

**LE CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, SON ŒUVRE
LÉGISLATIVE ET LE « RÉGIME D'ASSEMBLÉE »
(1875-1958)**

Laurent Dubois de Carratier
(*Université de Toulouse I*)

« Si Dieu avait chargé une commission de créer le monde, le chaos existerait encore ». Ces propos ne sont pas extraits d'un livre de théologie politique mais d'un traité de droit constitutionnel publié en 1933 et écrit à deux plumes par Joseph Barthélemy et Paul Duez¹. Un traité qui explicite une des conséquences de l'effacement, sous la III^e République, du rôle législatif du Conseil d'État à savoir le développement des commissions consultatives.

Cet affaiblissement n'est pas lié au poids du passé. Les républicains gardent un mauvais souvenir du Conseil d'État impérial. Avant que les locaux abritant l'institution ne brûlent certains esprits s'enflamment². Léon Gambetta et Jules Simon proposent notamment au Gouvernement de la Défense Nationale de supprimer le Conseil d'État. Néanmoins, la loi du 24 mai 1872 mais surtout l'épuration de 1879 vont changer la donne. En effet, la majorité républicaine réalise une réforme d'apparence technique qui, en réalité, vise un objectif politique : rendre le Conseil d'État « harmonique au gouvernement

¹ Joseph Barthélemy, Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 678.

² L'incendie du Palais d'Orsay se déroule dans la nuit du 23 au 24 mai 1871 alors que les attaques de Léon Gambetta se produisent en septembre 1870. Visiblement, les changements ne furent pas seulement géographiques. Deux ans après avoir plaider pour une suppression du Conseil d'État, Léon Gambetta prend la défense d'une institution qui, « réduite » à une commission provisoire, siège alors à Versailles. Lors de la discussion parlementaire du 19 février 1872, il évoque « une des meilleures créations de la monarchie », un « legs » que la défense des libertés interdit de supprimer (Ass. Nat., séance du 19 février 1872. Ann. Ass. nat., t. VII, p. 647-651). Le revirement de Gambetta est significatif. A la chute du Second Empire, l'opposition de certains républicains au Conseil d'État est purement et simplement politique. De manière circonstancielle, elle concerne la nature impériale de l'institution et non l'institution elle-même. Dans le cadre d'une réflexion globale sur les pouvoirs et leur fonctionnement, le Conseil d'État « retrouve » naturellement une place. Quitte, pour mieux gommer son passé impérial, à invoquer des racines monarchiques.

central et à la forme du gouvernement¹ ». En modifiant le recrutement des conseillers, les républicains « épurent » un corps qui, tout en faisant preuve d'un esprit d'indépendance², est, désormais, au service de la République³.

En vérité, si le Conseil d'État (de 1875 à 1958) est très largement réduit à une juridiction ce n'est pas parce qu'il s'acclimate mal à la République mais c'est plutôt parce que la République (à cette époque) s'accommode difficilement d'un Conseil d'État législatif.

En effet, pour reprendre, de manière démarquée, la formule d'un célèbre mémorialiste, tout au long de son existence la III^e République s'est fait *une certaine idée* de la démocratie. Sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875, la démocratie s'incarne dans la Loi et celle-ci est considérée comme l'expression parlementaire de la volonté générale. La IV^e République, en dépit d'une tentative de « rationalisation du parlementarisme », reste fidèle à cette tradition. L'encadrement de la

¹ Le Royer, Discours du Garde des Sceaux lors de l'installation des nouveaux membres du Conseil d'État, le 21 juillet 1879, Arch. C.E P.v séance 21 juillet 1879, p. 718.

² Celui-ci s'exprime particulièrement lors des luttes religieuses du début du XIX^e siècle.

³ L'application de la loi du 13 juillet 1879 conduit à une augmentation des effectifs du Conseil d'État (et donc à la nomination de nouveaux membres républicains), à une série de révocations, de mises à la retraite et de démissions. En fait, il s'agit de « redessiner » une institution dont la majorité des membres, élus par l'Assemblée Nationale ou nommés par le maréchal Mac-Mahon, sont des monarchistes déclarés, des républicains assez timides ou des catholiques affichés. La réforme de l'auditorat joue également un rôle de « filtre ». De nombreux jeunes gens des milieux conservateurs et catholiques se détournent du concours ou en sont exclus. En revanche, les « nouveaux membres » sont, dans leur grande majorité, connus pour leurs opinions républicaines (Clamageran, Castagnary, Courcelle-Seneuil, Ballot, Duboy, Laferrière...). Cela étant, l'épuration ne touche pas à la maîtrise des requêtes, ce qui « épargne » des membres ayant commencé leur carrière sous le Second Empire (Chauffard et Hébrard de Villeneuve, par exemple). Certains d'entre eux expriment clairement leur opinion (notamment lors de l'expulsion des princes d'Orléans ou à l'occasion d'affaires religieuses). Cela les conduit parfois à démissionner (Chauffard en 1881, Gomel et Hély d'Oissel en 1886). Pour un aperçu sur « l'implantation » du Conseil d'État et sa contribution au modèle républicain : Bernard Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française française au XIX^e siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p.177s. Laurent Dubois et services publics industriels et commerciaux » in *Le Service public, l'économie, la République, Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Juillet-Septembre 2005, p. 51s.

motion de censure ou l'introduction d'un (semblant) de contrôle de constitutionnalité ne remet absolument pas en cause une analyse faite, en 1931, par Carré de Malberg : « La Constitution a consacré, à la base de sa conception du pouvoir législatif, l'assimilation établie par les fondateurs du droit public français entre la volonté législative du Parlement et la volonté générale de la Nation¹ ».

En définitive, tout au long des III^e et IV^e Républiques, le Conseil d'État est confronté, dans sa fonction « législative », à un « parlementaro-centrisme ». Afin de qualifier le système juridique des années 1875-1958, la doctrine publiciste utilise parfois la formule consacrée de « légicentrisme ». Cette expression permet de souligner la place cardinale qu'occupe la loi dans la hiérarchie des normes. Sur le terrain, à la fois, plus large des institutions et, plus particulier, de la procédure législative, on observe également un « parlementaro-centrisme » : la fabrication de la loi reste essentiellement la chose des parlementaires².

Ce système est puissant. Il balaie les potentialités dont aurait pu bénéficier le Conseil d'État. La loi du 13 juillet 1879 institue une section de législation. L'année de sa création, celle-ci va examiner une trentaine de textes. Néanmoins, elle va être cantonnée à des projets d'intérêt locaux et plus le temps passe moins elle est consultée avant d'être supprimée en 1934³.

¹ Raymond Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 51. Pour une présentation du Comité constitutionnel : Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, p. 13. Jeanne Lemasurier, *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

² Deux éléments caractérisent, à eux seuls, ce système : le droit d'amendement et l'importance des commissions parlementaires. Sous la III^e République, les ministres doivent passer par l'intermédiaire d'un parlementaire pour déposer un amendement (pour plus de détails : Joseph Barthélemy, Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 733 ; Eugène Pierre, *Traité de droit politique, parlementaire et électoral*, Paris, 1924, p. 232). De leurs côtés, les commissions sont le creuset essentiel de l'élaboration des textes (voir : Joseph Barthélemy, *Essai sur le travail parlementaire et le système des commissions*, Paris, Delagrave, 1934). Bien évidemment, cela ne signifie pas que l'œuvre législative est complètement confinée dans l'enceinte des assemblées. De nombreux comités, extérieurs au Parlement, jouent également un rôle important (voir : Alain Chatriot, *La Démocratie sociale à la Française. L'expérience du Conseil national économique*, Paris, La Découverte, 2002).

³ Décidée pour des raisons budgétaires, cette suppression aura des conséquences négatives sur l'activité contentieuse du Conseil d'État. Elle « aggrave le rendement,

La loi du 24 mai 1872 ouvre également des perspectives. Son article 8 permet une consultation sur les propositions parlementaires et sur les projets gouvernementaux. Mais, là encore, cette faculté ne sera pas véritablement exploitée. S'agissant des textes parlementaires elle sera même nulle. Ainsi se confirment les déclarations du rapporteur du texte de 1872 qui annonçait déjà que la fonction législative du Conseil d'État serait marginale¹.

Naissance hasardeuse et mort rapide de la section de législation, neutralisation de la loi de 1872, comment ne pas penser à la formule d'un célèbre juriste allemand « tout droit est droit en situation² ». La lettre des textes n'est jamais indépendante de l'esprit des institutions. Sous la III^e République, l'action législative du Conseil d'État est entravée par un système qui volera en éclat en 1958 : les chambres votent mais également, très largement, font la loi.

Ce modèle (inhérent au régime d'assemblée) se retrouve sous la IV^e République³. Toutefois, le Conseil d'État bénéficie d'un changement de statut. Pour être précis, cette évolution est antérieure à la Constitution du 27 octobre 1946. Un an auparavant, le 31 juillet 1945, une ordonnance abroge la célèbre loi de 1872.

en raison de la réduction des possibilités d'emprunt qui était régulièrement faites aux sections administratives pour assurer le fonctionnement des formations contentieuses » (Pascale Gonod, « La réforme de la justice administrative, 1888-1940 » in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006, p. 273).

¹ Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État par M. Batbie, Assemblée Nationale, 1872, annexe au p.v. de la séance du 29 janvier 1872, n° 863, p. 2-3, Ann. Ass. nat., 1872, t. VII).

² Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p.123. Un juriste jamais évident à citer en raison de ses engagements politiques. Pour une lecture critique de l'œuvre et de la biographie schmittienne : Yves-Charles Zarka, *Contre Carl Schmitt*, Paris, PUF, 2002 ; Norbert Campagna, *Le Droit, la politique, la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt*, Presses de l'Université Laval, 2004 ; Yves-Charles Zarka, *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, PUF, 2005 ; David Cumin, *Carl Schmitt. Biographie intellectuelle et politique*, Paris, Cerf, 2005.

³ La notion de régime d'assemblée est moins une catégorie constitutionnelle qu'une notion historique. Elle renvoie, dans le cadre d'un régime qui se veut parlementaire, à la disparition, de fait, du droit de dissolution. À un premier niveau, elle traduit donc un déséquilibre institutionnel en faveur du Parlement. De manière plus précise, elle définit également un système dans lequel « il n'y a de pouvoir législatif que dans les Chambres...(il) commence et finit en elles...les chambres seules sont capables de faire œuvre législative » (Raymond Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 2).

Cette nouvelle « charte fondamentale » institue une consultation obligatoire pour tous les textes d'origine gouvernementale. Le Palais-Royal retrouve ainsi une compétence qu'il n'a possédée qu'à trois périodes de son histoire : sous le Premier et le Second Empire et pendant la II^e République. Mieux, l'ordonnance de 1945 lui offre la possibilité de proposer des réformes.

Ces innovations sont assez conjoncturelles. L'expérience du Comité juridique d'Alger, la personnalité de son président (René Cassin), les besoins importants de législation expliquent certainement cette montée en puissance.

Cela dit, en 1945, « le Conseil d'État n'est pas redevenu ce qu'il a été à diverses périodes du XIX^e siècle. Le gouvernement ne choisit plus en son sein, comme sous les Premier et Second Empire, les orateurs chargés de défendre les projets de loi devant les chambres. Le Parlement n'a plus l'obligation de lui envoyer, comme sous le Second Empire et la II^e République, certains textes pour examen¹ ».

Autrement dit, le Conseil d'État reste le conseiller législatif du seul gouvernement. Lors de son discours d'installation, René Cassin souhaite que le Palais Royal soit associé à l'examen des propositions parlementaires. Son vœu ne sera pas exaucé.

En fait, le tournant de 1945 est important mais il reste limité². Le Conseil d'État est enfermé dans l'espace gouvernemental alors que la « balle » législative est essentiellement dans le camp parlementaire. Pour passer d'une simple évolution à une véritable rupture, il faut une « révolution » qui interviendra seulement avec la V^e République.

Il faudra attendre la constitution du 4 octobre 1958 pour que le gouvernement puisse devenir, au sens plein du terme, un pouvoir législatif et qu'il « entraîne » avec lui le Conseil d'État³.

¹ *Le Conseil d'État, son histoire à travers des documents d'époque (1799-1974)*, Paris, éditions du CNRS, 1974, p. 851.

² L'institution d'une consultation obligatoire, des besoins législatifs urgents et importants vont notablement accroître l'activité consultative du Conseil d'État. « De 1945 à 1949, la plupart des projets de loi furent présentés comme des projets urgents. Sur cette base, le Conseil d'État examina 473 projets en 1945/1946, 220 en 1946/1947, 243 en 1947/1948 et 215 en 1948/1949 », *Le Conseil d'État, son histoire à travers des documents d'époque (1799-1974)*, Paris, éditions du CNRS, 1974, p. 850.

³ L'exemple le plus récent et le plus éloquent de cette « métamorphose » est certainement le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques. Adopté sur la base d'une ordonnance confiant le chantier législatif au gouvernement, il a été largement inspiré par les travaux du Conseil d'État (Voir : Daniel Labetoulle, Présentation du Code général de la propriété des personnes publiques, JCP A ,

En définitive, au-delà de différences statutaires, les Conseils des III et IV^e Républiques se ressemblent. Tous deux, subissent, dans leur action législative, les effets d'une « souveraineté » parlementaire.

Ces effets sont, en vérité, ambivalents. D'un côté, le régime d'assemblée favorise l'intervention du Conseil d'État lorsqu'il s'agit d'appliquer, de compléter, la loi. Autrement dit, il lui accorde une place importante en tant que « légiste », en tant qu'assistant du législateur¹ ».

D'un autre côté, le régime d'assemblée réduit considérablement la participation du Conseil d'État à la rédaction des lois, à la préparation des textes législatifs. En d'autres termes, il marginalise la figure du Conseil d'État législatif.

En définitive, de 1875 à 1958, on assiste à une double tendance : une certaine confiance à l'égard d'un « Conseil d'État-Légiste » (I) et, parallèlement, une défiance certaine à l'égard d'un « Conseil d'État-Législatif » (II).

I. Une certaine confiance à l'égard d'un « Conseil d'État-Légiste »

Tout au long des III et IV^e Républiques, l'installation des vice-présidents du Conseil d'État est l'occasion de rappeler que la fonction législative du Palais Royal réside surtout dans sa participation prépondérante aux règlements d'administration publique². Ce travail est d'autant plus florissant qu'il est nécessaire et qu'il ne semble pas heurter *a priori* le dogme de la « souveraineté » parlementaire.

En effet, la loi ne se suffit pas à elle-même. Elle doit être complétée par différentes mesures. Dans cette optique, le Conseil

23 octobre 2006, 1243). Pour une analyse du pouvoir législatif sous la V^e République : Roland Drago, « La confection de la loi sous la V^e République : pouvoir législatif ou fonction partagée ? », *Revue Droits*, Paris, Presses Universitaires de France, n° 43, 2006.

¹ L'expression est d'Édouard Laferrière. Elle a été prononcée lors de son discours d'installation, le 28 janvier 1886, Arch. C.E. P.v Ass. gén., 28 janvier 1886, p. 67 et suiv.

² Le règlement d'administration publique se définit comme un décret, pris sur l'invitation du législateur, après avis de l'assemblée générale du Conseil d'État et qui détermine les conditions d'applications de la loi. À partir de 1945, il est supplanté par des « décrets en Conseil d'État » qui remplissent la même fonction mais qui nécessitent une procédure moins solennelle (l'avis d'une « simple » section administrative).

d'État apparaît comme le « bras séculier », le serviteur, de la volonté législative. Sa compétence technique, le fait qu'il soit étranger au « chaudron » politique, le désigne naturellement pour cette fonction.

En fait, la distinction entre l'application de la loi et la confection de la législation est purement formelle. Matériellement, elle est très mince voire impossible à définir. On pense à la métaphysique décrite par Chateaubriand au sujet de la réglementation des amendements : « Une métaphysique politique sans rivage et sans fond¹ ».

Dans les discours, la frontière entre « l'application et la création » de la législation est présentée comme une évidence. Mais une évidence qui, finalement, se révèle fragile et même spécieuse. Ainsi, Alfred Picard explicite, lors d'une assemblée générale, la ligne de conduite du Conseil d'État : « éviter avec un soin scrupuleux d'empiéter sur la souveraineté du pouvoir législatif, (en) donn(ant) à la loi toute sa valeur exécutive² ».

Ce même Alfred Picard, dans le même discours, lors de la même cérémonie va toutefois préciser que les lois présentent des lacunes, des imperfections qu'il appartient au Conseil d'État de rectifier³. Dès lors, tout en invoquant « un devoir de stricte fidélité à la pensée du législateur », il ne s'agit plus d'appliquer mais de corriger la loi⁴. Le vice-président du Conseil d'État avoue implicitement que l'examen des règlements d'administration publique conduit le Palais-Royal à quitter le domaine exécutif pour entrer dans celui de la co-législation⁵.

Ce faisant, Picard ne crée pas de scandale. D'ailleurs, il peut s'appuyer sur des précédents. On trouve des propos similaires à ceux

¹ La Monarchie selon la Charte in *Grand Écrits politiques, Paris, Imprimerie nationale*, t. II.

² Assemblée Générale du 7 mars 1912. Cité in Pascale Gonod, *La Présidence du Conseil d'État républicain*, Paris, Dalloz, 2005, p. 80.

³ « Je ne crois pas manquer au respect dû aux Chambres en disant que, parfois, les lois présentent certaines lacunes, comprennent des dispositions nécessitant quelques raccords ; c'est la conséquence inévitable des conditions dans lesquelles se déroulent les travaux et les débats parlementaires, des compromis qu'engendre le choc d'opinions divergentes, du vote d'amendement dont la répercussion ne peut pas être immédiatement perçue », *id.*

⁴ *Id.*

⁵ La nature juridique de la consultation du Conseil d'État importe peu. Les observations faites au sujet du règlement d'administration publique (et donc de l'intervention de l'Assemblée Générale du Conseil d'État) s'appliquent également au « décret en Conseil d'État ». Dans ce dernier cas, la procédure est différente, moins lourde. Néanmoins, l'influence des avis du Conseil sur l'œuvre législative est comparable.

tenus en 1912 sous la plume d'illustres prédécesseurs et la rhétorique n'est pas toujours de mise.

À la différence d'Alfred Picard, Édouard Laferrière assume ouvertement l'action législative du Conseil d'État. Dans un article paru dans le journal *Le Temps*, il évoque l'œuvre législative du Palais-Royal et le démembrement du pouvoir parlementaire¹. Cela étant, avec des mots assez tranchants, Laferrière souligne un point essentiel : le Conseil d'État gère une situation créée par les chambres elles mêmes². C'est l'inflation législative, la mauvaise qualité des lois, parfois le manque de courage politique, qui sont en cause.

La responsabilité du Parlement désamorce les critiques éventuelles. En fait, on ne soupçonne pas le Conseil d'État d'« abuser » des règlements d'administration publique. Les parlementaires ne l'accuse pas d'utiliser un « cheval de Troie » afin d'investir le domaine législatif.

L'externalisation, en dehors des Chambres, du travail législatif est non seulement, d'une certaine façon, volontaire mais également consciente. Ainsi, Vincent Auriol n'hésite pas (lors d'une cérémonie au Conseil d'État) à déclarer : « En matière sociale vous cessez d'être des juges pour devenir en quelque sorte des législateurs³ ».

Le Garde des Sceaux se contente de rappeler une réalité admise et connue de tous. En effet, certains épisodes fameux marquent les esprits et illustrent, jusqu'à la caricature, l'emprise du Conseil d'État sur la confection des Lois. Le texte dit des « 8 heures » est symbolique. En

¹ Édouard Laferrière, « Du rôle du Conseil d'État dans la préparation des lois », *Le Temps*, 12, 14 et 27 novembre 1889, cité in Pascale Gonod, *Édouard Laferrière*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 207.

² Édouard Laferrière ne se réjouit absolument pas de cet état de fait. À ses yeux, il rend encore plus insupportable le refus (net et constant) d'associer directement le Conseil d'État à la préparation des textes législatifs : « Il est de principe que le règlement d'administration publique ne peut pas corriger la loi ; il ne peut que la compléter. Le Conseil d'État ne peut pas rendre après coup des services qu'on a négligés de lui demander en temps opportun » (« Du rôle du Conseil d'État dans la préparation des lois », *Le Temps*, 12, 14 et 27 novembre 1889, cité in Pascale Gonod, *Édouard Laferrière*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 207). En réalité, le vice-président du Conseil d'État se laisse emporter par son combat. Défenseur acharné d'une intervention directe du Palais Royal dans le processus législatif, il cultive le paradoxe. Quelques lignes avant de relativiser l'impact législatif du règlement d'administration publique, il insiste sur les conséquences de l'extension du pouvoir réglementaire : « Le gouvernement, en Conseil d'État, est chargé de légiférer » (*op. cit.*, p. 207).

³ Assemblée Générale du 28 octobre 1937, Installation de Georges Pichat à la vice-présidence du Conseil d'État, Arch. C.E.

effet, il se contente de renvoyer à un règlement d'administration publique. Voyant arrivé cette « copie » vierge, le vice-président de l'époque ne peut s'empêcher de dire : « Toute l'œuvre législative nous est confiée¹ ».

Cette déclaration est d'autant plus saisissante que, dans le même temps, les III^e et IV^e Républiques se défient d'un « Conseil d'État Législatif ». Elles acceptent que le Palais Royal soit une assemblée de légistes qui participe indirectement, sur la base d'une habilitation, à l'œuvre législative. En revanche, elles s'opposent à ce que le Conseil d'État prépare les textes et intervienne, de plein pied, dans la préparation des lois².

II. Une défiance certaine à l'égard d'un « Conseil d'État-Législatif »

De 1875 à 1958, Conseil d'État n'est jamais complètement étranger à la préparation de la loi. Deux textes, votés sous la III^e République, prévoient même une consultation obligatoire du Palais-Royal s'agissant des chemins de fer locaux et de la création de communes ou de syndicats communaux³.

Cela dit, l'intervention du Conseil d'État est largement cantonnée à des textes d'intérêt locaux. Il existe une ligne de démarcation entre les grands débats nationaux (que se réserve la chambre) et des projets plus techniques, plus circonscrits, (que l'on confie au Conseil d'État).

Cette division des tâches renvoie à un axiome : « La participation du Conseil d'État est ramenée à ce qui est compatible avec l'existence

¹ Henry Hébrard de Villeneuve, Arch. C.E.

² Édouard Laferrière a parfaitement conscience de cette situation : « Ouvrez les lois les plus importantes votées dans ces dix dernières années...vous y trouverez presque toujours cette disposition devenue presque une clause de style : "Un règlement d'administration publique déterminera les conditions d'application de la présente loi, notamment sur les objets suivants..." ». En d'autres termes, la loi se borne à proposer des principes et elle dit ensuite au Conseil d'État : avec ce brouillard faites de la lumière ! On arrive ainsi au résultat singulier que le Conseil d'État, à qui l'on ne veut pas demander un simple avis pendant que la loi s'élabore, est appelé à prendre de véritables décisions une fois que la loi est faite : décisions qui portent non seulement sur les questions d'exécution et de procédure rentrant dans l'exercice du pouvoir réglementaire, mais sur des questions d'ordre essentiellement législatif » (« Du rôle du Conseil d'État dans la préparation des lois », *Le Temps*, 12, 14 et 27 novembre 1889, cité in Pascale Gonod, *Édouard Laferrière*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 207).

³ Loi du 11 mars 1880 et loi du 5 avril 1884.

de chambres élues, interprètes de la volonté du peuple. Il ne peut être associé à la création des lois qu'occasionnellement et comme une sorte d'expert¹ ».

Globalement, cette conception n'est pas contestée mais certains plaident pour une évolution. De nombreux discours d'installation des vice-présidents, insistent sur la nécessité de renforcer la place de leur institution dans la préparation des lois². Édouard Laferrière est certainement le militant le plus actif. Il défend dans la presse et auprès de l'Élysée l'idée d'une « collaboration législative du Conseil d'État³ ».

Cette revendication est plutôt bien perçue et elle survivra au départ de Laferrière. Elle est relayée par la doctrine publiciste. Waline, Hauriou, Barthélemy insistent sur la possibilité, l'utilité (voire la nécessité) de concilier « régime parlementaire et action législative du Conseil d'État⁴ ». Parallèlement, quelques députés déposent des propositions de loi qui vont dans le même sens⁵.

Néanmoins, l'action du Conseil d'État reste entravée par une définition parlementariste de la fonction législative. Le désenchantement suscité, dans les années 30, par « la souveraineté parlementaire » ne profite pas au Palais-Royal⁶. De même, le développement des décrets-lois, l'entrée sur la scène législative du gouvernement, ne favorise pas l'intervention du Conseil d'État dans la préparation des textes⁷. L'ébranlement du modèle classique du

¹ Théodore Tissier, 17 mars 1932, cité in *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents de l'époque*, Paris, CNRS, 1974, p. 743.

² Certains membres du Conseil d'État ne partagent pas ce point de vue : Henry Chardon, *L'Administration de la France*, Paris, 1908, p. 397-400.

³ Ch. Dép., séance du 18 juin 1888, *J.O. Déb. Parl.*, p. 1888. Laferrière accepte le soutien de toutes les bonnes volontés. Ainsi, il reprend à son compte, dans un discours prononcé, le 21 mai 1896, le projet (proposé par un parlementaire) « d'une sorte de Conseil d'État parlementaire qui au point de vue juridique réviserait ce que des grandes commissions parlementaires auraient fait d'un point de vue législatif ». Arch. C.E.

⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, p. 463. Joseph Barthélemy, Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1993, p. 676 s. Marcel Waline, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1936, p. 67.

⁵ Ex : Projet « Floquet » (*J.O. Doc. Parlem.*, Chambre, 1888, n° 2, 171), proposition « Ricard » (*J.O.*, 30 mai 1891), proposition « Marin » (*J.O.*, 23 janvier 1920).

⁶ Voir, à titre d'exemple, les écrits d'un ancien membre du Conseil d'État devenu président du Conseil : Léon Blum, *À l'échelle humaine* in *L'œuvre de Léon Blum*, Paris, Albin Michel, 1972, t. V.

⁷ Daniel Rusu, *Les Décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875*, thèse, Bordeaux, 1942.

« Législateur-parlementaire » ne conduit pas l'Assemblée nationale à changer sa « jurisprudence » et à consulter le Palais Royal¹.

En vérité, les résistances auxquelles se heurte le Conseil d'État ne sont pas purement et simplement institutionnelles. Les mentalités, les croyances, jouent un rôle non négligeable.

D'abord, il y a la crainte des parlementaires d'être dépossédés de leur compétence et même simplement de subir une influence qui ruinerait leur autonomie de jugement, leur liberté de décision. Ensuite, la conviction que le suffrage universel délivre une compétence globale est indiscutablement un frein à la consultation du Conseil d'État².

Au-delà de données culturelles, des éléments sociologiques peuvent également expliquer la faiblesse des attributions législatives du Palais-Royal. Comme le souligne MM. Barthélemy et Duez, « les bureaux constitués au Parlement éprouvent sans doute une certaine jalousie à l'égard du Conseil d'État. Les ministres préfèrent-ils la docilité de leur entourage immédiat à la compétence de la Haute Assemblée³ ? »

En définitive, l'œuvre législative du Conseil d'État est totale dépendante du contexte institutionnel mais également de la culture politique du moment⁴. C'est parfaitement évident mais encore faut-il le

¹ Article 8 de la loi du 24 mai 1872 : « Le Conseil d'État donne son avis sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée nationale juge à propos de lui renvoyer ».

² Une séance de la chambre des députés illustre ce dernier point. Les parlementaires « planchent » sur une réforme des tribunaux de commerce. Des difficultés juridiques entravent le débat. Le représentant du gouvernement propose de saisir le Palais-Royal. Le député Gatineau s'exclame alors : « En quoi le Conseil d'État peut-il nous éclairer ? N'avez-vous pas des lumières suffisantes ? », cité in Jacques Auboyer-Treuille, *Les Évolutions des attributions législatives du Conseil d'État*, thèse, Paris, 1938, p. 264. Certains députés sont plus prudents. M Grousseau déclare notamment, lors de la séance du 10 janvier 1933 : « L'art de composer les lois supposait quelque talent dont la souveraineté du peuple ne suffisait pas toujours à doter tous les représentants », *id.*, p. 221.

³ Joseph Barthélemy, Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 557.

⁴ Le Conseil d'État sous la V^e République : Guy Braibant, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration de la loi » in *Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 91 ; Jean Massot, « La fonction consultative du Conseil d'État », *Revue Administrative*, 2000, n° spécial, p 21 ; Michel Bernard, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État », *Études et Documents du Conseil d'État*, 1995, n° 46, p. 439 ; Yves Gaudemet, « Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif » in *Conseil Constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1988, p. 87 ; André Jeannot-Gasnier, « La contribution du Conseil

démontrer. Une seule phrase, prononcée par Michel Debré, résume à elle seule les rapports entre le Palais-Royal et le régime d'assemblée : « Il manquerait quelque chose à la République s'il n'y avait point auprès du gouvernement un conseiller pour orienter *sa* législation¹ ».

Cette phrase pouvait difficilement être prononcée avant 1958. Elle signifie que la défiance à laisser la place à la confiance. Elle montre que la pleine association du Conseil d'État à la législation (au travers de l'exécution comme de la préparation de loi) passe, historiquement, par l'émergence d'un authentique pouvoir législatif... gouvernemental.

d'État à la fonction législative », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1998, p. 1131.

¹ Cité in Georges Maleville, *Conseiller d'État. Témoignage*, Paris, 1979, Litec, p. 231.