour y siéger s'imposent par leur autorité morale et leur indépendance, il se peut qu'en définitive la justice n'y perde rien.

Mais la pente, pour le pouvoir, est glissante ; et l'on sait où elle conduit : vers la dictature totalitaire. C'est, sinon la fatalité, du moins la logique de l'institution.

Il est plus nécessaire que jamais de le rappeler dans la France de 1961 où tout repose sur les hommes, voire sur un seul ; la vertu propre de l'institution est, sans doute, ce que le citoyen de la V^e République, soit qu'il la serve, soit qu'il la combatte, est le plus tenté d'oublier. Un procès digne, un verdict humain, rapprochés de débats qui, pour s'être déroulés devant les juridictions normales, ne présentaient ni la même dignité ni la même sérénité, ne sauraient masquer le risque que comporte, dans son principe, toute justice d'exception : si imparfaite que puisse être la justice normale, elle demeure, contre la tentation d'arbitraire auquel tout pouvoir est exposé, le seul rempart de la liberté.

« De Watergate à Bormes »

(*La Croix*, 3 octobre 1974)

On attend avec impatience le démenti que ne peut manquer de susciter l'information, donnée par un journal, généralement considéré comme sérieux, selon laquelle des instructions ministérielles auraient été données pour que se poursuive à Bormes-les-Mimosas la construction d'une marina, alors que les tribunaux compétents ont affirmé l'illégalité de l'entreprise et annulé les autorisations administratives qui en étaient le fondement.

On veut croire que la nouvelle est fautive et qu'elle sera démentie. Comment penser en effet qu'un ministre tienne pour nulles et non avenues des décisions de justice, laisse entendre à un juge aussi prestigieux que le Conseil d'État qu'on n'attache aucune importance à ses arrêts et poursuive une opération immobilière contre l'autorité de la loi et contre la sentence du juge ?

Nous avons pris la Bastille, nous ne sommes plus, grâce à Dieu, au temps où le monarque, source de toute justice, pouvait faire fi des décisions des parlements. Et nous ne sommes pas dans un État totalitaire où il n'y a ni loi ni juge qui tienne devant la volonté des détenteurs du pouvoir. Nous sommes dans une République démocratique et libérale où le droit s'impose au pouvoir afin que le citoyen soit protégé contre l'arbitraire. Nos gouvernants, conscients de ces évidences, savent qu'il leur appartient d'être les plus fermes gardiens de ces principes qui constituent la base de l'État.

Comment n'en seraient-ils pas aujourd'hui plus convaincus que jamais ? De l'autre côté de l'Atlantique, le mépris du droit et du juge vient de coûter son poste au tout-puissant président des États-Unis. Ce qui a provoqué le scandale,

là-bas, ce n'est pas, on le sait, une minable affaire de micros posés au siège du parti adverse, c'est le refus opposé par le président aux décisions de la justice lorsqu'elle fut saisie de l'affaire. Le mépris du juge, voilà ce que l'opinion américaine, fidèle à l'éthique fondamentale de l'État libéral, n'a pas pu tolérer de la part de celui qu'elle avait élu pour être le gardien de cette même éthique. Instruits par l'exemple du Watergate, comment nos ministres se hasarderaient-ils à passer outre à la chose jugée ?

Pour les en détourner, d'ailleurs, nul besoin de traverser l'Atlantique : il leur suffit de regarder autour d'eux. Ils n'auront pas de peine à découvrir les symptômes d'un mal plus insidieux que l'inflation, car c'est aux assises mêmes de la société et de l'État qu'il s'attaque : le déclin général en France de la confiance dans le droit. Les civilisations primitives n'ont pas connu d'autre justice que celle que chacun se rendait à lui-même contre son adversaire : à ce jeu, c'est toujours le plus fort qui gagne. La raison d'être du pouvoir, la justification de la cité et de l'État, ce fut précisément d'imposer à tous le respect des règles de la vie commune, grâce à l'autorité du juge, et d'assurer ainsi la sécurité du plus faible.

Or, il est manifeste que la confiance mise dans la loi et dans le juge par l'ensemble des citoyens baisse aussi vite que monte le coût de la vie. Dans la plupart des groupes sociaux, le recours aux procédés extra-légaux pour faire triompher ce qu'ils considèrent comme leurs droits ne pose plus aucun problème de conscience : il s'agit seulement de savoir jusqu'où l'efficacité commande et permet d'aller dans cette voie. Celle qui offre la légalité paraît trop difficile, trop longue, trop incertaine ; et la décision du juge, lorsqu'il a été appelé à statuer, tombe sous le coup du même scepticisme, soit quant à son bien-fondé, soit quant à son incidence sur la réalité.

Les raisons de ce discrédit mériteraient une longue étude : lois inappliquées parce que les règlements nécessaires à leur mise en œuvre ne suivent pas, ou parce que trop complexes, elles demeurent ignorées, décisions de justice purement platonique, ne sont que quelques-unes des causes du phénomène. Il est grave. C'est aux bases de la société qu'il s'attaque : si l'État n'est plus, par la loi et le juge, le protecteur des citoyens, à quoi sert-il ?

Trop d'événements, tout au long des mois écoulés, ont montré l'ampleur de cette crise pour qu'on soit certain qu'elle préoccupe les responsables de la cité, et qu'ils ont pleine conscience de la nécessité, pour eux, de donner l'exemple et de rendre confiance aux Français dans l'efficacité du recours au juge en conformant scrupuleusement leur attitude aux arrêts rendus par celui-ci, même et surtout lorsqu'ils les condamnent. Agir autrement serait, de leur part, non seulement scier la branche sur laquelle le pouvoir est assis, mais encore porter la hache dans le tronc de l'arbre. Comment prêter pareil aveuglement à ceux qui dirigent l'État ?

On veut croire que l'information relative à la marina de Bormes-les-Mimosas est inexacte. On attend que l'autorité compétente la démente, qu'elle affirme que, puisque l'opération entreprise a été déclarée illégale par le juge, il ne saurait être question de la poursuivre, et que les problèmes en suspens seront réglés dans le respect des décisions qu'il a rendues. On attend... mais on ne serait pas autrement surpris si l'attente se prolongeait, et si le démenti ne venait pas. Car, entre la France et les États-Unis, il y a, touchant l'autorité du juge, un espace plus large que l'Atlantique. Le « *mépris de la Cour* », dans les pays anglo-saxons,



est un délit puni de peines qui n'épargnent personne et dont la menace plane même sur le chef du plus puissant État du monde. Chez nous, une vieille tradition veut que les gouvernements et les administrations ne défèrent aux censures du juge que lorsqu'elles ne les gênent pas trop. Cela s'est toujours fait, sous toutes les Républiques, et cela continue, sans que l'opinion s'en émeuve outre mesure.

Telle est la tradition. Le changement. Le changement dont on parle tant et que l'actuelle réticence de l'opinion envers le droit et le juge appelle impérieusement en ce domaine. Le changement ce serait l'exécution docile, par l'autorité compétente, à quelque altitude qu'elle se situe, des décisions de justice qui lui rappellent les bornes de son pouvoir.

On dira peut-être qu'il y a loin du Watergate à Bormes, et qu'une marina de plus ne mérite pas qu'on élève le débat au niveau des grands principes. Mais les grands principes ne valent que par les petites applications. Si on les garde en réserve pour les circonstances exceptionnelles, ils s'étiolent et tombent dans l'oubli. Qu'on le veuille ou non, construire à Bormes au mépris des arrêts du juge, c'est détruire un peu plus la confiance déjà chancelante des citoyens envers l'État. Les Américains n'ont pas hésité à sacrifier leur président à la foi qu'ils veulent garder dans leurs institutions. Celle des Français dans les leurs vaut bien l'abandon d'une marina.

« Deux campagnes et la liberté »

(*La Croix*, 10 décembre 1980)

Qui s'en souvient aujourd'hui ? Voici trois ans, lors de la campagne électorale pour les législatives de mars 1978, le thème qui paraissait à tous, opposition et majorité, Parlement et gouvernement, le plus propre à séduire l'électeur, c'était la liberté.

Le parti communiste qui, en ce domaine, éprouvait plus que d'autres le besoin de modifier son image, avait pris les devants et proposé une nouvelle déclaration des libertés en tête de la Constitution. Le parti socialiste, les partis de la majorité, avaient, chacun, élaboré la sienne. Une commission de l'Assemblée nationale, à partir de ces initiatives, offrait aux Français, pour Noël 1977, une proposition de loi constitutionnelle qui leur garantissait une meilleure protection des libertés traditionnelles et leur en reconnaissait d'inédites. Sur ces mêmes thèmes, le gouvernement avait mis au travail deux commissions, et le programme de Blois, sa plate-forme électorale, faisait une large place au développement des libertés.

Changement spectaculaire

C'était il y a trois ans. Dans la campagne qui prépare l'élection présidentielle d'avril prochain, le mot clé a changé. Certes, la liberté n'a pas tout à fait disparu de l'affiche. À l'ancienne vedette, on fait encore une petite place. Pour rassurer ceux qui restent sensibles à son prestige, on affirme qu'on ne lui veut pas de mal, et que l'ascension de la nouvelle étoile n'ôte rien au souvenir qu'on garde de sa

gloire passée. Mais pour séduire des Français et gagner leurs suffrages, ce n'est plus à elle que la classe politique fait confiance. Celle sur laquelle se concentrent désormais les feux de la rampe, c'est la sécurité.

Sur la sécurité, on ne lésine pas! Le garde des Sceaux assure qu'on va la garantir par l'aggravation des peines et l'accélération du cours de la justice; l'Assemblée nationale entend la renforcer en autorisant tout policier, en toutes circonstances, à exiger de tout citoyen qu'il justifie de son identité et à le retenir jusqu'à ce que les justifications lui paraissent suffisamment convaincantes; le Sénat pense l'accroître en doublant le temps durant lequel la police pourra prolonger l'interrogatoire du suspect, sans témoin, sans avocat, sans l'intervention effective d'un magistrat. Et comme la sécurité ne va pas sans le respect de la justice, qui en devient, avec la police, la gardienne prioritaire, la vieille liberté de la presse, pour laquelle, en 1830, on élevait des barricades, s'éclipse devant l'impérieuse nécessité de déférer au tribunal le journaliste qui conteste telle ou telle sentence.

D'une campagne à l'autre, le changement, en trois ans, est spectaculaire; et il pose un problème: ceux qui jugent que, pour gagner les voix des citoyens, ce n'est plus de liberté qu'il faut leur parler mais de sécurité, n'ont-ils pas raison? Après tout, élus ou candidats, ils se veulent à l'écoute de la France profonde... La France profonde, n'est-ce pas celle des jurés qui, depuis quelques mois, font ressurgir de l'oubli où elle tombait lentement la vieille peine capitale, et préparent du travail au bourreau pour justifier son traitement? N'est-ce pas celle qui voit un délinquant potentiel dans tout homme à la peau brune, celle qui tire lorsqu'elle croit apercevoir une ombre dans son jardin? La France profonde, ne serait-ce pas, après tout, la France qui a peur au point d'être prête à sacrifier ses vieilles libertés sur l'autel de la sécurité?

Si c'était vrai – ce qu'à Dieu ne plaise! – il faudrait rappeler à cette France-là qu'elle a comme jadis une autre peur, née d'une autre insécurité. Ce que les hommes de 1789 nommaient la «*sûreté*» – et qui est la sécurité dans notre langage – ce n'était pas la protection contre les bandits de grand chemin ou les voleurs à la tire, qui pourtant ne manquaient pas dans la France du XVIII^e siècle, c'était la protection contre la lettre de cachet qui embastillait son destinataire de par le seul bon plaisir du souverain et contre les procédures hâtives qui, d'un innocent, font un condamné.

Le rempart de la liberté

De cette sécurité-là, qui est, face à l'arbitraire du pouvoir, le rempart de la liberté, ils ont formulé les recettes en termes très simples dans la Déclaration des droits de l'homme: «*Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi... La loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires... Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée...*»

Ils savaient, les Français de ce temps lointain, que la menace née de la toute-puissance policière et d'une justice expéditive est plus redoutable encore que celle du gangster ou du loubard. Dans le Paris des années noires de l'Occupation, il

y avait peu de cambriolages, peu d'agressions à main armée. Les Français qui se souviennent pourtant ne font pas, de cette période, l'âge d'or de la sécurité : les arrestations à l'aube, les rafles, les sections spéciales aux condamnations accélérées faisaient peser, sur chacun, l'ombre d'une peur qui ne devait rien aux fantasmes de la nuit.

Nous n'en sommes pas là, bien sûr ! Mais si la crainte du cambrioleur ou du gangster incitait les Français à accepter doucement le recul progressif des garanties que la tradition de 89 leur avait données contre l'arbitraire policier et la justice hâtive – hors épisode de la Terreur –, ils s'apercevraient, au bout du chemin dans lequel ils se seraient engagés, qu'ils auraient troqué une insécurité contre une autre, plus destructrice de cette liberté dont on ne connaît le prix que quand on l'a perdue.

Il n'est pas sain, fût-ce pour gagner une élection, de jouer sur la peur. Est-ce d'ailleurs rentable ? Sont-ils assurés, les spécialistes des sondages, que l'attachement atavique des Français pour leurs libertés est définitivement enseveli sous l'obsession de la sécurité et qu'il n'y a pas plus à gagner à faire vibrer encore cette vieille corde qu'à leur promettre une police prompte à appuyer sur la gâchette et des juges muselés ? À une époque où la carte des pays où l'on peut circuler, penser, parler, écrire, prier librement se réduit comme peau de chagrin, il serait plus digne, et peut-être plus payant, de ne pas abandonner aux seuls ouvriers polonais l'honneur de lutter pour la liberté, et de regrouper les Français, non pas autour du drapeau verdâtre des peurs quotidiennes, mais autour de la fierté d'être libres et de la volonté de le rester.

« La justice dans la vie des hommes »

(*La Croix*, 6 mars 1984)

Ce titre est celui de la *Semaine sociale* qui se tient à Bordeaux du 3 au 11 mars 1984. Faut-il souligner le caractère essentiel du thème qu'il récapitule ? Rendre la justice est la raison d'être première de l'État. L'image de saint Louis assumant, sous un chêne, sa fonction de juge suprême en reste le symbole. Que la fonction cesse d'être remplie, et c'est le retour à la justice privée, c'est-à-dire à l'écrasement du faible par le fort et à la loi de la jungle. L'État de droit, idéal dont se réclament toutes les démocraties libérales, c'est celui dans lequel aucun pouvoir, public ou privé, n'est affranchi de l'obligation d'assujettir son bon plaisir au respect d'une règle supérieure. Mais la règle n'est efficace que si un juge est en mesure d'en sanctionner la violation.

Ce sont des évidences. Sont-elles présentes à l'esprit des hommes d'aujourd'hui, qu'ils soient gouvernants ou gouvernés ? Pour les premiers, le simple examen du chapitre consacré à la justice dans les budgets annuels conduirait à en douter : traditionnellement, il est, de tous, l'un des plus pauvrement dotés. Quant aux simples citoyens, le nombre croissant des actions qu'ils intentent devant les juridictions, tant judiciaires qu'administratives, à tous les niveaux, pourrait donner à penser que leur confiance dans le juge ne cesse de croître. Mais cette

amplification des contentieux – qui menace d’ailleurs les tribunaux d’un blocage encore plus grave pour la collectivité que celui des autoroutes par les poids lourds – témoigne-t-elle vraiment d’une foi accrue dans l’œuvre du juge ? N’est-ce pas plutôt le fait d’une multiplication des textes contraignants et souvent obscurs qui suscitent les litiges et développent, dans les rapports humains, les tensions, les ambiguïtés et les aigreurs ?

On peut se poser la question, car, malgré le flot des recours, la justice, en France, reste mal connue et mal aimée. Rappeler à l’homme d’aujourd’hui la place que la justice tient dans sa vie : le programme de la Semaine sociale répond bien à une nécessaire prise de conscience.

La vie des hommes, c’est d’abord la vie au sein de leur communauté familiale. Heureuses celles qui ne connaîtront jamais le recours au juge ! Mais de plus en plus nombreuses, hélas, sont celles qui se défont. Le juge seul, alors, peut éviter le pire, et c’est de lui que dépend souvent le sort de l’enfant. La vie des hommes, c’est aussi la vie professionnelle : le juge porte la responsabilité ultime de l’exacte délimitation des pouvoirs dans l’entreprise, de la protection des travailleurs contre l’arbitraire, de l’honnêteté des rapports entre ceux qui produisent ou vendent et ceux qui consomment.

Mais la justice n’intéresse pas seulement ceux qui s’adressent à elle. Pour tous, elle est la gardienne de la double sécurité dont nul ne peut se passer.

La première, la plus évidente, est la sécurité de la vie quotidienne face à la multiplication des agressions. Ceux qui croient encore, malgré le démenti des faits, à l’efficacité dissuasive d’une répression impitoyable, ceux qui, à l’opposé, pensent que la sécurité a tout à gagner à un régime carcéral qui prépare la réinsertion des anciens délinquants dans la société au lieu de remettre en liberté des candidats à la récidive, se rencontrent au moins sur un point : le rôle capital de la justice en ce domaine, et la nécessité de lui donner les moyens nécessaires.

L’autre sécurité est celle qui naît de la protection des citoyens contre l’arbitraire du pouvoir. La mise en veillesse de l’autorité du juge, la substitution des hommes en uniforme aux hommes en robe, c’est la voie ouverte aux disparitions selon la mode argentine d’hier, au goulag ou à l’asile psychiatrique selon la mode de l’Est, à la torture, qui étend sa tache sombre sur tous les continents. Certes ces drames, en France, sont liés au souvenir des années noires. Il ne faut pas, pour autant, en sous-estimer le risque ; et il ne faut pas négliger non plus celui, plus actuel chez nous, créé par ceux qui, mettant la justice en doute, se font eux-mêmes justiciers, et tirent sur l’ombre qui passe.

Que l’appareil judiciaire français ait de la peine à faire face à ces écrasantes responsabilités n’est que trop certain. Les carences, les faiblesses existent. Les imputer aux hommes est facile, et injuste. Ils sont faillibles, certes. Mais il faudrait, avant de juger les juges et ceux qui, en amont ou en aval, participent à l’œuvre de justice, mesurer la difficulté de leur tâche et la pauvreté de leurs moyens.

La Semaine sociale de Bordeaux ne prétend pas inventer les remèdes miracles qui rendraient à la justice sa pleine efficacité. Mais elle voudrait aider ceux qui sont engagés dans les multiples actions qu’implique le fonctionnement de l’institution judiciaire à mieux percevoir, par-delà leurs problèmes professionnels, ce

que la société attend d'eux, et ceux qui subissent le contrecoup des réussites et des échecs de ces actions, à mesurer l'impact dans la vie individuelle et collective de la seule institution publique qui emprunte son nom à une vertu cardinale. Car l'essentiel est là : l'institution n'a de sens que si elle sert la vertu. C'est un idéal difficile : la justice des hommes est faillible. La tradition des semaines sociales saura l'éclairer à la lumière d'une autre, plus haute : celle qui se fonde sur le respect de la personne, de sa liberté et de sa responsabilité et qui est « *plus parfaite que celle des scribes et des pharisiens* ».



« Un racisme antivieux ? »

(*La Croix*, 21 septembre 1974)

Dans le flot des changements qui sont venus battre sans trêve les plages de cet été, il en est un qui n'a guère suscité de remous depuis qu'il a été annoncé. Et pourtant, ceux que la réforme laisse sur le sable, s'ils sont plus nombreux, ne jouent pas dans la nation un rôle absolument négligeable : conseillers d'État, hauts magistrats de l'ordre judiciaire, professeurs de l'enseignement supérieur, tous, traditionnellement, poursuivaient leur activité jusqu'à 70 ans. C'est à 65 ans que leur limite d'âge est désormais fixée ; pour ceux que la réforme touche directement, soit qu'ils aient déjà franchi la nouvelle barrière, soit qu'ils en approchent, on prévoit une période transitoire, qui permettra de les liquider en trois ou quatre ans.

Les intéressés n'ont guère réagi. On aurait pu penser qu'en un temps où l'abaissement de l'âge de la retraite est pour beaucoup une revendication majeure, ils allaient manifester avec éclat leur satisfaction. Et certes, la retraite est une libération pour tous ceux qui sont condamnés à un travail physiquement épuisant, ou à la monotonie harassante des besognes répétitives. Mais les nouveaux retraités, eux, ont la chance d'être voués à des activités qu'ils aiment, qui répondent à leur vocation et auxquelles la plupart se sont donnés avec passion. Ils ne demandaient pas mieux que de les poursuivre, et n'ont pas reçu la mesure comme une récompense de leurs bons et loyaux services.

Ils ne l'ont pas contestée, cependant, et on les comprend : on est suspect lorsqu'on plaide sa propre cause, et, en l'espèce, il eût été trop facile de railler ces gérontes qui s'agrippent au cocotier et refusent d'abandonner aux jeunes les échelons suprêmes des hiérarchies.

Ils n'ont même pas sollicité d'explication et on ne leur en a d'ailleurs point fourni : la mesure a été annoncée, mais ses motifs n'ont point été explicités.

Ils ne sont cependant d'une évidence aveuglante, ni du point de vue démographique, ni du point de vue social, ni du point de vue financier, ni du point de vue administratif.

Les démographes enseignent que la vie humaine s'allonge et que la sénescence recule. Au XIX^e siècle encore, on était barbon à quarante ans et vieillard à soixante ans. Et pourtant le haut magistrat ou le professeur de faculté assumait sa fonction jusqu'au septuagénat, s'il avait la chance d'y parvenir. Aujourd'hui, le sexagénaire est fringant, et le septuagénaire ne fait plus figure d'ancêtre. Alors, abaisser la barre de la retraite bien au-dessous de son niveau du siècle dernier, c'est apparemment se mettre en contradiction avec l'évolution générale de l'espèce humaine.

Du point de vue social, en second lieu, on n'a jamais manifesté tant de sollicitude à l'égard du troisième âge. D'abord, on a, grâce à cet aimable euphémisme,



délivré ceux qu'il englobe des complexes dont pouvaient les affliger les termes désobligeants de vieux ou de vieillards. Puis, comme ils sont de plus en plus nombreux, et qu'ils votent, on a, de tous les côtés, depuis des années, multiplié à leur profit les promesses électorales. Mieux, on en a tenu quelques-unes. Il reste que le problème des anciens, de leurs ressources, de leur place dans la communauté, demeure, de l'aveu de tous, un des problèmes majeurs de notre temps.

Or le troisième âge commence avec la retraite, au moment où l'homme, libéré de toute obligation envers la société, dégagé de toute responsabilité, voit s'ouvrir devant lui une suite d'années vides, qu'il lui faut pourtant meubler pour donner un sens à ce qui lui reste de vie, et échapper à la sclérose qui le guette, et à l'ennui. Il est évident que plus nombreuse sera la catégorie du troisième âge, plus difficiles seront les solutions qu'on cherche aux problèmes sociaux posés par elle. Y faire entrer dès 65 ans des gens qui ne demandent pas mieux que de persévérer cinq ans de plus dans le second âge, c'est élargir le trou que l'on s'efforce à grand-peine de combler.

D'autant plus que, sur le terrain financier, l'intérêt de la réforme n'apparaît pas évident. Les actifs, dans la société actuelle, portent le poids de retraités, en même temps que celui des jeunes, et l'on sait que, en France, la double charge pèse lourd.

Transformer en retraités des gens qui acceptaient fort bien de rester cinq ans de plus dans le groupe de ceux qui supportent les autres, c'est une double perte : on accroît le fardeau, et on réduit le nombre de ceux qui le soutiennent. Il faudra bien, d'ailleurs, les remplacer dans leurs fonctions. Là où l'État servait un traitement, il servira désormais une retraite à celui qui s'en va, un traitement à celui qui le remplace : la rentabilité de l'opération est pour le moins douteuse.

Répond-elle alors à une nécessité administrative ? Nul n'ignore que deux au moins des corps qu'elle touche – la magistrature et l'enseignement supérieur – souffrent non d'une pléthore, mais d'une pénurie de personnel. La nécessité d'accroître massivement le nombre des magistrats est constamment proclamée, et les universités réclament à grands cris des enseignants. Raccourcir les carrières, et dans l'immédiat, accroître d'un seul coup le nombre des postes vacants, cela ne semble guère de nature à faciliter la solution du problème.

Du moins l'élimination des anciens permettra-t-elle de débloquer la carrière des plus jeunes ? La génération qui s'en va est entrée dans la fonction publique durant les années qui ont précédé la guerre. En ces temps lointains, on recrutait au compte-gouttes. Un exemple ? Entre 1932 et 1940, on a institué moins de 20 agrégés de droit public : c'est le nombre minimum des postes offerts à chacun des concours qui se sont succédé depuis dix ans ! La pointe de la pyramide est si aiguë, et sa base est si large, que l'appel d'air créé au sommet par le départ des anciens ne profitera guère aux plus jeunes.

À plus long terme, les fonctions auxquelles s'applique la nouvelle limite sont, pour la plupart, des fonctions supérieures, auxquelles on ne parvient pas à la fleur de l'âge. Écourter de cinq ans la période durant laquelle on les exercera désormais, c'est risquer un renouvellement incessant des hommes là où une certaine continuité est nécessaire à l'efficacité de l'action. On songe, par exemple, aux jurisprudences qu'élaborent la Cour de cassation et le Conseil d'État : il faut

qu'elles bougent et s'adaptent, mais il n'y a plus de sécurité pour le justiciable si le changement incessant des hommes transforme l'évolution nécessaire en ruptures répétées.

Alors, où sont les motifs ? Lutte contre le mandarinat et la gérontocratie dans l'université et ailleurs ? Il y a beau temps que ni les recteurs, ni les présidents, ne se recrutent parmi les anciens, et on connaît de jeunes mandarins plus mandarinaux que ceux dont l'âge avait tempéré la volonté de puissance. Mais on connaît aussi, au sommet de toutes les hiérarchies judiciaires ou administratives, des quasi-septuagénaires plus jeunes d'esprit et plus ouverts au souci de l'avenir que bien des quadragénaires figés dans la certitude de leur omniscience technocratique et dans leur autosatisfaction.

On ne fera pas aux auteurs de la réforme l'injure de supposer qu'elle ne répond pas, dans leur intention, à de solides raisons tirées du seul intérêt général. Ce que l'on souhaite, c'est qu'ils les explicitent. Faute de quoi de mauvais esprits en viendraient à penser, soit qu'elle n'a pas d'autre but, en alignant tous les fonctionnaires sur la même limite d'âge, que de faciliter le travail des ordinateurs, soit qu'elle répond – à Dieu ne plaise ! – à des appétits de jeunes loups sûrs d'eux, qui feraient succéder, au racisme antijeunes, un racisme antivieux dont feraient les frais non plus les cheveux longs, mais les tempes grises et les crânes chauves : et celui-ci ne vaudrait pas mieux que celui-là.

« Un racisme antivieux ? » Acte II

(*La Croix*, 1^{er} septembre 1984)

À l'aube du précédent septennat, la volonté de rajeunir la France à l'image de son président conduisit celui-ci à proposer d'abaisser à 65 ans la limite d'âge des membres des grands corps de l'État, de la Cour de cassation et de l'enseignement supérieur. Il se trouva, alors, au Parlement une majorité assez sage pour écarter le projet, à propos duquel *La Croix* avait évoqué un « racisme antivieux » ... On transigea à 68 ans. La question semblait réglée. Le secrétaire d'État à la Fonction publique du précédent gouvernement l'a réveillée de son sommeil. On espérait que ce réveil, après le départ de son inspireur, serait sans lendemain. Illusion ! Le Parlement a été saisi, l'urgence a été déclarée, tant le problème semblait crucial pour l'avenir du pays, le débat a eu lieu et la réforme est arrivée à son terme.

Certes, elle ne suscitera pas de remous dans l'opinion : on n'imagine pas une manif houleuse jetant dans la rue conseillers d'État, magistrats de la Cour de cassation, inspecteurs des finances et professeurs d'université, tous sexagénaires, clamant des slogans propres à mobiliser les foules et à perturber l'ordre public. Ce n'est pas une raison suffisante pour ne pas affirmer, aujourd'hui comme en 1975, la maladresse et l'inutilité de la réforme.

Les fonctions supérieures auxquelles sont parvenus les hommes que la nouvelle limite d'âge va vouer à une parfaite inutilité ne s'improvisent pas. Elles impliquent une longue maturation et une expérience. Renvoyer à leurs foyers ceux qui les maîtrisent n'est pas une solution socialement économique.

Économique, elle ne l'est pas non plus au sens financier du terme : elle met, à la charge de l'État, les retraites des partants et les traitements de leurs remplaçants. En période d'austérité budgétaire, on voit mal la nécessité de cette double dépense.

On la voit d'autant plus mal que nul n'ignore l'embouteillage massif dont souffrent aujourd'hui les hautes juridictions. Le transfert des dossiers abandonnés par les sortants aux nouveaux venus qui, quels que soient leurs mérites, auront à apprendre des techniques qui ne leur seront familières qu'au bout d'un certain temps, n'accélérera pas le cours de la justice. Et lorsque la limite d'âge frappera des présidents de sociétés nationales ou d'entreprises publiques ayant défini une politique et en train de la réaliser, les remises en cause par les successeurs risquent d'entraîner des à-coups peu compatibles avec la continuité nécessaire à une saine gestion.

Invoquera-t-on, pour justifier la réforme, la nécessaire lutte contre le chômage ? Il faut être sérieux ! Le mince appel d'air produit par les départs ne se fera pratiquement pas sentir à la base, et le recrutement des conseillers d'État, des professeurs d'université, des hauts magistrats ne passe pas par l'Agence nationale pour l'emploi.

L'égalité devant l'âge de la retraite, qu'on invoque aussi à l'appui de la réforme, est un piètre argument. Il est juste, il est nécessaire d'arrêter aussitôt que possible le travail physiquement épuisant ou simplement monotone et répétitif. « *Vivement la retraite !* », c'est le vœu légitime de tous ceux qui sont condamnés à un travail qu'ils ne peuvent aimer. Mais ceux que vise la réforme sont pour la plupart des passionnés de leur métier et l'effort intense que celui-ci requiert, effort de l'esprit, n'épuise pas le corps.

Reste évidemment l'argument clé, celui de la modernité... Le sexagénaire serait-il incapable de s'adapter aux technologies de pointe qui commandent l'avenir, recroquevillé sur des habitudes qui ne sont plus que des routines ? Argument dangereux ! Car si l'on accepte cette condamnation globale du troisième âge, pourquoi la limiter aux cadres supérieurs de l'administration et de l'économie et ne pas l'étendre aux dirigeants politiques ? D'où viendrait à ceux-ci la grâce particulière qui manque à ceux-là ? Pourquoi pas une réforme constitutionnelle, avec ou sans référendum, étendant aux maires, aux présidents de conseils généraux et régionaux, aux ministres, au chef de l'État la limite d'âge des 65 ans ? Il y a des quadragénaires qui sont de petits vieux maniaques, il y a des vieillards ouverts à tous les changements. Il avait 80 ans le pape « *de transition* » qui a ouvert des voies nouvelles à l'Église, et Charles de Gaulle n'était plus un jeune homme lorsqu'il a fondé la V^e République...

Chose paradoxale, d'ailleurs : l'appel à la modernité s'accompagne d'un retour fréquent au thème du « *vieux sage* » et la composition du Conseil constitutionnel n'en est pas le seul exemple.

Réforme inutile, réforme inopportune. Qui plus est réforme maladroite ! Faute de justifications évidentes, elle invite l'opposition à lui chercher des arrières-pensées... Cela s'était produit déjà lors de la première mouture du projet en 1974. Les malveillants y avaient vu la volonté de liquider quelques hauts fonctionnaires mal en cour. Les malveillants d'aujourd'hui, qui ne sont plus les mêmes, reprendront le grief. Qu'il soit juste ou injuste n'est pas ici la question. Ce qui est certain, c'est que le pouvoir n'avait rien à gagner à en permettre la réapparition.

Il n'était pas utile d'aller repêcher, dans les héritages du précédent septennat, cette réforme avortée. Elle n'intéresse pas les citoyens peu concernés par le statut de la haute fonction publique. Elle fera des mécontents au sein de celle-ci. Les seuls suffrages qu'elle ralliera seront ceux de quelques jeunes loups, heureux de gravir plus vite les échelons de leurs hiérarchies. Encore est-il plus proche qu'ils ne le pensent, le moment où, parvenus à l'apogée de leur force, mais voyant approcher la soixantaine, ils se demanderont si le moment n'est pas venu, dans l'intérêt général, de reculer la limite d'âge...

« 1799-1974 : le Conseil d'État publie ses Mémoires »

(*La Croix*, 22 janvier 1975)

Lorsqu'on affirme à un Français non issu d'une université de droit que, depuis cent soixante-quinze ans, un grand corps qu'on nomme le Conseil d'État n'a pas cessé de jouer dans la vie nationale un rôle de premier plan, on se heurte à plus de scepticisme encore que d'étonnement. Si c'était vrai, les journaux, la télé, en informeraient le public, et le professeur d'histoire en aurait parlé à l'école.

C'est vrai pourtant. Mais le silence du professeur d'histoire a une excuse : dans ce pays plus attentif à son passé que beaucoup d'autres, il n'existait, jusqu'à hier, aucun ouvrage retraçant la vie du corps qui a donné à la France son code civil et son droit administratif, qui a compté parmi ses membres, de Stendhal et de Cuvier à Léon Blum et à Michel Debré, tant d'hommes de premier plan. L'étranger a copié et copie encore : il n'existait aucune histoire du Conseil d'État ! La lacune vient d'être comblée. Mercredi prochain, le président de la République recevra, au Palais-Royal, un magnifique volume bleu dont les mille pages, somptueusement illustrées, retracent de 1800 à 1975 la vie et l'action du premier corps de l'État².

L'auteur du livre, et son sujet, ne font qu'un : c'est le Conseil d'État lui-même qui a écrit son histoire. Une équipe animée par le conseiller Louis Fougère, des années de travail, de minutieuses recherches d'archives, le recours aux témoignages oraux des anciens et à leurs documents privés, tout a été mis en œuvre pour la réussite de l'entreprise. Elle est d'autant plus complète qu'elle était, au départ, difficile. Tout homme qui écrit ses Mémoires encourt les soupçons d'être enclin à quelque bienveillance envers lui-même. Or, un grand corps se sent un à travers la succession des générations et ce sont un peu ses Mémoires que vient de rédiger le Conseil d'État. Mais il ne pouvait en être autrement. Il faut lui appartenir pour le connaître. Toute histoire écrite du dehors aurait risqué non seulement d'ignorer des documents et des témoignages essentiels, mais, surtout, de laisser dans l'ombre ces données fondamentales et impalpables pour lesquelles on ne trouve que des mots vagues : ambiance, esprit de la maison...

2 *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*. Éd. du Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1975.

Le sens critique, pourtant, n'a pas été émoussé par cette fidélité à soi-même. Sur les périodes difficiles que le Conseil d'État a traversées durant sa longue histoire – sous la Restauration, après le Second Empire, lors de la grande épuration de 1879 destinée à le rendre « *plus républicain* » et, plus près de nous, durant le régime de Vichy, à la Libération, en 1963 enfin – le livre ne jette pas de voiles. Il est objectif, et ne passe rien sous silence. Bien plus, dans le bilan de l'œuvre accomplie, on ne perçoit nul triomphalisme et la parole est généreusement donnée à ceux qui, sans sous-estimer l'actif, mettent l'accent sur les points encore faibles et les progrès à réaliser pour assurer une plus complète protection des Français contre l'arbitraire administratif.

Mais la lecture du livre, passionnante, permet peut-être de comprendre les deux raisons pour lesquelles les Français connaissent si peu le rôle et l'œuvre de leur Conseil d'État.

Conseiller et juge du pouvoir

Cartésiens, nous comprenons mal les institutions qui ne s'organisent pas selon des critères logiques. Or, il n'y a point de logique dans les tâches qu'assume le Conseil. Bonaparte, en le créant, ne fait que ressusciter l'une des institutions centrales de la monarchie : le Conseil d'État continue le Conseil du roi.

Auprès du détenteur du pouvoir, des sages, choisis par lui, possèdent suffisamment sa confiance pour qu'il puisse s'en remettre à eux de la réalisation de ses grands desseins – telles les codifications napoléoniennes – et prendre leur avis sur les problèmes de l'administration. Ce rôle de conseiller du pouvoir n'a jamais disparu. Son étendue a varié selon les régimes, tantôt élargie à la préparation des projets de loi proposés par le gouvernement aux Assemblées, tantôt limitée aux seules décisions administratives. Mais, aujourd'hui encore, le Conseil d'État reste, auprès du gouvernement, le donneur d'avis auquel sont soumis les projets de loi, les ordonnances, les principaux règlements, et nombre de décisions particulières. Certes, l'avis ne lie pas l'autorité qui est tenue de le demander : le Conseil est consulté, il ne décide pas. Mais cette fonction consultative, qui absorbe l'activité de quatre de ses sections, n'en demeure pas moins considérable.

Parmi les avis que le souverain demandait à son Conseil, certains portaient sur les réclamations suscitées par son administration. Pour celles-ci, à l'origine, aucun juge : la Révolution avait interdit aux tribunaux d'en connaître. La victime d'une illégalité administrative n'avait qu'une possibilité : s'adresser au chef de l'État, et celui-ci, selon, là encore, la tradition monarchique, prenait l'avis de son Conseil et le suivait toujours sur ces problèmes apparemment mineurs.

Ainsi est née la seconde mission du Conseil d'État : le conseiller du pouvoir administratif en est, avec les années, devenu le juge administratif, un juge qui, depuis 1872, ne se contente plus de donner, sur les recours, des avis, mais décide lui-même. Il occupe aujourd'hui le sommet d'une hiérarchie de juridictions véritables, dont la base est constituée depuis 1953 par les tribunaux administratifs, et sa section du contentieux qui assure cette partie de sa mission est, de toutes, la plus développée.

La logique s'insurge : conseiller et juger le pouvoir, les deux qualités sont-elles compatibles ? L'une implique confiance et proximité, et l'autre indépendance

et prise de distance. La logique s'insurge, mais l'expérience répond : le pouvoir est, par nature, jaloux de son autorité. Devant les censures d'un organe qui lui est étranger, il se cabre. S'il sent que le censeur connaît ses problèmes et ne lui est pas systématiquement hostile, il y a une chance de le voir s'incliner.

La mesure de l'œuvre accomplie

La complexité des fonctions du Conseil d'État explique peut-être sa méconnaissance par l'opinion. Mais cette méconnaissance a une autre cause : les conditions dans lesquelles ces fonctions s'exercent et qui ne permettent guère de prendre au jour le jour la mesure de l'œuvre accomplie.

S'agit-il des avis ? Ils échappent à la publicité, sauf si le gouvernement en décide autrement ou si une fuite les révèle. Comment, dès lors, apprécier la part qui leur revient dans la décision finale ? Les jugements, eux, sont publiés mais dans des recueils peu accessibles au profane. Or, c'est à travers eux que s'est élaboré l'essentiel de ce qui constitue aujourd'hui le droit administratif. Les Français savent-ils que, si l'État est responsable des dommages qu'il leur cause, et doit les indemniser, que s'ils peuvent, dès qu'ils y ont intérêt, demander l'annulation de tout acte émanant du pouvoir exécutif jugé par eux illégal, et même des plus solennels, ce n'est pas en vertu d'un texte quelconque, mais seulement parce que le Conseil d'État en a décidé ainsi au fil des années ?

Mais, précisément, c'est au fil des années que cela s'est fait sans bruit, sans aucun élément spectaculaire. Le germe du principe nouveau a été posé à propos d'une banale histoire, s'est développé dans une série d'affaires apparemment aussi modestes. À l'origine des réformes capitales qu'on a rappelées, il y a la jambe cassée d'une petite fille de Bordeaux, les acrobaties d'un enfant de chœur sur un bénitier en mauvais état, un tir aux canards lors de la fête d'un village languedocien, les démêlés d'un garde champêtre avec son maire. Comment ces humbles problèmes auraient-ils mobilisé l'attention du public ? Comment ce dernier aurait-il deviné qu'à travers eux se formulaient les règles fondamentales qui, précisées d'un arrêt à l'autre, systématisées et enseignées dans les universités, s'imposent à l'action administrative et limitent son arbitraire ?

Ici, le lecteur hausse les épaules. Limité, l'arbitraire ? Ne se heurte-t-on pas chaque jour à lui, n'est-il pas embusqué dans chaque bureau, derrière chaque guichet ? Certes, le combat contre l'arbitraire n'est pas fini. Mais ne sous-estimons pas l'acquis ! Où en serions-nous sans l'effort des cent soixante-quinze années écoulées ? La comparaison avec l'étranger est bien souvent propre, d'ailleurs, à modérer nos doléances. D'autre part, connaissons mieux nos droits et les moyens de défense que l'œuvre du Conseil d'État met à notre disposition.

Enfin, que le passé, tel que le récapitule le livre qui vient de paraître, nous donne confiance dans l'avenir. L'histoire du Conseil d'État n'est pas close avec l'ouvrage qui la relate. Ce qu'il a accompli, qui donc, à sa naissance, l'eût cru possible ? Que le juste orgueil qu'il en tire lui donne dans son autorité une confiance accrue, lui inspire des audaces nouvelles et que la suite de l'histoire se révèle aussi riche que le passé, pour la plus grande gloire d'un corps dont les Français pourraient, s'ils le connaissaient mieux, tirer quelque fierté.

« Qui gouverne en France ? De Francis de Baecque »

(*La Croix*, 17 avril 1977)

Les quelques pages dont Francis de Baecque a offert la primeur aux lecteurs de *La Croix*³ n'épuisent certes pas la substance du livre dont elles sont extraites. À la question que pose son titre, et que beaucoup se posent avec lui, on cherche le plus souvent la réponse dans le caractère des hommes et le cours des événements. L'auteur a une connaissance trop directe de la vie politique pour sous-estimer ces facteurs. Mais on ne peut pas oublier qu'il est avant tout un haut fonctionnaire. Que cette qualité n'effraie pas le lecteur !

Une exacte évaluation

Dans le cas de Francis de Baecque, elle n'implique ni ésotérisme du langage, ni progression à l'abstraction technocratique... Simplement, elle lui permet d'apporter à la solution du problème un élément trop souvent méconnu, et pourtant capital : l'exacte évaluation des possibilités qu'offrent, aux deux têtes de l'exécutif français, président de la République et Premier ministre, les mécanismes des institutions et les moyens dont chacun dispose.

« Gouverner, c'est élaborer une politique et la mettre en pratique. Et les deux aspects sont inséparables. » Or, au niveau de la mise en pratique, « le déséquilibre est flagrant : le président de la République n'a autour de lui qu'une équipe de collaborateurs limitée en nombre » ; encore ceux-ci, on l'ignore en général, ne disposent-ils « d'aucune attribution, d'aucune autorité hiérarchique sur les services de l'administration ». Le Premier ministre, au contraire, a en main les éléments nécessaires à l'action. Cette constatation de fait emporte une conséquence évidente : l'élaboration d'une politique qui ignorerait les moyens de sa mise en œuvre ou qui irait à l'encontre de la volonté de celui qui les détient relèverait du rêve ou du discours, non de l'action. Le chef de l'État, responsable du « long terme », peut prendre des initiatives et donner des directives. Mais la décision qui n'aurait pas été « adoptée en commun », qui ne résulterait pas d'un « échange » et d'un « concert » risquerait fort de ne pas dépasser le stade des déclarations d'intention.

Moyens nouveaux

Dans ce concert, la voix du président est forte de l'investiture qu'il tient du suffrage universel, de ses attributions propres, dont le choix de son partenaire n'est pas la moindre, et des moyens nouveaux dont il a su se doter : conférences de presse, voyages, entretiens télévisés avec ou sans coin du feu, l'auteur les

3 Francis de Baecque, *Qui gouverne la France ? Essai sur la répartition du pouvoir entre le chef de l'État et le chef du gouvernement*, coll. « Droit d'aujourd'hui », PUF, 1977.

recense et les analyse, et ce n'est pas la partie la moins originale du livre. Mais la voix du Premier ministre a le moyen de se faire entendre : le contact direct avec le Parlement et la responsabilité qui en découle, son autorité sur les membres du gouvernement, les pouvoirs que les textes lui confèrent en propre, ne permettent pas de réduire son rôle à celui d'un simple organe d'exécution. « *Point de passage obligé de toutes les affaires* », il est « *celui sans lequel les décisions ne peuvent être ni élaborées, ni exécutées* ». Cette conclusion surprendra sans doute ceux qui s'arrêtent à la surface des choses. Mais sans méconnaître les nuances nécessaires, elle trouve, dans l'analyse minutieuse de quelques-unes des grandes décisions qui ont marqué l'histoire du régime, un solide appui.

On présente souvent ce « *bicéphalisme de l'exécutif* » comme une des particularités de la V^e République, et aussi comme une de ses faiblesses. Particularité ? Dans un large tour d'horizon, qui embrasse à la fois les pays étrangers et notre propre histoire, l'auteur montre que la formule des exécutifs dualistes est largement répandue, et que la concentration de la totalité du pouvoir gouvernemental sur une seule tête présente les risques opposés de la toute-puissance d'un homme, ou de son impuissance face à l'ampleur des tâches qu'implique le double souci du long terme et de la gestion quotidienne.

Vingt ans

Faiblesse ? Le régime va avoir vingt ans : c'est plus que tous ceux qui se sont succédé en France depuis 1791, la III^e République exceptée. Une formule qui, en vingt ans, n'a pas provoqué de crise majeure et a pu en résorber quelques-unes dément les condamnations portées *a priori*, et infirme les pronostics des théoriciens qui la jugeaient enviable. Au fil des événements, elle s'est pliée, selon le caractère des hommes, à nombre de variations que l'auteur retrace. Mais si la prééminence du chef de l'État s'est affirmée sous les trois présidences qui se sont succédé, elle n'est jamais allée jusqu'à réduire le Premier ministre au rôle de « *chef d'état-major ou d'administrateur en chef* ». Aussi l'auteur considère-t-il, contrairement à beaucoup, qu'une « *présidentialisation* » par l'intervention trop active, trop fréquente et trop générale du président dans la conduite des affaires, loin de suivre la pente naturelle du régime, risque au contraire de l'altérer. Le diagnostic date de quelques mois, l'évolution, depuis, ne l'a pas infirmé.

Si demain la gauche...

Ainsi, à la question initiale en forme de dilemme – l'Élysée ou Matignon ? –, Francis de Baecque répond en substituant le *et* au *ou* : l'Élysée et Matignon. Mais cela suppose, entre les deux, un accord. Jusqu'à présent les ruptures, et même la dernière en date, la plus lourde de conséquences, n'ont pas dépassé les incompatibilités personnelles ; qu'en serait-il si les incompatibilités portaient sur l'essentiel ? La question que le titre pose au présent, l'auteur, dans sa conclusion, n'hésite pas à la mettre au futur en envisageant l'hypothèse à laquelle tout le monde pense : si demain la gauche... La réponse est, comme le livre tout entier, une réponse de sagesse, mesurée et lucide.

Elle examine les diverses éventualités possibles, selon l'ampleur de la victoire de l'opposition, et la cohésion des vainqueurs une fois au pouvoir. Sans exclure la crise majeure, elle fait confiance à la souplesse du système pour lui permettre de s'adapter à une conjoncture nouvelle.

Ce sang-froid à l'événement décevra peut-être les amateurs de dramatisation. Mais ceux qui veulent simplement apprendre pour comprendre et juger par eux-mêmes seront reconnaissants à Francis de Baecque de mettre à la portée des non-initiés, par la clarté de la pensée et du langage, dans un domaine où l'ésotérisme du vocabulaire n'est souvent que le masque prétentieux du flou des idées, des données sûres, qui éclairent le passé et commandent l'avenir.

« Réforme du Conseil d'État : pour un débat serein »

(*La Croix*, 25 avril 1985)

Le projet de réforme du Conseil d'État, dont le gouvernement saisira sans doute le Parlement au cours de la présente session, est un projet important. L'affirmation a toute chance de surprendre la plupart des Français : rares sont ceux, même s'ils connaissent l'existence de l'institution, qui mesurent son rôle. Le Conseil d'État poursuit obscurément son double travail de donneur d'avis au gouvernement sur les projets de loi et les principaux décrets en préparation et, surtout, de juge suprême dans les litiges opposant les particuliers à l'administration.

Cette dernière mission du Conseil d'État fait de lui le protecteur naturel des citoyens contre l'arbitraire, et par là, un rouage essentiel de l'État de droit. C'est pourquoi tout ce qui concerne le statut et l'activité des juges du Palais-Royal mérite la plus extrême attention : il y va du bon fonctionnement de la justice administrative.

Or, la justice administrative aujourd'hui fonctionne mal. Un jugement qui se fait attendre trop longtemps risque d'être pratiquement inefficace. La cause de cette lenteur, qui n'est d'ailleurs pas propre à la France ? La multiplication des décisions administratives liée à l'extension des activités de l'État entraîne tout naturellement une multiplication des recours, qui s'amplifie et s'accélère au fil des années. Les tribunaux administratifs, juges du premier degré, ont déjà du mal à statuer dans des délais acceptables. Au Conseil d'État, juge d'appel, l'encombrement devient embouteillage : le nombre moyen des affaires enregistrées chaque année a triplé en dix ans, il dépasse maintenant 8 000, alors que celui des affaires jugées ne peut guère excéder 6 000. Résultat : le stock des affaires en attente ne cesse d'augmenter ; il va d'ici peu dépasser les 20 000 ; le délai qui sépare le recours et son jugement est rarement inférieur à trois ans, qui s'ajoutent, puisqu'il s'agit le plus souvent d'un appel, à la durée qu'a exigée le jugement de première instance. Ainsi, cinq années peuvent s'écouler avant qu'une affaire urgente ait reçu une solution définitive. Si rien n'est fait pour remédier à cette situation, la justice administrative risque de perdre toute crédibilité aux yeux

des citoyens, auxquels elle n'apporterait plus qu'une protection si tardive qu'elle en deviendrait platonique.

Ce constat suffit à justifier une double affirmation : d'abord, l'urgence d'une réforme ; ensuite, la nécessité, pour en préciser le contenu, d'un débat serein, c'est-à-dire non politisé.

Urgente la réforme ? Le vaste parti des « *n'y a qu'à* » le contestera à coup sûr : « *Et pourquoi ne travaillent-ils pas plus vite ces gens du Conseil d'État ? Il n'y a qu'à exiger d'eux un meilleur rendement ! ...* » Attention ! Une justice bâclée est plus catastrophique encore qu'une justice tardive ! Le dialogue entre les parties, l'instruction exigent une durée minimum. Six mille jugements par an, cela fait en moyenne vingt jugements par jour ouvrable ! Déjà le nombre des affaires réglées a doublé en dix ans, déjà l'informatique a été mise au service de cette accélération. Accélérer encore, ce serait prendre le risque d'arrêts mal étudiés ou celui, aussi sérieux, de sacrifier la fonction consultative à l'activité juridictionnelle.

Alors, « *il n'y a qu'à recruter massivement de nouveaux membres du Conseil d'État* », ce qui ne peut qu'entraîner une baisse de niveau d'un corps dont l'autorité tient à la qualité de ses membres, une rupture avec la continuité de sa jurisprudence, et une justice au rabais, car le métier de juge ne s'improvise pas.

Pour éviter ces écueils, la réforme préparée au sein du Conseil par ses principaux responsables dissocie de la masse des requêtes trois grands blocs : la fiscalité, la fonction publique, les travaux publics. Chacun des contentieux correspondants serait confié à une « *chambre adjointe* », formation nouvelle composée pour partie de membres du Conseil, pour partie de membres des tribunaux administratifs, pour partie enfin de fonctionnaires et de magistrats sélectionnés par une commission présentant toute garantie d'indépendance et d'objectivité. Les formations de jugement traditionnelles, ainsi débarrassées de la masse des affaires confiées aux trois chambres, pourraient régler plus rapidement celles dont elles conserveraient la connaissance.

La solution ainsi proposée, pour ingénieuse et réaliste qu'elle soit, n'échappe pas à la discussion. Encore faut-il situer celle-ci sur le seul terrain où elle est à la fois acceptable et nécessaire : celui de l'adéquation de la réforme au problème qu'elle entend résoudre et de son incidence sur l'ensemble de la juridiction administrative, notamment sur le recrutement des tribunaux administratifs. Toutes les questions qu'elle peut poser, et elles sont nombreuses, présentent le même caractère négatif : elles ne relèvent à aucun titre, à aucun degré, du débat politique.

Cette évidence résulte d'abord de la genèse du projet, reflet des inquiétudes des responsables du Conseil, fruit de leurs réflexions en dehors de toute initiative gouvernementale. Elle résulte aussi de son contenu : on y cherche en vain une seule disposition qui permettrait au gouvernement – celui d'aujourd'hui ou celui de demain – de peupler de ses fidèles les juridictions administratives pour infléchir leurs arrêts dans le sens de sa politique.

Peut-on espérer que nos législateurs, qu'ils appartiennent à la majorité ou à l'opposition, auront la sagesse de situer le débat nécessaire hors des perspectives de la politique politicienne avec lesquelles la réforme n'a rien à voir ? En faire un cheval de bataille pour les prochains tournois électoraux serait un piètre

calcul : ce cheval-là ne soulèverait ni l'enthousiasme ni la colère des électeurs ! Une discussion tout entière dominée par la seule volonté d'accélérer le cours de la justice administrative sans en compromettre la qualité, des élus unanimes dans le souci d'affermir le règne du droit et la protection des citoyens contre l'arbitraire, serait-ce utopique de l'espérer du Parlement en 1985 ?

« Accélérer la justice administrative »

(*La Croix*, 27 novembre 1985)

Sur l'adoption par le Conseil des ministres d'un projet de loi « *créant des chambres adjointes au Conseil d'État* », les médias ont gardé le silence. La réforme envisagée, pourtant, mérite de retenir l'attention par l'importance de son objet, les particularités de son élaboration, l'originalité de la solution qu'elle propose.

Son objet d'abord : il s'agit de résoudre un problème grave, celui de l'embouteillage croissant de la justice administrative. C'est aux tribunaux administratifs en première instance puis, en appel, au Conseil d'État, que les citoyens peuvent demander l'annulation d'une décision illégale ou la réparation du dommage que leur a causé une faute de l'administration. Contre la violation du droit, ils n'ont pas d'autres recours, et celui-là est précieux, car le juge auquel il s'adresse a fait, depuis longtemps, la preuve de son indépendance à l'égard du pouvoir. Encore faut-il, pour que la protection de l'administré soit efficace, qu'elle soit rapide. Si la machine juridique tourne au ralenti, si le jugement qui donne raison à la victime intervient longtemps après que la décision condamnée aura produit son effet, s'il faut attendre des années l'indemnité compensatrice du dommage subi, le malheureux administré devra se contenter de la satisfaction morale de savoir que le bon droit était de son côté : dans le concret de sa vie, rien n'aura changé.

Or, le nombre de recours s'accroît en proportion de la multiplication des interventions administratives dans la vie des citoyens. Devant le Conseil d'État, les appels s'accumulent. Il a eu beau doubler en dix ans le nombre de ses arrêts, le flot continue de monter et le délai moyen de jugement est supérieur à trois ans, s'ajoutant aux deux ans de jugement de première instance. La décision finale a donc toute chance de n'intervenir que cinq ans après le recours !

Une telle situation, si elle se prolongeait, ferait de l'intervention du juge non une protection effective, mais un rite dérisoire. En s'efforçant d'y remédier, le projet répond à une exigence essentielle des sociétés libres. Aussi bien, c'est le Conseil d'État lui-même qui, conscient de la gravité du problème, a tenté d'y trouver une solution. Là réside le second intérêt de la réforme.

Ce n'est pas ce pouvoir qui en a pris l'initiative. Selon les termes du communiqué du Conseil des ministres du 13 novembre, « *la réforme a été proposée par le Conseil d'État lui-même et acceptée par le gouvernement* ». Acceptée : le mot est significatif, et important. Il entraîne une véritable dépolitisation du projet. Le débat qui s'engagera à son sujet dans les deux assemblées devrait faire abstraction des options partisans : on pourra en discuter les dispositions, mais non le rejeter *a priori* en tant qu'élément de la politique gouvernementale.

Cette origine explique le caractère pragmatique du projet. Préparé par des hommes qui vivent chaque jour le problème, le dispositif envisagé procède non d'une logique *a priori*, mais de l'analyse de la situation concrète. Dans le bloc des 21 400 affaires qui restent à juger, la moitié environ concernent trois secteurs : la fiscalité, la fonction publique, les travaux et marchés publics. Chacun de ces trois secteurs serait confié à une chambre spécialisée « *adjointe* » au Conseil d'État sans constituer une de ses composantes, ce qui permettrait de recruter, pour y siéger, à côté des membres du Conseil d'État, des membres des tribunaux administratifs, les uns détachés de leurs fonctions actuelles, les autres recrutés spécialement, pour être affectés directement aux nouvelles chambres, parmi certaines catégories de fonctionnaires choisis par une commission offrant toute garantie d'indépendance.

La complexité du système ne s'explique qu'en fonction du résultat qu'on en espère : les formations traditionnelles du Conseil d'État, déchargées de la moitié des affaires à juger, pourront connaître des autres dans un délai raisonnable tout en faisant face à leurs attributions consultatives. Les chambres adjointes, grâce à leur recrutement élargi, pourront, elles aussi, accélérer le cours de la justice dans leur secteur respectif, et les liens maintenus entre elles et les autorités responsables du contentieux au sein du Conseil devraient assurer la cohérence de leur jurisprudence.

Le projet, pourtant, présente un risque : pour garnir les nouvelles chambres, ne va-t-il pas dépeupler les tribunaux administratifs ? Leurs membres s'en sont émus et leur protestation a entraîné l'adoption d'un second projet de loi qui élargit leur recrutement et améliore leur statut.

Quel sort le Parlement réservera-t-il à ces deux réformes ? On voudrait espérer que nos élus, en dépit de leurs soucis préélectoraux, prendront conscience de la gravité du problème et de la nécessité de lui donner d'urgence une solution. Notre juridiction administrative jouit, hors de nos frontières, d'un prestige et d'une influence qui sont une des composantes du rayonnement de notre pays. Laisser le flot montant des recours étouffer peu à peu son action serait compromettre ce rayonnement, et, pire encore, livrer l'administré à l'arbitraire d'une administration indifférente aux condamnations d'un juge qui, tels les carabiniers d'opérette, n'arriverait que longtemps après la bataille.

« Le Conseil d'État : faux et vrais problèmes »

(*La Croix*, 28 novembre 1986)

Des deux problèmes que paraît poser la situation actuelle du Conseil d'État, l'un, celui de sa « *politisation* », soulevé ces derniers temps par de hauts responsables politiques, n'est qu'un faux problème ; l'autre est grave, mais nul ne semble s'en soucier : c'est celui de l'embouteillage massif qui ralentit dangereusement le cours de la justice.



Politisé le Conseil d'État ? Il faut s'entendre sur le sens du mot. Les membres du Conseil, comme tous les citoyens, sont libres de leurs opinions, et toutes les sensibilités politiques se retrouvent parmi eux. D'autre part, leurs jugements, qu'ils portent sur le contentieux électoral des collectivités ou sur des décisions administratives émanant des autorités gouvernementales, ont souvent une incidence inévitablement politique, et de même, les avis que le gouvernement est tenu de leur demander sur ses projets de loi. Il y aurait politisation si jugements et avis procédaient des options politiques de ceux qui les rendent et non de données objectives où la politique ne saurait trouver place.

Seulement, pour la plupart des hommes politiques, quelle que soit leur appartenance, un juge est « *politisé* » lorsque ses décisions, ou ses avis, ne sont pas strictement conformes à leur idéologie ou aux intérêts de leur parti. À leurs yeux, la non-conformité du jugement ou de l'avis à leur orthodoxie ne peut provenir que d'une hostilité partisane. Lorsque les juges administratifs ont annulé une série d'élections municipales entachées de fraudes imputables au parti communiste, celui-ci a stigmatisé l'anticommunisme primaire et viscéral qui, seul, pouvait expliquer ces jugements. Aujourd'hui, les réserves du Conseil dans son avis sur le projet de loi relatif à l'acquisition de la nationalité française lui valent des critiques identiques, encore qu'inversées : seule une politisation gauchisante et la volonté d'être désagréable à l'actuelle majorité pourraient en rendre compte.

Circonstance aggravante : dans ce dernier cas, alors que les avis du Conseil doivent rester secrets, celui-ci a été livré en pâture à la presse. Fuite organisée, bien sûr, et qui confirme le soupçon d'hostilité systématique ! ... Dès lors, on n'hésite pas en haut lieu à tancer la haute assemblée et à la rappeler à ses devoirs.

Peut-être n'eût-il pas été inutile, avant cette dénonciation spectaculaire, de mener sur l'origine de la fuite une enquête discrète, car il n'est nullement établi, loin de là, que la fuite ne se soit pas produite alors que l'avis, déjà, était loin du Palais-Royal, en d'autres mains que celles de ses auteurs. Mais cette incrimination hâtive reflète sans doute la mauvaise humeur suscitée par le contenu de l'avis.

On ne saurait reprocher aux hommes politiques de raisonner en termes politiques : c'est leur logique propre. Ce qui est regrettable, c'est que nombre d'entre eux, de toutes obédiences, n'arrivent pas à concevoir que d'autres puissent raisonner différemment : le juge, à partir de la règle de droit qu'il a pour mission de faire respecter, le donneur d'avis, en envisageant le projet qui lui est soumis au point de vue tant de sa conviction juridique et de sa clarté que de ses effets prévisibles pour les administrés et les administrateurs. Telle est pourtant la double mission que le Conseil d'État remplit depuis près de deux siècles. Si, en l'exerçant, il s'était fait le serviteur docile des gouvernements successifs, il n'aurait mérité ni leur estime – car l'écho fidèle de la voix du maître n'est pas, pour celui-ci, un conseiller utile –, ni celle des administrés qui attendent de lui qu'il les protège contre l'arbitraire, ni le rayonnement international qu'il a su acquérir et qui est une composante du prestige que garde encore notre pays.

Le grief de politisation se heurte à une évidence. Si les membres du Conseil, lorsqu'ils statuent, le faisaient à partir de l'extrême diversité de leurs sensibilités politiques, la formation d'une majorité serait quasi impossible et l'affrontement

deviendrait la règle de leurs débats. Ils ne peuvent décider et assurer la continuité de leur jurisprudence qu'en restant sur le terrain que leurs fonctions leur assignent et en faisant abstraction de leurs engagements personnels. Telle est la tradition de leur corps, trop enracinée pour qu'ils veillent y déroger. L'amour-propre collectif lié à cette appartenance suffirait à les dissuader d'introduire au Palais-Royal les comportements propres au Palais-Bourbon.

Ainsi, l'accusation est vaine. Mais il y a plus grave : en la formulant à haute voix, on jette le doute sur l'honnêteté intellectuelle des juges administratifs. Or, la confiance du citoyen dans le juge est indispensable à une démocratie vécue. Porter atteinte à cette confiance en s'en prenant à la légère, hier au Conseil constitutionnel, aujourd'hui au Conseil d'État, c'est mal servir auprès de l'opinion l'autorité morale du juge, composante essentielle des sociétés libérales.

Le vrai problème est ailleurs. Une justice au ralenti ne vaut pas mieux, en pratique, qu'une justice bâclée, fabriquant des arrêts à la chaîne. Il faut, pour bien juger, un minimum de temps, mais il faut aussi que le jugement n'intervienne pas si tard que la situation illégale à laquelle il entend porter remède soit, en pratique, devenue irréversible. Or toutes les juridictions françaises connaissent depuis des années une montée spectaculaire du nombre des affaires portées devant elles. Au sommet de la pyramide des juridictions administratives, le Conseil d'État, pour faire face à l'afflux des recours, a quadruplé en dix ans le nombre de ses décisions. Mais cet effort est parvenu à sa limite. Le rythme actuel ne peut plus être accéléré sans compromettre la qualité des jugements. Cependant, le flot des recours ne cesse de monter, et l'attente des plaideurs s'allonge inexorablement.

Un projet de loi, préparé au sein du Conseil d'État, avait proposé une réforme susceptible de remédier à cette situation catastrophique. Son examen par le Parlement, interrompu par la fin de la précédente législature, n'a pas été repris. Le projet, certes, peut paraître discutable. Encore faudrait-il le discuter et, si la solution qu'il envisage n'est pas jugée adéquate, en inventer une autre, ce qui ne serait pas chose aisée.

Dans l'ordre des urgences, en tout cas, une réforme qui permettrait à la justice administrative de s'exercer dans des délais raisonnables prime de beaucoup la vaine dénonciation de la « *politisation* » du Conseil d'État, car le juge, même administratif, n'est pas au service du pouvoir mais au service de ceux qui font appel à lui pour défendre le bon droit.

« Léon Noël : un témoignage »

(*La Croix*, 1^{er} septembre 1987)

De la plupart des commentaires qu'a suscités la mort récente de Léon Noël, une certaine image du premier président du Conseil constitutionnel se dégage, qui ne le valorise guère : fidèle inconditionnel du général de Gaulle, il aurait fait passer cette fidélité avant le souci d'assurer l'indépendance de la haute instance qui venait de naître.

À cette affirmation simplificatrice, on voudrait opposer un témoignage personnel qui, s'il concerne le Conseil d'État et non le Conseil constitutionnel, mesure l'attachement de Léon Noël à l'indépendance du juge, et peut éclairer son action à la tête de la haute instance dont il avait à guider les difficiles premiers pas.

À la fin de 1962, le Conseil d'État par un arrêt *quasi* historique, a annulé l'ordonnance qui avait institué, pour juger les auteurs du putsch d'Alger, une cour militaire de justice n'offrant, à ceux qui lui étaient déférés, aucune des garanties requises pour l'exercice de la justice dans un État de droit. Rendu à la veille de l'exécution de deux condamnés à mort par la cour, l'arrêt leur sauva la vie. Mais il fut mal accueilli par celui qui s'estimait à juste titre seul responsable de la politique de la France face au drame algérien. Dans la décision du Conseil, il crut voir un désaveu de son action et une sorte de fronde, qu'il fallait briser. Une réforme fut annoncée. Elle devait, selon le vœu du chef de l'État, réduire les pouvoirs du juge administratif suprême à l'égard des décisions gouvernementales.

La menace était redoutable. L'auteur de ces lignes crut devoir la dénoncer dans un article publié par le quotidien *Le Monde*, qui eut, à l'époque, quelque retentissement.

Quelques jours plus tard, Léon Noël, nommé à la tête de la commission chargée de préparer, dans le sens indiqué par le général de Gaulle, la réforme du Conseil d'État, demandait à l'auteur de l'article du *Monde* de venir le voir. Dès le début de l'entretien, proposition inattendue : « *Voulez-vous faire partie de la commission que je préside ?* » La réponse s'imposait : « *Sans doute ignorez-vous que j'ai pris publiquement position dans Le Monde contre toute atteinte à l'autorité du Conseil d'État et que, dès lors, il ne m'est pas possible...* » La phrase ne fut pas achevée : « *Ce n'est pas "bien que vous ayez écrit" cet article, mais c'est parce que vous l'avez écrit que je vous demande de venir travailler avec moi, car il ne saurait être question, bien entendu, de réduire, par la réforme annoncée, l'indépendance de la plus haute juridiction administrative.* »

Quand on a entendu de telles paroles, on ne les oublie pas ! Et on les oublie d'autant moins que, durant les travaux de la commission, les propositions qu'on a cru devoir avancer non pour réduire, mais pour accroître l'autorité du Conseil d'État en lui donnant un droit de regard, jusqu'alors inexistant, sur l'exécution de ses jugements par les autorités qu'ils avaient censurées reçurent, de la part du président Noël, un appui d'autant plus méritoire qu'elles ne firent point l'unanimité, même parmi les représentants du Conseil d'État à la commission. Si elles sont passées dans le décret de la réforme, ouvrant ainsi la voie à des prolongements qui ont accru l'autorité des juges du Palais-Royal, c'est à Léon Noël qu'on le doit.

Alors, exécutant aveugle des ordres d'un maître ? Le témoignage qu'on se devait d'apporter infirme ce jugement. Il n'ôte rien à une fidélité qui reste l'honneur de Léon Noël, mais il confirme que ce grand serviteur d'un État que le général de Gaulle arrachait aux tempêtes ne dissociait pas ce service de celui de l'État de droit.

Conseil constitutionnel

« Les libertés protégées contre la loi »

(*La Croix*, 24 juillet 1971)

La décision par laquelle le Conseil constitutionnel vient de déclarer inconstitutionnelle la principale modification apportée par le Parlement à la loi sur les associations n'aura pas sauvé la liberté de s'associer, pour la simple raison que cette modification ne la menaçait guère. Là réside, sans doute, paradoxalement, le premier grief que l'on pouvait adresser à la réforme heureusement condamnée : sa *quasi* totale inutilité pratique.

En l'état actuel du droit, le préfet, s'il a un doute sur la légalité de l'association qui vient se déclarer, peut, sitôt qu'il lui a remis le récépissé de la déclaration, saisir le tribunal de grande instance et lui demander de proposer la dissolution s'il apparaît que les buts de l'association tombent sous le coup des prohibitions légales. La suspension de la délivrance du récépissé, telle que la loi censurée par le Conseil constitutionnel l'avait aménagée, n'ajoutait que peu de chose à ce dispositif : au mieux, elle supprimait le court espace de temps dont disposait, entre la déclaration et la dissolution par le juge, l'association suspecte : pouvait-elle vraiment l'utiliser pour une action subversive efficace ?

Le Rubicon franchi

On voit mal ce que la « *défense de l'ordre* » avait à y gagner du point de vue pratique, d'autant plus que les associations qui ont le souci d'acquérir la personnalité morale par la déclaration témoignent, *ipso facto*, d'une volonté d'agir sur le terrain juridique qui donne à penser qu'elles ne font pas planer sur les institutions des menaces bien redoutables. Quelques pas à peine séparaient du système de 1901 celui qu'on entendait lui substituer. Mais ces quelques pas suffisaient pour faire franchir à sa procédure ainsi modifiée la frontière qui sépare le contrôle *a posteriori* du contrôle préventif, frontière que la tradition libérale a toujours considérée comme essentielle.

Il était donc évident que la réforme, parce que, si timidement que ce fût, elle passait ce Rubicon, et aussi parce qu'elle touchait à l'une des grandes lois libérales de la III^e République, qui continuent de définir le droit commun de nos libertés, prendrait valeur de symbole et coaliserait contre elle tous ceux qui entendent sauvegarder cet acquis – et même d'autres, d'un libéralisme moins insoupçonnable. Prendre un tel risque, prêter le flanc à un procès d'intention aussi grave, pour un bénéfice à peu près nul, constituait la plus flagrante des erreurs d'appréciation : la réforme-souris ne pouvait pas ne pas accoucher d'une opposition-montagne.



La loi contre le juge

Mais il y avait, dans la loi, un autre aspect, encore plus déplaisant que son contenu et que l'on n'a pas assez mis en relief. Le préfet de police, saisi l'an dernier de la déclaration de l'Association des amis de la cause du peuple, avait cru pouvoir refuser de lui délivrer le récépissé constatant cette déclaration. Le juge administratif, par des décisions fortement motivées, lui avait donné tort, en annulant ce refus. Il est malheureusement fréquent, dans des situations semblables, de voir l'exécutif ainsi mis en échec, faire valider par le Parlement souverain les dispositions censurées par le juge en les transformant en loi. Promues à la dignité législative, elles échappaient sous les III^e et IV^e Républiques, qui ont largement usé du procédé, à tout contrôle. La V^e, contre sa logique propre, qui tend à la limitation de la suprématie parlementaire et de la toute-puissance de la loi, avait repris cette fâcheuse tradition : sa récente réforme n'était pas autre chose qu'une tentative de revanche de l'exécutif, avec l'appui du législateur, contre le juge qui l'avait censuré.

Le dogme de la souveraineté absolue de la loi

C'est sur ce terrain plus encore que sur celui de la défense de la liberté d'association, que la décision du Conseil constitutionnel prend une portée qu'on peut, sans exagération pour une fois, qualifier d'historique : car elle met fin au dogme, vieux de plus de cent cinquante ans, de la souveraineté absolue de la loi, « *expression de la volonté générale* », de la loi qui, comme le roi d'Angleterre, « *ne peut mal faire* », et surtout pas attenter à la liberté, dont elle est, par nature, la gardienne.

Sur ce dogme, héritage de Rousseau, tout le libéralisme français du XIX^e siècle a vécu. Il a fourni, à la volonté de puissance des Parlements des III^e et IV^e Républiques, la meilleure des justifications théoriques. Toute la défense des libertés a été organisée contre l'exécutif, considéré comme leur ennemi naturel. Mais l'idée que le législateur pouvait, lui aussi, verser dans l'arbitraire, frisait l'hérésie : défendre les libertés contre la loi paraissait inutile et presque blasphématoire. C'est pourquoi, tandis que les États-Unis acceptaient, dès 1801, comme tout naturel le contrôle par leur Cour suprême de la conformité de la loi aux garanties des libertés inscrites dans la Constitution, aucune juridiction, en France, ne s'est reconnu le droit d'assurer ce même contrôle, sachant que, si elle s'y hasardait, le Parlement, jaloux de sa souveraineté, ne le tolérerait pas. Ainsi, le principe selon lequel la Constitution est la règle suprême et s'impose au législateur, comme la loi s'impose au pouvoir exécutif, demeurerait-il, en France, dénué de toute efficacité.

Une étroite brèche

La Constitution de 1958 a le mérite d'avoir, la première, ébranlé le rempart de cette immunité législative en conférant au Conseil constitutionnel qu'elle

créait le pouvoir de vérifier la conformité de la loi à la Constitution, sans en exclure expressément – comme l’avait fait la Constitution de 1946 pour le pâle et inefficace Comité constitutionnel dont elle avait admis l’existence – les dispositions du préambule, celles qui, précisément, consacrent et garantissent les libertés. Certes, la brèche était étroite : les quatre personnages qui peuvent poser la question au Conseil – président de la République, Premier ministre, présidents des deux assemblées – ne sont pas *a priori* portés à la contestation ; encore ne peuvent-ils agir qu’entre le vote de la loi et sa promulgation. Mais, étroite ou non, la brèche existait.

Seulement, nul ne s’y étant encore engagé, on ne savait pas au juste si un véritable système de protection des libertés constitutionnelles contre les écarts du législateur pourrait passer à travers elle. Car beaucoup de problèmes demeuraient incertains et offraient aux juristes ample matière à controverse. Le préambule de 1946, réaffirmé en 1958, avait-il véritablement valeur de droit positif, ou ne définissait-il qu’un vague idéal sans force contraignante ?

Qu’était-ce au juste que ces « *principes fondamentaux affirmés par les lois de la République* » autour desquels les constituants de 1946 avaient tant bataillé ? Autant d’incertitudes, qui laissaient au Conseil constitutionnel, sur la question dont il était saisi, et quoi qu’on en ait écrit, une très large liberté. Sa décision n’était nullement dictée par les textes. Elle supposait de sa part, dans quelque sens qu’elle intervînt, un travail d’interprétation, c’est-à-dire un choix.

Le primat de la Constitution

Ce choix, le Conseil constitutionnel l’a effectué avec la même souveraine simplicité que, en 1801, la Cour suprême des États-Unis. Ce faisant, il a mené à son épanouissement la virtualité incluse dans la Constitution de 1958 : le primat de la Constitution, et des libertés qu’elle consacre, sur la loi, n’est plus désormais une formule vide. Cela dépasse, et de loin, le régime du récépissé des déclarations d’associations.

On a beaucoup médité du Conseil constitutionnel, le plus souvent sans prendre la peine de s’informer, ni des règles qui déterminent sa compétence, et qui le lient, ni du contenu exact de ses décisions, et sans réfléchir à la prudence dont doit faire preuve, s’il veut s’imposer, un organe naissant, encore mal inséré dans les institutions. Aujourd’hui, la preuve est faite : nul ne pourra plus contester qu’en France les libertés publiques sont garanties par la Constitution, que le législateur ne peut les transgresser sans s’exposer à la censure du juge constitutionnel, que le gouvernement ne peut chercher, dans la complicité du Parlement, une sauvegarde contre les annulations que le juge administratif inflige à ses propres illégalités.

Une immunité de cent cinquante ans que le libéralisme traditionnel, contre l’évidence, jugeait bénéfique pour la liberté, ainsi abandonnée à l’arbitraire des majorités parlementaires, vient de prendre fin. Jamais, depuis les audaces prudentes par lesquelles le Conseil d’État avait progressivement soumis le gouvernement au respect de la légalité, un tel pas n’avait été franchi dans le sens de la protection effective des libertés. On serait tenté d’en remercier non seulement le juge constitutionnel, non seulement celui qui a pris l’initiative de le saisir, mais encore

les auteurs du malencontreux projet qui a fourni l'occasion de cette démarche, et d'appliquer, à feu la loi réformant le statut des associations, la formule de la veillée pascale : « *Heureuse faute!* »

« Une mauvaise cause »

(*La Croix*, 7 septembre 1978)

Lorsqu'un juge tranche entre deux parties, il faut un gagnant et un perdant. Le gagnant vante la sagesse et l'équité du juge, le perdant dénonce sa partialité et son incompréhension. C'est un réflexe humain. Les plus grands hommes, parce qu'ils sont hommes, y échappent rarement : le général de Gaulle, en 1962, a, dans un premier temps, jeté feu et flammes contre le Conseil d'État, coupable d'avoir condamné une de ses ordonnances. C'est pourquoi on n'a pas été surpris lorsque le secrétaire général du PS, au lendemain de l'annulation de l'élection d'un membre de son parti, voici quelques mois, a jeté l'anathème sur le Conseil constitutionnel en termes si excessifs qu'ils en devenaient insignifiants.

Mais le proverbe n'accorde à la partie perdante que vingt-quatre heures pour maudire son juge. Normalement, le recul du temps apaise la colère initiale et ramène la sérénité. C'est pourquoi on s'est étonné, ces dernières semaines, d'entendre les échos des coteaux du Gers retentir des mêmes accusations et des mêmes menaces proférées par la même voix durant la campagne électorale qui vient de confirmer le résultat du scrutin annulé.

L'auteur de *La Paille et le Grain* n'aurait-il pas eu le loisir de s'informer depuis l'élaboration lointaine du programme commun, qui condamnait à mort le Conseil constitutionnel ? Ou bien est-ce par fidélité qu'il fait émerger de l'oubli cette condamnation ?

Elle pouvait s'expliquer à la date à laquelle elle fut prononcée. Il est certain que la désignation des membres du Conseil par les trois plus hautes autorités de l'État, président de la République et présidents des deux assemblées, pouvait *a priori* faire douter de leur indépendance. Il est exact que, dans un premier temps, le Conseil constitutionnel, suspect aux élus parce qu'il rompait avec une longue tradition de souveraineté inconditionnelle du Parlement, suspect aux juristes parce qu'il entraît mal dans leurs catégories habituelles, suspect aux hautes juridictions traditionnelles dont il semblait concurrencer le prestige, a dû, pour se faire accepter – comme toutes les institutions nouvelles qui veulent assurer leur insertion dans les structures préexistantes –, se faire petit, s'en tenir strictement à la lettre des textes qui définissent sa compétence, se refuser à toute hardiesse jurisprudentielle. Si bien qu'au temps où s'élaborait le programme commun, il n'était pas aberrant de suspecter son indépendance et de mettre en doute son utilité.

... Jusqu'au jour déjà lointain – c'était en juillet 1971 – où ce corps « *servile* » a, contre la majorité de l'Assemblée nationale et contre le gouvernement, auteur du projet, déclaré inconstitutionnelle et renvoyé au néant une loi qui portait atteinte à la liberté d'association.

L'audace était grande. Le Conseil avait bien reçu le pouvoir, lorsqu'il était saisi par le président de la République, ceux des deux assemblées, ou le Premier ministre, de déclarer une loi votée par le Parlement contraire à la Constitution et d'empêcher ainsi sa promulgation. Mais les libertés fondamentales des Français faisaient-elles partie de la Constitution, de telle sorte que même la loi ne puisse y porter atteinte ? À cette question capitale, les constituants de 1946, plus soucieux de l'autorité des élus que de la liberté des électeurs, avaient donné une réponse négative, et ceux de 1952 une réponse incertaine. Dans sa décision de 1971, le Conseil constitutionnel tranche : les libertés ont valeur constitutionnelle, elles doivent être protégées même contre la loi. Contre la loi, c'est-à-dire, à cette époque – et encore aujourd'hui – contre la majorité de l'Assemblée, docile au gouvernement, toujours prête à voter les projets préparés par lui.

Pour une juridiction « *servile* » et « *obéissante* », c'était un singulier coup d'éclat ! Allait-il rester sans lendemain ? Certains l'ont cru. Mais les décisions se sont succédées dans le même sens. Elles se sont multipliées depuis qu'en 1974 le pouvoir de saisir le Conseil a été étendu aux parlementaires lorsque soixante d'entre eux s'accordent pour contester la constitutionnalité de la loi. Les élus socialistes le savent bien : de cette réforme, qu'ils avaient refusé de voter, la jugeant dérisoire, ils se sont largement servis. Ainsi ont-ils obtenu du Conseil, entre autres, la condamnation, au nom de la liberté individuelle, de la loi qui autorisait de façon inconditionnelle la fouille des véhicules. Au fil des décisions successives, ont été promues au niveau constitutionnel et protégées comme telles, après la liberté d'association, la liberté d'opinion, la liberté de la personne physique, les diverses implications de l'égalité – devant l'impôt, devant le juge – et, en dernier lieu, la liberté de conscience et la liberté de l'enseignement. Le bilan est impressionnant. À la protection des droits fondamentaux des Français, aucune juridiction, hormis le Conseil d'État lorsque l'atteinte aux libertés est le fait de l'exécutif, n'a, en un temps aussi court, avec une telle continuité à travers le renouvellement des hommes, apporté une contribution aussi importante et aussi efficace.

Les étrangers le savent bien. Beaucoup s'étonnaient que la France, pays des droits de l'homme, laissât ceux-ci à la discrétion du Parlement, alors que, dans la plupart des pays libéraux, ils faisaient partie des principes supérieurs protégés par le juge contre les entraînements partisans ou autoritaires des majorités successives. Ils sont nombreux à constater que, sur ce point essentiel, nous avons rattrapé notre retard.

Ce bilan fait, comment ne pas s'étonner de voir des hommes qui se veulent au premier rang des défenseurs de la liberté s'en prendre à l'institution qui l'a si bien servie ? Elle a annulé l'élection d'un des leurs ? Elle en a annulé bien d'autres, dont leurs adversaires étaient sortis vainqueurs ! Dénoncer la partialité d'un juge qui annule à peu près simultanément les élections de M. de La Malène, de J.-J. Servan-Schreiber et de l'élu socialiste du Gers n'emporte pas la conviction. Ceux qui se souviennent des précédentes républiques, où les assemblées elles-mêmes étaient juges des élections de leurs membres, et tranchaient les contestations selon les affinités politiques de l'élu, mesurent, sur ce terrain encore, le chemin parcouru.

Certes, le Conseil constitutionnel n'est pas infaillible et l'on peut discuter telle ou telle de ses décisions. Il n'est pas non plus intangible, et la réforme de 1974 a

montré que son statut pouvait être amélioré. Mais les fruits jugent l'arbre. On veut espérer que les chefs de la gauche en prendront conscience et qu'ils auront la sagesse de ne pas persévérer dans une agression qui nuirait davantage à leur autorité qu'à celle de l'institution qui a su se faire, avec une audace réfléchie, servante et gardienne de nos libertés.

« Neuf sages ou neuf partisans ? »

(*La Croix*, 21 janvier 1982)

Politique, la décision du Conseil constitutionnel ? La réponse affirmative présente, pour ceux qui l'avancent, un avantage certain : elle les dispense de l'effort qu'exige la pleine compréhension des raisonnements juridiques sur lesquels le Conseil l'a fondée. Ce sont ces raisonnements qu'il faut, d'abord, essayer de mettre au clair.

Sur le principe même des nationalisations, il paraissait évident que le Conseil, fidèle à sa jurisprudence, ne se reconnaîtrait pas le pouvoir de substituer son appréciation de ce que « *la nécessité publique* » exige à celle du Parlement. Les « *appréciations* » relèvent de l'opportunité, non du droit. Est-ce à dire que le législateur, demain, pourra en invoquant « *la nécessité publique* » nationaliser toute l'économie ? Les textes constitutionnels, rappelle le Conseil, mettent à son pouvoir un cran d'arrêt : la Déclaration de 1789 affirme le caractère fondamental de la propriété privée, et de la liberté, dont la liberté d'entreprendre est un des éléments. La loi ne pourrait restreindre le champ d'application de l'une et de l'autre, au point de les rendre théoriques, sans violer ces textes. C'est une indication pour l'avenir. Elle laisse intacte, dans ses grandes lignes, la réforme présente, jusque dans le choix des entreprises qu'elle vise.

Deux réserves

Sur ce point, cependant, une réserve de faible importance, fondée sur le principe d'égalité devant la loi, concerne le secteur bancaire. Le Conseil, fidèle à la règle selon laquelle « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de personnes se trouvant dans des situations différentes* », a considéré que la condition de « *non-identité* » permettant de soustraire à la nationalisation certaines banques dont les dépôts dépassent le milliard était remplie pour les banques « *à statut spécial* » (sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie et maisons de réescompte) ; de même – et c'était *a priori* beaucoup moins évident – pour les banques étrangères : la différence de situation résulte ici non d'un statut propre à ces banques, mais des « *risques de difficultés que leur nationalisation aurait pu entraîner sur le plan international* ».

Par contre, la détention de la majorité du capital par des sociétés mutualistes ou coopératives, en l'absence de tout statut spécial et de toute « *difficulté éventuelle dans l'application de la loi* » ne constitue pas, selon le Conseil, une « *différence de situation* » justifiant une discrimination au profit des banques en cause. Une

seconde réserve, elle aussi mineure, concerne les dispositions qui autorisent les dirigeants des entreprises nationalisées à rétrocéder à des particuliers leurs participations dans leurs filiales étrangères. L'article 34 de la Constitution réserve à la loi la fixation « *des règles concernant [...] les transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé* ». Ici, la loi n'a pas « *fixé de règles* » : elle laisse les transferts à la discrétion des entreprises. Le législateur a méconnu sa compétence. Il lui appartiendra de préciser les conditions propres à justifier les cessions envisagées.

« Juste et préalable »

Reste le problème de l'indemnisation. L'indemnité, pour satisfaire aux principes constitutionnels, doit être « *juste et préalable* ». Préalable, elle l'est, aux yeux du Conseil, puisque les actionnaires dépossédés recevront, à la date de leur dépossession, des titres immédiatement négociables. Mais sur le caractère « *juste* » de l'indemnité la critique s'affirme. Priver les actionnaires de dividendes auxquels ils ont droit pour l'exercice 1981 était une mesure si contestable que les auteurs de la loi ont hésité avant de s'y arrêter. Il était prévisible qu'elle serait condamnée.

Plus délicat était le problème posé par le mode d'évaluation des actions. En prenant comme base leur cours moyen, pendant les trois dernières années, on avantage les actionnaires dont les titres ont perdu de leur valeur depuis 1978 ; on pénalise ceux dont les titres se sont valorisés : les uns recevront plus que la valeur actuelle de leurs actions, les autres moins. L'atteinte à l'égalité rejoint ainsi l'exigence de la juste indemnisation.

Quant aux critères retenus par la loi pour corriger ces distorsions, leur mise en œuvre dépend largement des méthodes comptables choisies par chaque société, circonstance fortuite qui « *ne devrait pas avoir d'influence sur l'évaluation des indemnités* ».

Au terme de ces analyses, les articles relatifs à l'indemnisation sont déclarés inconstitutionnels ; et comme les règles de l'indemnisation sont une composante nécessaire de toute loi de nationalisation, leur inconstitutionnalité rend impossible la promulgation immédiate des autres dispositions de la loi, bien qu'elles soient, elles, conformes à la Constitution.

Dire le droit

Dans ces argumentations serrées, on cherche vainement une inspiration politique. Seuls peuvent l'y déceler ceux qui sont incapables d'imaginer que neuf hommes puissent décider sur d'autres bases que la passion partisane ou les intérêts. Dans la décision, pourtant, majorité et opposition, selon l'humeur de chacune, peuvent également trouver des motifs de satisfaction et des raisons de s'irriter : signe certain qu'elle n'a pas été faite pour plaire, mais pour dire le droit.

Le gouvernement, et c'est tout à son honneur, ne s'y est pas trompé : il a remis sur le chantier les quelques articles litigieux. Ainsi se trouve confirmée, en dépit des craintes qu'avaient pu susciter quelques propos imprudents, l'autorité d'une institution dont le seul rôle est de rendre effectif le principe qui place la Constitution au



sommet de la pyramide des règles juridiques pour le cas où la volonté de puissance d'une majorité amènerait le Parlement à s'en affranchir. Cela s'est vérifié plus d'une fois depuis 1958, cela peut se vérifier encore, cela justifie, et même exige, l'existence d'une juridiction constitutionnelle. Toutes les Constitutions récentes de l'Europe libérale ont créé la leur. La nôtre n'est ni la moins sage ni la moins efficace pour la protection de nos libertés. Elle est devenue l'une des composantes essentielles de cet «*État de droit*» également récusé à Moscou et à Santiago, hors duquel il ne peut y avoir que la dictature de l'arbitraire.

« Le référendum sans passion »

(*La Croix*, 23 août 1984)

« Nul ne saurait prétendre détenir le monopole de l'interprétation juridique », déclarait le 7 août dernier devant les sénateurs Robert Badinter. Et le garde des Sceaux d'indiquer qu'il avait, pour son projet, consulté « trois des plus réputés professeurs de droit constitutionnel et des libertés publiques » : Jacques Robert, François Luchaire et Jean Rivero. Professeur à la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, Jean Rivero a accepté pour La Croix et pour la première fois publiquement de livrer son interprétation sur la bataille du référendum.

Tant d'éminents juristes, depuis l'ouverture estivale du débat sur le référendum, ont défendu avec toute leur compétence des positions strictement contradictoires qu'on n'a guère envie de s'engager plus avant dans ce labyrinthe. D'autant plus que les stratégies politiques et les soucis opérationnels l'emportent de beaucoup, dans cette querelle, sur les considérations juridiques. Était-il adroit de réclamer un référendum sur le projet Savary ? Était-il habile, en réponse à cette initiative, de proposer une réforme de la Constitution pour étendre aux lois relatives aux libertés publiques la procédure référendaire de l'article 11 ? Bloquer cette réforme, est-ce la tactique adéquate ?

Les analystes du jeu politique n'ont pas fini de se passionner pour ces questions. Le juriste n'a aucune qualité pour y répondre. Il peut seulement, puisque *La Croix* l'a souhaité, présenter, sur les données juridiques du problème – les moins excitantes pour le lecteur ! –, quelques vues dénuées de passion.

Deux constats, pour commencer, ne prêtent guère à la discussion. Le premier : dans notre système politique ce sont, normalement, les élus qui font la loi au nom du peuple souverain. Le référendum leur ôte ce pouvoir, et le rend à ceux dont ils le tiennent : au peuple de dire lui-même s'il veut ou non du projet qui lui est proposé. On ne dérange pas le souverain pour des broutilles. Le recours au référendum ne peut donc être qu'exceptionnel. En donnant au chef de l'État compétence pour décider de ce recours, la Constitution de 1958 n'a pas entendu le laisser libre d'en user à sa fantaisie. Elle a défini, dans les articles 11 et 89, les matières pour lesquelles le référendum pourrait intervenir.

Second constat : les libertés publiques forment l'éthique permanente de notre société. Elles sont la règle suprême des démocraties libérales. Aucune précaution n'est de trop pour éviter qu'il y soit porté atteinte.

À partir de ces constats, une convergence inattendue apparaît entre les deux positions qui s'affrontent dans le débat, celle qui soutient qu'un référendum sur la compatibilité du projet de loi Savary avec la liberté d'enseignement eût été possible sur la base du texte actuel de l'article 11 et celle qui, niant cette possibilité, envisage, selon le texte initial du projet gouvernemental, d'ajouter simplement les libertés publiques aux deux matières pour lesquelles le chef de l'État tient de l'article 11 le pouvoir de décider le recours au référendum : l'organisation des pouvoirs publics et la ratification de certains traités. Les deux positions, apparemment opposées, convergent : l'une comme l'autre risquent d'aboutir à la banalisation d'une procédure qui doit, par nature, demeurer exceptionnelle ; l'une comme l'autre, paradoxalement, pourraient mettre en péril les libertés que chacun entend servir.

« *Organisation des pouvoirs publics* », dit l'article 11. On s'accorde de part et d'autre pour admettre que la formule n'inclut pas, par elle-même, les libertés. Elles dépassent de très loin la simple « *organisation* » du pouvoir. Elles définissent à la fois sa finalité et sa limite. Aussi n'est-ce pas sur l'atteinte que le projet Savary pouvait porter à la liberté d'enseignement que se fondaient ceux qui souhaitaient le soumettre au référendum. Leur argumentation était différente : en modifiant la répartition des compétences et des charges relatives à l'enseignement privé entre l'État et les communes, le projet entraînait selon eux dans « *l'organisation des pouvoirs publics* » ... Mais admettre cette interprétation large, c'est étendre démesurément le champ du référendum ; c'est y faire entrer, par exemple, toutes les mesures de décentralisation, y compris le transfert du préfet au maire de la délivrance du permis de construire !

« *Organisation des pouvoirs publics* », la formule ne peut s'étendre qu'en un sens limité : la structure des organes du pouvoir, leur mode de désignation, les règles essentielles de leur fonctionnement, à l'exclusion de toutes les modalités de répartition des tâches et d'aménagement des services. Ainsi l'exigent la logique du référendum et le caractère représentatif de notre démocratie.

Si donc on veut inclure les libertés dans le champ de l'article 11, il faut le modifier en ce sens, et c'est l'objet du projet gouvernemental. Mais, là encore, attention ! La matière des libertés publiques est immense, et difficile à délimiter avec précision. Elle va des problèmes fondamentaux de la société – la peine de mort, l'expression de la pensée – jusqu'aux détails de la vie quotidienne – le port de la ceinture de sécurité, la lutte contre les pollutions dont nous sommes chaque jour les auteurs. Le champ ouvert au référendum, dans ce cas comme dans l'interprétation large de la formule de l'article 11, s'étend à l'extrême. Par les deux voies, on permettrait au chef de l'État de court-circuiter le Parlement chaque fois que l'opportunité politique lui donnerait l'envie de s'adresser directement au peuple.

Les libertés publiques y gagneraient-elles ? Le progrès le plus spectaculaire réalisé depuis vingt ans pour leur protection, c'est leur insertion parmi les principes de notre Constitution. Les libertés, sous les régimes précédents, relevaient de la seule autorité du Parlement souverain. Selon son bon plaisir, il pouvait, par la loi, les étendre ou les restreindre. Or, les libertés sont trop précieuses, et trop



fragiles, pour qu'on les abandonne aux caprices de majorités changeantes. Il faut les protéger même contre la loi, dont rien *a priori* ne garantit qu'elle les respecte.

La France, comme la plupart des pays de l'Europe libérale, a pris conscience de cette nécessité. La Constitution de 1958, selon l'interprétation qu'en a donnée le Conseil constitutionnel en 1971, élève au niveau constitutionnel les grands textes qui sont la base historique de nos libertés. La loi, dont le Conseil, régulièrement saisi, déclare qu'elle s'écarte de ces règles fondamentales, ne peut être promulguée. Sous trois septennats, le système nous a épargné quelques lois dont les libertés auraient eu à souffrir.

Mais ce système ne peut fonctionner qu'à l'égard des lois votées par le Parlement. Contre celles qui sont adoptées par référendum, le recours au Conseil n'est possible ni en droit ni en fait. L'extension du référendum à la matière des libertés les soustrairait donc à tout contrôle de conformité à la Constitution.

Ce contrôle serait-il inutile du fait que le législateur, ici, ne serait plus le Parlement, mais le peuple ? Rousseau aurait répondu par l'affirmative : le peuple souverain ne peut vouloir s'opprimer lui-même ! Optimisme que la moindre inflexion dément : les menaces sur les minorités, c'est surtout sur les minorités qu'elles pèsent. La « *volonté générale* », chère aux hommes de 1789, n'est jamais que celle de la majorité, et il est tentant pour celle-ci de profiter de sa puissance pour réduire ceux qui ne s'alignent pas sur elle. Si, au temps de l'état de grâce et dans l'euphorie de la victoire, le président avait soumis au référendum une loi mettant en place le « *grand service public unifié et laïque de l'enseignement* », qui peut assurer que la liberté scolaire aurait survécu ? Et comment être certain qu'un président futur ne céderait pas à la tentation démagogique de se faire plébisciter en demandant au peuple, au lendemain d'un crime atroce commis par un étranger, le rétablissement de la peine de mort et une loi xénophobe ?

Faut-il donc, au vu de ces risques, refuser de faire des libertés publiques une troisième matière ouverte au référendum ? Si la question se posait dans l'absolu, abstraction faite de tout contexte politique, il serait difficile d'y répondre par la négative : les libertés, de toute évidence, ne sont pas moins essentielles pour les citoyens que « *l'organisation des pouvoirs publics* » ou la ratification de certains traités.

Mais comment, en sens inverse, accepter une réforme qui, dès lors que le contrôle de conformité à la Constitution ne peut s'appliquer aux lois adoptées par référendum, exposerait les libertés, au gré du chef de l'État, aux hasards d'une majorité qui peut n'être que de 51 %, aux passions inhérentes à toute campagne référendaire, ou aux émotions d'un moment de tension politique ou sociale ?

Il ne serait pourtant pas impossible, en droit, de sortir de cette impasse, et de concilier la possibilité d'en appeler au peuple lorsque les libertés sont en cause avec la garantie essentielle que constitue leur élévation au niveau constitutionnel. Le contrôle de constitutionnalité, s'il ne peut intervenir une fois que le peuple s'est prononcé, trouve aisément sa place sur le projet qui va lui être proposé. Au Conseil constitutionnel de vérifier, d'une part, que ce projet entre bien dans le champ des libertés et ne lui donne pas une extension abusive, d'autre part, qu'il ne porte pas atteinte à leurs principes fondamentaux. Si la réponse est affirmative, au peuple de décider de l'adoption ou du rejet d'un texte qui pourrait étendre les libertés ou les adapter à l'évolution du monde, non les restreindre.

Mais il faudrait beaucoup de candeur pour croire que les considérations juridiques puissent, dans le débat en cours, prévaloir sur les subtilités des jeux politiques qui laissent perplexes ou indifférents le citoyen vacancier.

« Le Conseil constitutionnel et l'État de droit »

(*La Croix*, 28 août 1986)

On croyait naïvement que le Conseil constitutionnel, sorti sans dommage de la zone de turbulences que semblait annoncer pour lui la première alternance, celle de 1981, avait définitivement pris place dans nos institutions. Comment en aurait-on douté ? Bien que les élus socialistes, après 1974, eussent largement utilisé la possibilité offerte à l'opposition de demander au Conseil de vérifier la constitutionnalité d'une loi votée par la majorité, ils avaient longtemps contesté le principe d'un tel contrôle, attentatoire, selon eux, à la souveraineté des élus du peuple. On pouvait donc craindre que leur arrivée au pouvoir ouvrît les hostilités entre l'Assemblée et les neuf sages. En fait, les propos acerbes ne leur furent pas épargnés de la part de certains élus. Mais les gouvernements socialistes qui se succédèrent pendant cinq ans eurent la sagesse de ne pas y faire écho, et de s'incliner devant les décisions condamnant tel ou tel aspect des lois qu'ils avaient fait voter.

L'opposition libérale quant à elle, comme l'opposition socialiste avant 1981, ne manqua pas une occasion de mettre en œuvre la censure du Conseil durant les cinq années où elle fut minoritaire. Revenue au pouvoir, on n'imaginait pas qu'elle pût oublier cette expérience, et s'en prendre à une institution dont elle avait si largement utilisé la compétence.

On l'imaginait d'autant moins que le Conseil, depuis qu'il avait, par une décision capitale de 1971, consacré le caractère constitutionnel de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et du préambule de 1946, était devenu le gardien des libertés fondamentales définies par ces textes contre les tentations d'arbitraire qui menacent toujours – on sait cela depuis Montesquieu – les maîtres du pouvoir : comment les libéraux auraient-ils pu remettre en question une institution qui défendait ce qui est au cœur de leur doctrine : la liberté ?

Pourtant, il a suffi que le Conseil applique aux lois votées par la nouvelle majorité les principes et les méthodes dont celle-ci, lorsqu'elle était minoritaire, réclamait la mise en œuvre contre les lois de la majorité précédente pour que se multiplient de sa part les critiques, les dénonciations du soi-disant « *gouvernement des juges* », voire les menaces contre l'institution. Cette fois, critiques et menaces ne viennent pas seulement d'élus sans responsabilité : des ministres, et non des moindres, mènent l'attaque et suggèrent d'interdire au Conseil toute prise en compte, dans son contrôle, des textes imprécis et désuets de 1789 et 1946, dont la place au sein des « *Tables de la loi* » leur semble contestable.



On croit rêver... Dans l'État de droit, pierre angulaire des démocraties libérales, il ne doit exister aucune autorité qui ne trouve au-dessus d'elle, pour prévenir son éventuel arbitraire, un corps de règles de droit qu'elle doit respecter. La règle suprême, c'est la Constitution, qui s'impose au législateur lui-même. Mais, sous les précédentes Républiques, la volonté de puissance des partis au pouvoir rendait cette suprématie purement théorique. Faute de sanctions prévues et organisées, la loi pouvait impunément ignorer la Constitution. L'État de droit demeurait inachevé, l'omnipotence parlementaire remplaçant l'absolutisme des monarches.

La Constitution de 1958, en créant le Conseil constitutionnel, a mis fin à cette hégémonie, dangereuse pour les libertés, dangereuse pour la continuité de l'État. C'est vers un retour à cette hégémonie que tendrait toute atteinte à l'autorité du Conseil. On n'imagine pas que des hommes qui revendiquent l'héritage gaullien puissent s'engager dans cette voie.

On objectera que la lettre du texte de 1958 semblait limiter le contrôle du Conseil au seul respect des compétences et des procédures prévues pour l'élaboration des lois : la forme, à l'exclusion du fond. L'honneur du Conseil est d'avoir étendu sa mission au respect des principes sur lesquels repose tout le reste de l'édifice constitutionnel. Il l'a fait, dès 1971, sous la présidence de Gaston Palewski, aussi peu suspect d'hostilité à l'égard de la tradition gaullienne que son successeur Roger Frey. L'ouverture de la saisine aux parlementaires, qui, décidée en 1974, entérine étroitement cette réforme, a été voulue par Valéry Giscard d'Estaing. À revenir en arrière, à réduire le Conseil à un simple contrôle formel, les dirigeants d'aujourd'hui renieraient leur propre héritage et cette défense de la liberté dont ils se réclament. Après tout, le régime de l'apartheid échappe à toute critique du point de vue de la régularité formelle des textes qui l'ont institué!

Une autre évidence va dans le même sens. Si des majorités inverses peuvent légiférer successivement dans des sens opposés sans tenir compte des principes qui sont la base de toute cité libre, la nécessaire alternance, inhérente à la démocratie, aboutit fatalement au chaos des réformes contradictoires. Il n'y a d'alternance possible que dans le respect de ces principes, inscrits dans la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946. En se faisant leur gardien, le Conseil constitutionnel est devenu le principal garant d'une alternance douce.

Ses adversaires d'aujourd'hui ne peuvent ignorer non plus que le contrôle de constitutionnalité de la loi – forme et fond – est devenu la règle dans la quasi-totalité des États libéraux, et que les cours constitutionnelles d'Autriche, d'Italie, d'Allemagne fédérale, d'Espagne – sans parler de l'aïeule de Washington qui devrait pourtant impressionner ceux que fascinent tant d'aspects du modèle américain – disposent à l'égard de la loi de pouvoirs beaucoup plus importants que notre Conseil constitutionnel. Réduire chez nous cette composante du droit commun des cités libres, rendre à la loi le pouvoir d'attenter à n'importe quelle liberté, quel libéral digne de ce nom pourrait l'envisager ? Qui plus est, ce pouvoir, si on l'affranchissait de tout contrôle national, continuerait de se heurter à une limite aussi contraignante et beaucoup plus désagréable : celle qui résulte de la Convention européenne des droits de l'homme et de la possibilité de saisir les instances qui, à Strasbourg, veillent à son respect. Le contrôle exercé par le Conseil

constitutionnel est le meilleur moyen de prévenir l'humiliation que serait pour la France une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme.

Certes, il n'y a pas de juridiction infaillible, et l'on peut discuter certaines décisions du Conseil en dépit de la continuité de sa jurisprudence et de la rigueur juridique qui caractérise la plupart de ses décisions pour qui veut bien les lire attentivement. Mais limiter ses pouvoirs, réduire son indépendance serait un inacceptable retour vers la dictature des partis dominants. Ceux qui se veulent libéraux ne peuvent, sans se renier, porter atteinte à l'institution qui a parachuté en France la construction de l'État de droit.

En guise de conclusion

« ... D'un qui avait huit ans en 18 »

(*La Croix*, 17 novembre 1968)

Pour participer à l'émotion de ce 50^e anniversaire, il valait mieux n'être ni très jeune, ni abusivement intelligent.

On ne saurait pas dire au juste au-dessous de quelle classe d'âge le 11 novembre 1918 n'est plus qu'une date historique. Ce que l'on sait, par contre, c'est que, pour celui qui retrouve, dans ses souvenirs d'enfant, des images intactes de ce jour, où qu'il l'ait vécu – fût-ce dans une petite ville méridionale –, rien n'a pu effacer, depuis, l'extraordinaire allégresse des cloches sonnantes à toute volée, des drapeaux fixés en hâte aux fenêtres. Même un enfant, depuis quatre ans, savait que tous ces hommes en bleu horizon, dont les retours, aux rares permissions, transformaient l'univers féminin dans lequel il grandissait, étaient sous le coup d'une menace permanente. Même un enfant attachait au mot « victoire » une sorte de vertu magique. La paix était là, les hommes en bleu reviendraient pour de vrai, et on était victorieux. Cela transfigurait le monde. Il n'y aurait plus, répercutée sur les petits, l'angoisse des grands à la lecture des communiqués, l'attente des lettres du front, les arrivées nocturnes des « trains de blessés », dont on évoquait l'horreur à mots couverts, et l'anxiété, encore plus diffuse, de cette chose vague et atroce qui se serait appelée la défaite. L'enfant savait que le monde auquel il s'était accoutumé allait se transformer d'un seul coup et qu'une nouvelle existence commençait, pour lui et pour tous, dans la rumeur des *Marseillaises* et des *Madelons* qui montaient de la rue.

Cinquante ans, une autre guerre, une défaite, une victoire encore, et tant de remous, et tant de ruines, et de nouveaux abandons et de nouveaux espoirs, tout cela n'efface pas un souvenir d'enfance. Sur la date devenue historique, le souvenir projette sa lumière qui la garde vivante.

Encore faut-il, pour retrouver cette lumière, laisser en veilleuse une certaine forme d'intelligence qui tient la vedette aujourd'hui. Sur le chapitre de l'intelligence, les Français de 1914-1918 – certains s'appelaient Péguy, Alain-Fournier, Valéry, Giraudoux – étaient, chacun sait cela, bien moins richement pourvus que leurs héritiers.

Incapables de prendre conscience de leurs aliénations, totalement inexperts dans les démystifications, ils croyaient à tout, pêle-mêle, à la ligne bleue des Vosges derrière laquelle l'Alsace et la Lorraine attendaient en pleurant, à la vertu militaire, à l'honneur du drapeau, à la victoire de la justice, du droit et de la liberté, à la République universelle, à la France éternelle, à la paix définitive. Les paysans aux longues moustaches, dont les noms s'alignent sur les monuments aux morts, ne formulaient point tout cela. Mais un instinct que l'esprit critique n'entamait pas les tenait au combat.

Aujourd'hui, chacun sait, dès la prime jeunesse, dégonfler les grands mots, soupçonner derrière chaque formule noble une réalité douteuse, ne pas prendre les vessies des intérêts pour les lanternes des idéaux, bref, ne pas être dupe.

Le risque serait que cette soi-disant lucidité eût pour contrepartie le refus du don de soi, la substitution du ricanement à l'adhésion, l'impossibilité d'accéder à la grandeur et même de la reconnaître chez les autres, car elle serait alors une mystification pire que celle qu'elle entend dénoncer. En empêchant l'homme de parvenir au sommet de lui-même, elle l'aliénerait plus sûrement que les enthousiasmes de jadis.

Peut-être furent-ils naïfs les combattants de 1914-1918, ceux qui n'ont pas vu le 11 novembre et ceux qui ont entendu les clairons répercuter le « *cessez-le-feu* » tout le long du front. Mais ces fils de la Belle Époque, paysans arrachés à la moisson de 1914, personnages de Courteline et de Feydeau, ont, quatre années durant – et non ces quelques préposés à l'héroïsme sur lesquels un pays peut toujours compter, mais un peuple tout entier –, supporté sans faiblir ce que bien peu, aujourd'hui, oseraient regarder en face : non pas seulement la présence permanente de la mort, mais la tranchée, mais la boue (qui tache encore ces lettres de combattant retrouvées cet été dans un tiroir), les longs cheminements sous le sac, les canicules succédant aux frimas et la monotonie des jours soudain coupée par le déchaînement des offensives. Ils ont tiré d'eux-mêmes, de leur dure volonté, la force, à l'heure H, de sortir des abris pour s'avancer à découvert dans la plaine balayée par les feux croisés, et la force de tenir, et la force de durer. Naïfs, ils le furent, si l'honneur est naïf, si le sacrifice est naïf ; mais grâce à cette naïveté, ils ont porté la volonté de l'homme, le courage de l'homme plus haut que nul avant eux.

Il n'est pas nécessaire, pour sentir cela, d'épouser les outrances et les sottises des nationalismes, d'admettre la sanglante absurdité des offensives sans espoir et d'accepter le bloc 1914-1918 sans bénéfice d'inventaire. Le tri fait, il reste la grandeur des combattants.

Tant pis pour les « *intelligents* » fermés à cette grandeur ! Tant pis pour ceux qui ne sentent pas s'émuvoir en eux, à la vue des plaques qui alignent dans chaque paroisse les noms de ceux qui ne sont pas revenus, autre chose que le regret un peu méprisant d'un holocauste inutile ! Tant pis pour ceux qui n'ont vu, dans ce cinquantième 11 novembre, qu'une occasion supplémentaire de week-end prolongé. Esprit critique, lucidité, volonté de n'être pas dupe, il suffit, pour que pâlisse la pauvre fierté qu'en tire l'homme d'aujourd'hui, que la sonnerie *Aux morts*, en ce soir d'anniversaire, réveille les sacrifices et les héroïsmes dont s'est formée mieux encore qu'une victoire aux lendemains, hélas !, décevants : une certaine grandeur humaine qui échappe à la corrosion de la critique et à l'érosion du temps.

La classification des films de cinéma du xx^e au XXI^e siècle

Jean-François THÉRY
Sylvie HUBAC

Deux raisons principales expliquent la proximité historique de la commission de classification avec le Conseil d'État. Le contrôle des films, que ce soit des *Films Lutetia* à *Rome-Paris-Films*, a d'abord donné lieu à une jurisprudence spécifique. Ensuite, il faut rappeler que, depuis le milieu du xx^e siècle, la commission a toujours été présidée par un membre du Conseil d'État. Cette pratique est devenue une règle à la suite du premier article du décret du 23 février 1990. Nous citerons uniquement les titulaires de cette charge de ces cinquante dernières années : Henri de Ségogne (1961-1970), le président Frèche (1970-1972), Pierre Soudet (1972-1980), puis votre serviteur (1981-1994) ; après lui, Bernard Magniny (1994-1998), Francis Delon (1998-2004) et Sylvie Hubac. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois qu'une conférence est prononcée sur ce sujet dans cette enceinte. À la fin des années soixante-dix, Pierre Soudet, qui a apporté une contribution intitulée *Nécessités et limites du contrôle cinématographique* à la collection « Études et documents ¹ », était déjà venu expliquer devant ses collègues les enjeux et les modalités du contrôle des films. Avec Sylvie Hubac, actuellement en charge de la commission, notre intention est d'actualiser les propos de Pierre Soudet. Depuis sa mort en 1980, les choses ont beaucoup changé. Je retracerai d'abord les aspects historiques du développement de la classification, tandis que Sylvie Hubac reviendra sur les modifications qui ont suivi le décret du 23 février 1990.

*

Je débiterai par des considérations historiques, dans la mesure où l'histoire seule est susceptible d'expliquer pourquoi, en France, un film de cinéma ne peut pas être projeté dans les salles tant qu'il n'a pas obtenu un visa d'exploitation de la part du ministre de la Culture. Ce visa est une autorisation préalable, une autorisation de police, qui doit s'accorder avec la surveillance qu'exercent les maires sur les spectacles qui sont tenus dans leur commune, conformément aux dispositions de l'article L2212-2/3^o du code général des collectivités territoriales, qui reprend le fameux article 97 de la loi du 5 avril 1884. À l'origine, il y a la loi des 16-24 août 1790, que cette institution connaît bien, quoique ce soit pour des raisons différentes. Cette loi ² dispose que les « *spectacles de curiosités* », c'est-à-dire « *les spectacles de physique et de magie, panoramas, dioramas [...] et tous spectacles*

1 N° 30, 1978-1979.

2 Titre IX, article 4.



forains»³, sont soumis à autorisation municipale préalable. La loi de 1884, en son article 97, donne au maire ou, par substitution, au préfet, la police des « *endroits où se font un grand rassemblement d'hommes, tels que les spectacles* »⁴. Lorsque le cinéma apparaît à la fin du XIX^e siècle, il n'est pas assimilé au théâtre, dont le régime de contrôle est particulier, mais à un spectacle de curiosité, c'est-à-dire à un spectacle forain. De ce fait, on donne la possibilité aux maires d'interdire la projection d'un film sur le territoire de leur commune, compétence qui a donné lieu à une abondante jurisprudence jusqu'à la fixation de la doctrine par trois décisions de 1966. Le pouvoir des maires ayant pour fondement le maintien de l'ordre public, l'interdiction se justifie uniquement, compte tenu des circonstances locales, si la projection du film est de nature à créer des troubles matériels sérieux auxquels la police municipale ne pourrait faire face⁵. Une interdiction injustifiée engage la responsabilité de la commune, qui peut être condamnée à verser des dommages et intérêts au producteur⁶.

Ce contrôle municipal a donné lieu à des critiques, *a priori* antagonistes, mais finalement convergentes. D'une part, il a été jugé insuffisant. Pour toute une partie de la critique, le caractère préjudiciable de certains films doit conduire à une interdiction sur l'ensemble du territoire. Au contraire, la profession cinématographique a jugé que le contrôle municipal était trop aléatoire et imprévisible, rendant impossible la sécurisation des investissements. Ces deux critiques conduisent à envisager un système de contrôle unifié. De façon assez curieuse, ce contrôle préalable des films sur le plan national s'organise au moment même où disparaît la censure théâtrale, en vigueur depuis le Premier Empire. En effet, en 1906, le Parlement a décidé de s'en prendre à cette censure non pas parce qu'il la trouve contraire à la liberté d'expression mais parce qu'il la considère trop laxiste. Le sénateur Bérenger s'exprime ainsi : « *La censure s'est désintéressée de la morale et de la décence publiques ; mieux que cela : elle est devenue la complice des abus.* » Ainsi, puisque cette censure n'assure plus son rôle, le Parlement supprime les crédits destinés à la rémunération des inspecteurs qui en sont chargés. Les crédits ne seront jamais rétablis et l'institution de la censure théâtrale disparaîtra du même coup. Le contrôle préalable centralisé de la projection des films va naître trois ans plus tard d'une circulaire télégraphique adressée aux préfets par Georges Clemenceau : la circulaire du 11 janvier 1909. Le ministre de l'Intérieur avait été averti par la police d'Arras que des exécutions capitales, qui avaient eu lieu dans cette ville, avaient été filmées par des opérateurs d'actualités. Pour éviter que ces images ne soient projetées dans toute la France, le ministre enjoint aux préfets d'en interdire de toute urgence la projection sur tout le territoire. À la base juridique de cette mesure, on trouve la police municipale. Le ministre donnait néanmoins instruction aux préfets de faire en sorte que le film incriminé soit interdit dans toutes les communes, fût-il nécessaire d'utiliser le pouvoir de

3 Article 6 de la loi du 6 janvier 1864.

4 L2212-2/3° CGCT.

5 23/2/1966 – Société *Franco London Films* ; 25/2/1966 – Société nouvelle des Établissements Gaumont.

6 25/3/1966 – Société *Les Films Marceau*.

substitution qui était le leur. Une circulaire du 19 avril 1913 viendra confirmer cette uniformisation du contrôle des maires, en donnant instruction aux préfets de les inciter à user de leur pouvoir de police, et dans le cas d'un refus ou d'une abstention, de se substituer à eux. À ce moment, la guerre éclate. Une censure sur le cinéma est instituée à la préfecture de police et un arrêté du 16 juin 1916 crée une commission au ministère de l'Intérieur, composée de commissaires de police, et chargée non pas d'interdire certains films, mais de dresser la liste des films qui pourraient être représentés. On retrouvera plus tard cette démarche chez nos voisins belges et hollandais, qui interdiront l'accès des mineurs dans les salles de cinéma, sauf pour les films, limitativement énumérés, reconnus convenables pour eux.

Au lieu de mettre fin à ce régime de censure, la victoire de 1918 conduit au contraire à le pérenniser. Le décret du 25 juillet 1919 crée le visa d'exploitation, délivré non par le ministre de l'Intérieur, mais par le ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts, après avis d'une commission de trente membres dont dix sont désignés par le ministre de l'Intérieur. Cette commission est divisée en sections, qui examinent tous les films et renvoient ceux pour lesquels elles proposent une interdiction devant l'assemblée plénière. Ce schéma de fonctionnement perdure encore aujourd'hui. Cependant, ce qui distingue fortement le régime ainsi institué de celui que nous connaissons actuellement, c'est la nature des mesures que pouvait prendre le ministre, une fois rendu l'avis de la commission. Elles sont au nombre de trois : accorder le visa d'exploitation ; l'accorder sous la condition d'effectuer des coupures ; ou tout bonnement le refuser. On est donc bien en présence d'un dispositif de censure, car les interdictions concernent l'ensemble du public sans distinction entre adultes et mineurs. En plus de ce dispositif centralisé d'autorisation préalable, l'article 5 du décret du 25 juillet 1919 maintient le pouvoir des maires. Cependant, l'article 49 de la loi de finances du 31 décembre 1921 dispose que le visa de contrôle vaut autorisation de projection sur tout le territoire français. Le pouvoir des maires a-t-il vécu ? Non. La Cour de cassation⁷ décide que les dispositions de la loi de finances n'ont qu'une portée fiscale. Ce faisant, elles ne font pas échec au pouvoir des maires et des préfets, dont la vocation consiste à prendre des mesures d'interdiction dans l'intérêt de l'ordre et de la tranquillité publics. Quant au Conseil d'État, dans l'arrêt *Goguel* du 2 mars 1923⁸, confirmé par un autre arrêt de 1924, il admet que le visa de contrôle délivré en vertu du décret de 1919 dispense les exploitants de demander au maire l'autorisation de projection découlant des lois de 1790 et 1864 mais il ne supprime pas le droit d'intervention des maires au titre de la police municipale. À la vérité, ce système à double détente ne satisfait toujours pas l'opinion.

Depuis 1920, plusieurs cours d'assises ont demandé avec insistance la censure du cinéma policier, accusé de favoriser la délinquance. Ce reproche nous vient d'outre-Atlantique, où il a conduit plusieurs États américains à interdire les « *films*

7 Préfet du Var – 28 octobre 1922.

8 Rec. p. 204.

de *gangsters*» et les romans policiers⁹. À l'inverse, en réaction à cette demande de censure, les professionnels du cinéma déclenchent une offensive pour la liberté de l'expression cinématographique et demandent à tout le moins de siéger dans la commission de contrôle. Édouard Herriot crée alors une commission, qui préparera le décret du 18 février 1928. Ce décret réforme la composition de la commission de contrôle où entrent, aux côtés des représentants de l'administration, six professionnels (deux producteurs, deux exploitants de salles et deux artistes) et huit personnalités qualifiées. En outre, et ce n'est pas le moins important, la commission cesse d'être consultative. Elle délivre au ministre des avis conformes, après avoir entendu les observations des auteurs de films qui en feraient la demande. Nous dirions aujourd'hui que la commission est devenue une sorte d'autorité administrative indépendante. Mais les décisions qu'elle prend restent toujours les mêmes : visa, coupures, ou refus de visa. Ce régime, légèrement modifié en 1936, restera en vigueur jusqu'à la guerre et aux décrets-lois des 24 et 27 août 1939, qui retireront à la commission son pouvoir de décision pour le donner au ministre de l'Information. Viendra finalement la création par les autorités de Vichy du Comité d'organisation de l'industrie du cinéma (C.O.I.C.) et l'ordonnance du 6 mai 1941. Avant 1945, on est donc dans un système de censure qui a le pouvoir d'interdire totalement la sortie d'un film et ne fait aucune différence entre le public adulte et celui des mineurs.

Au moment de la Libération, on aurait pu penser que l'ordonnance de 1941 serait purement et simplement abrogée, et de ce fait, entraînerait la chute de la censure cinématographique. Il n'en est rien. Le contrôle des films est maintenu. Ce sont ses motivations qui changent. L'accent est mis désormais sur les dangers que présente le cinéma pour les jeunes. Dès les années vingt, on s'était déjà préoccupé de l'influence du cinéma sur le développement de la délinquance. À la Libération, et plus encore, à la suite des accords Blum-Byrnes, les écrans sont envahis de films américains. La crainte des associations familiales et des pouvoirs publics consiste à voir des adolescents et des jeunes, séduits par la facilité de vie, le luxe, la beauté des filles, l'abondance de l'argent, les belles voitures, etc., refuser la vie frugale et laborieuse à laquelle ils sont destinés. Ainsi, l'ordonnance du 3 juillet 1945 et le décret du même jour organisent d'une nouvelle façon le contrôle des films et apportent une innovation radicale. Ils instituent l'interdiction aux mineurs de moins de seize ans. La composition de la commission change sous l'effet du décret du 3 juillet 1945, modifié à la marge par les décrets du 8 mars 1948, du 13 juillet 1950 et du 6 juin 1951. La commission de contrôle se compose de neuf représentants des ministères, d'un représentant de l'Union des associations familiales, de sept représentants de la profession cinématographique, d'un représentant des ciné-clubs, d'un représentant des critiques du cinéma, et enfin, d'un représentant de la *Pensée française*. Avec le président, un haut fonctionnaire nommé par décret, la commission rassemble au total vingt et un membres, sans compter les suppléants. Si l'on examine bien cette composition, on s'aperçoit qu'elle est pratiquement paritaire, les représentants

9 En 1912, à Chicago et à New York; en 1913, dans l'Ohio et le Texas. Dès 1911, la Pennsylvanie avait créé à cet effet un « *Board of Censors* ».

de l'administration et des familles (dix membres), plutôt enclins à la sévérité, équilibrant les représentants de la profession, de la critique, des ciné-clubs et de la *Pensée française* (dix membres également), plutôt portés à la défense de la liberté de création. Cette commission fonctionnera souvent « *bloc contre bloc* », rendant plus ardue la tâche du président, appelé à départager, et fera naître facilement conflits et contentieux. D'autre part, la commission n'émettant que des avis, le ministre de l'Information toujours compétent pour délivrer les visas d'exploitation peut se trouver, dans une situation délicate, pour statuer quand la commission est divisée. Enfin, le décret de 1945 institue une précensure, qui oblige la commission ou son président à se prononcer sur les projets de films, ce qui, évidemment, fait réagir la profession.

En 1954 se reproduit ce que l'on avait vu au lendemain de la Première Guerre mondiale : une offensive de la profession contre la censure au nom de la liberté d'expression et, parallèlement, une offensive parlementaire contre le « *laxisme* » de la censure. Dès 1948, le Conseil supérieur de la magistrature avait publié une déclaration ainsi conçue : « *Le cinéma est une véritable école du meurtre par l'image. Le président de la République et le Conseil supérieur de la magistrature estiment que la mission qui leur a été confiée par la Constitution les oblige à dénoncer publiquement certaines causes qui, à leurs yeux, influent de façon directe sur le développement de la criminalité juvénile.* » Ce qu'il est intéressant de noter, c'est que la profession, dans sa protestation contre la censure, ne nie pas l'influence du cinéma sur le comportement des jeunes mais considère qu'il appartient au gouvernement de développer un cinéma pour les jeunes, afin que le cinéma pour les adultes puisse être libéré de toute censure. Dans une déclaration des 4 et 5 février 1954, signée des associations de professionnels du cinéma, des sociétés d'auteurs – de la Société des gens de lettres à la SACEM – on peut lire : « *En attendant la suppression effective de la censure, les soussignés déplorent que la France n'ait pas de politique culturelle à l'égard de la jeunesse, seul domaine où les restrictions à la liberté du commerce cinématographique puissent être envisagées.* » Un représentant de l'Union rationaliste, Léopold Schlussberg, dans un ouvrage intitulé *Les Censures cinématographiques* préfacé par Claude Autant-Lara, écrit en 1955 : « *Une démocratie devrait produire des films pour les enfants comme elle fait des stades ou des écoles [sans souci de] [...] rapporter de l'argent.* » Pour sortir de cette nouvelle fronde, une commission est créée en 1959, comme cela avait été le cas en 1927. Elle est présidée par notre regretté collègue Henri de Ségogne et aboutit au décret du 18 janvier 1961, qui modifie une fois de plus la composition de la commission, en rendant impossibles les divisions « *bloc contre bloc* » par l'introduction d'un « *collège d'experts* » : sociologues, psychologues, éducateurs, médecins, etc. Ainsi la commission n'est plus paritaire mais tripartite. Par conséquent, les discussions y sont beaucoup plus ouvertes et intéressantes. Par ailleurs, les décisions qui sont proposées au ministre font preuve de plus de nuance : la commission peut proposer un visa « *tout public* », une interdiction aux moins de treize ans, une interdiction aux moins de dix-huit ans ou une interdiction totale. Enfin, le visa d'exploitation n'est plus délivré par le ministre de l'Information, mais par le ministre des Affaires culturelles, qui se trouve être, en 1961, André Malraux. Du point de vue symbolique, la mesure est importante. Le décret du 18 janvier 1961 va régir le contrôle des films pendant près de trente ans. Est-ce à dire que

le régime qu'il institue est suffisamment équilibré pour susciter le consensus ? Ce serait beaucoup dire. En fait, pendant ces trente années, *trois grandes questions vont se trouver posées*, qui aboutiront en 1981, et surtout en 1989, à d'amples réflexions qui déboucheront sur une nouvelle réforme. Celle-ci, d'ailleurs, n'ira pas au bout de ses ambitions. De nouveaux développements seront nécessaires, dont Sylvie Hubac parlera.

1. – La première question sera celle de la pornographie. Non pas qu'on ait réussi à trouver un consensus sur les problèmes de représentation de la violence. Mais le vieux débat entre ceux qui mettent en relief les dangers de l'image de la violence et ceux qui pensent que l'image, loin d'inciter à la violence, possède un effet cathartique qui empêche le passage à l'acte, débat ouvert au début du xx^e siècle, continue à se développer surtout à propos de la télévision. Nous y reviendrons dans un instant. La pornographie, au contraire, ouvre un nouveau débat lorsque, en 1974, Michel Guy, nouveau ministre de la Culture du président Giscard d'Estaing, décide de refuser toute interdiction totale, au moment même où de nombreux films pornographiques se présentent sur le marché français. La commission de contrôle réagit à cette invasion en multipliant les propositions d'interdiction totale, quarante pour les seules années 1974 et 1975. Néanmoins, Michel Guy laisse sortir ces films avec une simple interdiction aux mineurs, si bien que ces productions, encore jamais vues dans notre pays, attirent le public et bientôt saturent le marché. Ce n'est pas visible à Paris, où il y a suffisamment de salles pour que tous les choix soient possibles. Mais il faut se souvenir qu'à l'époque, il n'y a pas plus de cinq mille salles de cinéma pour nos trente-six mille communes. Dans les villes moyennes d'environ vingt mille habitants, il n'existe que quatre ou cinq salles au maximum (les multiplex n'existant pas encore), tous les exploitants profitent du filon. Une forte réaction naîtra. Au sein de la profession d'abord, où, en octobre 1975, des engagements raisonnables sont pris et assortis d'un décret. Une très forte réaction parlementaire s'ensuit. Elle aboutit au vote des articles 11 et 12 de la loi de finances du 30 décembre 1975, lesquels instaurent un dispositif fiscal très rigoureux pour les films pornographiques et chargent la commission de contrôle d'en établir la liste, non seulement pour l'avenir, mais encore en revenant sur tous les films, qui, depuis le début de la vague pornographique sur les écrans, possèdent un visa assorti d'une interdiction aux mineurs. Cette période est assez folle pour la commission. Elle a revu, en plus de son programme normal, des dizaines et des dizaines de films : on se réunissait plusieurs fois par semaine ; on faisait des séances à l'heure du déjeuner pour des examens sur dossiers. Au bout du compte, cette législation adoptée dans l'urgence avec des aspects excessifs que nous avons cherché à amortir, a abouti à la constitution d'un réseau d'une centaine de salles spécialisées, dont l'équilibre économique reposait sur le faible coût de ces productions. En réalité, ces salles furent de moins en moins nombreuses. Le public se lassa de ces films, en général insipides, qui n'avaient plus l'attrait de la nouveauté. Le cinéma s'est libéré en douceur de cette crise qui aurait pu lui causer de graves dommages.

2. – Le deuxième débat fut celui de l'interdiction totale. Michel Guy avait voulu la supprimer en la faisant tomber en désuétude. En 1981, Jack Lang fera la même chose. À vrai dire, sa première idée avait été de supprimer complètement le contrôle, mais il ne fut pas suivi par le gouvernement. Nous y reviendrons.

Entre 1975 et 1980, quelques interdictions avaient encore été prononcées par les ministres successifs mais Jack Lang n'en a signé aucune. Pierre Soudet, qui avait été nommé président de la commission, dans le but de concilier le contrôle des films avec la liberté de création chère au président Pompidou, parvint assez vite à éradiquer toute tentative de censure politique et se refusa à pratiquer quelque coupure que ce soit dans les films soumis au contrôle. Il était néanmoins partisan de maintenir l'interdiction totale comme une arme de dissuasion, pour protéger la dignité de la personne humaine et la cohésion de la société. Il pensait nécessaire d'interdire totalement des spectacles « *qui mettent en doute la confiance que l'homme conserve en lui-même, et lui délivrent une vision littéralement si inhumaine de lui-même qu'il ne peut la supporter* ». Déjà, sous la présidence de Georges Pompidou, Jacques Duhamel, ministre des Affaires culturelles, avec son directeur de cabinet Jacques Rigaud et le concours de Pierre Soudet – tous les quatre, nos collègues du Conseil d'État –, avait préparé un projet de loi qui proclamait la liberté du cinéma, tout en maintenant l'interdiction totale des films portant atteinte à la dignité de la personne humaine. Ce projet ne sera jamais porté devant le Parlement... L'abandon progressif de l'interdiction totale a tout naturellement conduit à une transformation radicale du contrôle des films. Abandonnant, et ceci parfois à regret, toute velléité de magistrature morale et de gardien des tabous, la commission est devenue, comme dans la plupart des pays européens et anglo-saxons, un organe de protection de l'enfance et de l'adolescence. Cette transformation a été exprimée symboliquement dans le décret du 23 février 1990 par le changement de nom de la commission de contrôle, désormais appelée « *commission de classification* » : Désormais, elle ne censure plus, elle ne contrôle plus le contenu, elle ne pratique plus de coupures, elle classe les films, avec l'objectif d'isoler ceux d'entre eux pouvant présenter des dangers pour les enfants et les adolescents.

3. – Enfin, la troisième question est celle de l'équité : face au développement de la télévision, des cassettes et des DVD, sans parler encore d'Internet, qui déversent en permanence sur les jeunes des torrents d'images non contrôlées, est-il juste de garder un système de classification des films de cinéma ? N'est-ce pas un simple combat d'arrière-garde ? Ne risque-t-on pas de contribuer aux difficultés des exploitants de salles et d'ajouter des contraintes à un mode de diffusion de l'expression cinématographique déjà en déclin ? Jack Lang avait songé en 1981 à supprimer le contrôle des films au nom de la liberté d'expression. Devant les réactions suscitées, y compris en son propre sein, le gouvernement y a renoncé. Il a préféré s'orienter vers une réforme assez drastique tout en maintenant le regard porté sur les films de cinéma. La classification ainsi établie devait en quelque sorte servir de référent pour le traitement des images diffusées par d'autres procédés. En effet, dans ces années quatre-vingt, la demande de contrôle des autres médias, et notamment de la télévision, se développe¹⁰. C'est pourquoi, avec notre collègue Jacques Boutet, alors président du CSA, nous avons défini quelques règles simples applicables à la télévision pour les films ayant reçu un visa d'exploitation : ainsi

10 Sur ce thème, voir par exemple le livre de Ségolène Royal *Le Ras-le-bol des bébés zappeurs*, Paris, Robert Laffont, 1989.

les films ayant fait l'objet d'une interdiction aux moins de treize ans ou aux moins de dix-huit ans ne pouvaient pas être programmés en *prime time*, et les mesures de restriction en cause devaient être portées à la connaissance du public. Mais ces mesures ne couvraient pas les films conçus directement pour la télévision ou produits directement en cassettes ou en DVD. Les sociétés de programmes ont bien essayé de pratiquer elles-mêmes une classification, mais elles ne possédaient pas les garanties de procédure que donne le régime du cinéma.

Peu de choses seront dites sur le cas du réseau Internet qui, au moment où j'ai quitté la présidence de la commission de classification en 1994, ne posait pas encore les problèmes que nous connaissons. Le hasard a cependant voulu que je participe en 2004 à une conférence de l'OSCE, organisée à Paris, pour tenter de lutter contre la propagande raciste, antisémite et xénophobe sur Internet et pour mettre un terme à l'incitation à la haine et au terrorisme qu'il contribuait à répandre. Bien sûr, il n'était pas encore question de la Chine et de la censure exercée par son gouvernement sur le portail de Google. Néanmoins, la réponse faite il y a quelques jours par Hillary Clinton au nom du premier amendement de la Constitution américaine reproduit exactement la position alors prise par les États-Unis devant l'OSCE : en raison du premier amendement, aucune mesure de contrôle d'Internet n'est envisageable. La position tenue est noble et simple mais il n'est pas certain qu'elle soit tenable, à moins qu'elle ait pour vocation de permettre aux États-Unis d'avoir le monopole en matière du contrôle d'Internet !

Il nous reste à évoquer le décret du 23 février 1990 et le processus de réforme qui l'a précédé. Commencé en 1981, interrompu par des désaccords au sein du gouvernement, il reprit son cours dès le retour de Jack Lang au ministère de la Culture en 1988. Le cabinet du ministre avait ses idées. Son objectif était triple : supprimer l'interdiction totale, désormais jugée incompatible avec la liberté d'expression ; désengager l'État du contrôle et, pour cela, recomposer la commission en remplaçant les représentants des ministères par des représentants des spectateurs de cinéma entre dix-huit et vingt-cinq ans ; rajeunir les cadres, la commission d'alors étant composée de membres dont la moyenne d'âge était de cinquante-quatre ans. Pour le reste, le ministre me demanda de réunir une commission informelle chargée de réfléchir à l'avenir et de repenser le contrôle. Dans cette commission, il y eut notamment Catherine Dolto, Françoise Mallet-Joris et quelques autres. Il demanda aussi à la commission de conduire un travail approfondi sur les modalités du contrôle. C'est le président suppléant de l'époque, Michel Pébereau, alors inspecteur des finances, qui mena ce travail de façon remarquable.

Au bout du compte, les objectifs du ministre ne furent que partiellement atteints. On choisit de maintenir l'interdiction totale, dans la mesure où il aurait fallu une modification législative de l'ordonnance du 3 juillet 1945 pour la supprimer. Or, Jack Lang ne tenait pas trop à avoir un débat parlementaire sur ce sujet. Néanmoins, elle ne fut plus utilisée, ni même proposée et finit par tomber en désuétude. Le désengagement de l'État fut partiel. Le ministère de la Défense fut le seul à perdre son siège, les ministères de la Culture, des Affaires étrangères et de l'Outre-mer acceptant de ne siéger qu'avec voix consultative. Les ministères de l'Intérieur, de la Justice, de l'Éducation nationale, des Affaires sociales

et de la Jeunesse et des Sports gardèrent quant à eux leur siège, du fait de leurs compétences propres en matière de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence. En revanche, un siège fut offert au CSA. Enfin, quatre collèges de jeunes furent créés, dont trois étaient des représentants du Conseil national de la jeunesse et de l'éducation populaire, et dont le dernier était choisi par tirage au sort sur une liste de candidatures libres ouverte au Centre national de la cinématographie. Cette disposition a permis de faire entrer douze jeunes dans la commission de classification, chaque collège étant constitué d'un titulaire et de deux suppléants. Ajoutons que de nombreux autres jeunes de dix-huit à vingt-cinq ans, nommés par le ministre sur proposition du président de la commission, siègent désormais dans les sous-commissions.

Parmi les modifications proposées par les membres de la Commission, le ministre a retenu l'abaissement des âges charnières des interdictions : l'âge de douze ans a été substitué à celui de treize ans, l'âge de seize ans à celui de dix-huit ans. Cette substitution n'a pas concerné les films inscrits sur la liste des films à caractère pornographique puisqu'on ne toucha pas non plus à la loi du 30 décembre 1975, pour les mêmes raisons que celles qui expliquent le maintien de l'interdiction totale. Ces nouveaux âges limites furent très discutés. Les professionnels en étaient très partisans, ce qui est largement compréhensible, si l'on sait que l'âge de la plus forte fréquentation du cinéma se situe dans la tranche des 15-24 ans. Mais beaucoup de membres de la commission étaient en fait partisans d'un système avec trois âges charnières : douze, seize, et dix-huit ans ! Ils ont obtenu satisfaction par la suite, après le problème suscité par l'interdiction aux moins de seize ans du film *Baise-moi*. Sylvie Hubac en parlera. Mille choses devraient être ajoutées sur cette très riche période de 1980 à 1990 mais, à vrai dire, j'ai raconté tout cela dans un livre intitulé *Pour en finir une bonne fois pour toutes avec la censure*, que vous trouverez à la bibliothèque. J'ajouterai seulement que toute cette évolution a été vécue avec un regard ouvert sur nos collègues étrangers, belges, hollandais, britanniques, allemands, canadiens et américains, avec lesquels nous avions des contacts assez chaleureux. Depuis lors ces rapports n'ont été qu'en s'intensifiant.

*

* *



Pour poursuivre ce qui vient d'être dit sur le décret du 23 février 1990, je dirai qu'il est tout à fait important dans l'histoire de la classification, dans la mesure où, même s'il ne le dit pas explicitement, il a assuré le passage d'un système de censure à un système de contrôle. Il a établi un système qui a exclusivement pour vocation de protéger les enfants et les jeunes des dangers potentiels des images, et non plus vocation à contrôler le contenu des films, comme cela avait été le fait dans le passé. Après ce décret, qui a conduit à la suppression de l'interdiction aux moins de dix-huit ans, le Conseil d'État intervient sur *Baise-moi*. Une seconde modification a eu lieu, d'un ordre différent, et qui, à certains égards, est tout à fait caractéristique de l'époque, mais la première grande turbulence consiste bien dans cette intervention de l'arrêt du Conseil d'État du 30 juin 2000. Cet épisode est important du fait que la plus grande partie des sujets de polémique et de discussion publique portent sur l'usage de l'interdiction aux moins de dix-huit ans, ainsi que sur l'application qu'en a faite la commission dans les années récentes.

Pour relater les événements, la commission de classification voit le film de Virginie Despentes, film comportant de nombreuses scènes de violence et de sexe non simulées. Elle juge que ce film, sur les deux sujets de la violence et du sexe, plus précisément de la violence dans le sexe, est extrêmement difficile. Prenant en considération les intentions artistiques de la réalisatrice, qui a pour ambition de démontrer à travers ce film un certain nombre de thèses, elle classe le film « *interdit aux moins de seize ans* » avec un avertissement. Aucun autre outil n'est alors à la disposition de la commission. Le ministre suit la commission et délivre un visa pour l'interdiction aux moins de seize ans assorti dudit avertissement. Or cette décision est attaquée par l'association *Promouvoir*, active sur ce type de questions, à l'origine de beaucoup de jurisprudences en matière de classification. Elle parvient à obtenir une annulation de la décision par le Conseil État. Considérant que le film contient un message pornographique et d'incitation à la violence, susceptible d'être vu ou perçu par des mineurs, le Conseil d'État, conformément aux dispositions de l'article 227.24 du code pénal d'après lesquelles les messages pornographiques ou portant atteinte à la dignité humaine sont incriminés, et du fait qu'il n'existe pas d'autre moyen d'interdire une œuvre depuis le décret de 1990 que celui de la classification X, considère que le ministre aurait dû classer le film X et n'aurait pas dû le laisser sortir avec un visa de moins de seize ans.

Cette décision crée beaucoup d'émoi dans la profession cinématographique. Non seulement l'obtention de la suppression du moins de dix-huit ans est considérée comme une avancée importante pour la liberté d'expression, mais on considère également qu'entre seize et dix-huit ans, il n'existe pas forcément beaucoup de différence de maturité. À seize ans, la personnalité peut être tenue pour suffisamment formée et construite pour être capable de se confronter sur ce type de sujets à des films normalement réservés à des majeurs. Dans certains pays, la majorité cinématographique est d'ailleurs portée à seize ans. Le cas est

avéré dans quelques démocraties du Nord. L'émoi causé par l'intervention du Conseil d'État ne concerne pas uniquement les professionnels du cinéma. Parmi les ministres, Catherine Tasca, ministre de gauche, hérite de la difficile question de savoir ce qu'il faut faire après la décision du Conseil d'État. Finalement, elle choisit de réintroduire l'interdiction aux moins de dix-huit ans. La mesure est toujours très discutée mais elle est encadrée dans son utilisation. Parmi les dispositions de la commission de classification, elle est la seule dont les conditions d'utilisation sont exprimées par le pouvoir réglementaire. Depuis la modification du décret de 1990 en décembre 2001, les films peuvent donc être interdits aux moins de dix-huit ans, lorsqu'ils comportent des scènes de sexe non simulées ou de très grande violence et lorsqu'ils ne relèvent pas, de par la manière dont ils sont filmés et la nature du thème traité, de la classification X. Au sein de la profession, certains auraient souhaité que ces conditions soient plus restrictives, limitées aux films comportant des scènes de sexe non simulées et de très grande violence. Néanmoins, le moins de dix-huit ans est réintroduit et son utilisation encadrée de cette façon-là. Une faculté est laissée à l'appréciation de la commission.

La deuxième turbulence porte sur le développement des images en accès libre depuis les années 2000. Il est à l'origine du flot visuel d'images non contrôlées mais néanmoins accessibles en toute liberté par le biais d'Internet. Un certain nombre de sites, qui ne sont d'ailleurs pas toujours légaux, permettent de voir ces images avant qu'elles ne soient diffusées en salles ou même avant que le visa n'ait été délivré. À ce développement, il faut ajouter l'apparition d'une génération nouvelle de jeunes, dont les facilités de navigation sont importantes, qui a été élevée et éduquée dans ce flot visuel et ce langage spécifique. Il s'agit d'une génération de spectateurs sans aucun doute formée à une tout autre culture de l'image que celle des classificateurs que nous sommes, nous, qui n'avons pas vécu, enfants et adolescents, dans cet environnement. La turbulence en question porte donc sur la singularité de ce contrôle *a priori* des films, qui, d'une part, doivent disposer d'une autorisation ou d'un visa pour pouvoir être diffusés en salles, alors qu'une multitude d'autres images est en accès libre, et qui, d'autre part, sont eux-mêmes en accès libre sous la forme d'un DVD en moins de six mois.

Ce développement des images, qu'une partie de la société corrèle à celui de la violence, suscite la commande dans les années 2000 de deux rapports, qui font évoluer la commission de classification. Le premier rapport est demandé à Blandine Kriegel par le ministre de la Culture Jean-Jacques Aillagon ; le deuxième est demandé par le garde des Sceaux, à l'époque Dominique Perben, à Claire Brisset, alors défenseur des enfants. Les deux rapports pointent, de manière plus ou moins discrète, un certain nombre de critiques, qu'ils adressent à la commission de classification. Le rapport Kriegel la considère comme en partie responsable de la violence, notamment de la violence à la télévision, du fait de ses classifications trop laxistes ou trop clémentes, en tout cas, insuffisamment protectrices. De même, le rapport de Claire Brisset comporte des considérations qui appellent le gouvernement à des mesures prudentielles sur ces questions. Les deux rapports insistent sur la nécessité de créer une commission commune pour tous les médias, du fait que la dispersion dans le traitement du cinéma, de la vidéo et l'absence de tout contrôle homogène, est problématique. En un mot, il faut réorganiser la commission de classification. Le rapport Kriegel conclut ainsi : « *On constate*



que la France jusqu'à présent, n'a pas de commission unique de classification pour l'ensemble des écrans; de même, il n'existe de classification systématique que pour les films qui sortent en salle. C'est pourquoi la France ne classe que 20 % des films alors que nos voisins en classent 80 %. Enfin, les critères que nous utilisons sont beaucoup plus laxistes que ceux de nos voisins. Nous proposons donc que la commission de classification soit transformée : **dans sa saisine**, qui doit s'étendre progressivement à tous les écrans, vidéocassettes, DVD, jeux vidéo et ultérieurement Internet; **dans sa composition** qui doit admettre des représentants du droit des enfants [...], mais aussi des diffuseurs, aujourd'hui absents; **dans ses modalités de fonctionnement** par un vote à la majorité simple; **dans son droit à l'interdiction absolue**. Ce droit doit faire place à la décision du juge¹¹. »

De ce rapport, deux mesures principales s'ensuivront. Si l'idée d'une commission multimédia n'est même pas étudiée par nos gouvernements, la première mesure à être prise en compte porte sur la modification de la composition de la commission. Le but est de réduire la place qu'y prennent les professionnels, dont le poids est considéré comme trop important, non pas d'ailleurs du point de vue numérique mais du point de vue de leur présence et de leur participation. La deuxième grande orientation de cette reconstitution consiste à faire entrer dans la commission des représentants de la société, qui n'y étaient pas auparavant assez représentés, notamment des experts, des pédopsychiatres, un représentant du défenseur des enfants et, enfin, des représentants des associations familiales. Depuis la modification de décembre 2003, la composition n'a pas changé. Elle repose sur quatre collèges qui rassemblent vingt-huit membres : le premier est composé de neuf professionnels du cinéma et représente tous les différents métiers de la profession ; le second comporte cinq représentants des administrations intéressées par la classification – la Défense n'y est plus représentée mais il y a l'Intérieur, la Justice, la Santé, la Famille et l'Éducation nationale; le troisième collège se compose de treize experts, parmi lesquels on trouve le défenseur des enfants et les associations familiales dont il a été fait mention; enfin, le dernier collège réunit quatre jeunes. Outre cette modification de composition, le vote à la majorité simple a été adopté. De fait, lorsque le moins de dix-huit ans était réintroduit en 2001 à la suite de l'affaire *Baise-moi*, il avait été assorti d'une mesure qui requérait, pour que le moins dix-huit ans puisse être adopté par la commission, une majorité des deux tiers. En 2003, cette majorité devient une majorité simple. Dans ces conditions, il devient plus facile d'interdire un film aux moins de dix-huit ans. Voilà les deux moments importants des années 2000. Ils conduisent à une commission appelée à resserrer ses critères et ses avis, dans un contexte où les images en accès libre sont de plus en plus nombreuses. C'est à ce moment-là que je suis nommée en 2004 à la présidence de la commission.

En dépit de ces nouvelles dispositions et de l'évolution du contexte, il y a, tout bien considéré, une très grande constance des missions de la commission et des modalités suivant lesquelles elle exerce sa fonction. Les missions de la commission restent orientées vers le même objectif : protéger les enfants et les

11 Recommandations du rapport Kriegel.

adolescents. La notion de protection de l'enfance et de l'adolescence a d'ailleurs attendu l'ordonnance du 28 juillet 2009 pour être réellement introduite dans le droit positif. Si elle a réformé l'établissement du personnel du cinéma pour en faire un établissement public et si elle a modifié un certain nombre de dispositions du code du cinéma, cette ordonnance a pour la première fois explicité le fait que le visa délivré par la commission a pour objet de protéger les enfants et les jeunes des images potentiellement dangereuses, ainsi que de veiller à ce que des images attentatoires à la dignité humaine ne puissent pas trouver de spectateurs. Le but de protection demeure le même. Une autre caractéristique de la commission française repose sur l'absence de code préalable à la lecture des images. Chaque film doit être apprécié dans sa totalité compte tenu de son climat, du propos de son réalisateur, de ce qu'il montre à voir. Dans tous les cas, il n'est pas question d'une grille préalable de lecture, même si, évidemment, les sujets de préoccupation de la commission sont ceux qu'appelle l'exercice de sa mission, c'est-à-dire la classification des images violentes ou des films qui, sans comporter des images violentes, incitent à des comportements déviants ou à risque pour les jeunes, des films qui traitent de sujets difficiles dont on peut penser qu'un enfant n'est pas apte à les comprendre ou encore des films qui sont susceptibles, selon la catégorie d'âge où il se situe, de troubler son développement et d'attenter à sa sensibilité. Aussi, la commission surveille les films dont les sujets portent sur la pédophilie, l'inceste, le suicide ou la représentation des actes sexuels, même si, concernant ce dernier sujet, il est vrai que la France a toujours été plus libérale qu'ailleurs. Aujourd'hui, la préoccupation est davantage de mettre en garde contre la violence que contre les représentations à caractère sexuel.

La deuxième constante qui peut être dégagée repose sur les clivages qui traversent la commission. En dépit de leur caractère caricatural, ils opposent une aile libérale et une autre plus conservatrice. L'aile libérale est largement représentée par les professionnels du cinéma. Elle défend la liberté d'expression et une utilisation de l'image qui soit utile et pédagogique pour l'enfant. Il est vrai que l'effet cathartique de la peur, la nécessité d'apprendre à surmonter et à dépasser des angoisses et des étapes, peuvent passer par des émotions apprises par les images. L'aile libérale insiste sur le fait que la violence est aujourd'hui partout et que, par conséquent, l'enfant est aujourd'hui plus acclimaté qu'hier à vivre avec, à la dompter ou à s'en distancier. Enfin, l'aile libérale est sensible à l'incidence économique de la classification. La production cinématographique française actuelle, même si elle ne représente pas la majorité de ce que nous voyons à la commission – nous voyons surtout des films étrangers –, est aujourd'hui une cinématographie essentiellement produite par la contribution de la télévision. Or, les interdictions aux moins de douze ans prohibent le passage des films en *prime time*, excepté une autorisation de diffusion de quatre soirs par an, si bien qu'un film interdit aux moins de douze ans peut avoir des difficultés dans ses relations avec ses coproducteurs télévisuels. Le moins de seize ans interdit au film de passer à moins de 22 heures et le moins de dix-huit ans emporte des conséquences dramatiques pour le film, puisqu'il ne peut passer à minuit que sur les chaînes cryptées. C'est donc en réalité une mort pour la diffusion du film. En dépit de ces oppositions, les débats permettent aux deux points de vue de se rejoindre. À travers tous les sujets difficiles qui viennent d'être évoqués, la



commission cherche surtout à mesurer la capacité de l'enfant à se distancier de ce qu'il voit, à mesurer également sa capacité de comprendre et d'expliquer, de parler de ce qu'il aura vu.

Les polémiques qui ont surgi depuis les années 2000 concernent essentiellement l'utilisation du moins de dix-huit ans depuis qu'il a été réintroduit dans la boîte à outils de la commission de classification. Nous avons eu sur le moins de dix-huit ans des débats assez vifs et quelques décisions du Conseil d'État qui nous ont permis d'éclairer la lecture que nous devons faire du nouvel article 3.1 du décret de 1990 modifié en 2001. Je dirai qu'il y a trois films dont on peut parler, susceptibles de particulièrement illustrer les discussions que l'on a pu avoir concernant l'utilisation de cette nouvelle classification. La première a concerné *Saw III*, qui appartient à une série de films dont les deux premiers avaient été interdits aux moins de seize ans, un film dit « *de genre* », qui montre des choses épouvantables à voir, avec des scènes de torture, de sang, tout cela habillé dans des scénarios d'ailleurs peu compréhensibles. La commission a voté à la majorité simple une interdiction aux moins de dix-huit ans, qui n'a pas été contestée au contentieux mais qui a fait l'objet de polémiques sur le thème du film de genre, c'est-à-dire dont les spectateurs peuvent normalement s'attendre à en avoir pour leur argent, et qui, de ce fait, ne justifierait pas sa classification sous le moins de dix-huit ans. Cela a donc été le premier débat : est-ce qu'un film de genre peut être classé sous le moins de dix-huit ans ? Même si la commission ne l'a pas refait depuis *Saw III*, elle a voulu montrer que cette interdiction pouvait atteindre des films d'horreur, extrêmement violents. Le deuxième débat a tourné autour de la question de savoir si un film du patrimoine de l'histoire du cinéma, *Quand l'embryon part braconner*, film japonais de 1966, en noir et blanc, qui raconte l'histoire d'une jeune femme séquestrée par un homme, de ses humiliations et de ses tortures lors d'une même nuit d'enfermement, pouvait justifier du moins de dix-huit ans, alors que dans ce film, il est vrai, il n'y avait pas de scènes de sexe non simulées. Dans ces conditions, on était en droit de s'interroger sur le caractère de très grande violence de ces images, dans la mesure où ce film ne comportait pas directement d'images qu'il était possible de caractériser comme telles. L'atmosphère et le climat du film étaient difficilement supportables. Il y a eu un contentieux sur ce film mais le Conseil d'État a considéré que notre interdiction aux moins de dix-huit ans était justifiée du fait des scènes d'humiliation faites à une femme dans les circonstances où elles étaient filmées. Le Conseil d'État s'exprime ainsi : « *ce film comporte, par la représentation d'une rencontre banale entre un homme et une femme, de nombreuses scènes de torture et de sadisme de grande violence physique et psychologique et présente une image des relations entre les sexes fondée sur la séquestration, l'humiliation et l'aviissement du personnage féminin dont la mise en scène est de nature à heurter la sensibilité des mineurs, qu'ainsi le ministre n'a pas commis d'erreur d'appréciation en interdisant la diffusion du film aux mineurs de moins de dix-huit ans* ».

Très récemment, le moins de dix-huit ans a été l'objet de discussion à propos d'un film dénommé *Martyr*, film français, et qui est un film dont l'histoire porte aussi sur une relation de torture d'une jeune femme qui, quoique victime de ces tortures, va aspirer à travers elles à une forme de rédemption. Le film est extrêmement pervers sur l'utilisation de la violence et des relations victime/

bourreau. La commission a proposé d'interdire le film aux moins de dix-huit ans, mais le ministre, disposant de la faculté de lui redemander une deuxième délibération, en a usé, ce qui a conduit la commission à revoir sa proposition dans un deuxième temps et à réduire son interdiction à une de moins de seize ans. Ce cas est problématique. Il illustre la manière dont la jurisprudence de la commission n'est pas toujours lisible de l'extérieur ; car elle dépend aussi de la composition dans la salle le soir où elle délibère, de la présence de certaines personnalités et de certains collègues. En d'autres termes, certaines décisions subissent des lectures successives qui ne se complètent pas ou ne s'harmonisent pas toujours de manière satisfaisante.

La dernière constante qui peut être signalée concerne la singularité de la commission française parmi les commissions de classification mondiales. D'abord, elle se caractérise par un très grand libéralisme de décision. Entre 88 et 90 % des films sont des films classés « *tout public* », ce qui est une proportion tout à fait considérable. Généralement, les classifications que nous proposons sont toujours marquées par un très grand libéralisme, même si les comparaisons sont parfois difficiles à faire, en raison des différences que présentent les systèmes d'un pays à l'autre. J'en relève trois cas récents : *Titanic* et *Jurassic Park* ont été classés « *tout public* » en France alors qu'ils ont fait l'objet d'une interdiction aux moins de douze ans en Grande-Bretagne ; *Austèle* a été interdit aux moins de seize ans en France, aux moins de dix-huit ans dans d'autres pays. La deuxième singularité réside dans le fait que la commission reste une commission qui ne classe que des films alors que d'autres commissions dans le monde ont vu leurs pouvoirs étendus à la classification d'autres médias. La commission britannique notamment est une sorte d'autorité indépendante, qui classe les films et les jeux vidéo, qui exerce une vigilance sur Internet et qui est aussi compétente sur la télévision. Le même système vaut en Australie. Ces commissions ne sont pas composées de bénévoles comme en France ; ce sont des commissions composées de collègues de vrais professionnels de la classification, dont les moyens de travail sont bien plus considérables que ceux dont dispose la commission française. Ils disposent de moyens d'enquête, de moyens d'évaluation, de sites s'adressant à la fois aux parents et aux enfants. Ils ont la possibilité de constituer des panels à partir desquels ils font des confrontations directes avant de procéder à des classifications. Les institutions sont donc plus professionnelles dans leur organisation et elles possèdent des méthodes de travail, qui, à certains égards, sont plus modernes que les nôtres. Nous restons une commission de bénévoles, partie prenante des débats qui ont lieu sur la classification et qui discute d'un film après en avoir vu intégralement les images.

La dernière singularité de la commission française repose sur la constance de nos outils de classification. En dehors du fait que nous avons réintroduit l'interdiction aux moins de dix-huit ans, ces outils n'ont pas évolué depuis vingt-cinq ans, alors que dans les autres pays, ils ont évolué, notamment par le recours à la mesure dite « *de l'accompagnement parental* ». Cette mesure existe dans beaucoup de pays et permet de lever l'interdiction, à partir du moment où l'enfant est accompagné par un adulte. Si elle a parfois causé des difficultés d'application dans certains pays – notamment du fait que certains adultes spécialistes de l'accompagnement parental ne sont pas toujours soucieux de la protection de



l'enfance ou, du moins, de la pédagogie à faire sur le film –, elle a néanmoins donné satisfaction. Il serait probablement utile de l'introduire en France.

À ces trois égards, notre commission reste singulière. C'est ce qui ressort des réunions annuelles des classificateurs européens et mondiaux. Elle est toujours sujette à étonnement du fait du libéralisme de ses appréciations. Aujourd'hui, il me semble que la question commune qui traverse un certain nombre de classifications est celle de savoir s'il y a toujours place pour un contrôle *a priori*, c'est-à-dire s'il est toujours légitime d'avoir un système d'interdiction *a priori* pour le cinéma, alors que, comme il a été signalé antérieurement, on évolue dans un univers où les images, y compris celles du cinéma, sont en accès libre, immédiatement après avoir quitté les salles de cinéma, où, en général, elles restent très peu de temps. La question se pose bel et bien.

Certaines instances de classification étrangères s'orientent de plus en plus vers l'idée que, dans un univers où le contrôle des images est devenu impossible, il vaut mieux recommander, conseiller, et assurer une fonction d'accompagnement des parents plutôt qu'exercer une fonction de classification stricte. Lorsque j'évoque l'accompagnement parental, il faut comprendre qu'un nombre important de classificateurs considèrent que le problème réside aujourd'hui dans ce qu'ils appellent le « *digital gap* » qui sépare les jeunes générations de celle de leurs parents. Selon eux, c'est ce fossé qu'il faut combler, en donnant aux parents les moyens de se repérer dans l'univers des images et d'accompagner leurs enfants ou, du moins, de partager avec eux cette culture de l'image.

La deuxième orientation actuelle porte sur l'évolution vers un système d'autorégulation. Il existe d'ailleurs depuis peu en France pour les vidéos, puisque les cassettes vidéo sont classées par les distributeurs eux-mêmes, par ceux qui les mettent en vente. Ils recourent à un système d'autorégulation avec une classification qui correspond à la classification cinéma. Cette autorégulation peut aussi être exportée à Internet, en demandant aux fournisseurs d'accès un contenu particulier et en exigeant de leur part une fonction de surveillance dans les images qu'ils diffusent. L'idée est d'aller vers un système qui obligerait à une responsabilisation des éditeurs, qui placerait les pouvoirs publics dans une fonction d'éducateurs et de formateurs, plutôt que vers le choix d'un contrôle *a priori*. À ce sujet, le rapport Brisset parlait d'un « *droit de l'enfant à l'éducation de l'image* », qui place les pouvoirs publics dans une fonction non seulement de vigilance, mais surtout de formation sur ces questions.

Cela étant, il faut noter que les partisans en France d'un système d'interdiction et de classification des films restent très nombreux. Ils sont d'ailleurs probablement majoritaires au sein de ceux qui réfléchissent à ces questions. On considère au fond que le cinéma est un « *média chaud* », qui a gardé son statut d'attraction foraine, et qui nécessite sans doute la présence de ce que les Anglais appellent un « *gate keeper* », c'est-à-dire d'un vigile ou d'une personne qui surveille la grande porte d'entrée des films qui seront diffusés. Dans la mesure où le cinéma reste la grande référence dans les images, continuer à classer un média de référence, même si cette classification doit rester platonique dans ses effets pratiques, conserve un caractère au fond symbolique dans les représentations que la société se fait d'un certain nombre de valeurs et reste important. Pour conclure, je dirai

que, comme dans le film de Luchino Visconti de 1963 *Le Guépard*, il faut que tout bouge pour que rien ne bouge, que tout change pour que rien ne change. Au fond, en matière de classification cinématographique, les choses se passent également ainsi.



Georges Pompidou et le Conseil d'État

Colloque organisé par le Comité d'histoire du Conseil d'État
et de la juridiction administrative le 24 novembre 1014

Allocution d'accueil

Jean-Marc SAUVÉ¹

Monsieur le Premier ministre,

Mesdames et Messieurs,

Mes chers collègues,

« C'est un fait que notre droit public est largement l'œuvre de votre Assemblée. Mais cette autorité qui vous est reconnue comporte en elle-même son lot de responsabilités et de difficultés. Car l'ouvrage doit sans cesse être remis sur le métier pour s'adapter à une réalité mouvante et parfois en préparer les changements nécessaires. » C'est en ces termes que, le 28 avril 1970, soit un an jour pour jour après le départ du général de Gaulle de la présidence de la République, le président Georges Pompidou s'adressa aux membres du Conseil d'État. Se fait entendre dans son propos l'hommage sincère et respectueux au « *premier corps de l'État* », au conseiller du gouvernement et au juge de son administration. Mais s'y révèle aussi une connaissance intérieure et personnelle de sa fonction et de sa finalité démocratiques, dans l'orientation et la régulation des rapports entre les individus et l'État.

Revenir sur les relations qu'a entretenues avec notre institution Georges Pompidou, c'est d'abord, à l'occasion du 40^e anniversaire de sa disparition, revisiter un pan de notre histoire administrative et politique. C'est le faire sous le prisme d'un itinéraire inédit et unique, qui conduisit un maître des requêtes, rapporteur à la section du contentieux, à l'exercice des fonctions éminentes de Premier ministre, puis de président de la République. C'est aussi percevoir, dans la singularité d'un parcours et les caractéristiques d'une époque, l'actualité d'une conception de l'État et de l'intérêt général, en prise avec des contraintes sociales et économiques qui, sous des formes différentes, forment aujourd'hui encore la trame et le champ de l'action des responsables publics. En se gardant du double écueil de l'anachronisme et de l'illusion rétrospective, nous avons encore beaucoup à puiser dans la lucidité et le sens des responsabilités de cet homme d'État.

*

* *

1 Texte écrit en collaboration avec Stéphane Eustache, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.



Au Conseil d'État, où il fut nommé le 30 août 1946 maître des requêtes à l'initiative de Jean Donnedieu de Vabres², l'ancien chargé de mission³ au cabinet du général de Gaulle de septembre 1944 à janvier 1946 fait preuve des qualités rares qui l'ont déjà distingué. Ce normalien, qui apprend vite, raisonne bien et sait s'adapter, s'initie avec un intérêt soutenu⁴ et reconnu aux arcanes du droit public et il apporte rapidement à la deuxième sous-section où il est affecté un concours opérationnel dans des matières délicates, comme le contentieux des mesures d'épuration et des arrestations arbitraires, ou plus techniques et austères, comme les affaires de fonction publique. Georges Pompidou partage alors son activité au Conseil d'État⁵ avec celles, bientôt intermittentes, d'adjoint au commissaire général au tourisme⁶, puis avec sa charge de trésorier de la fondation Anne de Gaulle⁷ et, surtout, à compter d'avril 1948⁸, avec ses fonctions de chef de cabinet du général de Gaulle. Durant cette période, la diversité de ces responsabilités n'éclipse cependant en rien, mais vient plutôt compléter son apprentissage et son expérience du service de l'État. Comme il en témoigne dans son discours d'avril 1970, il conserve du Conseil d'État un souvenir « *heureux* » : « *Urbanité des rapports, liberté de pensée et d'expression, souci de la chose publique, voilà le souvenir, écrit-il, que j'ai gardé de mes collègues.* »

Le Premier ministre du général de Gaulle puis le deuxième président de la jeune V^e République ont aussi compté, dans leur projet de modernisation de la France, sur l'expertise du Conseil d'État, sur sa connaissance des rouages administratifs et des leviers de leur efficacité. Avant même que l'inflation et l'instabilité normatives n'aient atteint le stade pathologique que nous connaissons aujourd'hui, la clarification et la simplification du droit ont été identifiées par Georges Pompidou comme une tâche primordiale pour le Conseil d'État, comme pour les responsables publics : « *La condition première du respect du droit, c'est qu'il soit connu et compris de ceux auxquels il s'adresse, comme de ceux qui l'appliquent*⁹. » Bien plus, en conciliant l'autorité de l'État et les droits des citoyens, le Conseil d'État assure aux yeux de Georges Pompidou, par l'exercice de sa fonction institutionnelle, un gage de stabilité

2 Georges Pompidou, *Pour rétablir une vérité*, éd. Flammarion, 1982, p. 46-47.

3 Georges Pompidou est alors chargé de deux secteurs : l'Éducation nationale et l'Information, voir Éric Roussel, *Georges Pompidou*, éd. Tempus, 2004, p. 68.

4 Georges Pompidou, *Pour rétablir une vérité*, *op. cit.*, p. 47 : « *Il faut dire qu'il n'y a rien de plus excitant que de s'initier à de nouvelles disciplines et que même le droit administratif me passionna pendant plusieurs années.* »

5 Avec l'accord du vice-président René Cassin, voir Georges Pompidou, *Pour rétablir une vérité*, *op. cit.*, p. 55.

6 Éric Roussel, *Georges Pompidou*, *op. cit.*, p. 74.

7 Georges Pompidou, *Pour rétablir une vérité*, *op. cit.*, p. 49.

8 Éric Roussel, *Georges Pompidou*, *op. cit.*, p. 80.

9 « *Statuant au contentieux ou prononçant vos avis en matière administrative, vous devez vous garder du dogmatisme, pour rechercher l'efficacité, la souplesse, je dirai même le dépouillement. La condition première du respect du droit, c'est qu'il soit connu et compris de ceux auxquels il s'adresse comme de ceux qui l'appliquent* », G. Pompidou, discours du 28 avril 1970 au Conseil d'État.

et de confiance en l'action publique dans une société en plein bouleversement social et économique. Il garantit, par la protection des libertés individuelles, les fondements de l'État de droit et il préserve surtout, dans une société désagrégée aux intérêts rivaux, la force cohésive qui, dans notre histoire, a fait de l'État l'opérateur de l'unité nationale¹⁰.

*

* *

Les rapports de Georges Pompidou et du Conseil d'État sont ainsi indissociables d'une réflexion sur les finalités essentielles de l'État dans la société contemporaine, marquée par la puissance centrifuge des individualismes, mais aussi sur les difficultés pratiques, juridiques, économiques et politiques de leur réalisation au service des libertés individuelles et du bien-être collectif. Ni monstre froid, ni Léviathan antidémocratique, l'État en France a la charge de faire prévaloir l'intérêt général, alors que la pression des intérêts particuliers s'impose avec évidence et immédiateté aux pouvoirs publics ; il a la charge de faire converger et s'associer les initiatives au-delà des égoïsmes catégoriels, comme de défendre l'exercice des libertés individuelles contre tout arbitraire.

Georges Pompidou, c'est aussi une éthique de l'engagement politique, où la loyauté et la fidélité servent toujours un débat d'idées clair, assumé et plein de conviction ; c'est encore une éthique du service de l'intérêt général, où les compétences techniques ne l'emportent jamais sur le sens des responsabilités et des réalités pratiques¹¹ ; c'est, enfin, une conception élevée du destin de la France, aux antipodes de la superbe et de l'autosatisfaction, conception qui invite les responsables publics à agir avec lucidité et résolution dans la voie dépouillée, étroite et parfois solitaire de l'éthique de la responsabilité.

10 « En présence d'intérêts collectifs multiples, le citoyen reste démuné et exposé aux plus graves atteintes. Dès lors, le temps n'est plus où dans un pays tel que le nôtre, l'autorité de l'État pouvait apparaître comme une menace pour la liberté du citoyen, elle en constitue au contraire aujourd'hui la plus solide et la meilleure garantie », G. Pompidou, discours du 28 avril 1970 au Conseil d'État.

11 « La politique doit être celle des "politiques" au sens vrai du terme, de ceux pour qui les problèmes humains l'emportent sur tous les autres, ceux qui ont de ces problèmes une connaissance concrète, née du contact avec les hommes, non d'une analyse abstraite, ou pseudo-scientifique, de l'homme. C'est en fréquentant les hommes, en mesurant leurs difficultés, leurs souffrances, leurs désirs et leurs besoins immédiats, tels qu'ils les ressentent ou tels parfois qu'il faut leur apprendre à les discerner, qu'on se rend capable de gouverner, c'est-à-dire, effectivement, d'assurer à un peuple le maximum de bonheur compatible avec les possibilités nationales et la conjoncture extérieure », G. Pompidou, *Le Nœud gordien*, p. 202-203.



Introduction

Martine de BOISDEFFRE

Monsieur le Premier ministre,

Monsieur le vice-président du Conseil d'État,

Monsieur le Ministre,

Monsieur le Président de l'Association Georges Pompidou,

Mesdames et Messieurs, avec une pensée particulière pour les membres de la famille de Georges Pompidou, qui nous font le plaisir de leur présence,

Monsieur le Vice-président du Conseil d'État vient de mettre en lumière les traits saillants des rapports entre Georges Pompidou et le Conseil d'État, ainsi que l'actualité de sa pensée sur l'État et les administrations publiques.

Je souhaiterais maintenant apporter deux éclairages complémentaires, l'un du point de vue du Comité d'histoire, l'autre plus personnel.

*

* *

Le colloque de cet après-midi pour l'organisation duquel nous avons eu l'accord du professeur Alain Pompidou, que je tiens à remercier, répond en effet à plusieurs des orientations que le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative s'est fixées pour mieux ordonner son activité, la rendre à la fois plus lisible et visible.

D'abord, coordonner nos événements avec des commémorations et célébrations importantes : il ne s'agit pas bien sûr de se référer à tous les anniversaires, quels qu'ils soient, mais seulement à ceux qui présentent pour nous un sens particulier. C'est bien le cas, en l'espèce, puisque cette année marque le 40^e anniversaire de la mort, le 2 avril 1974, du président Pompidou. Il ne s'agit pas bien sûr non plus d'un axe exclusif pour la préparation de nos projets, mais d'un fil conducteur.

Ensuite, donner la parole, dans nos colloques, à des intervenants divers, représentant des disciplines différentes, afin d'organiser une pluralité d'approches, de croiser les regards, et d'ainsi enrichir l'étude et les échanges. S'exprimeront donc cet après-midi : un maître des requêtes au Conseil d'État actuellement responsable du Centre de recherches et de diffusion juridiques, Jean Lessi. Il présentera Georges Pompidou dans sa fonction de rapporteur à la section du contentieux, qu'il tint de 1947 à 1953 sous la présidence en particulier du président Bouffandeau ; puis un écrivain-journaliste réputé notamment pour ses portraits d'hommes politiques, Éric Roussel, traitera des rapports entretenus par Georges Pompidou avec le Conseil d'État après son départ de l'institution. Enfin nous aurons le privilège d'entendre un témoin de premier rang de l'action de Georges Pompidou qui le suivit de l'hôtel Matignon au palais de l'Élysée,

Édouard Balladur, ancien Premier ministre et membre honoraire du Conseil d'État. Monsieur le Premier ministre, veuillez accepter l'expression de notre gratitude pour votre présence et votre participation à cet hommage.

Troisième objectif, accompagner nos journées d'études, nos colloques, d'un travail sur les sources, les appuyer sur une exploitation de nos archives souvent inédites et nombreuses – pas sur tout d'ailleurs, mais un tel constat est en lui-même intéressant –, afin de mieux connaître celles-ci, de les valoriser et de les mettre à la disposition des chercheurs. Ce fut le cas en l'espèce pour les deux premières interventions – je voudrais à cet égard remercier les Archives nationales pour leur aide précieuse et saluer le travail sur les agendas réalisé par l'Association Georges Pompidou. La conclusion de M. Édouard Balladur relèverait plutôt de ce que les archivistes appellent « *recueil de témoignage oral* ».

*

* *

Exercice auquel je voudrais me livrer rapidement maintenant, afin de vous expliquer pourquoi je suis particulièrement honorée de présider cet après-midi.

Je n'ai évidemment jamais rencontré Georges Pompidou, mais je l'ai souvent vu et écouté à la télévision. Il était durant mon enfance et mon adolescence un des personnages phares – clefs – du paysage politique français aux côtés du général de Gaulle, puis à sa place. Ce fut le Premier ministre de la France et donc le nôtre, le mien, durant six ans, d'avril 1962 à juillet 1968, gérant aux mieux notamment les événements de Mai 1968, vécus pour moi à Provins, la ville d'un de ses ministres, Alain Peyrefitte. Ce fut ensuite notre président, pendant cinq ans.

C'était d'abord le fils d'instituteurs qui avait réussi le plus beau parcours que la République pouvait offrir, à force de travail, de mérite et de talent : un exemple donc.

C'était aussi « *le normalien sachant écrire* » que choisit le général de Gaulle sur la recommandation de René Brouillet : formule dont l'authenticité est parfois contestée, mais qui me fut souvent rappelée.

C'était encore l'homme de la modernité – de l'essor du réseau autoroutier, de la création du consortium Airbus (1970) au centre Pompidou annoncé en 1969 –, mais sa lettre à Jacques Chaban-Delmas publiée dans *Lettres, notes et portraits* montre qu'il aimait les arbres et c'est lui qui institua en 1971 le ministère de la Protection de la nature et de l'Environnement, confié à Robert Poujade. C'était aussi un amateur d'art et de mobilier contemporains.

Quant au membre du Conseil d'État, vous avouerai-je que je ne l'appris que fort tard, après mon arrivée au Palais-Royal. J'ai le sentiment, faux peut-être, que cette appartenance n'était à l'époque guère évoquée. D'où l'intérêt de nos travaux d'aujourd'hui.

C'est enfin, et surtout, pour moi, l'homme de profonde culture qui aimait la poésie au point de lui consacrer une des meilleurs anthologies qui soient et la connaissait au point d'y trouver recours et secours – face à une question délicate d'un journaliste. C'est bien sûr celle de Jean-Michel Royer de RMC lors de la conférence de presse du 22 septembre 1969, il y a quarante-cinq ans, à propos de Gabrielle Russier. Et la réponse en six phrases entrecoupées de silences : « *Je ne vous dirai pas tout ce que j'ai pensé, d'ailleurs, sur cette affaire... Ni même ce que*

j'ai fait... Quant à ce que j'ai ressenti, comme beaucoup, eh bien, ... comprenez qui voudra. Moi, mon remords, ce fut la victime raisonnable, au regard d'enfant perdue, celle qui ressemble aux morts, qui sont morts pour être aimés. C'est de l'Éluard. Merci, Mesdames et Messieurs.» Merci au président Georges Pompidou pour ce moment mémorable, pour cette citation admirable, et si bienvenue, d'un poème d'Éluard de 1944, pour avoir retrouvé l'assurance et la sérénité du regard grâce à la justesse et à la beauté de quelques vers.

Je donne la parole à Jean Lessi.

Georges Pompidou, rapporteur à la section du contentieux (1946-1954)¹²

Jean LESSI

Georges Pompidou a été nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1946 et installé le 12 septembre 1946. Il faut avoir à l'esprit qu'il est arrivé dans un contexte particulier. La transition institutionnelle de l'après-guerre, les questionnements que l'institution avait connus, et même les mesures d'épuration dont certains de ses membres avaient fait l'objet, avaient marqué les années précédentes, sans que leurs effets soient totalement dissipés. Mais c'était surtout une période de renouveau avec, d'une part, la réorganisation entreprise par René Cassin, vice-président depuis 1944, débouchant sur l'ordonnance et le décret du 31 juillet 1945, et, d'autre part, une remarquable effervescence jurisprudentielle qui a grandement contribué à l'affermissement de l'État de droit.

Jusqu'à la fin de l'année 1953, Georges Pompidou a exercé les fonctions de rapporteur à la section du contentieux. Il a été affecté à la 2^e sous-section du contentieux, sous la présidence de Tony Bouffandeau, devenu président de la section du contentieux en 1952, puis sous la présidence de Philippe Renaudin. Georges Pompidou témoignera à plusieurs reprises de son admiration pour le président Bouffandeau, « *ce grand président qu'était M. Bouffandeau* », pour reprendre les termes de son discours du 26 avril 1970.

Avant d'en venir à Georges Pompidou lui-même, il faut dire deux mots de ce personnage important mais dont tous ne sont peut-être pas familiers, qu'est le *rapporteur* à la section du contentieux.

12 Ce texte a été préparé grâce au précieux concours de la Direction de la bibliothèque et des archives du Conseil d'État et de M. Laurent Domingo, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, ainsi qu'à deux entretiens que M. Max Querrien et M. Michel Aurillac ont très aimablement accordés à l'intervenant.

Si les modalités de traitement des requêtes se sont considérablement diversifiées depuis 1954, les traits fondamentaux de ce personnage sont restés identiques, comme en témoigne Jacques Fournier, arrivé comme rapporteur en 1954, dans son ouvrage *Itinéraire d'un fonctionnaire engagé* (Paris, Dalloz, 2008).

Deux aspects doivent être soulignés.

D'abord sur les fonctions du rapporteur. Il a un rôle *d'analyse*, de *synthèse* et de *décision*. Le rôle du rapporteur, c'est de mettre le dossier en état d'être jugé et de participer à son jugement. Il examine les arguments que les parties se sont échangés. Avec le secrétariat de sa sous-section, il instruit le dossier en sollicitant, s'il le faut, des parties, la production d'éléments complémentaires. Il rédige un projet de décision et une note d'accompagnement qui justifie son projet, la « *note du rapporteur* », qu'il soumet à sa sous-section. Il rédige le projet de décision adopté par sa sous-section d'appartenance. Puis il rédige la version définitive de la décision adoptée lors de la séance de jugement. Il suit donc le dossier tout au long de l'instance devant le Conseil d'État, de son entrée sous la forme d'une requête à sa sortie sous la forme d'une décision de justice. Il en est pour ainsi dire l'artisan de proximité.

Ensuite, il convient d'insister sur la dualité du rapporteur : il est à la fois une individualité et le membre d'un collectif. D'un bout à l'autre du processus, il a un point de vue personnel, qu'il *peut* et même qu'il *doit* défendre. Il a voix délibérative sur les dossiers qu'il rapporte, en séance d'instruction comme de jugement. Il faut préciser que, lors des votes qui ont lieu au cours des séances d'instruction ou de jugement, le membre de la juridiction administrative ne s'abstient pas : il *doit* prendre parti. Mais le rapporteur est aussi celui qui tire loyalement les conséquences de la délibération collective, y compris si elles sont contraires à sa position : il met au point le texte des décisions adoptées par la majorité de la formation d'instruction et de jugement. Cette dualité du rôle du rapporteur n'est en réalité que le reflet de l'architecture de la procédure devant le juge administratif, succession de filtres individuels (le rapporteur, le réviseur, le rapporteur public) et collectifs (séance d'instruction, séance de jugement) d'examen des requêtes.

Voilà pour le portrait-robot d'un rapporteur type. À présent, quel portrait dresser de Georges Pompidou rapporteur ?

On peut recourir, pour exécuter ce portrait, à deux types de palettes : les affaires qu'il a traitées et les souvenirs qu'il a laissés. On présentera à titre principal le rôle de rapporteur de Georges Pompidou à partir de l'analyse des dossiers qu'il a rapportés. Mais comme on va le voir, c'est une palette certes aux couleurs vives, mais incomplète. C'est pourquoi l'on tentera dans une seconde partie, bien plus brève, de compléter le portrait en empoignant l'autre palette, les souvenirs personnels qu'il a laissés, palette aux teintes plus variées mais atténuées par l'écoulement du temps.



Analyse des principales affaires rapportées par Georges Pompidou

De 1947 à 1953, le *Lebon*, qui est le recueil dans lequel sont publiées ou mentionnées les principales décisions du Conseil d'État, a gardé la trace de plusieurs décisions rendues au rapport de Georges Pompidou. On en dénombre quatre-vingt-huit figurant dans la première partie du recueil *Lebon*, c'est-à-dire publiées, compte tenu de leur intérêt, dans leur intégralité avec en particulier le nom du rapporteur de l'affaire. Ces décisions, les plus importantes, sont dites « classées en A ». De nombreuses autres décisions au rapport de Georges Pompidou figurent assurément dans la deuxième partie du *Lebon*, celle des décisions qui font l'objet d'un simple résumé, dont on ne retient que l'apport jurisprudentiel. Elles sont dites « classées en B ». Mais seul un extrait de la décision est reproduit, à l'exclusion du nom du rapporteur.

L'analyse de ces quatre-vingt-huit décisions au rapport de Georges Pompidou publiées au recueil *Lebon* permet de restituer une image de l'activité de Georges Pompidou à la section du contentieux. Mais c'est une image nécessairement imparfaite, pour deux raisons.

Quantitativement, tout d'abord, comme on vient de le dire, elle ne se fonde que sur la lecture des décisions classées en A. Elle ne prend pas en compte les décisions classées en B, ni celles, les plus nombreuses pour tout rapporteur au contentieux, classées en C, c'est-à-dire qui n'ont pas eu les honneurs du *Lebon*.

Qualitativement ensuite, être rapporteur d'une affaire ne préjuge en rien de l'influence que l'on peut avoir sur le sens de la décision finalement adoptée. Comme il a déjà été dit, une décision n'est en principe pas l'œuvre d'une seule personne. Elle résulte d'un délibéré collégial auquel prend part le rapporteur, membre du délibéré parmi d'autres. Comme tout rapporteur, Georges Pompidou a proposé des solutions à la formation de jugement et il peut tout aussi bien avoir emporté l'adhésion de ses pairs comme il peut, avec sa sous-section d'ailleurs, avoir vu sa position être mise en minorité.

Si bien qu'il n'est pas possible de se livrer à un exposé qui porterait sur l'apport propre de Georges Pompidou à la jurisprudence administrative. Le secret du délibéré, principe essentiel de notre droit comme, plus encore, l'absence de source sur les délibérés y font obstacle. En revanche, il est tout à fait possible de s'intéresser à la jurisprudence qui, dans l'histoire du droit administratif, restera, grâce au recueil *Lebon*, étroitement liée au nom de Georges Pompidou.

Cette jurisprudence est riche : quatre-vingt-huit décisions publiées en sept années, c'est plus de douze décisions par an, soit une par mois au moins en moyenne. Sur ces quatre-vingt-huit décisions, dix décisions ont été rendues dans les formations supérieures de jugement, et plus particulièrement par la section du contentieux (aucune, en revanche, par l'assemblée du contentieux). Les matières dominantes sont le droit de la fonction publique (vingt-huit décisions) ; la responsabilité administrative (treize décisions) ; le droit de l'économie (huit décisions) ; le contentieux de l'épuration administrative (sept décisions) et celui des réquisitions (cinq décisions). D'autres matières apparaissent également

(contrats, domaine, travail, colonies, etc.), ce qui illustre la variété des contentieux traités par Georges Pompidou¹³.

Chercher à restituer toutes les décisions recensées ne présente pas un réel intérêt. Certaines des solutions sont essentiellement techniques et circonstanciées. Mais de cet ensemble varié, on peut dégager deux grands blocs : un premier bloc de décisions marquées par les circonstances de l'époque ; un deuxième bloc de décisions témoignant des grandes constantes du contentieux administratif.

Une jurisprudence marquée par les circonstances de l'époque

Le Conseil d'État, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, a eu à connaître et à juger de nombreux litiges se rapportant à l'activité spécifique de l'administration pendant la période de la Libération. Les décisions rendues par la 2^e sous-section au rapport de Georges Pompidou témoignent de cette activité contentieuse. La mission du Conseil d'État et de la juridiction administrative est de faire respecter l'État de droit en cherchant un juste équilibre entre les prérogatives nécessaires de l'État et les droits des citoyens. Dans le contexte de l'époque, cette mission avait, on s'en doute, une teneur particulière.

Ce contentieux peut être résumé par trois termes : épuration, arrestations, réquisitions.

Le contentieux de l'épuration administrative

Les décisions publiées au *Lebon* et rapportées par Georges Pompidou en matière d'épuration administrative portent notamment sur des questions techniques de procédure administrative et de procédure contentieuse. À travers les affaires qu'il a rapportées se manifestaient trois soucis de la jurisprudence.

Premier souci : canaliser le processus d'épuration

Seules certaines autorités avaient compétence pour prendre des mesures dans le cadre très spécifique des lois d'épuration (les ordonnances des 10 janvier et 27 juin 1944 notamment). Le Conseil d'État a ainsi dû rappeler que l'autorité municipale était incompétente pour prendre une mesure de mise en disponibilité d'office au titre de l'épuration, l'ordonnance du 27 juin 1944 relative à l'épuration administrative sur le territoire de la France métropolitaine n'ayant donné aucune compétence aux autorités locales pour infliger une sanction quelconque au titre de l'épuration (27 mai 1949, *Sieur Duranson*, n° 88851, p. 246) : la compétence appartenait en principe aux commissaires régionaux de la République, aux préfets de département ou aux ministres. Encore ces autorités devaient-elles elles-mêmes respecter le cadre procédural fixé par la loi : le Conseil d'État a ainsi jugé que le

13 On trouve même une « *expropriation pour cause d'utilité publique* » (27 octobre 1948, *Sieur Cazaubon et Caisses d'allocations familiales de Gironde*, nos 86865, 88778 et 88846, p. 394, à propos de l'acquisition par l'université de Bordeaux d'un hôtel particulier) ou encore un « *spectacle et jeux* » (13 juin 1952, *Sté du cinéma Marivaux de Bordeaux*, nos 3907 et 3908, p. 315, à propos d'une amende administrative prononcée contre le cinéma Marivaux, à Bordeaux).



préfet était incompétent, en l'absence de loi l'autorisant à la date de la décision en litige, pour instituer une commission d'épuration (21 juin 1950, *Sieur Goy*, n° 81226, p. 380).

Deuxième souci : veiller à la régularité et au bien-fondé des mesures d'épuration

Le juge a d'abord veillé à ouvrir son prétoire de manière adaptée. Le Conseil d'État a ainsi jugé que la veuve d'un fonctionnaire révoqué sans pension au titre de l'épuration a intérêt à agir contre cette décision (23 mai 1947, *Dame veuve Mesmer*, n° 83184, p. 218)¹⁴.

Le juge a ensuite veillé à contrôler effectivement le bien-fondé des mesures d'épuration. Au rapport de Georges Pompidou, le Conseil d'État a en particulier jugé que la sanction de révocation sans pension d'une professeure « *d'action morale* » qui avait, au cours de son enseignement, pris des positions favorables à la politique de collaboration, était justifiée. Il a jugé, dans cette même affaire, que cette sanction pouvait légalement être assortie d'une interdiction d'enseigner. Aucun texte ne prévoyait expressément une telle sanction, mais pour le Conseil d'État il s'agissait alors d'une « *peine complémentaire de la révocation et pouvant normalement s'y ajouter* » s'agissant des membres de l'enseignement public (25 février 1948, *Dame Fondeville*, n° 85047, p. 93).

Il existe une autre affaire particulièrement remarquable, non pas tant par sa solution, encore qu'il s'agisse d'une décision d'annulation, que par la personne qu'elle concernait. Il s'agit bien sûr de l'affaire Paul Morand (24 juillet 1953, *Sieur Morand*, n° 7417, p. 391).

Paul Morand, écrivain et futur académicien, avait été nommé, lors du retour de Pierre Laval au gouvernement en 1942, ambassadeur de France en Roumanie, puis, en 1944, ambassadeur de France en Suisse. Il a ensuite été révoqué de ses fonctions de ministre plénipotentiaire sans droit à pension au titre de l'épuration.

Le Conseil d'État a annulé cette sanction au motif que l'intéressé n'avait pas été mis à même de faire valoir ses observations avant que la mesure ne soit prononcée, alors pourtant que, même s'il avait quitté l'ambassade de Berne, il avait informé l'administration de son adresse en Suisse. C'est donc un vice de procédure – une méconnaissance des droits de la défense – qui est censuré. Ce qui en fait, sur le fond du droit, une décision tout à fait ordinaire. La décision se remarque d'ailleurs moins par ses motifs que par les arguments échangés par les parties tels qu'ils figurent sur la minute de la décision du Conseil d'État. Le ministre évoquait l'« *attitude scandaleuse de l'ambassadeur de 1942 à 1944* », tandis que l'intéressé répliquait que « *l'argumentation du ministre est un tissu de calomnies [...] les allégations du ministre sont un pur roman* ».

Plus tard, Paul Morand sera élu à l'Académie française, le 24 septembre 1968. De Gaulle, qui lui vouait une notoire inimitié et lui reprochait notamment

14 Mais une décision d'annulation n'a pas pour effet de rouvrir un nouveau délai de recours à l'encontre d'un acte pris sur le fondement de la décision annulée (16 février 1951, *Sieur Duranson*, n° 3511, p. 97).

d'avoir quitté Londres, où il était en poste en 1940 – inimitié réciproque – avait fini par lever son opposition à cette élection ; mais il se garda bien de le recevoir.

Troisième souci : effacer les conséquences des mesures d'épuration illégale

L'annulation par le juge d'une mesure d'épuration – comme de toute décision ayant un impact négatif sur la carrière d'un agent public – n'était pas une fin en soi : pour que la décision de justice soit effective, encore fallait-il ensuite reconstituer la carrière de l'intéressé : faire, dans la mesure du possible, « *comme si* » la mesure illégale n'était jamais intervenue.

Le Conseil d'État a ainsi jugé une mesure de reconstitution de carrière illégale en tant qu'elle instituait une période d'essai à compter de la réintégration. Le Conseil d'État a rappelé qu'il fallait faire « *comme si* » l'intéressé n'avait jamais fait l'objet d'une sanction ni cessé de faire partie des cadres de l'administration (10 juillet 1953, *Sieur Sicard*, n° 5333, p. 367).

Pour revenir à l'affaire précédente, le Quai d'Orsay a dû réintégrer rétroactivement Paul Morand avant de le placer immédiatement à la retraite, l'intéressé ayant entre-temps atteint l'âge de départ, illustrant les « *intermittences du droit* » dont parlait Alain Peyrefitte dans son discours de réception à l'Académie française sur le siège du même Paul Morand.

Le contentieux de la responsabilité de l'État du fait des arrestations et réquisitions opérées lors de la Libération

De nombreuses arrestations et détentions décidées sans mandat d'arrêt ou sans arrêté d'internement ont eu lieu dans le contexte de la Libération. Les personnes victimes de ces agissements se sont tournées vers le juge administratif, juge de la responsabilité de la puissance publique, pour en obtenir réparation. La plupart des affaires rapportées par Georges Pompidou en matière de responsabilité portaient précisément sur des demandes indemnitaires, c'est-à-dire sur des demandes de réparation des préjudices subis en raison de telles arrestations illégales, pour l'essentiel entre août et novembre 1944.

La jurisprudence rapportée par Georges Pompidou repose sur une distinction importante, entre arrestations de guerre et arrestations en dehors de toute opération de guerre. Soit, compte tenu des circonstances de temps et de lieu, ces arrestations pouvaient se rattacher à des événements de guerre : dans ce cas, elles n'étaient pas susceptibles d'engager la responsabilité de l'État faute de législation spéciale ouvrant droit à indemnité. Il faut préciser que cette irresponsabilité de l'État pour des faits de guerre est une jurisprudence constante, confirmée récemment (CE, 23 juillet 2010, *Société Touax, Société Touax Rom*, n° 328757, A). Soit – deuxième cas de figure – ces arrestations intervenaient hors périodes de guerre : dans ce cas, l'État était susceptible d'être reconnu responsable, et de devoir payer une indemnité en cas de faute lourde, c'est-à-dire de faute caractérisée.

Cette distinction se retrouve, par exemple, dans une décision *Sieur Jacquet*. Le Conseil d'État relève que la détention arbitraire de M. Jacquet, au début du mois de septembre 1944, se rattache à des événements de guerre ; elle ne lui ouvre pas droit à réparation. En revanche, sa détention, également arbitraire, de



la fin du mois de septembre 1944 à la fin du mois de novembre 1944, constitue une faute lourde de l'administration. Une indemnité de 20 000 francs lui est accordée (8 décembre 1950, n° 96994, p. 613). Dans le même ordre d'idées, une arrestation arbitraire peut se rattacher, à l'origine, à des événements de guerre, mais la détention prolongée qui suit cette arrestation peut révéler une faute lourde de l'administration ouvrant un droit à indemnité (24 novembre 1950, *Sieur Borrot*, n° 97281, p. 574 : 30 000 F. ; 4 avril 1951, *Dlle Lavenue et dame Salvage*, n° 97021, p. 173 : 20 000 F.). Dans d'autres décisions, la disparition d'un époux (16 décembre 1949, *Dame veuve Allard*, n° 97264, p. 558) ou le pillage d'une maison (Section, 5 mai 1950, *Sieur Clémencelle*, n° 93448, p. 265) sont rattachés à des événements de guerre, tandis que des sévices subis lors d'une détention arbitraire (16 décembre 1949, *Sieur Demai*, n° 97282, p. 558) ou encore le blocage des comptes bancaires d'un général arbitrairement détenu, pendant près d'un an et demi (25 novembre 1949, *Sieur Brécard*, n° 97009, p. 515) constituent des fautes lourdes¹⁵.

Dernier exemple : au rapport de Georges Pompidou, le Conseil d'État a jugé légale la réquisition par le préfet d'un véhicule lors des opérations militaires qui ont abouti à la libération de la ville d'Amiens. Cette réquisition ayant été décidée au profit du président du comité départemental de la libération de la Somme, elle a été prononcée pour répondre à un besoin du pays au sens de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre (1^{er} juillet 1949, *Sieur Lecocq*, n° 87864, p. 321)¹⁶.

Une jurisprudence qui témoigne des grandes constantes du contentieux administratif

Ces constantes sont au nombre de deux. Du point de vue des *thèmes traités*, il ressort nettement de l'ensemble des décisions au rapport de Georges Pompidou

-
- 15 On pourrait évoquer d'autres exemples. Si une arrestation arbitraire constituait en principe une faute lourde, il n'y avait pas d'automatisme et la jurisprudence s'attachait aux circonstances de l'espèce. Ainsi, le Conseil d'État a pu juger qu'une détention arbitraire régularisée un mois plus tard et qui n'avait pas donné lieu à des sévices ne caractérise pas, compte tenu des circonstances, une faute lourde de l'administration (24 novembre 1950, *Sieur Taverna*, n° 97283, p. 573). Dans une autre affaire, qui résume à elle seule la dureté de l'époque, les intéressés avaient été arrêtés, leurs biens mis sous séquestre et ils avaient ensuite – légalement, juge le Conseil d'État – été interdits de séjour dans leur commune après leur condamnation à une peine d'indignité nationale. Le Conseil d'État juge que l'administration n'a pas commis de faute ni en les interdisant de séjour dans leur commune, ni en décidant de maintenir leurs biens sous séquestre et rappelle que l'autorité judiciaire est seule compétente pour connaître des conditions dans lesquelles l'administration des Domaines a géré les biens sous séquestre pendant cette période (30 octobre 1953, *Époux Chauvière*, n° 19308, p. 466).
- 16 On trouve aussi plusieurs décisions concernant des nominations ou promotions de fonctionnaires où le Conseil d'État juge que la circonstance que les dossiers administratifs et notamment les notations antérieures à 1940 ont été perdus par suite d'événements de guerre est sans influence sur l'appréciation à laquelle s'est livrée l'autorité compétente, laquelle disposait d'informations suffisantes sur les agents concernés (par exemple, 26 juillet 1950, *Sieur Coroli et demoiselle Carpentier*, n° 88295, p. 469 ; 12 janvier 1951, *Dlle Muller*, n° 87393, p. 17).

une dominante du droit de la fonction publique, qui constitue aujourd'hui encore une masse importante du contentieux devant la juridiction administrative. Du point de vue des *solutions adoptées*, il est intéressant de relever que plusieurs affaires rapportées par Georges Pompidou témoignent de la permanence des grands principes du droit public qui, pour certains d'entre eux, se sont forgés pendant cette période et demeurent aujourd'hui encore d'actualité.

Une jurisprudence dominée par le droit de la fonction publique

La plupart de ces décisions sont le résultat des mesures de réorganisation de l'administration décidées à la Libération : reclassement, intégration, réintégration, etc. Elles ne présentent plus aujourd'hui d'intérêt juridique particulier et ont surtout une valeur historique. D'autres décisions, moins nombreuses, méritent en revanche d'être évoquées un peu plus précisément, car elles portent sur des problématiques que tout rapporteur rencontre aujourd'hui encore. Compte tenu des responsabilités publiques de Georges Pompidou, le poids de ce contentieux, qui donne un aperçu de la machinerie administrative à la fois fin et technique mais aussi biaisé – car par construction seules les situations problématiques remontent au juge – mérite d'être souligné.

Certaines solutions ont été abandonnées¹⁷

Il a par exemple été jugé au rapport de Georges Pompidou qu'une fonctionnaire, admise d'office à la retraite après son examen par la commission de réforme, ne pouvait pas contester l'exactitude de l'appréciation portée par la commission de réforme. La décision énonce que : « *la requérante est hors d'état de continuer ses fonctions pour un motif relevant de l'appréciation des hommes de l'art* » (13 mai 1947, *Dlle Rieber*, n° 80328, p. 195). Pareille appréciation est maintenant soumise au contrôle normal du juge administratif.

D'autres solutions demeurent, au moins dans le principe, encore valables

Par exemple sur le déroulement des concours. Dans une affaire au rapport de Georges Pompidou, le Conseil d'État a ainsi annulé les épreuves du concours d'entrée à l'École des arts et manufactures. Le jury avait décidé, au cours des épreuves écrites, de supprimer l'épreuve de physique, au motif que le sujet comportait des erreurs, et il avait attribué une note identique à tous les candidats pour cette épreuve. Le Conseil d'État juge qu'il aurait dû procéder à l'organisation d'une nouvelle épreuve de physique (18 mars 1949, *Sieur Chalvon-Demersay et*

17 Ainsi, il a été jugé qu'un fonctionnaire n'a pas pu se plaindre de ce que sa nomination a été retirée par l'administration dans le délai où le recours pour excès de pouvoir aurait pu être introduit devant le Conseil d'État (12 mars 1947, *Sieur Trouillas*, n° 66191, p. 106). Chacun aura reconnu qu'il s'agissait d'une application de la vieille jurisprudence « dame Cachet » (1922), qui alignait le délai de retrait ouvert à l'administration sur le délai de recours contentieux ouvert au destinataire de la décision. Ce n'est plus la règle actuellement, le délai de retrait dont dispose l'administration étant, lorsqu'une telle décision est illégale, de quatre mois en vertu de la jurisprudence « Ternon » (2001).



autres, nos 91391 et 92706, p. 134). La rédaction de cette décision a même un côté avant-gardiste, puisqu'elle s'interroge sur le point de savoir si cette irrégularité a exercé une influence sur la liste des admissibles : on aura reconnu un écho anticipateur à la jurisprudence *Danthony* adoptée en 2011. Autre exemple parmi les affaires rapportées par Georges Pompidou : le Conseil d'État a également annulé les épreuves du concours de recrutement de pharmaciens inspecteurs principaux, le jury ayant décidé de ne retenir, par principe et alors qu'aucun texte ne posait une telle condition, que des candidats âgés entre trente et quarante-cinq ans (24 mars 1950, *Sieur Boulo*, n° 2045, p. 188)¹⁸.

Autre exemple, sur les devoirs de l'administration employeur. La section du contentieux a jugé que la responsabilité de l'administration était engagée lorsqu'elle laissait un agent sans affectation pendant plusieurs mois après l'annulation de sa mise à la retraite (Section, 20 juin 1952, *Sieur Bastide*, n° 3753, p. 327), solution qui est encore régulièrement appliquée par les juridictions administratives.

Une jurisprudence illustrant les grands principes du droit public

Quelques décisions rendues au rapport de Georges Pompidou font application et illustrent les grands principes, voire les grandes théories, du droit public, dans leurs permanences et leurs mutations. Elles s'inscrivent ainsi dans l'histoire de la jurisprudence administrative et notamment de ses « *Grands Arrêts* ». Plusieurs exemples peuvent être mobilisés¹⁹.

Premier exemple : la théorie dite « *des actes de gouvernement* », en vertu de laquelle le juge administratif est incompétent pour connaître de certains actes relatifs aux relations qu'entretiennent entre eux les pouvoirs publics constitués, ou des actes non détachables de la conduite des relations internationales de la France. Au rapport de Georges Pompidou, le Conseil d'État, faisant application de la théorie dite des actes de gouvernement, a ainsi rejeté, de manière évidente, devrait-on dire, un recours dirigé contre le dépôt d'un projet de loi, cet acte relevant des rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement et échappant à la

18 D'autres affaires portent sur l'étendue du pouvoir de nomination. La section du contentieux a ainsi jugé au rapport de Georges Pompidou que le secrétaire général du gouvernement tunisien a légalement pu refuser de viser un projet d'arrêté du ministre de la Santé publique nommant le requérant sur un poste d'administrateur d'hôpital, au motif que l'administration n'est pas tenue de pourvoir aux vacances qui se produisent dans un cadre de fonctionnaires et qu'elle peut préférer envisager de modifier les dispositions réglementaires en vigueur concernant l'emploi vacant, en l'espèce pour proposer que le recrutement soit assuré par concours (Section, 18 mai 1951, *Sieur Abdelwahab el Mahjoud*, n° 1008, p. 274).

19 S'agissant du contrôle des actes de l'autorité judiciaire, la section du contentieux a décliné la compétence de la juridiction administrative s'agissant d'une demande indemnitaire consécutive au décès de l'époux de la requérante : celui-ci a été fusillé en septembre 1944, en exécution d'un jugement de la « cour martiale de la place de Montpellier » le condamnant à la peine de mort. La juridiction administrative est incompétente s'agissant d'une action relative à l'exécution d'une décision judiciaire, alors même, ainsi que l'a jugé la chambre criminelle de la Cour de cassation, que cette cour martiale n'avait pas d'existence légale (Section, 18 mai 1951, *Dame veuve Moulis*, n° 97006, p. 277).

compétence du juge administratif (9 mai 1951, *Mutuelle nationale des étudiants de France*, n° 13699, p. 253).

Autre exemple : faisant cette fois application de la théorie des « *actes parlementaires* », la section du contentieux a rejeté comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître une requête dirigée contre une décision d'une administration parlementaire (il s'agissait de l'Assemblée de l'Union française) en matière d'admission à concourir (Section, 26 mai 1950, *Sieur Vouters*, n° 2562, p. 316, avec les conclusions Agid). Le législateur a depuis reconnu compétence à la juridiction administrative dans quelques domaines de l'administration parlementaire, notamment les litiges d'ordre individuel concernant les agents (article 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958). Et le juge administratif s'est lui-même reconnu compétent pour connaître d'autres actes pris par les autorités parlementaires dans leur activité purement administrative, par exemple des marchés publics (CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*).

Troisième exemple : la théorie dite « *des circonstances exceptionnelles* » qui, en présence de circonstances « *exceptionnelles* », atténue certaines obligations de forme ou de procédure pesant en temps normal sur l'administration. Le Conseil d'État a ainsi jugé, au rapport de Georges Pompidou, qu'une mesure de réquisition prise lors des opérations militaires de la Libération avait pu être décidée, compte tenu des circonstances, sans rechercher l'accord préalable du propriétaire du bien réquisitionné (1^{er} juillet 1949, *Sieur Lecocq*, n° 87864, p. 321). Ce qui est une illustration des célèbres jurisprudences *Heyriès* (1918) et *Dames Dol et Laurent* (1919) sur les circonstances exceptionnelles.

Un autre exemple, emblématique de l'époque : la théorie des « *principes généraux du droit* », qui existent même sans texte et s'imposent au pouvoir réglementaire et plus particulièrement celui de la non-rétroactivité des actes administratifs, solennellement consacré en 1948 avec la décision *Société du Journal de L'Aurore*. Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'une révocation rétroactive d'un fonctionnaire est illégale en tant, précisément, qu'elle est rétroactive. En l'espèce, elle est au surplus illégale en elle-même dans la mesure où, ayant pour objet d'exclure le fonctionnaire des cadres de l'administration, elle n'est pas possible à l'égard d'un fonctionnaire qui, en l'espèce, était décédé (23 mai 1947, *Dame veuve Mesmer*, n° 83184, p. 218). Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État a jugé illégal le caractère rétroactif d'une réquisition prise après la date d'expiration de la précédente (12 janvier 1951, *Compagnie auxiliaire pour l'industrie et le commerce*, n° 98550, p. 18).

Autre exemple : la théorie de la faute de service et plus particulièrement de la faute personnelle non dépourvue de lien avec le service. Le Conseil d'État a reconnu que la responsabilité du service (et non seulement de l'agent, moins solvable et donc moins susceptible de pouvoir indemniser effectivement la victime) était engagée dans le cas d'un accident causé par un véhicule conduit par un militaire dépourvu du permis de conduire et qui s'était détourné de son itinéraire normal pour des raisons étrangères au service (16 novembre 1949, *Sieur Le Cam*, n° 90139, p. 487). Le Conseil d'État fait application, dans cette décision, des principes consacrés deux jours plus tard dans les décisions d'Assemblée,

Mimeur, Defaux et Besthelsemer. Le recueil *Lebon* y renvoie d'ailleurs en note de rapprochement.

Dernier exemple, plus anecdotique, sur le caractère personnel des délégations de signature. Au rapport de Georges Pompidou, le Conseil d'État a annulé pour incompetence de son auteur une décision prise par un directeur de cabinet, en l'absence de nouvelle délégation de signature donnée par le ministre à la suite de la démission du gouvernement, alors même que ce ministre a été renommé à la tête du même département ministériel et qu'il a reconduit son directeur de cabinet (13 juillet 1951, *Société protectrice des animaux*, n° 6308, p. 403).

Les souvenirs laissés par Georges Pompidou rapporteur

Comme il a été dit, il est délicat de rentrer à l'intérieur de la «*boîte noire*» que constituent l'instruction et les délibérés des séances de jugement, tant pour des raisons de droit – le secret qui couvre ces moments – qu'en raison du peu de traces conservées. On ne saura sans doute jamais quelle était la vision propre, par Georges Pompidou, du contentieux administratif. Il n'a pas été commissaire du gouvernement (on dirait aujourd'hui rapporteur public), membre de la juridiction qui prononce des conclusions en séance publique. Georges Pompidou n'a quasiment rien écrit lui-même sur son passage au Conseil d'État et en a peu parlé. Mais certains ont parlé pour lui et permettent de compléter le portrait par trois touches.

La première : Georges Pompidou semble avoir été un juriste apprécié par ses pairs. Merry Bromberger raconte dans son ouvrage *Le Destin secret de Georges Pompidou* (Paris, Fayard, 1965) l'impression que fit l'un des premiers rapports de Georges Pompidou en séance d'instruction sur un dossier de fonction publique, visiblement solide sur le fond, bien amené sur la forme et non dépourvu d'humour. Si Georges Pompidou n'a pas été juriste dans sa formation, son agilité intellectuelle lui a visiblement permis de faire rapidement ses gammes : pour reprendre une belle expression du conseiller d'État honoraire Max Querrien, qui l'a connu au Conseil d'État entre 1946 et 1954, Georges Pompidou a rapidement été «*naturalisé au contentieux*». Pour le conseiller d'État honoraire et ancien ministre Michel Aurillac, dont Georges Pompidou fut le «*mentor*» fin 1953, Georges Pompidou avait l'art, je cite, de la juste «*distanciation*» sur ses dossiers. Distance qu'il ne faut pas comprendre comme de la légèreté mais au contraire comme un impératif permettant de bien juger. Bruno Latour, sociologue ayant réalisé une *Ethnographie du Conseil d'État* (Paris, Éd. La Découverte, Poche, coll. Sciences humaines et sociales, 2004), décrivait les différentes phases de traitement du dossier comme autant de manières de «*produire du détachement*» et dégager une solution en droit.

La seconde est qu'il a visiblement su «*jouer collectif*» et faire fonctionner, à la place qui était la sienne, la collégialité. Il faut dire que Georges Pompidou avait deux qualités essentielles attendues du rapporteur et qui aident à faire fonctionner la collégialité : savoir bien écrire, savoir bien parler. Le rapporteur au

contentieux écrit beaucoup : sa note, son projet, le projet de sa sous-section, la décision adoptée définitivement au terme du processus de traitement de la requête. Mais le rapporteur aussi parle beaucoup. Il parle peu en public, contrairement au rapporteur public. Mais il parle, pour exposer son point de vue ou celui de sa sous-section, pour argumenter et convaincre, lors des séances collégiales d'instruction et des séances de jugement. Ces deux exigences n'ont certainement pas rebuté Georges Pompidou, « *homme de l'écrit* », comme le décrit Éric Roussel (*Georges Pompidou, Lettres, notes et portraits 1928-1974*, Paris, Robert Laffont, 2012), et orateur reconnu.

D'ailleurs, la collégialité ne se limite pas au cadre formel des séances d'instruction et de jugement, dans les années quarante et cinquante comme aujourd'hui. Elle s'insinue dans les salles de travail – toutes collectives, déjà à l'époque de Georges Pompidou, où il est de coutume d'échanger sur certaines questions soulevées par des dossiers avec d'autres rapporteurs – sous la forme d'une collégialité informelle, ou « *collégialité de couloir* ». Georges Pompidou, comme interrogateur ou comme interrogé, s'y livrait de bonne grâce d'après ceux qui l'ont connu. Mais l'esprit collectif avait une forme privilégiée et toujours appréciée aujourd'hui des rapporteurs : c'est l'institution du « *mentor* », déjà mentionnée. Il s'agit de désigner pour chaque nouveau membre un rapporteur plus chevronné qui le guidera dans ses premiers dossiers. Les rapporteurs ayant connu Georges Pompidou comme mentor ont témoigné de la bienveillance, de la gentillesse et de la pédagogie dont celui-ci faisait preuve (voir aussi le témoignage de Jacques Larché *in* Bernard Lachaise, Gilles Le Béguet, Frédéric Turpin (dir.), *Georges Pompidou, directeur de cabinet du général de Gaulle juin 1958-janvier 1959*, Bruxelles, P. I. E. Peter Lang, 2006).

Troisième touche : la vie de Georges Pompidou au Conseil d'État ne se résumait pas à ses fonctions de rapporteur. Il a investi les lieux de trois autres manières. C'était tout d'abord son lieu de travail. C'est évident mais il faut souligner que, à côté de ses fonctions de rapporteur, Georges Pompidou s'est investi dans la création et la montée en puissance de l'Association des membres et anciens membres du Conseil d'État, officiellement constituée au tournant des années 40-50 et dominée alors par les figures de René Mayer ou Victor Le Gorgeu. C'était aussi pour lui un lieu de liberté. Liberté d'esprit nécessaire au débat collégial, bien sûr. Liberté d'organisation, aussi, dont Georges Pompidou, qui avait des activités prenantes en dehors du Palais-Royal (mais que le vice-président du Conseil d'État René Cassin avait estimées compatibles avec son activité à l'intérieur du Palais-Royal), a profité. Liberté de conviction, enfin : les opinions personnelles, y compris lorsqu'elles sont connues, ne sont jamais opposées à quiconque et n'ont pas de répercussion sur la bonne entente entre les membres. Dans le cas de Georges Pompidou, les opinions politiques étaient connues. Mais elles n'ont jamais nui à ses relations au sein du Conseil d'État, et, au contraire, elles avaient plutôt tendance à stimuler les débats d'après ceux qui l'ont connu. C'était, troisièmement, un lieu où se nouent des relations voire des amitiés, que rappelle l'ouvrage de Bernard Lachaise, Gilles Le Béguet, Frédéric Turpin mentionné précédemment.



C'est sans doute par la combinaison de ces différentes facettes de sa vie de rapporteur qu'il a pu affirmer, dans son discours prononcé le 28 avril 1970, qu'il avait été « *heureux* » au Conseil d'État. Ainsi, il semble que, pour terminer sur une phrase de Jean Racine qu'il affectionnait tant, « *La vérité s'accorde avec la renommée* ».

Georges Pompidou et le Conseil d'État après son départ de l'institution

Éric ROUSSEL

Commençons par une observation d'ordre méthodologique. Sur le sujet, les archives ne manquent pas, elles sont même assez abondantes, mais ne sont pas très « *éloquentes* ». Pour une raison simple : le plus souvent, les allusions de Georges Pompidou au Conseil d'État étaient orales ou implicites.

Les témoignages sont rares mais, finalement, beaucoup plus éclairants. Deux, recueillis par l'Association Georges Pompidou dans le cadre de son programme d'histoire orale, m'ont paru particulièrement intéressants :

- celui de Jean Donnedieu de Vabres d'abord, membre du Conseil d'État, issu d'une famille de grands juristes, collaborateur du général de Gaulle à la Libération, avant de devenir, en 1962, le premier directeur de cabinet de Georges Pompidou dont il était l'ami ;
- les précisions laissées par Roger Belin m'ont paru aussi pleines d'intérêt. Autre grand serviteur de l'État, Roger Belin, conseiller d'État, fut secrétaire général du gouvernement de 1958 à 1964.

Mais à ces sources diverses, il faut ajouter évidemment un texte fondamental : le discours de Georges Pompidou, président de la République, lorsqu'il fut reçu au Conseil d'État par le président Alexandre Parodi.

Venons-en maintenant à ce que pensait Georges Pompidou du Conseil d'État et de l'évolution de son rôle. Deux points sont, me semble-t-il, à souligner.

D'abord le souci de clarté et de simplicité souligné par Georges Pompidou. On sait combien il souhaitait un retour de l'enseignement à ce que l'on appelle aujourd'hui « *les fondamentaux* ». On retrouve cette préoccupation dans ce texte :

« Dans le réseau complexe des règles et des principes, l'administrateur risque de se trouver peu à peu paralysé. Quant au citoyen, que le droit doit protéger et aider, c'est avec quelque raison bien souvent qu'il affirme ne plus pouvoir le comprendre ni l'appliquer. De cette situation, la responsabilité première incombe sans doute à l'organisation moderne de la société, caractérisée par la complexité des relations entre les hommes et entre les groupes et par la diversité des situations et des problèmes : parvenue à ce stade, elle ne pourrait évidemment s'accommoder d'un droit sommaire. »

« Mais elle a tout à gagner cependant à ce que ce droit reste simple et clair et, dans cette tâche, vos travaux ont une place éminente. Statuant au contentieux ou prononçant vos avis en matière administrative, vous devez vous garder du dogmatisme, pour rechercher l'efficacité, la souplesse, je dirai même le dépouillement. La condition première du respect du droit, c'est qu'il soit connu et compris de ceux auxquels il s'adresse comme de ceux qui l'appliquent. C'est à vous qu'il appartient au premier chef d'attirer sans relâche l'attention du gouvernement sur les allègements, sur les simplifications qui peuvent être apportés à notre législation et à notre réglementation, sur la nécessaire réforme de notre appareil administratif où la décentralisation des décisions peut, seule, garantir l'efficacité. »

Après ces remarques assez générales, Georges Pompidou aborde le point le plus important de son intervention : l'évolution du rôle du Conseil d'État. Comme d'habitude, il se montre direct et ne cache pas sa pensée. Dans *Le Nœud gordien*, écrit durant sa traversée du désert après Mai 1968, il avait exprimé sa philosophie de la société et du pouvoir. Pour lui, l'évolution technique induisait des changements profonds qui exigeaient un renforcement de la puissance publique, à commencer par une présidentialisation accrue du régime de la V^e République. Devant le Conseil d'État, il tient un langage similaire : souci des libertés publiques bien sûr, mais aussi sauvegarde du rôle de l'État garant de l'intérêt général :

« La conception d'où est issu tout notre droit était naguère celle d'un État fort, d'autant plus fort peut-être qu'il avait su mettre des bornes à ses interventions et limiter celles-ci aux compétences les plus caractéristiques de la puissance publique : la Justice, la Défense, l'Ordre. Dans ces domaines, l'État exprimait seul l'intérêt général et prenait seul les décisions propres à le faire prévaloir. Limitées dans leur champ d'application, mais unilatérales dans leur forme et impératives dans leurs effets, de telles décisions s'imposaient aux citoyens et restreignaient leur liberté au nom de l'intérêt général. Juge des relations entre un État fort et des citoyens isolés, il était inévitable et souhaitable que le Conseil d'État devînt progressivement le protecteur des libertés individuelles, et pour cela soumit l'action de l'État au respect, sous son contrôle, d'un certain nombre de principes généraux progressivement définis.

« Il ne saurait être question de renier l'œuvre de votre jurisprudence, ni d'en déclarer les principes périmés. La défense de l'individu doit demeurer l'une de vos préoccupations dominantes. Mais notre société, et donc notre droit, ont changé depuis un siècle. Suscitée par l'évolution économique et sociale, sollicitée parfois par ceux-là mêmes qui viennent ensuite s'en plaindre, l'intervention de l'État touche aujourd'hui la plupart des aspects de la vie collective et de l'existence des individus.

« Dès lors, l'action des pouvoirs publics risque de perdre de son efficacité. Et ceci d'autant plus qu'elle s'adresse non plus seulement à des individus isolés, mais à des groupes qui, dans la meilleure des hypothèses, n'ont de l'intérêt national qu'une vision fragmentaire et qui, le plus souvent, n'ont d'autre préoccupation que la défense de la situation qui leur est propre ou la revendication des avantages qu'ils exigent. À la vérité, telle est sans doute leur vocation, si bien que semblable attitude n'est pas surprenante, ni probablement anormale. Seul l'État, par les organes constitutionnels que la Nation lui a elle-même directement donnés, peut avoir de l'intérêt général une vision complète et désintéressée ; seul un pouvoir fort, librement désigné et accepté peut aujourd'hui préserver le bien de tous contre des appétits particuliers et contradictoires.



« Il en résulte que la conciliation entre l'autorité de l'État et les droits du citoyen, objectif permanent de votre action, se présente désormais dans des conditions différentes dont la législation et votre jurisprudence doivent tenir compte. En présence d'intérêts collectifs multiples, le citoyen reste démuni et exposé aux plus graves atteintes. Dès lors, le temps n'est plus où, dans un pays tel que le nôtre, l'autorité de l'État pouvait apparaître comme une menace pour la liberté du citoyen, elle en constitue au contraire aujourd'hui la plus solide et la meilleure garantie.

« Depuis plus de mille ans d'ailleurs, il n'y a eu de France que parce qu'il y a eu l'État, l'État pour la rassembler, l'organiser, l'agrandir, la défendre, non seulement contre les menaces extérieures, mais également contre les égoïsmes collectifs, les rivalités de groupes. Aujourd'hui plus que jamais, sa force n'est pas seulement indispensable à la nation pour assurer son avenir et sa sécurité, mais aussi à l'individu pour assurer sa liberté. Je souhaite que le premier corps de l'État qui ne peut pas ne pas en avoir une claire conscience continue de s'en inspirer dans ses avis comme dans ses arrêts. »

Ce texte résume à la fois la conception, très générale, que Georges Pompidou avait de l'action du Conseil d'État mais il montre aussi combien sa rencontre avec le général de Gaulle en 1944 n'eut rien de fortuit. Avant de connaître le Général, Georges Pompidou se cherchait et soudain de Gaulle lui parut l'homme providentiel ; celui qui, à ses yeux, conciliait l'autorité et la liberté, l'ordre et la justice, c'est-à-dire très précisément ce qu'il exalte dans ce discours devant le Conseil d'État.

Mais si Georges Pompidou était gaulliste, il avait aussi sa personnalité propre. De formation humaniste, il tendait toujours vers la conciliation – ce qui n'est pas incompatible avec l'autorité – et l'on s'en aperçut en plusieurs occasions et d'abord au lendemain de l'arrêt *Canal* rendu par le Conseil d'État, le 19 octobre 1962.

Rappelons sommairement les faits. Le 8 avril 1962, les accords d'Évian mettant fin à la guerre d'Algérie avaient été approuvés par referendum. Or la loi soumise à la ratification du peuple français autorisait également le chef de l'État à prendre par ordonnance ou par décret en Conseil des ministres « toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application de ces accords ». En se fondant sur cette habilitation, le général de Gaulle avait institué, par une ordonnance du 1^{er} juin 1962, une juridiction d'exception : la « cour militaire de justice », dont la mission était de juger, suivant une procédure spéciale et sans recours possible, les auteurs et les complices d'infraction en relation avec les événements d'Algérie. Peu après, cette cour militaire de justice condamna à mort des responsables de l'OAS : MM. Canal, Robin et Godot. Ceux-ci, naturellement, saisirent le Conseil d'État d'un recours en annulation dirigé contre l'ordonnance ayant institué cette juridiction d'exception. Pour les condamnés, c'était là la seule issue possible. Et, par un arrêt *Canal* du 19 octobre 1962, le Conseil d'État annula l'ordonnance du président de la République, au motif que la procédure prévue devant cette cour militaire de justice avait un caractère attentatoire aux principes généraux du droit pénal et, surtout, que toute voie de recours était exclue. Pour le Conseil d'État, la validité de l'ordonnance instituant la cour militaire de justice était en cause : le président de la République n'avait pas reçu une délégation du pouvoir législatif mais seulement délégation d'un pouvoir d'intervenir dans le domaine

législatif. Autrement dit, le chef de l'État s'était vu simplement permettre d'étendre son pouvoir réglementaire dans un domaine qui était normalement législatif.

Cet arrêt du Conseil d'État provoqua, on s'en doute, la colère du général de Gaulle. Son ressentiment était d'autant plus vif que plusieurs membres du Conseil d'État avaient, au cours des derniers mois, exprimé leur opposition radicale à sa politique en Algérie. Comme toujours en pareille circonstance, le Général se montrait résolu à agir vite et énergiquement.

Sur-le-champ, le président de la République fit donc part de son mécontentement, en particulier par le moyen d'un communiqué émanant de Matignon que Georges Pompidou et Jean Donnedieu de Vabres, tous deux anciens du Conseil d'État, se trouvèrent contraints d'avaliser. Il y était stipulé que le Conseil d'État avait pris une décision regrettable et, qu'en toute hypothèse, la justice passerait. Déchiré entre son attachement au Général et le lien qu'il avait gardé avec le Conseil d'État, Jean Donnedieu de Vabres ne cachait pas l'inconfort de la situation où il se trouva alors avec Georges Pompidou.

Le trouble s'accrut encore quand on apprit que le chef de l'État entendait saisir l'occasion pour procéder à une réforme du Conseil d'État qui n'aurait peut-être pas menacé l'institution dans son existence même, mais, à coup sûr, dans son rôle et ses attributions.

Bien que Georges Pompidou, à ma connaissance, n'ait jamais exprimé la moindre opinion sur cet épisode, on sait qu'il se trouva à ce moment-là dans une position particulièrement désagréable. S'il pouvait comprendre l'état d'esprit du Général, il ne jugeait pas raisonnables les conclusions qu'il voulait en tirer. Par les témoignages de Jean Donnedieu de Vabres et de Roger Belin, on sait aussi qu'il s'employa non seulement à calmer le président de la République, mais à faire en sorte que la réforme envisagée n'aille pas trop loin. « *Dans toute cette affaire, Georges Pompidou laissa le temps au temps et joua l'apaisement* », précisait Jean Donnedieu de Vabres. Il essaya autant qu'il le put d'orienter la réforme vers des dispositions de caractère technique.

Finalement, la réforme de 1963, menée par l'ambassadeur Léon Noël, lui-même ancien du Conseil d'État, aura une portée limitée, comme le souhaitait le Premier ministre. Point essentiel : l'indépendance du Conseil d'État ne se trouva pas mise en cause. Toujours d'après ces témoignages, Georges Pompidou obtiendra aussi du Général que les membres du Conseil d'État qui s'étaient lancés dans le combat politique pour l'Algérie française puissent regagner le Conseil. « *Pompidou comprenait les raisons du Général*, observait Roger Belin, *mais il ne voulait pas placer les membres du Conseil d'État dans une position différente des autres fonctionnaires.* »

À la même époque, il semble aussi que Georges Pompidou ait nourri des doutes quant à la possibilité d'instituer l'élection du président de la République en suffrage universel direct par la voie de l'article 11 de la Constitution, c'est-à-dire sans demander l'avis des assemblées. Ce faisant, il rejoignait le Conseil d'État qui avait émis un avis défavorable sur le recours à cette procédure jugeant qu'en l'espèce, l'article 84 de la Constitution devait être utilisé. Jean Donnedieu de Vabres viendra au Palais-Royal plaider la cause du gouvernement en faisant valoir que la loi de 1875 instituant la III^e République évoquait aussi « *l'organisation des*



pouvoirs publics», comme le stipule l'article 11. L'effort d'explication ne sera pas couronné de succès. La réforme sera finalement adoptée par le biais de l'article 11, contre l'avis du Conseil d'État, et sans doute aussi contre la conviction intime de Georges Pompidou.

Au printemps dernier, à l'initiative du président Jean-Louis Debré, le Conseil constitutionnel a organisé un colloque analogue à celui qui nous réunit, sur le thème *Georges Pompidou et le Conseil constitutionnel*. J'eus l'honneur d'intervenir lors de cette manifestation et deux points me frappèrent après avoir consulté les archives du Conseil : d'une part, l'attachement très fort de Georges Pompidou aux leçons du général de Gaulle et, d'autre part, son souci de conciliation.

C'est à une conclusion du même ordre que conduit, me semble-t-il, cet aperçu des relations entre Georges Pompidou et le Conseil d'État, après son départ du premier des grands corps de l'État. Sur l'essentiel, c'est-à-dire la conception de la France, de son rôle dans le monde, une certaine idée de la République aussi, il ne fait guère de doute que sa proximité avec de Gaulle était éclatante, même s'il est vrai qu'ils n'avaient pas l'un et l'autre la même histoire. En revanche, Georges Pompidou avait son tempérament propre qui l'inclinait souvent à rechercher la convergence des points de vue. Il y mettait d'ailleurs parfois une résolution frappante. On le vit, par exemple, peu après son arrivée à Matignon, au printemps 1962, quand il mit en balance son poste pour obtenir la grâce du général Jouhaud, condamné à mort, et que le général de Gaulle voulait faire exécuter en tant que chef de l'OAS.

Avec Georges Pompidou, sans reniement des principes, le gaullisme prit un visage plus humain. Telle est la marque propre du second président de la V^e République, clairement perceptible dans ses rapports avec le Conseil d'État alors qu'il était chargé des responsabilités les plus hautes.

Georges Pompidou et le Conseil d'État : le point de vue d'un grand témoin

Édouard BALLADUR

Monsieur le Vice-président, Mesdames et Messieurs, mes chers collègues,

Vous avez bien voulu me demander de m'exprimer à l'occasion des quarante ans de la disparition de Georges Pompidou. Je l'ai accepté de grand cœur, ma relation avec lui durant plus de dix ans et le souvenir tellement présent que j'en conserve m'y incitaient.

Permettez-moi de le rappeler, je ne l'ai pas connu lorsqu'il était membre du Conseil d'État puisque j'y suis entré plusieurs années après son départ. À la fin de 1963, alors Premier ministre, il a, sans me connaître, fait appel à moi pour

que je rejoigne son cabinet. J'imagine qu'il le fit à l'instigation de deux hommes aujourd'hui disparus et qui furent l'un et l'autre maîtres de conférences à l'ENA où je bénéficiai de leur magistère : Jean Donnedieu de Vabres, alors secrétaire général du gouvernement, et François-Xavier Ortoli, alors directeur du cabinet du Premier ministre. Lorsqu'il me reçut, il m'expliqua que je serais essentiellement chargé des questions sociales et des problèmes juridiques et administratifs. C'était un très vaste domaine, celui, avec le secteur économique, où les compétences propres du Premier ministre étaient les plus lourdes, et sa responsabilité la plus engagée. Il tenait à ce qu'en toutes circonstances fût maintenu un climat de confiance avec les interlocuteurs du gouvernement. Pour cela, me dit-il, il ne faut jamais leur tenir un double ou un triple langage selon ce que l'on croit être leur intérêt, mais leur dire clairement ce que l'on pense, ses intentions et ne jamais leur mentir. Durant les dix années que je passais auprès de lui, j'eus l'occasion de constater que c'était là son attitude constante, aussi bien dans le domaine national qu'international ; il y voyait le seul moyen d'établir avec ses interlocuteurs, français ou étrangers, malgré les divergences de points de vue, des relations stables et confiantes. En outre, il n'était guère porté à masquer sa pensée, mais plutôt enclin à l'affirmer avec éclat, sans se soucier de l'opinion courante. Il lui arrivait d'y mettre quelque provocation.

On a rappelé ce que fut la carrière de Georges Pompidou, exceptionnelle à bien des égards, à la fois par son déroulement et son aboutissement. Il avait coutume de dire qu'il était en quelque sorte soumis à un rythme septennal : sept ans dans l'enseignement à Marseille et à Paris, sept ans au Conseil d'État, sept ans dans des activités privées, à peu près sept ans à Matignon. Il le disait lorsqu'il commençait son mandat présidentiel en 1969, sans se douter qu'il ne le terminerait pas.

Je voudrais rappeler un moment de cette carrière, celui où, à Matignon, il dirigea durant six mois le cabinet du général de Gaulle, président du Conseil :

En 1958, celui-ci se consacrant essentiellement aux questions posées par l'avenir de l'Algérie et la rénovation de nos institutions publiques, lui avait confié le rôle d'un véritable *alter ego*, au centre de l'activité réformatrice dont portent la trace les multiples ordonnances publiées à cette époque. Selon Georgette Elgey, dans la conclusion de son livre sur la IV^e République, on peut voir en lui, à cette époque, une sorte de vice-président du Conseil : « *Il veille, écrit-elle, à ce que l'harmonie règne au sein du gouvernement, règle les conflits qui peuvent naître entre les uns et les autres.* » Entre le général de Gaulle et lui l'osmose est telle qu'il n'est pas besoin de notes pour ordonner ou rendre compte, ils s'informent l'un et l'autre de vive voix ; avec les ministres ou les membres du cabinet, Pompidou entretient des rapports oraux directs ou par téléphone, si bien qu'il n'en demeure guère de traces écrites. Selon le témoignage d'Olivier Guichard, de Gaulle lui aurait dit en 1959 : « *L'Histoire ne saura jamais tout ce qu'a fait Pompidou dans ces six mois d'organisation de la V^e République.* » Il fut également, avec Roger Goetze, la cheville ouvrière du comité présidé par Jacques Rueff qui préparait la réforme économique et monétaire, en même temps que, secondé par Raymond Janot, il présidait le comité interministériel d'experts chargé de mettre au point le texte de la nouvelle Constitution.

Plus tard, ce fut un Premier ministre exceptionnel non seulement par sa compétence et son esprit de mesure, par son intuition des attentes des Français, par la vigueur de son caractère, qui l'amena parfois à avoir des opinions différentes de celles de De Gaulle pour lequel il éprouvait admiration et attachement, mais surtout parce qu'il avait une vue très claire de ce qui lui paraissait essentiel : doter la France d'une force économique sans laquelle, affirmait-il, rien ne serait possible ni pour améliorer le progrès social, ni pour assurer l'indépendance nationale. À ses yeux, tout devait être subordonné à cet objectif ; le renouveau industriel qu'a connu la France pendant les onze années de sa présence au pouvoir est largement dû à l'acharnement avec lequel il mit en œuvre tous les moyens nécessaires pour y parvenir, sans se soucier des critiques, toujours les mêmes, à croire que si l'on se préoccupe du dynamisme de l'économie, c'est qu'on est fermé aux préoccupations sociales. J'eus moi-même l'occasion de le vérifier.

Revenons au Conseil d'État où il a passé sept années dont il gardait un très bon souvenir. Il fut un rapporteur remarqué à la section du contentieux et suffisamment apprécié par tous pour être élu secrétaire général de l'Association des membres du Conseil d'État, bien qu'il fût à l'époque également chef du cabinet du général de Gaulle, alors loin d'un pouvoir auquel il s'opposait avec vigueur. C'est bien la marque de la liberté de l'esprit qui régnait au Conseil d'État. Elle y règne toujours, le numéro des républiques n'y change rien.

Pourquoi a-t-il réussi au Conseil d'État ? Non seulement parce qu'il s'y plaisait, qu'il goûtait la liberté laissée à chacun dans ses opinions comme dans ses comportements dès lors qu'était respectée une tolérance réciproque qui est le visage de la politesse, mais parce que, plus fondamentalement, il y avait une sorte de connivence entre la forme de son esprit et les habitudes de pensée du Conseil. Il m'en a parlé souvent, parfois d'un ton un peu moqueur, avec une sorte d'ironie amicale : « *N'oublions jamais*, me disait-il, *qu'au Conseil d'État les arrêts comme les avis se limitent à la question qui est posée et au sujet que l'on doit traiter, ce qui n'est pas seulement une volonté de prudence mais surtout une ascèse intellectuelle qui manifeste le désir de s'en tenir à son rôle sans le dépasser et d'assurer ses pas.* » Il ajoutait : « *Il n'est jamais plus heureux que lorsqu'il peut se dispenser de trancher une question qui ne lui est pas posée, ou qui selon lui ne se pose pas, et ne manque pas de le faire savoir dans ses décisions. Avez-vous observé combien souvent ses arrêts comportent la formule : "sans qu'il soit besoin de ..." ?* » Il appréciait également la concision des décisions et leur style, à ses yeux un peu pour la même raison : ne pas trop en dire, ne pas se lier les mains en évoquant des questions hors du sujet, être bref pour ne pas prêter à la critique ou à l'ambiguïté par des développements diffus, voire flous. « *Le style du Conseil d'État c'est son esprit même* », m'a-t-il dit plusieurs fois, en bon disciple de Malherbe. J'ajoute qu'il appréciait que le Conseil, dans ses avis comme dans ses arrêts, n'ait pas une conception fétichiste du droit et tienne compte des réalités. C'était ce qu'il appelait le bon sens qui, contrairement à ce que l'on peut croire, n'est pas une forme du scepticisme intellectuel, mais plutôt une manifestation d'honnêteté de l'esprit. Lorsqu'il fut membre du Conseil constitutionnel, il eut l'occasion de le démontrer, comme cela a été rappelé lors du colloque réuni il y a quelques mois, ce qui lui valut d'y acquérir une autorité qu'en son temps le président Léon Noël a soulignée.

C'était un homme complexe, il livrait peu de lui-même, malgré son apparente disponibilité. S'il n'y en eut peut-être pas dans notre histoire de plus mal connu, il en est en grande partie responsable : sa réserve, son horreur de l'emphase, fondées sur le respect de soi-même et des autres, ont contribué à donner de sa personne et de son caractère une image incomplète. Les qualités qui lui sont le plus fréquemment reconnues ne sont pas celles qui font rêver : réalisme, opiniâtreté, prudence, solidité. Certes, il n'en était pas dépourvu. Mais suffiraient-elles à expliquer sa vie ?

On peut rappeler les chances que Georges Pompidou a eues, qu'il a su saisir, et qui l'ont conduit à la tête de la France. Mais ces chances n'expliquent pas tout. D'autres ont eu les mêmes, et leur vie n'en a pas été bouleversée comme le fut la sienne.

Qu'on me permette ici de l'évoquer tel que je l'ai connu. Deux qualités en lui dominaient toutes les autres. Tout d'abord, les facultés de l'esprit : intuition, rapidité, mémoire, précision de l'analyse ; goût de ramener les questions à quelques données simples et claires en les débarrassant de tous les faux-semblants, la destruction de la comédie, en somme ; aptitude à dégager l'essentiel en donnant un éclairage nouveau à des problèmes examinés mille fois, à les replacer dans une perspective historique pour mieux apercevoir l'avenir. Souvent, l'on était frappé par la nouveauté d'une idée, d'une affirmation simple, à la fois inattendue et évidente, tellement indiscutable qu'on se défendait mal du sentiment de sa vérité presque banale. C'était ce qu'il appelait le bon sens, nom ordinaire donné à la première vertu de l'esprit, le jugement. La seconde qualité était le courage, dont il a témoigné toute sa vie durant : pour s'affirmer et tenir son poste dans les moments les plus difficiles, comme en mai 1968, sans rien céder sur l'essentiel ; pour faire front, face à la calomnie, et la réduire au silence ; pour défendre l'indépendance de la nation sans en rien laisser prescrire, au prix parfois d'une solitude dont il n'avait pas le goût, mais dont il estimait qu'il fallait courir le risque. Dans les derniers mois de sa vie, il en a fait la pratique quotidienne, comme si elle allait de soi. De cela, il ne parlait guère.

Je l'ai entendu dire bien souvent : « *Si vous connaissez l'orthographe et le calcul mental, vous êtes dans une petite minorité, et si vous y ajoutez le bon sens et le courage, alors vous êtes un homme exceptionnel.* »

S'il est resté inconnu, c'est sans doute qu'il détestait les effusions et les confidences. Mais c'est aussi que les divers aspects de sa personnalité en faisaient un homme souvent insaisissable, rebelle à toute définition simple.

Avec le sens de la relativité des choses, il était le contraire d'un sceptique, et manifestait un attachement constant à ses convictions comme à ses amitiés ; cuirassé d'indifférence par nécessité et devoir d'État, il était d'une sensibilité très vive et d'une grande fidélité ; autoritaire, il avait le goût de la discussion et du contact avec autrui, le besoin d'expliquer, une préférence pour les hommes dotés d'une forte personnalité qui prennent leurs risques et savent s'affirmer ; prudent et circonspect, il s'impatientait devant la lenteur de l'exécution une fois la décision prise ; volontiers ironique et même mordant, il manifestait beaucoup de scrupules dans ses rapports avec les hommes, évitant de froisser leur sensibilité ou de léser leurs intérêts légitimes ; aimant réfléchir, peser le pour et le contre,



avec le goût de la méditation longuement menée en solitaire, il se décidait très vite et sans retour dans les moments difficiles, comme en mai 1968, où il fallait faire face à une menace de guerre civile, ou en août 1971, quand il tenta de mettre la France à l'abri des désordres monétaires internationaux qui n'ont pas cessé depuis plus de quarante ans ; réaliste, il avait le scrupule de ne pas faire naître, par ses promesses ou ses propos, des espoirs qui seraient déçus, et pourtant il demeurait optimiste ; attaché à la tradition, il était également soucieux du progrès de la France, mais voulait avancer d'un pas tel qu'il ne fût pas obligé de reculer ou de contraindre ; partisan de l'ordre, dans lequel il voyait la seule garantie de la liberté, il croyait à la nécessité d'un mouvement qui intégrerait les aspirations nouvelles dans une histoire qu'il concevait comme un constant renouvellement ; imprégné de ses fonctions, en acceptant comme un fardeau la solitude, il était d'un abord simple, facilement de plain-pied avec son interlocuteur, désireux de rencontrer et de comprendre ; réaliste, il a eu des vues prémonitoires, par exemple sur la pénurie alimentaire alors qu'il n'était question que de surproduction agricole, sur la crise de l'économie internationale quand beaucoup n'étaient préoccupés que des méfaits de la croissance, sur les dangers menaçant la liberté qui n'est jamais un fait acquis irréversible ; on le présentait comme ayant le goût des compromis : il en avait le sens mais il savait être intraitable, tel un Romain du temps de la République.

Il n'a pas rempli son rôle à la tête de l'État de manière exclusive, contrairement à ce qui a souvent été dit. Certes, il voulait être informé de tout et considérait que les initiatives importantes du gouvernement devaient être préalablement discutées avec lui : « *Nous n'avons pas chacun un secteur dont nous sommes respectivement responsables ; nous ne devons pas faire les choses séparément, mais ensemble* », a-t-il dit un jour au Premier ministre. Il envisageait ses rapports avec lui comme une collaboration quotidienne, tout en souhaitant lui laisser une large liberté d'appréciation, d'action et de décision. À la vérité, il devait prendre sur lui pour accepter une décision qu'il ne croyait pas bonne. S'il s'efforçait de faire la part des choses, ce n'était pas par indifférence.

Il travaillait beaucoup, très régulièrement et très rapidement. Il avait le goût des textes, de l'écrit, de ce qu'il écrivait et de ce qu'on lui écrivait, pour mettre en forme sa propre pensée et connaître celle d'autrui. On retrouvait sa manière : style simple et clair, sans fioritures ; souci de ramener les idées et les faits à leur vérité, à leur réalité élémentaire, de dissiper les illusions non sans y prendre quelque délectation ; défiance envers les grands mots, le lyrisme : « *Je ferais volontiers mienne la pensée de Braque : "Je ne cherche pas l'exaltation, la ferveur me suffit"* », déclara-t-il dans une conférence de presse.

Il aimait confronter sa pensée à celle des autres et acceptait de bonne grâce les critiques. Mais il affirmait : « *Celui qui décide est, en définitive, toujours seul au moment de la décision. Il n'y a pas de décision collective. Et c'est mieux ainsi, car sans cela il n'y aurait pas non plus de responsable.* »

Cet homme secret, qui ne se livrait guère, était étonnamment libre et ouvert quand il avait accordé sa confiance. Autant il appréciait peu que des questions lui fussent posées, autant il aimait parler spontanément et longuement de ses intentions, de ses entretiens, allant même parfois jusqu'à s'excuser de ne pas

avoir fait part d'un projet, d'un échange de vues avec tel ou tel, dont il pensait que ceux qui étaient à ses côtés avaient intérêt à le connaître. Il disait alors : « *Il faut que je vous prévienne de ce qui va se passer, vous avez le droit de savoir.* » Le droit ? Il ne s'agissait pas de l'exercice d'une prérogative, mais d'un témoignage qu'il entendait donner.

Peu porté aux confidences, aimant moins encore en recevoir qu'en faire, détestant tout ce qui était explication de soi, justification, il faisait dans le tête-à-tête suffisamment confiance à la finesse de son interlocuteur pour préférer l'allusion à la proclamation, le sous-entendu au discours logique, l'intuition à l'argumentation. Son cœur et son esprit étaient une forteresse bien gardée où l'on ne pénétrait pas par effraction. Mais qui était invité à y entrer – ce n'était jamais qu'implicite – était toujours bien accueilli.

Quelles furent ses relations avec le Conseil d'État lorsqu'il était Premier ministre, puis président de la République ? L'idée qu'il s'en faisait, il l'a résumée dans le discours qu'il prononça devant l'Assemblée générale le 28 avril 1970.

Il rappelait que, sous la direction du président Bouffandeau, il y avait appris le droit public, largement l'œuvre du Conseil d'État.

Mais, affirmait-il, de perfectionnement en perfectionnement, notre droit public, dont la vertu première était la simplicité et la souplesse, s'était progressivement compliqué au point de dérouter parfois les plus perspicaces. Dans le réseau complexe des règles et des principes, ni l'administrateur ni le citoyen ne se retrouvaient plus.

De cette situation, la responsabilité première incombait à l'organisation moderne de la société, caractérisée par la complexité des relations entre les hommes et entre les groupes ; elle ne pouvait s'accommoder d'un droit sommaire.

Mais elle avait tout à gagner cependant à ce que ce droit reste simple et clair et dans cette tâche les travaux du Conseil d'État avaient une place éminente. Statuant au contentieux ou prononçant ses avis en matière administrative, il devait se garder du dogmatisme, pour rechercher l'efficacité, la souplesse, « *je dirai même, ajoutait-il, le dépouillement* ». On retrouve là son souci de la concision. « *La condition première du respect du droit, c'est qu'il soit connu et compris de ceux auxquels il s'adresse comme de ceux qui l'appliquent.* »

« *Mais, poursuivait-il, c'est également au sens même de l'action du Conseil d'État que dans le temps présent nous devrions réfléchir.* »

« *La conception d'où est issu tout notre droit était naguère celle d'un État fort, mais limité aux compétences les plus caractéristiques de la puissance publique : la Justice, la Défense, l'Ordre. Dans ces domaines, l'État exprimait seul l'intérêt général.* »

« *Ses décisions s'imposaient aux citoyens et restreignaient leur liberté. Juge des relations entre un État fort et des citoyens isolés, il était inévitable et souhaitable que le Conseil d'État devint progressivement le protecteur des libertés individuelles, et pour cela soumit l'action de l'État au respect, sous son contrôle, d'un certain nombre de principes généraux progressivement définis.* »

« *Il ne saurait être question, déclarait-il, de renier l'œuvre de cette jurisprudence. La défense de l'individu devait demeurer l'une des préoccupations dominantes du Conseil d'État.* »

« Mais notre société et donc notre droit avaient changé depuis un siècle. Suscité par l'évolution économique et sociale, l'intervention de l'État touchait la plupart des aspects de la vie collective et de l'existence des individus. Dès lors, l'action des pouvoirs publics s'adressait non plus seulement à des individus isolés, mais à des groupes qui, dans la meilleure des hypothèses, n'avaient de l'intérêt national qu'une vision fragmentaire, et qui le plus souvent, n'avaient d'autre préoccupation que la défense de la situation qui leur était propre ou la revendication des avantages qu'ils exigeaient.

« Seul l'État pouvait avoir de l'intérêt général une vision complète et désintéressée ; seul un pouvoir fort librement désigné et accepté pouvait préserver le bien de tous contre des appétits particuliers et contradictoires.

« Il en résultait que la conciliation entre l'autorité de l'État et les droits du citoyen, objectif permanent de l'action du Conseil d'État, se présentait désormais dans des conditions différentes, dont la législation comme la jurisprudence du Conseil d'État devaient tenir compte.

« Dès lors, le temps n'était plus où dans un pays tel que le nôtre l'autorité de l'État pouvait apparaître comme une menace pour la liberté du citoyen, elle en constituait au contraire la plus solide et la meilleure garantie. Conception qui faisait d'un État fort le meilleur garant des libertés. »

Voilà qui n'a rien perdu de son actualité.

Pour terminer, j'évoquerai ce que fut son attitude dans les relations entre le Conseil d'État et le gouvernement, lorsqu'il était Premier ministre ou président de la République. En 1962 l'arrêt *Canal* donna naissance à une véritable crise. Chacun se souvient qu'il annula une ordonnance du 1^{er} juin 1962 qui instituait une cour militaire de justice dont le gouvernement estimait qu'elle était indispensable pour maîtriser les troubles suscités par l'OAS en France métropolitaine comme en Algérie. Je n'ai nulle intention d'entrer dans une discussion sur le bien-fondé ni de l'ordonnance ni de l'arrêt du Conseil d'État auxquels le gouvernement de l'époque fit grief d'appliquer de façon un peu sommaire, c'est-à-dire trop cartésienne, les principes généraux du droit pénal. Le président de la République d'alors en conçut un vif mécontentement et envisagea de réformer profondément non seulement la procédure devant le Conseil d'État, mais son rôle lui-même.

À cet effet, une commission fut réunie. Première précaution utile. Elle délibéra durant de nombreux mois, le Premier ministre Georges Pompidou mit peu de zèle pour en accélérer les travaux et en appliquer les recommandations qui, l'émotion plusieurs mois plus tard étant quelque peu retombée, étaient d'ailleurs fort mesurées ; sans doute estimait-il que le Conseil d'État avait eu tort, ce qui peut évidemment se discuter, mais ce qui correspondait à sa conception d'une justice administrative qui doit tenir compte des réalités de l'heure et se méfier des argumentations théoriques, mais il pensait qu'il n'y avait pas lieu d'en tirer des conséquences extrêmes. Finalement, ce fut son point de vue qui l'emporta. Je l'ai déjà indiqué, Georges Pompidou conservait pour le Conseil d'État un attachement qui ne tenait pas uniquement au sentiment ou au souvenir, mais aussi à l'esprit, il estimait que son rôle assurait un certain équilibre de nos institutions qu'il désirait voir respecter.

Il eut une attitude de même nature lorsqu'il souhaita qu'il ne fût pas gravement fait grief aux membres du Conseil d'État qui avaient pris, lors de l'indépendance de l'Algérie, des positions très hostiles à la politique du gouvernement. Je me souviens que lors de sa visite au Conseil d'État le 28 avril 1970, alors qu'il était président de la République, Georges Pompidou salua amicalement Alain de Lacoste-Lareymondie, esprit brillant mais parfois excessif, caractère chaleureux mais parfois aventureux, en déclarant à la cantonade : « *Voilà quelqu'un qui m'a donné bien du mal.* »

Enfin, lors du référendum constitutionnel de 1962 instituant l'élection du président de la République au suffrage universel, Georges Pompidou soutint la décision du général de Gaulle d'y faire procéder par un référendum qui n'avait pas été précédé par des délibérations parlementaires approuvant cette réforme. On pouvait hésiter compte tenu de ce qu'était le texte même de la Constitution de 1958, mais il lui semblait qu'il fallait dans des circonstances graves laisser les mains libres non pas au président de la République, mais au peuple souverain appelé à décider, sans en brider les choix par une procédure trop contraignante. La campagne électorale portait d'ailleurs essentiellement sur ce point beaucoup plus que sur la nécessité de faire élire le président de la République au suffrage universel. Le référendum fut approuvé; dès lors, on pouvait considérer que, la campagne ayant porté essentiellement sur la procédure de révision constitutionnelle, celle-ci avait été implicitement validée par le peuple lui-même. J'eus l'occasion, de nombreuses années après, d'en parler avec M. Mitterrand alors qu'il était président de la République et moi-même Premier ministre, et je développai ce point de vue en quelque sorte à froid, car il n'était ni dans ses intentions ni dans les miennes de recourir à un référendum sur un sujet quelconque et, de toute façon, nous ne pouvions le faire qu'ensemble, ce qui était une hypothèse vraiment théorique. M. Mitterrand me confirma que, selon lui aussi, la procédure de révision constitutionnelle avait été soit validée soit précisée, selon l'idée qu'on s'en faisait, lors du référendum de 1962. Cette position était également celle de Georges Pompidou.

Que conclure ? Qu'en somme Georges Pompidou se faisait du rôle du Conseil d'État la même idée que de la politique, un équilibre entre principes et réalités, entre raisonnement logique et intuition des nécessités du moment, un refus des dogmatismes figés, un souci de la tolérance qui ne va pas sans une certaine dose de scepticisme envers les foucades des modes, scepticisme à mesurer avec soin afin d'éviter le cynisme.

Il était attaché à son rôle, à sa place dans les institutions; attaché aussi à l'atmosphère qui y régnait, où le souci de l'autorité de l'État et des nécessités de sa gestion se conjuguaient au respect des libertés individuelles, où les attachements partisans des uns et des autres s'inclinaient devant l'intérêt public.

S'il a été heureux au Conseil d'État, s'il en a gardé un bon souvenir, s'il a bien compris ce qu'était son esprit même, c'est que celui-ci correspondait à la conception qu'il se faisait de ce que devait être la vie collective dans notre pays.

En le rappelant, j'ai rendu hommage à Georges Pompidou, mais aussi au Conseil d'État. Je vous remercie de m'en avoir offert l'occasion.

Index des noms

A

Abrial (André-Joseph) 87
Agid (Bernard) 271
Aillagon (Jean-Jacques) 249
Alain-Fournier (Henri-Alban Fournier dit)
237
Albert (roi de Belgique) 158
Alcyon 148
Alcyoné 147, 148
Allègre (Marie d') 42
Anethan (baron d') 151, 152
Angennes (Julie d') 39
Anne d'Autriche 39
Aquin (Thomas d') 35, 36
Arrighi 75
Ashford (Mary) 25
Ashford (William) 25
Aubépine (Charles de l') 43
Aucoc (Léon) 65, 76, 79, 80, 81, 82, 84,
92, 153
Aumale (Henri d'Orléans, duc d') 68, 81
Aurillac (Michel) 262, 272
Autant-Lara (Claude) 243
Autreserre (d'). *Voir* Dadin de Hauteserre
(Antoine)

B

Bachelard (Gaston) 123
Bacon (Francis) 40, 47
Badinter (Robert) 230
Baecque (Francis de) 195, 214, 215, 216
Balladur (Edouard) 261
Barbiche (Bernard) 40
Barel (Virgile) 175
Baroche (Jules) 65, 71, 72, 73, 75, 76
Barrot (Odilon) 97
Battifol (Henri) 112
Baudoin (Jean) 47
Baudouin (Manuel) 99, 100
Beaumanoir (Philippe de) 11, 13, 14, 16, 17,
18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26
Belbeuf (de). *Voir* Godart de Belbeuf (Pierre-
Claude-Raoul)
Belin (Roger) 185, 191, 274, 277
Bérenger (sénateur) 240
Berryer (Pierre-Antoine) 69, 70
Béthune (clan des) 53
Béthune (François de) 40
Béthune (Maximilien de) 41. *Voir* Sully
(Maximilien de Béthune, duc de)

Béthune (Philippe de) 9, 39, 40, 41, 42, 43,
44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52,
53, 54, 55
Béthune (Salomon de) 40, 41
Beugnot (comte) 24, 30
Biron (maréchal de) 42
Bloch-Lainé (François) 163, 168, 169
Bloch (Marc) 11, 12, 38, 170
Blum (Léon) 211
Bodin (Jean) 47
Boitreaud (Jacques) 185, 191
Bonaparte (Jérôme) 86
Bonaparte (Louis-Napoléon) 95
Borghèse (cardinal). *Voir* Paul V
Botero (Giovanni) 40, 47
Bothereau (Robert) 163
Bouffandeau (Tony) 260, 283
Boulay de la Meurthe (Henri) 76
Boulay de la Meurthe (Joseph) 76
Boulay de la Meurthe (père) 76
Bourbon (dynastie des) 41
Bourdeau de Fontenay (Henri) 163, 165,
167, 172, 173
Bouteiller (Jehan) 12, 14, 21, 29, 30
Boutet (Jacques) 245
Bouthillier de Chavigny (Léon, marquis de)
45
Braque (Georges) 282
Brisset (Claire) 249
Bromberger (Merry) 272
Brouillet (René) 163, 261
Bugnet (Jean-Joseph) 61

C

Cabouat-Rivero (Noëlle) 196
Campanella (T.) 40
Camus du Martroy (Emmanuel) 64, 71
Canal (André) 276
Carpentier de Marigny (Jacques) 39
Carton de Wiart (Henry) 153, 157, 158,
160
Carton (Olivier) 196
Cassin (René) 9, 164, 165, 166, 167, 169,
170, 172, 173, 174, 175, 176, 177,
179, 180, 258, 262
Cellard (André) 227
César (Jules) 47
Céyx 147, 148
Chaban-Delmas (Jacques) 261
Champier 86
Chapsal (Jacques) 163, 173, 180

Chapus (René) 112
 Charamaule (Hyppolite) 98
 Charlemagne 28
 Charles de Valois (duc d'Angoulême) 43
 Charles I^{er} 25
 Charles I^{er} d'Angleterre (futur) 44
 Charles IV 28
 Charles IX 39, 49
 Charles V 28
 Charles VI 106
 Charles VII 12
 Charles X 94
 Charron (Pierre) 47
 Chartres (Bernard de) 121
 Chasseloup-Laubat (Prosper de) 59, 69
 Chassériau (Théodore) 83
 Chatenet (Pierre) 163
 Chenot (Bernard) 185, 186, 191
 Chevallier (Jacques) 111
 Chevigny (Philippe Hurault, chancelier de)
 41
 Chicot (Sébastien) 193
 Cicéron 47
 Clemenceau (Georges) 29, 240
 Clément VIII 42, 44
 Clinton (Hillary) 246
 Œuvres (François-Annibal, marquis de) 44
 Commynes (Philippe de) 47
 Condé (Louis I^{er}, prince de) 40
 Condé (princes de) 41
 Cordemoi (Géraud de) 40, 46
 Cormenin (Louis-Marie de La Haye de) 63,
 75, 79
 Cornudet (Léon) 64, 70, 73, 75
 Cornudet (Michel) 75
 Costa (Jean-Paul) 31
 Cotillon (éditeur) 62
 Couder (Ruben de) 100
 Couitéas (Sieur) 30, 31
 Courteline (Georges) 238
 Crémieux (Adolphe) 96, 101
 Cuvier (Georges) 211

D

Dadin de Hautserre (Antoine) 13
 Dagobert I^{er} 28
 Dalloz (Désiré) 62
 Damien (Pierre) 29
 Dareste de la Chavanne (Cléophas) 22
 Dareste (Pierre) 96
 Dauphin. *Voir* Orléans (premier duc d', fils
 de Louis XIII)
 Dauvet (Charlotte) 40
 Dauvet (Jean) 40
 David (Marie-René-Edmond) 132
 Debré (Jean-Louis) 278

Debré (Michel) 163, 168, 169, 170, 174,
 180, 211
 Defferre (Gaston) 29
 Delacroix (Eugène) 83
 Delamare (Nicolas) 107, 128
 Delon (Francis) 239
 Dennery (Etienne) 171
 Descartes (René) 53, 54
 Desportes (Virginie) 248
 Déteix (Geneviève) 105
 Dolto (Catherine) 246
 Domat (Jean) 128
 Domingo (Laurent) 262
 Donnedieu de Vabres (Jean) 258, 274, 277, 279
 Drago (Roland) 104
 Dresch (Jean) 173
 Du Cange (Charles Dufresne, sieur) 12, 13,
 14, 15, 21, 22, 23, 28, 29
 Duez (Paul) 87
 Dufour (Gabriel-Michel) 77, 89, 90
 Duguet (Jacques-Joseph) 40
 Duguit (Léon) 154
 Duhamel (Jacques) 245
 Dumas (Alexandre) 193
 Dumon (Pierre-Sylvain) 62
 Dupin (André, dit Dupin Aîné) 69, 94
 Duval de Beaulieu (Dieudonné) 149, 150,
 151, 152

E

Edouard le Confesseur 28
 Éole 147, 148
 Esquirou de Parieu. *Voir* Parieu (Félix
 Esquirou de)
 Eustache (Stéphane) 257

F

Fabre (Paul) 72
 Favre (Jules) 69
 Ferdinand II 43
 Feydeau (Georges) 238
 Flament-Guelfucci (Emmanuelle) 150, 184
 Flandre (comtes de) 41
 Fleury (Claude) 40
 Fleury (Joly de) 103
 Fontaines (Pierre de) 11, 12, 14, 15, 26
 Foucart (Emile-Victor) 90
 Fougère (Louis) 211
 Fould (Achille) 69
 Fournier (Jacques) 263
 Foyer (Jean) 104, 184
 Frèche (Gérard) 239
 Frédéric I^{er} 28
 Frédéric II 28, 29
 Frédéric V, roi de Bohême 43

G

Gaillard (Félix) 172, 173
Galisset (Charles-Michel) 61
Gand (Joseph) 59
Gassendi (Pierre) 40
Gaston d'Orléans 42
Gaulle (Anne de) 258
Gaulle (Charles de) 177, 183, 210, 222, 226, 257, 258, 261, 266, 274, 276, 277, 278, 279, 280
Gaulle (Jean de) 12
Gazier (François) 185, 186, 188
Germain (Pierre-Gilles-Athanase) 59
Gervaise (sieur) 59
Giraud (Charles) 73
Giraudoux (Jean) 237
Girod de l'Ain (Amédée) 63, 64
Giscard d'Estaing (Valéry) 234
Glaber (Raoul) 28
Godart de Belbeuf (Pierre-Claude-Raoul) 90, 91
Godot (sieur) 276
Goetze (Roger) 279
Goscinnny (René) 16
Goswin de Stassart (baron) 149, 150
Gourdou (Jean) 104
Gracian (Baltasar) 40
Grande Mademoiselle. *Voir* Orléans (Louise d')
Grégoire de Tours 12, 28
Grégoire (Roger) 163, 166, 172, 180
Grévisse (Fernand) 185
Grévy (Jules) 68, 98
Grotius (Hugo de Groot dit) 13, 40
Guez de Balzac (Jean-Louis) 47
Guichardin (François) 40, 47
Guillaumat (Pierre) 185, 192
Guy (Michel) 244

H

Habsbourg (dynastie des) 41
Hauriou (Maurice) 132
Hautefeuille (Laurent-Basile) 77
Hauteserre. *Voir* Dadin de Hauteserre (Antoine)
Hay du Chastelet (Paul) 39
Hély d'Oïssel (Antoine-Pierre) 69
Henri de Navarre 41
Henriette-Marie de France 44
Henri III 39, 41, 49
Henri IV 39, 41, 42, 46, 47, 49
Henrion de Pansey (Pierre-Paul-Nicolas) 111, 130
Héra 147
Hérodote 47

Herriot (Edouard) 242
Hobbes (Thomas) 40
Hochet (Prosper) 69
Hospital (Michel de l') 47
Hubac (Sylvie) 239
Hypnos 148

I

Isambert (François-André) 14, 97

J

Jacques I^{er} d'Angleterre 41
Jacques VI d'Écosse 41
Jacquet (sieur) 267
Janot (Raymond) 279
Jean II 14, 21, 22, 23, 28
Jeanneney (Jean-Marcel) 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 173, 175, 176, 179, 180, 185
Jèze (Gaston) 154
Joinville (Jean de) 11, 29, 30, 36, 105
Jouhaud (général Edmond) 278
Joyeuse (Anne, duc de) 39, 41
July (Pierre) 173, 174, 175

K

Klobukowski 95
Kriegel (Blandine) 249

L

Labetoulle (Daniel) 196, 197
La Boétie (Etienne de) 47
Lachaise (Bernard) 273
Lachaze (Marcel) 190
Lacoste-Lareymondie (Alain de) 285
Laferrière (Edouard) 58, 61, 63, 81, 84
Laferrière (Firmin) 63
Laferrière (Julien) 82
La Haye. *Voir* Cormenin (Louis-Marie de La Haye de)
La Magdeleine (G. de la) 85
La Malène (Christian de) 227
La Mare. *Voir* Delamare (Nicolas)
Lang (Jack) 244, 245, 246
Lapossade (sieur) 100
Larché (Jacques) 273
La Rochefoucauld (François de) 43
Lasry (Claude) 185, 186, 188, 190, 191
Lassanoza 40
La Taille-Rivero (Marthe de) 196
Latour (Bruno) 272
Laurent (Pierre) 174

Laurière (Eusèbe-Jacob de) 11, 12, 13, 14,
15, 16, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 36
Laval (Pierre) 266
Le Béguet (Gilles) 273
Lebigre (Arlette) 105
Le Bouteiller de Senlis (Catherine) 42
Leclercq (Paul) 156, 157
Leduc (Laure) 77
Léger (Alexis). *Voir* Saint-John Perse
Le Gorgeu (Victor) 169, 172, 273
Le Nain de Tillemont (Louis-Sébastien) 12,
15, 18, 22, 24, 29, 30
Léon XI 42
Léopold 1er 70
Lessi (Jean) 260, 262
Levriez (Louis-Remy-Ernest) 78
Lévi-Strauss (Claude) 37
Locke (John) 40
Longuet (Stéphane) 184
Louis IX 11, 12, 14. *Voir* Saint Louis
Louis Napoléon 76
Louis-Napoléon 60, 67, 68, 69, 70, 71
Louis-Philippe 60, 62, 67, 69, 70, 72
Louis VII 23
Louis VIII 11
Louis XI 28
Louis XIII 29, 43, 44, 50
Louis XV 106
Louis XVI 75, 87, 88
Louis XVIII 67
Loyseau (Charles) 128
Luchaire (François) 230
Luxembourg (famille de) 41
Luynes (Charles d'Albert de) 43

M

Macarel (Louis) 94
Machiavel (Nicolas) 40, 47
Magne (Pierre) 69
Magniny (Bernard) 239
Maigne (Pierre-Edmond-Charles) 71, 72, 75
Maillard (Charles) 62, 65, 71, 72, 73, 75
Malherbe (François de) 280
Mallet-Joris (Fraçoise) 246
Malraux (André) 243
Marbeau (Eugène) 64
Marchand (Armand) 59, 73, 76
Marguerie (René-Pierre) 110
Marie de Médicis 43, 45
Marie-Louise (impératrice) 94
Marillac (Louis de) 45
Marnier (Ange-Ignace) 15
Marolles (Michel de) 45
Martin de Strasbourg (Edouard, dit) 97
Martin du Nord (Nicolas) 62, 63

Martroy (Emmanuel du). *Voir* Camus du
Martroy (Emmanuel)
Massy (Robert de) 85
Mayer (René) 273
Médicis (Alexandre de). *Voir* Léon XI
Mélin-Soucramanien (Ferdinand) 192
Melleray (Fabrice) 192
Mendès France (Pierre) 168
Mérilhau (Joseph) 76, 77
Mersenne (Marin) 40
Métayer (Pierre) 175
Meynières (Président de) 105
Michaud-Bellaire 92
Michoud (Léon) 93
Mitterrand (François) 226, 285
Montaigne (Michel de) 46, 47, 54, 124, 162
Montausier (Charles de) 39
Montelucio (Jean de) 24
Montesquieu (Charles-Louis de Secondat,
baron de la Brède et de) 15, 24, 26,
27, 38, 233
Morand (Paul) 266, 267
Morny (Charles, duc de) 69
Morphée 148
Mote (Nicolas de la) 18

N

Napoléon I^{er} 94, 150
Napoléon III 74, 75
Napoléon (prince, fils de Jérôme) 86
Nevers (duc de) 44
Nixon (Richard) 200
Noël (Léon) 184, 185, 186, 190, 191, 195,
221, 222, 277, 280

O

Ockrent (Roger) 161
Odent (Raymond) 80, 185, 186, 189, 190
Orléans (Louise d', dite la Grande
Demoiselle) 45, 70
Orléans (premier duc d', fils de Louis XIII)
42, 46
Ortoli (François-Xavier) 279
Ossat (Cardinal d') 40, 47
Ovide 148

P

Paillet (Alphonse) 70
Palewski (Gaston) 234
Pardessus (Jean-Marie) 22, 26
Pariou (Félix Esquirou de) 65
Parodi (Alexandre) 274
Pascal (Blaise) 121
Paul V 42, 44
Payen (Philippe) 105, 106

Pébureau (Michel) 246
 Perben (Dominique) 249
 Peuglon (veuve) 154
 Peyrouton (Abel) 83
 Philippe Auguste 11, 21, 23
 Philippe II 11, 21
 Philippe III le Hardi 12, 21, 22
 Philippe IV 12
 Philippe le Bel 12, 22, 28, 29
 Phosphoros 147
 Plantey (Alain) 176
 Plougoulm (Pierre-Ambroise) 97
 Plutarque 47
 Polybe 47
 Pompidou (Alain) 260
 Pompidou (Georges) 10, 245, 257, 258,
 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265,
 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272,
 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279,
 281, 284, 285
 Portalis (Jean-Etienne-Marie) 104, 109
 Postel (Guillaume) 47
 Pujade (Robert) 261
 Pufendorf (Samuel von) 40

Q

Quentin-Bauchart (Alexandre-Quentin
 Bauchart dit) 73, 76
 Querrien (Max) 262, 272
 Questiaux (Nicole) 180

R

Racine (Jean) 274
 Racine (Pierre) 171
 Raoul le Glable. *Voir* Glaber (Raoul)
 Raudot (Charles-Marie) 152
 Renan (Ernest) 193
 Renouvin (Pierre) 163, 174
 Retz (Jean-François de Gondi, cardinal de)
 39, 46
 Reverchon (Émile) 9, 57, 58, 59, 60, 61, 62,
 63, 64, 65, 66, 67, 69, 71, 72, 73,
 74, 75, 76, 77, 78, 81, 82, 83, 84,
 85, 86
 Richelieu (Armand-Jean du Plessis, cardinal
 de) 39, 40, 44, 45, 47, 48, 49, 52,
 53, 54
 Richelieu (clan des) 53
 Richer (Etienne) 46
 Richou (Gabriel) 63, 71, 72, 73, 76, 82,
 83, 85
 Rigaud (Jacques) 245
 Rivero (Jean) 9, 184, 185, 186, 187, 188,
 189, 190, 191, 192, 193, 196, 197,
 230

Robert (Jacques) 230
 Robin (sieur) 276
 Rogier (Charles) 152
 Rolin (Henri) 159, 160
 Romieu (Jean) 92, 133, 154, 158, 189
 Rouher (Eugène) 69
 Rousseau (Jean-Jacques) 37, 224
 Roussel (Eric) 260, 273
 Royer (Jean-Michel) 261
 Rueff (Jacques) 279
 Russier (Gabrielle) 261

S

Saint-Augustin 35
 Saint Louis 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19,
 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29,
 30, 34, 35, 36, 37, 38, 105, 204
 Salluste 47
 Salmon (Am.) 21, 22
 Sartine (Antoine de) 103
 Saulnier de la Pinelais (Gustave) 107
 Sauvé (Jean-Marc) 162, 192
 Savoie (Charles-Emmanuel, duc de) 44
 Savoie (ducs de) 43
 Savoie (Victor-Amédée, duc de) 44
 Schlussberg (Léopold) 243
 Ségogne (Henri de) 239, 243
 Sérisé (Jean) 164
 Serrigny (Denis) 89, 90, 94
 Servan-Schreiber (Jean-Jacques) 227
 Servien (Abel) 39
 Sevadra 40
 Seydoux (Roger) 163
 Siegfried (André) 163, 173
 Silhon (Jean de) 39, 40, 47
 Sillery (Noël Brulart de) 44
 Sorbières (Samuel) 40
 Soudet (Pierre) 239, 245
 Spinoza (Baruch) 40
 Stassart (Goswin de) 149, 150. *Voir* Goswin
 de Stassart (baron)
 Stendhal (Henri Beyle dit) 211
 Suarez 40
 Sueur (Philippe) 105
 Suin (Victor) 73, 76
 Sully (Maximilien de Béthune, duc de) 9,
 40, 41

T

Tacite 47
 Tardif (Ernest-Joseph) 24
 Tasca (Catherine) 249
 Teitgen (Pierre-Henri) 165
 Terneyre (Philippe) 104
 Thaddeo (don) 44

Thornton (Abraham) 25
Thucydide 47
Timbal (Pierre Clément) 107
Tite Live 47
Tourangin (Denis-Victor) 73, 76
Toutée (Jean) 185, 187, 189, 191, 192
Trachine 147
Troplong (Raymond-Théodore) 73
Turpin (Frédéric) 273

U

Urbain VIII 44

V

Vaillant (Clément) 12, 13
Valéry (Paul) 237
Valois (dynastie des) 49
Vanden Bosch (Firmin) 153
Van der Linden d'Hoogvorst (Joseph) 150,
159

Van Zeeland (Paul) 159
Van Zuylen (Albert) 153, 162
Velge (Henri) 153, 158, 159, 160, 161
Venezia (Jean-Claude) 196
Vilar 47
Viollet (Paul) 18, 19, 22, 23, 24, 37
Visconti (Luchino) 255
Vivien (Auguste) 64, 77
Vuitry (Adolphe) 64, 73, 75

W

Wallon (Henri) 163, 171, 174
Weber (Max) 36, 37
Wodon (Louis) 156, 158, 159, 160
Wright (Vincent) 59

X

Xénophon 47

Liste des auteurs

Édouard BALLADUR

Ancien Premier ministre

Georges Pompidou et le Conseil d'État : le point de vue d'un grand témoin
(conférence prononcée le 24 novembre 2014)

Martine de BOISDEFFRE

Conseillère d'État. Présidente de la cour administrative d'appel de Versailles.
Présidente du Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative

Georges Pompidou et le Conseil d'État
(conférence prononcée le 24 novembre 2014)

Philippe BOUVIER

Auditeur général au Conseil d'État de Belgique, maître de conférences invité à
l'Université catholique de Louvain

Le Conseil d'État de Belgique : une histoire française ?
(conférence prononcée le 25 novembre 2011)

Olivier CARTON

Maître de conférences à l'université du Littoral-Côte d'Opale

*Un universitaire au Palais-Royal : réflexions naïves sur le travail de Jean Rivero
lors de la réforme de 1963*
(conférence prononcée le 30 septembre 2013)

Yves GAUDEMET

Professeur à l'université Panthéon-Assas Paris-II

*La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les
leçons de l'histoire*
(conférence prononcée le 14 juin 2010)

Sylvie HUBAC

Conseiller d'État

La classification des films de cinéma du XX^e au XXI^e siècle
(conférence prononcée le 26 janvier 2010)

Jean LESSI

Maître des requêtes. Responsable du Centre de recherche et de diffusion juridique
du Conseil d'État

Georges Pompidou rapporteur à la section du contentieux (1947-1953)
(conférence prononcée le 24 novembre 2014)

Jean-Louis MESTRE

Professeur émérite à l'université Aix-Marseille-III

Les contrôles de constitutionnalité exercés par les juridictions françaises entre 1791 et 1914
(conférence prononcée le 22 mars 2010)

François MONNIER

Directeur d'études à l'École pratique des hautes études

Philippe de Béthune, un conseiller d'État des règnes d'Henri IV et Louis XIII
(conférence prononcée le 22 novembre 2010)

Bernard PACTEAU

Agrégé de droit public et de science politique. Professeur honoraire des universités

Émile Reverchon (1811-1877), commissaire du gouvernement trop indépendant et martyr
(conférence prononcée le 17 juin 2011)

Étienne PICARD

Professeur à l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne

La métamorphose des concepts juridiques : l'exemple des modes de classification des fonctions de l'administration
(conférence prononcée le 9 décembre 2013)

Antoine PROST

Professeur émérite à l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne

L'École nationale d'administration sous la présidence de René Cassin (1945-1960)
(conférence prononcée le 12 octobre 2011)

Éric ROUSSEL

Docteur en droit, spécialisé dans l'histoire politique. Écrivain et journaliste (collaborateur au *Figaro littéraire*). Membre de la commission Histoire et sciences de l'homme et du Centre national du Livre.

Georges Pompidou et le Conseil d'État après son départ de l'institution
(conférence prononcée le 24 novembre 2014)

Jean-Marc SAUVÉ

Vice-président du Conseil d'État

Georges Pompidou et le Conseil d'État
(conférence prononcée le 24 novembre 2014)

Jean-François THÉRY

Président de section honoraire au Conseil d'État

La classification des films de cinéma du XX^e au XXI^e siècle
(conférence prononcée le 26 janvier 2010)

Emmanuel VERNIER

Sous-directeur des affaires juridiques de l'énergie et des transports au ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable, des Transports et du Logement. Ancien administrateur civil détaché en qualité de rapporteur au Conseil d'État

Violence privée, violence publique : de l'interdiction des guerres privées par saint Louis aux demandes de concours de la force publique
(conférence prononcée le 2 mai 2011)

