LE RÔLE POLITIQUE DU CONSEIL D'ÉTAT : PROLÉGOMÈNES

Valentin LAMY

Doctorant contractuel en droit public

Centre de recherches administratives

*Faculté de Droit et de Science politique – Université d'Aix-Marseille**

« *Juger l'Administration, c'est encore administrer* »

H. de PANSEY

LE RÔLE POLITIQUE DU CONSEIL D'ÉTAT... Pareille affirmation est à même, pour certains, de susciter une certaine méfiance. Pour d'autres, elle relève de l'évidence. Pour d'autres, enfin, ceux viscéralement attachés à la conception française de la séparation des pouvoirs, elle relève par essence d'une immixtion du judiciaire dans les autres pouvoirs et est à bannir. En tout état de cause, elle ne laisse pas insensible et interpelle nécessairement le juriste.

Il est vrai qu'*a priori*, l'idée selon laquelle un juge ait un rôle politique répugne en soi aux principes fondamentaux de la séparation des pouvoirs, principalement définis dès le XVIII^{ème} siècle, notamment par John Locke¹ et Montesquieu². Plus tard, la Révolution française et, après elle, le républicanisme ont sanctifié ces principes, qui sont devenus en quelque sorte l'apanage de la République, dont l'absolutisme ne pouvait aucunement être contesté. Toutefois, affirmer que le juge administratif est investi d'un rôle

* Ancien étudiant de l'Institut Portalis (27^e Promotion – *Montesquieu* – 2010/2012).

¹ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, rééd., Flammarion, 1999.

² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, rééd., Flammarion, 1993.

politique, ce n'est aucunement contester la séparation des pouvoirs, mais bien mettre des mots sur un simple constat.

Il convient à ce stade de notre réflexion de définir ce que nous entendons sous le vocable de politique, dont nous ne pouvons que regretter le caractère quasi amphibologique. Il ne serait point convenable d'adopter une vision trop large de la notion de politique, selon laquelle toute activité participant de l'organisation sociale et de la vie de la cité serait nécessairement politique. En effet, selon pareille définition, toute activité juridictionnelle entrerait dans le giron du politique³ et notre réflexion n'aurait que peu d'intérêt. Il ne serait point non plus convenable d'adopter une vision trop restrictive, selon laquelle seule l'activité décisionnelle des pouvoirs publics serait politique, car cela ne donnerait point au vocable toute l'étendue de sa signification. La définition que nous retiendrons se situe donc à mi-chemin ; un rôle politique correspond, à notre sens, à l'influence directe sur les rouages du pouvoir et sur la création normative.

Cette influence directe peut être observée à l'aide non pas des méthodes du droit, mais bien de celles de l'histoire et de la science administrative.

D'un point de vue historique, il n'est guère contestable que le Conseil d'État est intrinsèquement lié au pouvoir politique. Descendant en ligne directe du Conseil du Roi, dont la connotation politique n'est pas à démontrer, il a été créé par l'article 52 de la constitution du 22 frimaire an VIII. La mise en place d'une telle institution fut justement faite au nom de la séparation des pouvoirs, car il était inconcevable de laisser au juge judiciaire le soin de juger l'administration, les révolutionnaires préférant laisser cette prérogative à l'administration elle-même, ce qui avait déjà été affirmé dans une loi des 6, 7 et 11 septembre 1790⁴. Le rôle contentieux du Conseil d'État n'était point similaire à son rôle actuel, car il n'était pas investi de prérogatives juridictionnelles, ces dernières incombant au pouvoir exécutif, chef de l'administration. Le Conseil d'État ne faisait que proposer des décisions, il s'agissait du système de la justice retenue. Outre ce rôle contentieux relativement restreint, le Conseil d'État était également le conseiller du pouvoir et était investi d'une importante mission consultative, ce qui est d'ailleurs

³ C. EISENMANN, « La Justice dans l'État », in *La Justice*, PUF, 1961, p. 26.

⁴ Pour une étude approfondie sur la question, J-L. MESTRE, « Administration, justice et droit administratif », *Annales historiques de la Révolution française*, n°328, avril-juin 2002, p. 61.

toujours le cas⁵. Le poids de cette histoire est toujours visible aujourd'hui, ce qui fait du Conseil d'État une institution traditionnellement proche du pouvoir politique.

Cela nous conduit à étudier la question sous l'angle de la science administrative. Selon cette approche plus pragmatique, il est évident qu'il existe des liens non institutionnels entre le Conseil d'État et les institutions politiques constitutionnelles. Ces liens sont intrinsèquement liés aux membres du Conseil d'État. En effet, ces derniers, de par les modes de recrutement sont très proches du pouvoir politique. Premièrement, les auditeurs sont des jeunes diplômés de l'ENA, qui ont donc suivi le même cursus que la plupart des hauts dignitaires politiques et ont été dans les mêmes promotions. Il n'est pas rare que ces jeunes auditeurs, après quelques années au Palais-Royal, entrent en politique ou dans les cabinets ministériels. Deuxièmement, il y a les nominations des maîtres des requêtes et conseillers d'État au tour extérieur, c'est-à-dire par décret du Président de la République, selon des conditions relativement strictes. Ces nominations concernent entre un tiers et la moitié des membres de la juridiction, ce qui n'est pas négligeable. Enfin, troisièmement, il y a les fonctionnaires de l'administration active en détachement, qui symbolisent les liens étroits entre juridiction administrative et administration. Il est vrai que ces divers modes de nominations créaient un climat de grande proximité avec le pouvoir politique qui a souvent été critiqué par la doctrine⁶. Toutefois, ces modes de recrutement sont des traditions anciennes du Conseil d'État et cette proximité d'avec le pouvoir politique n'est aucunement synonyme de politisation de l'institution⁷ ; il convient en effet voir cela comme un bienfait pour l'institution que de pouvoir compter parmi ses membres des personnes proches de l'administration active et du pouvoir politique, qui ont un réel sens de l'État et qui seront les mieux à même d'apporter une vision réaliste. Cette synthèse entre nominations politiques et autres nominations a permis à la Haute juridiction de trouver un réel équilibre. Toutefois, il est important de veiller à ne pas rompre cet équilibre, il en va de l'impartialité de la juridiction et de sa crédibilité. C'est

⁵ Cette dualité fonctionnelle du Conseil d'État a pu être montrée du doigt, mais a toutefois été validée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt du 30 juin 2009, *UFC Que choisir de Côte-d'Or contre France*, req. n°39699/03.

⁶ M. BALLUTEAU, F. DE BAEQUE, D. LOCHAK, B. TRICOT, V. WRIGHT, « La politisation du Conseil d'État : mythe ou réalité », table ronde in *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 95.

⁷ B. RIBADEAU DUMAS, « Les carrières dans et hors le Conseil d'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 73.

ainsi qu'entre 1981 et 1990, la droite a pu critiquer certains « copinages » politiques ayant conduit à un surplus de nominations au tour extérieur⁸.

Toutes ces considérations témoignent de liens étroits entre le Conseil d'État et le pouvoir politique. Mais l'existence de pareils liens n'est pas automatiquement synonyme d'un réel rôle politique et c'est bel et bien vers un autre axe de recherche qu'il faut se tourner pour trouver le ciment de notre démonstration. Ainsi, à notre sens et en nous cantonnant à la fonction juridictionnelle du Conseil d'État, il nous semble que son rôle politique puisse être décelé à deux égards, lesquels ne doivent cependant pas être perçus comme des vases clos, tant ils s'interpénètrent et se complètent.

Premièrement, ce rôle politique s'entrevoit derrière la fonction première du juge administratif : juger l'administration. Il s'agit ni plus ni moins de la maxime du jurisconsulte Henrion de Pansey citée *in limine* : « *Juger l'administration, c'est encore administrer* ». Cette dernière constitue l'un des fondements doctrinaux de l'école dite du juge, supérieur hiérarchique de l'administration qui plaide clairement en faveur d'un rôle politique du Conseil d'État. Si de nombreux auteurs, tous plus éminents les uns que les autres⁹ plaident pour la thèse inverse, celle du contrôle purement juridictionnel, il nous semble bien que la première école soit animée par un pragmatisme plus important. En effet, affirmer que le juge administratif se cantonne à un rôle de pur contrôle de légalité sans immixtion aucune dans les affaires de l'administration active relève, à notre sens, d'une vision bien trop théorique. La simple évocation des degrés de contrôle du juge administratif sur les actions de l'administration – pouvant aller jusqu'à un contrôle d'opportunité¹⁰ – et des importantes prérogatives que s'est arrogé le juge administratif dans le cadre du contentieux de la légalité, comme le pouvoir d'injonction¹¹ ou encore le pouvoir de modulation dans le temps des effets d'une annulation

⁸ Sous la présidence de Valéry GISCARD D'ESTAING, il y a eu 18 nominations au tour extérieur, alors qu'entre 1981 et 1990, il y en a eu 39 avec une tendance forte à la nomination d'anciens ministres, de membres des cabinets ministériels ou des personnes issues de l'entourage présidentiel.

⁹ Voir en ce sens G. JÈZE, « Contrôle de légalité et contrôle de l'opportunité », *RDP* 1944, p. 63.

¹⁰ Pour un exemple de contrôle de l'opportunité, voir la jurisprudence relative aux déclarations d'utilité publique en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, CE, 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle est »*, Rec., p. 409.

¹¹ Voir CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, Rec., p. 303.

contentieuse¹², suffit à entrevoir une certaine activité d'administrateur et donc un rôle politique.

Secondement, ce rôle politique est pleinement mis en lumière lorsque l'on se penche sur l'activité normative du Conseil d'État. En effet, si le législateur a conféré au juge administratif le soin de juger lui-même des affaires de l'administration, avec le passage de la justice retenue à la justice déléguée marqué par la loi du 24 mai 1872, il ne lui a pas pour autant donné un droit spécifique à lui appliquer. Or, ce droit spécifique est très vite devenu une nécessité, lorsqu'un beau jour de février 1873, le Tribunal des conflits affirmait que les litiges en responsabilité, portant sur des dommages causés par une activité de service public ne devaient pas être soumis au droit commun et qu'ils ne pouvaient répondre que de règles de droit spécifiques¹³. Le législateur ne s'étant pas engouffré dans cette brèche qu'il avait contribué à créer, il a bien fallu que le juge administratif saisisse et comble ce vide juridique. Le juge administratif a donc dû palier cette insuffisance législative par une véritable construction normative de nature jurisprudentielle. Si la doctrine administrativiste n'est pas unanime sur ce point, un certain réalisme nous pousse à nous ranger du côté de l'école réaliste moderne, qui compte dans ces rangs Marcel Waline, Georges Vedel ou encore René Chapus et qui prône clairement en faveur de l'existence d'un rôle normatif de la jurisprudence administrative¹⁴. C'est ainsi que la construction du droit administratif est pour majorité prétorienne et c'est la raison pour laquelle l'ouvrage de référence de l'administrativiste n'est pas un code ou autre texte de loi, mais bien les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*¹⁵. Si aujourd'hui, nous avons pu assister à un véritable phénomène de codification du droit administratif¹⁶, il n'en demeure pas moins que le rôle du juge et *a fortiori* du Conseil d'État dans l'évolution du droit administratif est toujours fondamentale, tant cet aspect fait partie du génome du droit administratif. Ici, le rôle politique du Conseil d'État est particulièrement fort, puisque précisément, il s'évertue à créer des normes juridiques jurisprudentielles

¹² Voir CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Rec., p. 197.

¹³ TC, 8 fév. 1873, *Blanco*, Rec., 1^{er} suppl., p. 62.

¹⁴ M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Mélanges Scelle*, LGDJ, t. 2, p. 613.

¹⁵ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^{ème} éd., Dalloz, 2013.

¹⁶ Voir Y. ROBINEAU, « Droit administratif et codification », *AJDA*, 1995, n° spéc., p. 110.

applicables à l'administration, à tel point que certains l'assimilent à un « législateur »¹⁷.

Ces différents aspects plaident particulièrement en la faveur de l'existence d'un véritable rôle politique du Conseil d'État, mais laissent également une question en suspens, celle des idées politiques développées par le juge administratif. Ici, nous adhérons volontiers, tout comme le Professeur Chevallier, à une vision du Conseil d'État comme incarnation de l'État¹⁸. En effet, il nous semble que le Conseil d'État s'inscrit dans la continuité de l'État, s'efforçant de l'accompagner dans les évolutions sociales, juridiques et autres. Toutefois, cette incarnation n'est aucunement synonyme d'une quelconque soumission du Conseil à l'évolution et aux idées de l'État, mais bien d'une certaine forme de veille à la sauvegarde de la stabilité étatique. À notre sens, cette veille se traduit par deux moyens, d'apparence antinomique, mais dont la conciliation est aux fondements de la philosophie politique du Conseil d'État, la reconnaissance de larges prérogatives de puissance publique et l'application d'un certain libéralisme limitant les excès de l'action administrative. Mais cette veille se voit aussi à travers l'accompagnement du droit administratif dans le sens des évolutions de notre droit en général. Cela se voit notamment dans l'accueil toujours réfléchi et progressif des normes de droit international¹⁹ et de droit de l'Union européenne²⁰ ou encore dans l'appropriation par le juge administratif des règles du droit de la concurrence²¹.

Cette étude des idées politiques du Conseil d'État pourrait aisément faire l'objet d'un travail plus approfondi, mais là n'est pas hélas l'objet de cette présentation sommaire. Espérons à tout le moins qu'elle aura suscité chez le portalien, chez le lecteur l'envie d'une escapade, d'une aventure, d'une odyssée intellectuelle à travers les vallons escarpés et mystérieux du droit administratif...

¹⁷ C. LECOEVRE, *Le Conseil d'État, législateur*, Thèse, Univ. D'Artois, 2004.

¹⁸ J. CHEVALLIER, « Le Conseil d'État au cœur de l'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 5.

¹⁹ Voir notamment CE, Sect., 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec., p. 190

²⁰ Voir notamment CE, Ass., 8 fév. 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec., p. 55 ; CE, Ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, Rec., p. 407.

²¹ CE, Sect., 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*, Rec., p. 406.