

## Séance solennelle de rentrée de l'Académie de Savoie

27 janvier 2023

### Une institution méconnue de la république : le Conseil d'Etat

Conférence de **M. Daniel Chabanol**, *conseiller d'Etat honoraire*

Mesdames, Messieurs,

Mon ami Jean-Olivier VIOUOT m'a fait l'honneur de me convier à vous parler du « Conseil d'Etat, une institution méconnue de la République », honneur dont je mesure que c'est un rude défi : comment traduire en moins d'une heure une réalité multi-séculaire (le conseil du roi remonte au XII<sup>e</sup> siècle, presque aussi loin que le Parlement d'Islande consacré en 930, et la dénomination de Conseil d'Etat lui a été donnée par Louis XV), sans que cette traduction constitue nécessairement une trahison ?

Ma première trahison, imposée par l'horloge, sera de laisser de côté nombre d'éléments d'une histoire exemplaire, celle d'une institution qui, quoique proche du pouvoir, a traversé tous les régimes, survécu à toutes les crises sans elle-même se trouver en crise, assumant même avec lucidité la responsabilité de moments peu glorieux, tels ces débats de l'assemblée générale consacrés au statut des juifs, que le Conseil d'Etat a décidé de rendre publics...

Ma seconde trahison sera, tous détails de l'histoire mis de côté, de tailler dans une réalité complexe, et donc de simplifier.

Ma troisième trahison sera de me risquer à vous dire mon jugement sur le Conseil d'Etat...

Je vais articuler mon propos en trois phases : le Conseil d'Etat conseiller de l'Etat et « en même temps » juge suprême du contentieux administratif/ le Conseil

d'Etat clef de voûte de la juridiction administrative/ le Conseil d'Etat, une indépendance atypique.

**Le Conseil d'Etat , conseiller de l'Etat et en même temps juge suprême du contentieux administratif.**

Même au plus fort de l'absolutisme, et contrairement à la formule « *tel est notre plaisir* », le pouvoir s'est entouré d'avis, et le Conseil du Roi, devenu Conseil d'Etat, a rempli cette mission première. Mission si utile qu'elle a perduré, tant dans les appellations que dans les textes, qu'on ne souhaite pas supprimer :

° des appellations parfois désuètes : attachés à la tradition, nous avons conservé des titres antiques : les membres du Conseil d'Etat sont « *auditeurs* » (ce sont les jeunes « apprentis »), ou « *maîtres des requêtes* » (ce sont ceux qui étudient les dossiers) et, pour finir « *conseillers d'Etat* », vieux sages dont la vocation première était de délibérer sur les dossiers étudiés par les maîtres des requêtes... (A ce jour, tous les membres ont vocation à instruire et étudier les dossiers, et à délibérer).

° un texte bizarre : le code de justice administrative, reprenant une ordonnance de 1945, précise en son article L 121-1 sur « la présidence du Conseil d'Etat est assurée par le vice-président », phrase étrange incitant à chercher qui est le « président » non chargé de présider, personnage que l'on découvre dans l'alinéa suivant : « l'assemblée générale du Conseil d'Etat **peut** être présidée par le Premier ministre et, en son absence, par le Garde des Sceaux » (lisons, a-contrario, que le Premier Ministre n'a pas sa place dans les formations contentieuses, et c'est heureux !).

Il y eut débat lors de l'adoption de ce code, en 2000. Et c'est très consciemment que l'on a écarté toute modification : on n'a pas voulu toucher à ce texte, parce

qu'il affirme symboliquement que la première mission du Conseil d'Etat est d'être le conseiller de l'Etat. Ce symbole se concrétise régulièrement : tout premier ministre vient une fois dans son mandat présider une séance d'assemblée générale, moment purement protocolaire à l'occasion duquel on le ou la promène dans le bâtiment en lui présentant les membres de la maison.

Pour qu'il soit bien entendu que ce n'est pas là maladresse de rédaction, on lit, dans les compétences du Conseil, énoncées dans un très long chapitre, les attributions du « donneur d'avis », soit sur les projets ou propositions de loi, soit sur les projets d'ordonnances ou de décrets. Ajoutons que le Premier Ministre peut soumettre au Conseil d'Etat l'examen d'une question, qui donnera lieu soit à un avis, soit à un rapport, comme le Conseil peut de son côté s'auto-saisir d'une question (tel fut le cas de la bio-éthique). Ainsi, en 2021, le Conseil a rendu 1141 avis.

**Juge suprême du contentieux administratif (11 600 affaires jugées en 2021)**, le Conseil d'Etat l'est, évidemment, mais de façon originale. Pour tout dire, on n'a pas décidé un jour de bâtir une juridiction administrative, de dessiner le schéma classique de la pyramide des trois degrés, à l'instar du monde judiciaire.

Si l'on excepte le contentieux des travaux publics, confié en 1800, à des « *conseils de préfecture* » (un contentieux qui fut longtemps de pur fait), les relations entre pouvoir et administrés ont été, jusqu'en 1872, inspirées par le principe selon lequel « *le roi ne peut mal faire* », ce qui exclut qu'un juge vienne se mettre en travers de l'autorité publique. De juridiction point.

Les révolutionnaires, éclairés par les conflits qui avaient opposé les rois aux juridictions (les Parlements) ont fait expressément défense aux juges de s'occuper des affaires publiques. La loi des 16-24 août 1790 a ainsi posé, en son article 13, le principe que « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et*

*demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Ce qui sera réaffirmé par la **Constitution de 1791** et par le **décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795)** : « *Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient ...* ». Le schéma était donc simple : dans le paysage n'existaient que les juges judiciaires, et ils étaient cantonnés dans les litiges classiques (civils et pénaux).

Interdire aux juges (judiciaires, donc) de juger la puissance publique ne supprime pas pour autant les différends, ni les réclamations...C'est au chef de l'Etat (roi ou empereur) que sont soumis ces litiges (en l'absence à l'époque de collectivités décentralisées), et très naturellement au Conseil d'Etat que ce chef demande son avis. Ainsi s'est dégagée au sein du Conseil d'Etat la fonction contentieuse de règlement des différends, fonction seulement consultative, jusqu'à ce qu'en 1872, la loi fasse coïncider les compétences avec la réalité en « délégrant » au Conseil d'Etat la fonction de juger la puissance publique, par des décisions.

Cette modification de pur bon sens a eu des effets extraordinaires. Car elle a abouti à conférer au conseil de l'Etat l'autorité qui s'attache à la juridiction, *sans qu'aucune volonté politique y ait contribué* : les avis émis par le Conseil d'Etat sont et demeurent seulement consultatifs, mais le gouvernement sait que, à ne pas les suivre, il s'expose à l'annulation par le même Conseil d'Etat de l'acte pris au mépris de l'avis du Conseil. Et c'est ainsi que le conseiller s'est imposé à l'autorité...Et ce mécanisme implacable a créé des coutumes : nous constatons aujourd'hui que dans les « allées » du pouvoir se trouvent des « émissaires » de la maison, qui veillent à ce que soient respectés les avis émis par cette maison

(c'est entre autres une des responsabilités du Secrétaire général du gouvernement, traditionnellement membre du Conseil d'Etat).

Le Conseil d'Etat s'est donc installé comme unique juge du contentieux administratif (si l'on excepte les conseils de préfecture), et, *c'est essentiel*, sans que pour autant on spécialise en son sein ceux qui sont devenus détenteurs du pouvoir de juger. Les mêmes personnes qui donnaient des avis à l'empereur ou au roi ou au gouvernement sur les affaires contentieuses ont donné à leurs avis la force de décisions. Alchimie étonnante qui n'a rien perdu de sa force...lors même qu'elle n'a pas été voulue, ni décrétée, et que donc nul n'en a dressé les plans...

Donnez à des juristes le pouvoir de juger, et ils vont faire du droit ! C'est-à-dire ne pas se fier à leur « doigt mouillé », mais à leurs raisonnements éclairés par leurs décisions précédentes...A bas bruit donc le Conseil d'Etat a bâti seul le droit de la puissance publique, de la responsabilité administrative, du bien administrer, sans le secours ni l'obstacle de lois ou de codes, dans un système finalement assez britannique, imprégné d'empirisme. Et l'on s'est au fil du temps dotés, pour éviter tout flottement de la règle de droit énoncée, de règles internes dont nul code ne garde trace : ainsi la position arrêtée par la plus haute formation de jugement (l'assemblée du contentieux) est en principe intangible pour une vingtaine d'années ; la formation juste inférieure (la section du contentieux) fige en principe le droit pour dix ans... tout cela, évidemment, dans le respect le plus absolu de la loi...pour autant qu'elle n'est pas contraire aux contraintes internationales.

Voici qu'arrive donc dans le paysage le juge unique et suprême du contentieux administratif (qui au passage devient le juge d'appel des conseils de préfecture), un juge qui va faire le droit qu'il applique. Et ce, sans que s'installe aucune barrière, en son sein, entre ceux qui conseillent l'Etat et ceux qui le

jugent. **Ce sont les mêmes**, et cette unicité est devenue la marque distinctive du juge administratif français. Voici, à titre d'exemple, ce que furent mes occupations hebdomadaires au Palais-Royal entre 1995 et 2000 : lundi, contentieux dans la 10<sup>e</sup> sous-section, où j'étais vice-président / mardi, section administrative produisant des avis (les travaux publics), où j'étais rapporteur et membre délibérant / mercredi, contentieux / jeudi, assemblée générale « administrative », où j'étais selon les affaires membres délibérant ou rapporteur/ vendredi, contentieux.

Cette structure est restée inchangée, même si la position du Conseil d'Etat dans l'édifice a évolué, puisque, tour à tour, ont été créés en 1953 les tribunaux administratifs (juges de droit commun du contentieux administratif), puis, en 1987, les cours administratives d'appel, juge d'appel de droit commun de ce contentieux. Mais **toute cette organisation n'a pas été le fruit de la mise en place d'un système** non plus que d'un schéma d'organisation, mais de la seule nécessité de faire face à un contentieux qui augmente d'environ 8 % par an, ce qui correspond à peu près à un doublement tous les neuf à dix ans. D'où quelques surprises pour l'usager amateur des systèmes : ainsi le Conseil d'Etat, devenu juge de cassation, demeure juge de première instance pour certains litiges (par exemple le recours en annulation d'un décret), et juge d'appel pour d'autres affaires, qui ne passeront donc pas devant une cour administrative d'appel (par exemple le contentieux des élections municipales)...

Ce développement, issu de l'activité consultative de « conseiller de la puissance publique », explique également que les juges administratifs, et plus particulièrement les membres du Conseil d'Etat, qui récusent en ce qui les concerne l'appellation de « *magistrat* », ne sont pas issus de l'Ecole nationale de la magistrature, mais puisés dans la fonction publique supérieure (ENA ou assimilée). Cela a procédé de l'idée que pour bien juger l'administration, il faut

la connaître de l'intérieur. Idée que certains contestent : après tout on n'exige pas du juge pénal qu'il ait un passé de délinquant pour bien juger les auteurs de crimes ou délits ! Mais le droit de la puissance publique ne saurait être élaboré par des juridictions non sensibilisées à la nécessité de préserver l'intérêt général...Il faut naviguer au plus près, dans nos sociétés complexes, entre les nécessités de préserver l'intérêt général et celles de ne pas trop limiter les libertés fondamentales. Nous avons vécu, notamment depuis l'épidémie de covid, une illustration de la recherche de la bonne position du curseur à l'occasion des débats et contentieux nés de la politique sanitaire alors décidée.

Et cette histoire atypique explique, autre originalité, que les membres composant la juridiction suprême n'appartiennent pas au même corps que les « juges subordonnés » (sauf, autre particularité, que les cours administratives d'appel sont présidées par un conseiller d'Etat) : sauf cas particuliers, on n'accède pas au Conseil d'Etat au terme d'une carrière accomplie dans les juridictions « *subordonnées* ». Ce qui conduit à une démographie inhabituelle pour une cour suprême, puisqu'y coexistent par exemple un jeune auditeur de moins de trente ans et un président ayant dépassé la soixantaine, chacun ayant la même voix dans les délibérés...

La double nature de l'activité du Conseil d'Etat, dont je redis qu'elle caractérise l'emploi du temps de quasi tous les membres de l'institution, ne va pas sans poser quelques questions, qui ont ému la cour européenne des droits de l'homme : ce mélange des genres a, il faut le reconnaître, quelque apparence d'anormalité, qui peut inquiéter... Comment puis-je, le lundi, me prononcer sans parti-pris sur la légalité d'un décret qui a été pris conformément à l'avis émis par le Conseil d'Etat quelques mois auparavant, peut-être lors d'une séance du mardi ou du jeudi à laquelle j'ai participé ? Faire confiance aux hommes et femmes de l'institution et à leur sens du devoir est bien, mais n'est pas de nature

à convaincre le justiciable (et la Cour européenne des droits de l'homme...) que ces juges sont impartiaux...Au nom du principe des apparences, il y avait indéniablement un problème, que l'on a réglé, à mon sens trop tardivement, en introduisant une double barrière de sécurité : je ne dois pas participer aux débats contentieux concernant une décision à l'édiction de laquelle j'ai pris part, notamment lors de l'émission d'un avis. Et je ne dois pas, examinant la légalité de cette décision, consulter le dossier de la section administrative consacré à l'avis émis par le Conseil d'Etat sur le projet de cette décision. C'est très bien...mais purement formel : rien ne m'empêche sinon ma conscience professionnelle, de discuter à la cafeteria avec le collègue qui a connu de l'affaire en section administrative... On a résolu par un texte formalisé qui pourrait être aisément tourné une interrogation de principe qui, dans la pratique quotidienne, ne se posait pas, et ne se pose toujours pas. Autrement dit il a fallu que tout change pour que rien ne change !

### **Le Conseil d'Etat clef de voûte de la juridiction administrative.**

Voici donc installée la clef de voûte de la juridiction administrative. Mais c'est plus qu'une clef de voûte fonctionnelle, plus qu'un juge suprême.

Car qui cherche dans l'organigramme de notre Etat le ministère portant la responsabilité de la juridiction administrative sera déçu : il n'y en a pas, et surtout pas le ministère de la Justice, encore moins le ministère de l'intérieur qui trop longtemps a été chargé de la gestion des tribunaux administratifs. Depuis la loi du 31 décembre 1987, qui a sur ce point procédé d'une demande conjointe du Conseil d'Etat et des membres des tribunaux administratifs, la juridiction administrative dans son ensemble est gérée par le secrétariat général du Conseil d'Etat, le budget global de l'institution procédant d'une discussion portée



directement devant le Premier Ministre, voire la Présidence de la République. Cette structure peu connue mais fondamentale a été le fruit de la volonté, partagée par **tous** les membres des juridictions concernées, de garantir leur indépendance, impératif d'autant plus catégorique que les juges appelés à statuer sur la rectitude des comportements de la puissance publique ne sauraient apparaître comme dépendants de cette dernière.

Ce passage historique vaut qu'on s'y arrête un instant. Remontons à 1983, année d'élections municipales. Un tribunal administratif, au vu d'une fraude avérée, annule les résultats dans une commune... Jusque là rien que de très normal. Sauf que le parti auquel appartenaient les élus invalidés (parti représenté au gouvernement) s'insurge publiquement contre (je simplifie mais à peine) ces juges issus de l'ENA et donc de la bourgeoisie, insensibles aux souffrances du peuple travailleur. Alors président du syndicat de la juridiction administrative je proteste à mon tour contre ce parti et demande une réaction du ministre de l'intérieur, qui nous gérait alors...G. Defferre fut bien gêné...Au bout du bout de ces incidents (que nous avons signalés dans la « Une » du Monde) prendra racine l'idée que la justice administrative ne doit relever d'aucun ministère. Quatre années et demi plus tard c'était chose faite ! Merci à ce parti !

La cheville ouvrière du système alors mis en place est le conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, qui, sans avoir qualité pour signer nominations, avancements, ou mutations des magistrats concernés, voire mesures disciplinaires, car l'accès au JO ne lui est pas ouvert, dispose du pouvoir de proposition, lequel lie étroitement l'autorité qui signera la mesure, fût-elle le Président de la République. Or ce conseil ne comporte **aucun membre qui ait une responsabilité politique** : il est présidé par le Vice-président du Conseil d'Etat, comprend cinq magistrats élus par leurs pairs, un

chef de juridiction élu par ses pairs, le conseiller d'Etat président de la mission d'inspection des juridictions administratives, le directeur des services judiciaires, le secrétaire général du Conseil d'Etat et trois personnalités désignées respectivement par le Président de la République, celui du Sénat et celui de l'Assemblée Nationale. Point n'est besoin d'être grand clerc pour mesurer l'influence déterminante du Conseil d'Etat dans ce Conseil ! En même temps la présence de trois personnalités, ajoutée au fait que les élus sont au nombre de six, garantit que, s'agissant des mesures d'ordre individuel, ne pourront être pris en considération que des motifs exempts de toute erreur de droit : pour fonder une mesure, positive ou négative, concernant un magistrat, il ne peut être évidemment avancé dans cette instance de raisons, positives ou négatives, que la morale politique réprouverait !

### **Le Conseil d'Etat, une indépendance et une autonomie atypiques**

La question, fondamentale s'agissant de l'exercice de la fonction juridictionnelle, doit s'examiner à l'aune de l'institution d'une part, de ses membres de l'autre.

A/ Les membres du Conseil d'Etat échappent à la juridiction du conseil supérieur. Comment la collectivité (et surtout les justiciables) peut-elle s'assurer de ce que ses juges sont indépendants, et ne seront pas anormalement bienveillants aux discours de l'administration ? Alors surtout que l'on sait que, par la voie de détachements, une partie de leur carrière se fait à l'extérieur du Palais Royal...

En premier lieu, les membres du Conseil, qui ne font pas l'objet d'une notation, ont à l'intérieur du Conseil d'Etat une carrière automatique reposant sur la seule ancienneté. En second lieu, et par-delà cette protection textuelle, je veux insister sur le culte de la collégialité, qui irrigue systématiquement l'exercice des fonctions, au Conseil d'Etat et, par osmose en quelque sorte, dans

les autres juridictions administratives. Sauf dans les cas dont la solution s'impose d'évidence, **toute** affaire, contentieuse ou consultative, fait l'objet, avant jugement, d'un examen véritablement collégial (entendez par là qu'elle est examinée systématiquement par trois personnes) et d'un authentique débat, terminé par un vote sur un projet de texte, et pas seulement sur une solution, vote où s'expriment les membres de la formation dans l'ordre inverse de la hiérarchie, et à l'occasion duquel chacun peut être conduit à, voire contraint de donner les raisons de son vote. Quant aux formations de jugement, elles comprennent de 9 membres pour les formations « de droit commun » (dites de « chambres réunies »), de 15 membres pour la section du contentieux, et de 17 membres pour l'assemblée du contentieux. Et la solution contentieuse arrêtée par toute formation « de droit commun » est à son tour « vérifiée » par la « *troïka* », qui veille à l'unité de la jurisprudence de la maison, et au besoin, en cas de désaccord de fond, renvoie l'affaire devant une formation supérieure.

J'ajoute que ce culte de la collégialité (évidemment assorti du principe du secret absolu des délibérés) conduit, même lorsque le texte autorise le recours au juge unique (référé en urgence par exemple), le membre du Conseil responsable à solliciter de façon informelle l'opinion de tel ou tel de ses collègues s'il éprouve une hésitation sur la solution.

### **L'indépendance**

Je vais vous décevoir : la vie au Conseil n'est pas formatée par des textes « *garantissant l'indépendance* » de ses membres. Le mélange des modes d'accès, des origines, des fonctions passées, crée une situation qui peut légitimement surprendre !

Cet ensemble « *beau comme la rencontre fortuite sur une table de dissection d'une machine à coudre et d'un parapluie* », pour reprendre la formule imagée de Lautréamont, interpelle en effet : un ancien ministre, un

professeur de droit, un ancien préfet, un ancien membre de cabinet ministériel, un ancien président de tribunal administratif, arrivés ici par la grâce d'une autorité politique, et songeant peut-être à d'autres horizons, peuvent-ils être indépendants ? Oui, assurément, j'en témoigne, et ce, sans texte : dans les couloirs et locaux du Palais Royal règne une sorte de « *virtus* » collective, et malheur à celui ou celle qui la méconnaît. Le travail et surtout, j'y insiste, le délibéré collégial vous exposent à tout instant au regard de vos pairs, et les manquements ont tôt fait de marquer les réputations de tel ou tel, qui sera discrètement écarté de certaines responsabilités ou de certains dossiers...

Un mot au passage sur la « déontologie ». Une autorité judiciaire a, il y a quelques années, exposé qu'elle n'avait trouvé nulle part de contraintes de déontologie dans la juridiction administrative...Et d'en conclure que cette dernière n'offrait aucune garantie au justiciable et donc à notre société !

Pour la rassurer et faire l'économie d'un mauvais procès, nous avons monté un système (loi du 20 avril 2016), modèle de texte consistant à aligner des évidences. Qu'on en juge par son premier article : « *Les membres du Conseil d'Etat exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard* » (art. L 131-2 du code de justice administrative)...Encore l'effet « Guépard », tout changer pour ne rien changer...

B/ L'institution a réussi à ne pas dépendre des caprices et irritations du pouvoir. Elle s'est passée de la loi pour élaborer le droit de la puissance publique, au point que les codifications, pourtant approuvées par voie législative, mais préparées sous l'égide du Conseil d'Etat (dont un membre est vice président de la commission supérieure de codification), reprennent le plus souvent la jurisprudence du Palais Royal (voir par exemple le code des relations entre l'administration et le public). Tout le régime de la responsabilité de

l'administration, ou du droit de grève dans les services publics a procédé de la jurisprudence...

Alors, de temps en temps, des grincements se font entendre. Lorsque, le 19 octobre 1962, le Conseil d'Etat a déclaré illégale l'ordonnance du Président de la République créant le 1<sup>er</sup> juin 1962 la Cour militaire de justice, le général de Gaulle auteur de l'ordonnance (qui, contrairement à tous les usages, connaissait, dit-on, le sens des votes de chacun des membres du Conseil concerné) n'a pas caché sa colère, et promis qu'il allait ramener le Conseil à la raison...La levée de boucliers de ceux qui défendirent alors le Conseil d'Etat (et notamment des professeurs de droit) a porté ses fruits. Les textes de juillet 1963 qui ont procédé de la colère présidentielle furent anodins.

Identiquement lorsque, très récemment, le Conseil d'Etat a enjoint à l'Etat de prendre des mesures en vue de réduire les émissions de gaz à effet de serre, et a prononcé à l'encontre de l'Etat des astreintes de plusieurs dizaines de millions d'euros (arrêts des 4 août 2021 et 17 octobre 2022, Commune de la Grande Synthe), il fut des commentateurs pour s'offusquer de cette audace du juge donnant des ordres à l'Etat. Alors que cette compétence, inhabituelle pour ceux qui avaient appris dans leur jeune temps que « le juge administratif ne peut adresser d'injonction à l'Etat », procédait d'une loi du 8 février 1995 votée, sur ce point, sur la suggestion...du Conseil d'Etat !

Le Conseil d'Etat sait très largement se passer de la loi (quand, jouant du droit européen, il ne l'écarte pas...). Respectueux toutefois de la loi non contraire au droit européen, il met à profit ses contacts avec la puissance publique pour la persuader de modifier, lorsque c'est nécessaire, la loi qu'il tient pour mal faite ou dépassée.

Ce voyage se termine. Pardonnez certains raccourcis...

Nos décisions doivent toujours être tenues pour prononcées, comme le veut notre tradition, « au nom du peuple français », et nous nous y employons !

---