

Colloque organisé par le Comité d'histoire du Conseil d'Etat et de la juridiction administrative

« La loi du 24 mai 1872, 150 après »

**Palais-Royal,
Lundi 30 mai 2022**

**Introduction par Didier-Roland Tabuteau,
Vice-président du Conseil d'Etatⁱ**

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

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

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

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

Pourquoi ?

Comment ce texte de compromis – entre les pouvoirs exécutif et législatif ; entre des « républicains invoquant les privilèges régaliens de la monarchie » et des « monarchistes armés d’un souvenir de la République^v » –, comment ce texte initialement destiné à rester provisoire, comment ce texte imparfait à maints égards a-t-il pu à ce point s’imposer comme le socle de la justice administrative moderne ?

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

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

Du Conseil du roi au Conseil d’Etat napoléonien, les racines monarchiques et impériales de notre institution sont évidentes : ce sont elles qui, tout au long du XIXe siècle, ont cristallisé les critiques des libéraux, qui n’ont jamais admis le paradoxe contenu dans la loi des 16 et 24 août 1790, qui avait poussé le dogme de la séparation des pouvoirs au point de le contredire^{vi}.

Gaëtan de La Rochefoucauld disait ainsi, en réponse à la fameuse maxime d’Henrion de Pansey : « Lorsqu’on juge, on n’administre pas, et lorsqu’on administre, on ne juge pas ». Cormenin considérait pour sa part qu’« en principe, la juridiction du Conseil d’Etat est inconstitutionnelle^{vii} ».

Pour autant, ni la IIe, ni la IIIe République ne remirent en cause son existence. Il est vrai que sa suppression fut, un temps, envisagée par le gouvernement de la Défense nationale, qui suspendit en 1870^{viii} les membres du Conseil d’Etat et institua une commission provisoire afin d’expédier les affaires administratives et contentieuses urgentes dans l’attente du retour au calme.

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

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

Cela ne signifie toutefois pas qu’il n’était tenu aucun compte des droits des administrés et que la justice administrative était conçue comme un organe de défense de l’administration : tout au contraire, ce qui était reconnue, c’était la capacité du Conseil d’Etat, éprouvée par plusieurs décennies de pratique, à soumettre cette administration au droit, à la contrôler plus qu’à la servir, à « protéger (...) fermement les droits privés contre [ses] exagérations » « tout en faisant leur part aux exigences de l’intérêt administratif^x », ainsi que l’écrivait Reverchon lui-même, plusieurs années après sa révocation.

C’était sa capacité, en d’autres termes, à concilier l’intérêt public et les droits privés en réunissant, selon les mots de Léon Aucoc, « les lumières, la modération et l’indépendance^{xi} »

qui convainquit les députés que la séparation des pouvoirs ne s'opposait pas à l'existence d'une telle institution.

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

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

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

Il était toutefois arrivé, comme l'a rappelé Edouard Laferrière^{xiv}, que le chef de l'Etat retarde la signature d'un arrêt qui ne lui convenait pas ou qu'un ministre tente de le convaincre de ne pas suivre la position du Conseil d'Etat.

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

Il est vrai que pour protéger effectivement le juge administratif des interférences de l'exécutif, une telle affirmation était nécessaire, mais pas suffisante. L'indépendance exige également des garanties relatives à la nomination, la révocation et le déroulement de la carrière des membres du Conseil d'Etat. Sur ce point, la loi de 1872 reste imparfaite.

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

Toutes ces anomalies ont rapidement disparu. Après que la loi du 24 août 1875^{xvi} eut redonné au Président de la République le pouvoir de nommer les conseillers d'Etat et que la dernière purge en date – si l'on exclut l'épisode de la Seconde Guerre mondiale – fut intervenue en 1879 à la fin de l'Ordre moral, une solide coutume républicaine s'instaura, en vertu de laquelle l'exécutif n'intervient pas dans la carrière des membres du Conseil d'Etat, sauf formellement en les nommant par décret en conseil des ministres.

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

C'est cette coutume, ininterrompue et très profondément ancrée dans la tradition républicaine, qui a permis au Conseil constitutionnel de juger dès le 22 juillet 1980^{xvii} que l'indépendance de la juridiction administrative est protégée par un principe fondamental reconnu par les lois de la République résultant de la loi du 24 mai 1872^{xviii}. Cette protection constitutionnelle a ensuite été reconnue à maintes occasions^{xix}.

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

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

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

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

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

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

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

Il faut aussi souligner le pas important franchi par le codificateur en l'an 2000^{xxv}, qui a fait du vice-président le président de droit de l'assemblée générale, alors que les textes

antérieurs le présentaient comme un président par défaut, en l'absence du Premier ministre ou du garde des sceaux.

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

Le décret du 6 mars 2008^{xxvi} interdit dorénavant explicitement à un membre du Conseil d'État de prendre part au jugement d'un acte administratif pris après un avis dont il aurait délibéré : cette règle figurait déjà à l'article 20 de la loi du 24 mai 1872, mais avait été suspendue en 1939, avant d'être abrogée par l'acte dit loi du 18 décembre 1940, et de renaître de façon coutumière après la Libération.

Le même décret met fin à la présence des représentants des sections administratives dans les sous-sections réunies et la section du contentieux siégeant en formation de jugement. Et il modifie la composition de l'assemblée du contentieux pour en exclure, lorsqu'elle est saisie d'un recours contre un acte pris après avis du Conseil d'Etat, le président de la section administrative qui a eu à en délibérer. Sur ce point, le décret de 2008 revient à une composition qui est plus proche de celle de 1872 que de celle qui résultait de la réforme de 1963^{xxvii}.

Le décret du 23 décembre 2011^{xxviii} interdit quant à lui aux membres de la section du contentieux, pour des actes pris après avis du Conseil d'État, de prendre connaissance de ces avis, dès lors qu'ils n'ont pas été rendu publics ou produits par le Gouvernement dans le cadre du débat contradictoire, ni des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis.

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

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

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

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

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

ⁱⁱ Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat.

ⁱⁱⁱ R. Drago, « La loi du 24 mai 1872 », EDCE 1972, p. 13.

^{iv} *Ibid.*

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

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

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

^{viii} Décret n° 53 du 15 septembre 1870.

^{ix} V. Wright, « La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872 », EDCE 1972, p. 21.

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

^{xi} L. Aucoc, *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789*, Paris, 1876, p. 164.

^{xii} Not. J. Chevallier, *Elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administrative active*, Paris, LGDJ, p. 202.

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

^{xiv} E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2ème édition, 1896.

^{xv} Article 3 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat.

^{xvi} Article 4 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics.

^{xvii} Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*.

^{xviii} CC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, n° 80-119 DC, pt. 6.

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

^{xx} CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France*, req. n° 65411/01, pt. 65

^{xxi} Article 4 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat.

^{xxii} Article 29 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat.

^{xxiii} Article 25 du décret n°63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat.

^{xxiv} Article 18 du décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 abrogeant les dispositions de l'article R. 123-15 du code de justice administrative qui avaient subsisté sans être utilisées.

^{xxv} Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative.

^{xxvi} Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat.

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

^{xxviii} Décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011 modifiant le code de justice administrative.