

Jean-François Théry poursuit dans ce numéro ses réflexions institutionnelles en s'interrogeant cette fois-ci sur la possibilité de création à l'échelle européenne d'une institution ayant des fonctions analogues à celles du Conseil d'État français.

Un improbable « Conseil d'État européen ». Et pourtant...

Jean-François Théry

Jean-François Théry est ancien président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État.

Le Conseil d'État joue en France un rôle original. Il est le conseiller juridique du gouvernement et, à ce titre, il est obligatoirement consulté sur les projets de loi avant leur transmission au Parlement et sur les principaux projets de règlements pris pour l'application des lois¹. Il veille au respect de la Constitution et des traités internationaux auxquels la France a adhéré et il assure la cohérence de la législation. Le gouvernement peut en outre lui demander des avis sur les problèmes juridiques et administratifs qu'il doit gérer et le Conseil d'État, par ses rapports et ses études, lui présente des suggestions et, plus formellement, des propositions.

La Constitution de l'an VIII², qui a créé le Conseil d'État, lui a notamment confié le soin de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative », ce qui l'a amené à construire progressivement le droit administratif, en particulier par la création d'une commission du

contentieux proposant aux ministres des solutions aux litiges nés entre les citoyens et leurs services. Peu à peu ladite commission a acquis son indépendance et elle est devenue une juridiction administrative autonome chargée de trancher elle-même les litiges. Par l'institution du « recours pour excès de pouvoir », le Conseil d'État a fait respecter par sa jurisprudence la soumission de l'État au droit, tout acte administratif devant être conforme à la loi pouvait être annulé s'il ne l'était pas. Le Conseil d'État est alors devenu le juge de la légalité, ce qui l'a amené à interpréter les lois, à déterminer le cadre de leur application et à trancher les conflits entre lois. Et le recours pour excès de pouvoir est désormais ouvert de plus en plus largement à tous les citoyens.

Le succès de ces recours et le développement de la responsabilité administrative ont obligé le Conseil d'État à se décharger des litiges de première instance sur des tribunaux administratifs régionaux, dont

¹ Ou en vertu du pouvoir réglementaire dit « autonome », confié au gouvernement par l'article 37 de la Constitution, pour les textes qui ne relèvent pas de la loi.

² Il s'agit de la Constitution instaurant en 1799 le Consulat après le 18 Brumaire.

les jugements étaient susceptibles d'appel devant lui, puis des litiges de seconde instance sur les huit cours administratives d'appel, lui-même restant le dernier recours et le principal acteur de la jurisprudence. Il en est ainsi venu à constituer un ordre complet de juridiction, entièrement indépendant de l'autorité judiciaire et pratiquement autogéré, tout en restant dans la mouvance du pouvoir exécutif.

Dès le Consulat le Conseil d'État fut composé des principaux responsables de l'administration et de juriconsultes. La création de l'auditorat permit de recruter et de former un corps de jeunes juristes de très haut niveau, auxquels le « tour extérieur » permit de joindre des fonctionnaires et responsables de la société civile expérimentés. Parmi ce corps de juristes et d'administrateurs, les gouvernements ont pris l'habitude de choisir les fonctionnaires à qui ils entendaient confier des missions et des responsabilités particulières.

LES SPÉCIFICITÉS DU « MODÈLE » FRANÇAIS

Le Conseil d'État, par ses avis, par sa jurisprudence, par la participation de ses membres à l'administration et aux juridictions de l'Union européenne, a apporté à la construction juridique de l'Europe un important concours. Parmi les magistrats de la Cour de justice de l'Union européenne et du Tribunal de première instance, il y a toujours un ou plusieurs membres du Conseil d'État. Ainsi est née l'idée qu'on pourrait doter l'Union d'un Conseil qui jouerait auprès d'elle le même rôle que le Conseil d'État français.



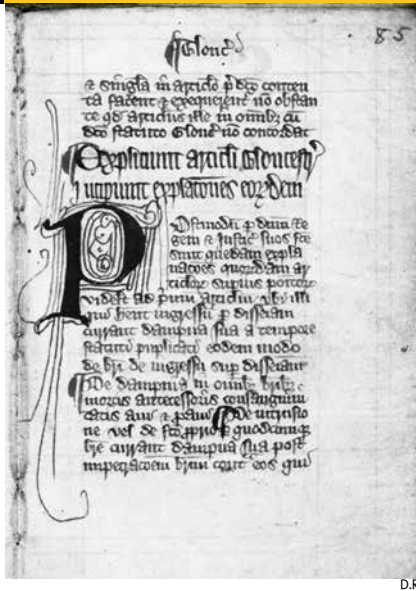
PHOTO (C) RWIN-GRAND PALAIS (CHÂTEAU DE VERSAILLES) - © HERVÉ LEVANDOWSKI

À la vérité, cette idée se heurte à de profondes difficultés. La première réside sans doute dans la diversité des systèmes juridiques au sein de l'Union.

En France, et dans les pays de l'Union qui sont plus ou moins attachés aux mêmes finalités que le droit français (plusieurs pays-membres de l'Union ont un Conseil d'État : les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg, l'Italie, l'Espagne, la Grèce...), l'État est soumis au droit, mais pas nécessairement au droit commun de la société civile. L'arrêt Bianco³ de 1873 est fondateur du droit public de la responsabilité, qui ne se confond pas avec le droit commun. Cet arrêt stipule en effet que « la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le

Installation du Conseil d'Etat au palais du Petit-Luxembourg, le 25 décembre 1799, peinture d'Auguste Couder (1789-1873)

³ Tribunal des conflits, 8 février 1873.



Première page de *Magna Carta*, la Grande Charte anglaise des libertés (incunable du XIV^e siècle)

service public ne peut être régie par les principes qui sont établis pour les rapports de particulier à particulier [...]. Cette responsabilité a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Selon ce système juridique, l'État est ainsi distinct des organisations privées, c'est une entité reposant sur le concept de souveraineté et sur le monopole de l'autorité. Il est d'abord régalien, c'est-à-dire qu'il dispose de la force publique, de la monnaie et de la justice, qu'il crée la loi et la met en œuvre ; ses actes sont exécutoires par eux-mêmes et sont susceptibles d'exécution forcée. Au-delà des compétences régaliennes, l'État constitue et met en œuvre un ensemble de services publics nécessaires à la vie collective. Ces diverses activités sont régies par le droit public : droit constitutionnel, droit administratif et ses divers composants comme le droit fiscal, qui ont tous pour objet de contrôler le pouvoir pour éliminer l'arbitraire, tout en assurant la prééminence de l'intérêt général.

Cette conception de l'État comme un ensemble de services publics, accompagnée d'une tendance jacobine ancienne à la centralisation et d'une petite influence des idées socialistes, notamment proudhoniennes, confiée à l'État en France une configuration particulière : il est omniprésent et centralisé, protecteur des citoyens, plus soucieux d'égalité que de liberté, ce qui lui a valu au XX^e siècle le nom d'« État-Providence » succédant, avant et surtout après la Seconde Guerre mondiale, à l'« État-Gendarme » des siècles précédents, (celui-là même que les actuels réformateurs libéraux voudraient ressusciter en resserrant les compétences de l'État autour de ses fonctions régaliennes.) La sécurité sociale, les entreprises publiques, les grands services publics en réseau, la planification indicative, l'aménagement du territoire et l'arsenal de législations pédagogiques et incitatives de nature économique, sociale et environnementale donnent ses caractéristiques à cet État « à la française ».

LES DIFFÉRENCES RADICALES DU DROIT ANGLO-SAXON

Le droit anglo-saxon n'a pas du tout les mêmes fondements que le droit français ou d'inspiration française : il est construit sur la primauté de la liberté des citoyens (garantie par la *Magna Carta* de 1215) et sur la liberté contractuelle et il est régulé par le marché, censé rendre un meilleur compte du bien commun parce qu'il est régi par la conciliation des intérêts individuels. Les peuples de droit anglo-saxon ne mettent pas leur confiance dans l'État, ils s'en méfient

plutôt car l'action de l'État, eût-elle pour objet la protection des droits des citoyens les plus démunis, conduit nécessairement à une certaine diminution du champ des libertés. L'État est perpétuellement suspecté d'abus de pouvoir. Rien n'est plus étranger au droit anglo-saxon que la maxime de Lacordaire : « Entre le riche et le pauvre, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit ». Et l'on ne peut manquer de se souvenir que Lacordaire est catholique, religieux dominicain, alors que le droit anglo-saxon est d'inspiration luthérienne et calviniste, fondé sur une libre interprétation personnelle de la Bible, c'est-à-dire contraire à la tradition hiérarchique de l'Église catholique.

Dans le droit anglo-saxon le pouvoir exécutif n'est pas maître de l'État : ce n'est pas l'exécutif qui propose (et d'une certaine manière impose) la loi au Parlement, c'est au contraire le Parlement qui pilote l'exécutif. Le droit constitutionnel n'existe pas au Royaume-Uni et, si les États-Unis ont une Constitution, celle-ci a été un instrument de libération des colonies américaines contre la puissance britannique. Le droit public existe cependant mais comme une branche du droit commun et l'interprétation de la loi appartient aux tribunaux ordinaires, qui se réfèrent principalement à la *Common Law*, c'est-à-dire à la jurisprudence qui récapitule la tradition juridique des Cours de justice depuis la nuit des temps. Plusieurs juristes britanniques éminents se sont intéressés au droit public français et ont tenté d'acclimater au Royaume-Uni les concepts de la jurisprudence administrative mais sans les conceptions institutionnelles françaises...

L'État anglo-saxon est ainsi, pourrait-on dire, *une entité parmi d'autres*, soumise au droit commun et considérée avec méfiance en raison des limites qu'il est susceptible d'apporter à la liberté, notamment à la liberté d'expression ou à la liberté du commerce et de l'industrie... Le respect des droits et libertés ne repose pas principalement sur des déclarations et des principes mais sur un droit *procédural* exigeant (dont l'*Habeas Corpus*). Quant à l'administration, en dehors des ministères régaliens (Affaires étrangères, Défense, Police, Trésor) elle est composée de services souvent décentralisés, aux mains des collectivités locales et d'agences spécialisées qu'on appellerait en France des « autorités administratives indépendantes », autorégulées et comportant des commissions de résolution des conflits tenant lieu de juridictions administratives. On ne voit donc pas ce que serait la place, au sein du *civil service*, d'une instance administrative de Conseil, compétente notamment pour la rédaction des projets de lois et de règlements, ou juridictionnelle.

LA DOMINANTE ANGLO-SAXONNE DU FONCTIONNEMENT DE L'UNION EUROPÉENNE

Si le droit européen institutionnel doit beaucoup, formellement, aux conceptions du droit français, de fait le fonctionnement des organismes de l'Union est beaucoup plus proche des conceptions du droit anglo-saxon. Le droit européen est un droit *négocié* entre les États-membres, dont l'objectif originel est l'établissement d'un marché unique, débarrassé de tous les obstacles à la libre concurrence,

ce qui suppose la prédominance du droit *contractuel* et le respect de ces procédures. Les instruments juridiques adoptés par l'Union ou par la Commission sont dominés par la « comitologie », c'est-à-dire par la confrontation des *lobbies* concernés. Quant à l'interprétation des traités, elle est confiée au Tribunal et à la Cour de justice de l'Union, qui en ont l'exclusivité et qui y procèdent lors de l'examen des litiges contentieux ou des questions préjudicielles posées par les Cours de justice et Tribunaux des États-membres. Là non plus, on ne voit donc pas très bien ce que serait la place d'un Conseil d'État européen conçu sur le modèle du Conseil d'État français.

LES INSTITUTIONS JURIDIQUES EUROPÉENNES DEVRONT NÉANMOINS ÉVOLUER AVEC CELLES DE L'UNION

L'Union européenne, aujourd'hui, n'est plus uniquement le marché commun. L'institution déjà ancienne des « politiques communes » et les nouveaux « piliers » institués par les traités de Maastricht et de Lisbonne ouvrent de nouveaux chantiers qui ne pourront pas longtemps éviter la constitution d'un droit européen autre qu'économique, dont il faudra assurer la cohérence, une fonction que l'actuelle « comitologie » ne peut pas prendre en charge car il ne s'agit pas d'une conciliation d'intérêts privés. Une institution chargée de l'étude, de la conception et de la synthèse juridique au niveau de l'Union pourrait alors être nécessaire. Il ne s'agit pas de substituer cette institution au Conseil de l'Union européenne, à la Commission ou au

Parlement européen mais de la placer, comme le Conseil d'État français, *après* de ces autorités.

Une telle institution pourrait améliorer le fonctionnement des procédures de mise en œuvre des Traités européens, non en se substituant progressivement à la « comitologie » mais en la complétant par une ouverture aux considérations d'intérêt commun à l'Union au-delà des seuls intérêts du marché, des entreprises et des corporations. Si, d'autre part, on parvenait à mettre en place des services publics européens⁵ avec des investissements communs d'intérêt général, la définition des objectifs et des modalités d'exploitation de ces services exigerait un niveau de réflexion et de mise en œuvre juridique qui aujourd'hui n'existe pas. C'est pourquoi on peut penser que s'imposera un jour ou l'autre la création d'une telle institution. Elle ne saurait être à proprement parler un « Conseil d'État » tant qu'il n'y aura pas de véritable « État » européen. Mais, dans l'état actuel de l'organisation institutionnelle de l'Union européenne, on pourrait commencer par doter la Cour de justice de l'Union de nouvelles compétences consultatives, lui permettant de répondre aux demandes d'avis du Conseil de l'Union, de la Commission européenne et du Parlement européen. ☉

⁵ Voir mon article dans le précédent numéro de *Diasporiques* : « Redéfinir le concept de services publics à l'échelle européenne », n° 42, p. 20-25.