



Le Conseil d'État face aux circonstances exceptionnelles

Jean Massot

DANS **LES CAHIERS DE LA JUSTICE 2013/2 N° 2**, PAGES 27 À 39
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 1958-3702

ISBN 9782996213022

DOI 10.3917/cdlj.1302.0027

Date de mise en ligne : 01/04/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2013-2-page-27?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le Conseil d'État face aux circonstances exceptionnelles

par Jean Massot

Jean Massot, Président de section (h) au Conseil d'État

Plutôt qu'un revirement immédiat à la Libération, la mise en œuvre d'un contrôle poussé sur les décisions prises dans le cadre (ou sous le prétexte) de circonstances exceptionnelles par le Conseil d'État s'est faite de manière très progressive. Pour étudier cette évolution qui n'est sans doute pas terminée, cet article analyse trois périodes cruciales de la vie du Conseil : les deux premières guerres mondiales, le régime de Vichy et la guerre d'Algérie.

Rather than an immediate U-turn at the Liberation, the implementation of full judicial review by the Council of State of Government's decisions made in the framework (or on the pretext) of exceptional circumstances came about very gradually. In a study of this evolution – which is probably not finished – this article analyses three crucial periods in the development of the role of the Council: the two World Wars, the Vichy Regime, and the Algerian War.

Introduction

Il serait exagérément optimiste de penser que le Conseil d'État avait perçu dès 1944 tous les enseignements que l'on pouvait tirer de l'application excessive de la théorie des circonstances exceptionnelles pendant la période du régime de Vichy. Certes, son rôle consultatif allait être renforcé par la règle selon laquelle il serait désormais consulté sur tous les projets de loi et par son

rattachement à Matignon et non plus à la Chancellerie mais, sur le plan juridictionnel, ce ne sera qu'en 1987 que les tribunaux inférieurs seront détachés du ministère de l'Intérieur pour être gérés par lui¹. Certes aussi, sous l'impulsion de son nouveau vice-président, René Cassin, il allait développer la théorie naissante des principes généraux du droit et l'appliquer aux actes de l'exécutif. Mais, il faudra attendre les débuts de la V^e République pour que la question de la place exacte de ces principes dans la hié-

1. Et que sera créé un Conseil supérieur des tribunaux administratifs, pendant du CSM.

rarchie des normes soit posée (sect. 26 juin 1959, Syndicat des Ingénieurs-Conseils, Rec. p. 394 et Grands arrêts de la jurisprudence administrative, ci-après GAJA, 18^e édition, n° 75, p. 501). Certes aussi, le Conseil tirera les conséquences du rétablissement de la légalité républicaine en déclarant inapplicables les actes les plus graves de « l'autorité de fait se disant gouvernement de l'État français », mais ce sera pour en déduire, jusqu'à l'arrêt Papon du 12 avril 2002, que ces actes, qui n'ont pas été accomplis au nom de la « vraie France », ne peuvent engager la responsabilité de la puissance publique. Certes aussi, il acceptera, à l'occasion de la guerre d'Algérie, d'exercer un certain contrôle sur la mise en œuvre de l'état d'urgence, mais ce sera un contrôle fort restreint jusqu'aux décisions intervenues en 1985 à l'occasion de son application en Nouvelle-Calédonie, puis à propos de sa nouvelle mise en œuvre en 2005 au moment des émeutes des banlieues.

Trois périodes sont à considérer pour décrire cette évolution qui n'est sans doute pas achevée :

- les deux premières guerres mondiales,
- le régime de Vichy,
- la guerre d'Algérie.

I. Les deux premières guerres mondiales et la naissance de la théorie des circonstances exceptionnelles

On date couramment la naissance de la théorie des circonstances exceptionnelles de l'arrêt du 28 juin 1918 – Heyriès (Grands arrêts de la jurisprudence administrative, GAJA, n° 31, p. 188), qui admet, « à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, les pouvoirs publics » le 10 septembre 1914², la légalité du décret de ce jour du président de la République suspendant l'application d'une loi, le célèbre article 65 de la loi du 22 avril 1905, qui prescrit la communication de son dossier à tout fonctionnaire avant que soit prise à son encontre une mesure disciplinaire.

En réalité, comme le rappellent les commentateurs des Grands arrêts, le Conseil avait déjà admis des empiètements du pouvoir réglementaire sur le domaine législatif à raison de l'urgence, par exemple la convocation pour une période militaire des cheminots en grève générale³ (18 juill. 1913, Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies, Rec. p. 875 avec conclusions Helbronner⁴). Après tout, en dérogeant aux règles normales de compétence et en appliquant ce qu'on appellera plus tard la théorie du « fonctionnaire de

2. C'est le jour de la fin victorieuse de la bataille de la Marne, longtemps indécis. Le gouvernement qui a quitté Paris pour Bordeaux depuis le 2 septembre n'est toujours pas revenu dans la capitale.

3. À l'époque, le droit de grève n'est pas reconnu aux agents publics.

4. Tragédie de l'histoire, le commissaire du gouvernement Helbronner sera la victime pendant la Seconde Guerre mondiale de l'application dévoyée de cette théorie des circonstances exceptionnelles puisqu'il mourra à Auschwitz.

fait », le Conseil d'État ne faisait que reprendre à son compte la jurisprudence développée par la Cour de cassation dans l'affaire des mariages de Montrouge (Cass. 7 août 1883).

Le complément de cette décision Heyriès est l'arrêt Dames Dol et Laurent du 28 février 1919 (GAJA n° 33, p. 204) qui explicite le contrôle que le juge doit exercer sur les mesures de police prises pendant la période de guerre et pour les besoins de la défense nationale. Ce n'est qu'« en fonction de ces nécessités et des circonstances de temps et de lieu, de la catégorie des individus visés et de la nature des périls qu'il importe de prévenir » que le Conseil admet la légalité des mesures prises par le préfet maritime de Toulon en 1916 pour limiter, dans le camp retranché de Toulon,⁵ l'exercice de leur profession par les requérantes « se disant filles galantes ».

Cette théorie des circonstances exceptionnelles a trouvé tout naturellement à s'appliquer aux mesures de survie prises par des autorités de fait se substituant aux autorités légales au moment de l'exode de 1940 (Ass. 7 janv. 1944, Lecocq, Rec. p. 5) ou à celles prises par le commissaire à la guerre du Gouvernement provisoire de la République française à la Libération le 27 août 1944⁶ (Ass. 16 avr. 1948, Laugier, Rec. p. 161) avec, dans ce dernier cas, le même rappel, dans l'arrêt, et les conclusions du

commissaire du gouvernement Letourneur, du contrôle très strict exercé par le juge administratif sur le caractère vraiment exceptionnel des circonstances de temps et de lieu et sur la proportionnalité de la mesure⁷.

Rien dans tout cela ne révèle une complaisance excessive du Conseil d'État envers l'exécutif, même si la militarisation de cheminots grévistes serait sans aucun doute moins aisément admise aujourd'hui qu'au temps où Clémenceau se disait « premier flic de France ».

II. La période de Vichy et sa postérité

Il n'est pas besoin d'insister sur le caractère exceptionnel du régime lui-même issu de la délégation de pouvoir au maréchal Pétain du 10 juillet 1940 et des premiers « actes constitutionnels », ni sur le caractère dérogatoire à bien des principes de la tradition républicaine des textes adoptés sur ce fondement par les gouvernements successifs et par le chef de l'État lui-même, tantôt sous l'appellation de lois, tantôt sous celle de décrets, notamment des textes d'exclusion jugés nécessaires à la « Révolution nationale ». Tous ne furent pas soumis au Conseil d'État dans ses attributions consultatives⁸, mais il eut évidemment à en connaître dans

5. Où se trouvent les troupes à destination ou en provenance de l'Orient.

6. Les membres du GPRF en route depuis Alger ne pourront se réunir à Paris pour la première fois que le 2 septembre. Voir mon rapport au colloque sur « Le rétablissement de la légalité républicaine » de la Fondation Charles de Gaulle, p. 390.

7. En l'espèce, il s'agissait d'une circulaire mettant en disponibilité tous les officiers n'ayant pas rallié la France libre afin d'éviter tout risque d'affrontement comme ceux dont la Syrie avait été le théâtre.

8. Notamment les deux statuts des Juifs ne furent pas soumis à son examen, à la différence de leurs décrets d'application.

ses attributions contentieuses. Quelle fut alors son attitude et quels enseignements en tira-t-il à la Libération ?

Peut-être l'absence de consultation du Conseil sur les lois les plus contestables du régime de Vichy a-t-elle pesé dans la décision déjà évoquée prise par l'ordonnance du 31 juillet 1945 de lui soumettre désormais tous les projets de loi. En tout état de cause, il s'agissait là d'une vieille revendication du Conseil qui d'ailleurs n'aura sa pleine efficacité qu'avec l'instauration en 1958 d'un contrôle de constitutionnalité confié à une instance, certes différente, mais non sans liens avec lui et avec l'élargissement de ce contrôle en matière de libertés publiques avec l'instauration de la QPC en 2008.

Pour en revenir aux enseignements plus certains tirés du régime de Vichy, il me semble qu'il faut distinguer le jugement porté par le Conseil lui-même sur son rôle pendant cette période, jugement plus que bienveillant qui a permis de construire la fiction de la continuité et la conséquence qui a été tirée de cette fiction, à savoir le développement de la théorie des principes généraux du droit. Mais, sur ces deux points, on verra que l'évolution a été progressive.

Un jugement bienveillant progressivement remis en cause

Le rôle joué par le Conseil pendant la période de Vichy est d'abord apprécié avec beaucoup de bienveillance par ses nouveaux

dirigeants. Nul ne peut, certes, ignorer que le Conseil a dû faire l'objet d'une épuration plus sévère que beaucoup d'autres corps (17 membres sur 120), mais c'est essentiellement à raison des fonctions exercées par ses membres détachés auprès du gouvernement, jamais au titre de son rôle institutionnel. De plus, la majorité de ces mesures seront annulées au contentieux dès le début des années cinquante⁹.

Cela n'empêche nullement le nouveau vice-président, René Cassin, de rendre un vibrant hommage à son prédécesseur¹⁰ en saluant, le 23 décembre 1944, celui qui a présidé les « assemblées plénières, n'ayant pas hésité à annuler, en pleine occupation allemande, de nombreuses décisions prises à Vichy en violation des principes fondamentaux de notre droit public ». Le même président Cassin accepte, voire encourage, la publication, dans le premier numéro de la nouvelle revue du Conseil, « Études et Documents », qu'il vient de créer, d'un article d'un membre éminent de la section du contentieux¹¹, le président Tony Bouffandeau, sous l'intitulé « La continuité et la sauvegarde de principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution ». L'auteur entend démontrer que : « le Conseil a choisi de regarder les lois de Vichy comme dérogeant aux principes demeurés en vigueur, d'annuler les décisions prises en méconnaissance de ces principes, qui n'étaient pas fon-

9. À mon arrivée au Conseil en 1963, beaucoup de ces « épurés » occupaient de hautes fonctions au sein de la maison, entourés du respect général.

10. Le président Porché a été mis à la retraite d'office le 11 septembre 1944, sans que la mesure soit présentée comme prise au titre de l'épuration.

11. Il en deviendra président en 1952.

dées sur une disposition législative expresse, enfin d'interpréter restrictivement les lois édictées depuis juillet 1940, à raison de leur caractère de mesures d'exception. »

J'ai personnellement pu constater qu'à mon arrivée au Conseil en 1963 cette « doctrine Bouffandeau » était toujours en vigueur et qu'elle allait être reprise telle quelle dans l'ouvrage collectif publié en 1974, sous la direction de Louis Fougère à l'occasion du 175^e anniversaire de la création du Conseil d'État napoléonien ¹².

L'ébranlement viendra seulement dans les années quatre-vingt à la suite de travaux universitaires tels que ceux des historiens américains Robert Paxton (*La France de Vichy*, 1972, 1^{re} éd. française 1973) et Michaël Marrus (*Vichy et les Juifs* avec R. Paxton 1981) qui, notamment à partir des archives allemandes, mettent à mal la théorie du « Vichy bouclier », en soulignant que l'initiative des textes les plus scélérats ne lui a pas toujours été imposée par l'occupant. Des juristes français vont prendre le relais, tels Olivier Dupeyroux (*L'indépendance du Conseil d'État statuant au contentieux*, RDP 1983, p. 583) ou Jean Marcou (« Le Conseil d'État de Vichy », thèse Grenoble II, 1984) faisant ressortir la faiblesse de l'opposition du Conseil à l'application des textes d'exclusion.

Au sein du Conseil, avec l'accord du vice-président Marceau Long, je peux, dès 1990 ¹³, me livrer à une recherche archivistique

qui me permet de relever que l'interprétation des textes les plus contraires à la tradition républicaine et attentatoires aux droits de l'homme n'a pas toujours été marquée au coin du libéralisme et d'affirmer qu'en participant à l'élaboration, puis à l'application de certains textes, le Conseil s'était « sali les mains ». En 1997, à l'occasion du deuxième centenaire du Conseil ¹⁴, j'ai pu, sous l'autorité du vice-président, Renaud Denoix de Saint Marc, affiner mon

« L'ébranlement viendra seulement dans les années quatre-vingt à la suite de travaux universitaires tels que ceux des historiens américains Robert Paxton et Michaël Marrus qui mettent à mal la théorie du "Vichy bouclier", en soulignant que l'initiative des textes les plus scélérats ne lui a pas toujours été imposée par l'occupant. »

analyse pour mettre au jour des décisions ou des avis faisant une application trop complaisante des législations d'exception, surtout des mesures antisémites, avant de conclure, comme en 1990, que le Conseil n'avait pas voulu risquer sa survie en allant directement contre ces textes, dès lors qu'il leur reconnaissait la valeur de lois ¹⁵. Il lui suffisait pour cela de faire application de sa jurisprudence classique selon laquelle le juge n'est pas compétent pour apprécier la conformité des lois à des principes supérieurs (6 nov. 1936 Arrighi, Rec. p. 966). Pour-

¹². Elle sera encore défendue en 1988 par l'ancien vice-président Bernard Chenot dans une communication à l'Académie des sciences morales et politiques.

¹³. Colloque de l'IHTP « Vichy et les Français », Fayard 1992.

¹⁴. Journée d'études « Le Conseil d'État et les crises » du 14 novembre 1997 à la Sorbonne, publié *in* *Revue administrative*, 1998, et « Vingtième Siècle » avril-juin 1998.

¹⁵. C'est ce qu'exposait dans sa thèse soutenue en 1972 « Le rôle politique du juge administratif français » un auteur pourtant critique, Danièle Lochak.

tant, dans des époques plus calmes, le Conseil n'a pas toujours reculé devant des interprétations « *propter* » sinon « *contra* » *legem*. Au contraire, encore à la fin du régime de Vichy, il réaffirme sa soumission à la loi (22 mars 1944, Vincent S. 1945.3.53, avec conclusions Detton et note Charlier).

Depuis lors, la remise en cause de la lecture « Bouffandeau » s'est poursuivie avec les travaux de Jean-Pierre Dubois (La jurisprudence administrative, in *Le droit antisémite de Vichy*, Seuil, 1996), Marc Olivier Baruch (Servir l'État français, Fayard, 1997)¹⁶, Philippe Fabre (Le Conseil d'État et le régime de Vichy, *Le contentieux de l'antisémitisme*, Publications de la Sorbonne 2002) ou Olivier Carton (Regard sur l'activité consultative du Conseil d'État de 1940 à 1944, RDP 2010, p. 579).

Reste, pour les mesures infra législatives, la question de l'application des principes généraux du droit. On ne peut nier que la naissance de cette théorie, qui fait la part

« Précisément pour le contentieux des mesures individuelles prises en application de ces lois, statuts des Juifs, "aryanisation" des entreprises et "dénaturalisations", on ne trouve malheureusement que la balance habituelle entre les annulations et les rejets, certaines décisions de rejet étant particulièrement choquantes. »

belle au pouvoir créateur du juge, et qui peut s'avérer précieuse pour la protection des droits de l'homme, date de cette période,

¹⁶. Qui pourtant laisse entendre (*op. cit.* p. 164, note**) qu'en appliquant froidement les textes d'exclusion le Conseil mettait le gouvernement en face de ses responsabilités.

même si elle s'est faite dans des conditions de grande discrétion et n'apparaît explicitement que dans les conclusions des commissaires du gouvernement¹⁷, jamais dans la motivation des arrêts. En outre, ce n'est pas dans les domaines les plus sensibles politiquement que le Conseil dégage ces principes, et c'est d'ailleurs plus sur la procédure que sur le fond. Sont ainsi consacrés l'obligation d'un examen au cas par cas pour prendre des mesures d'épuration contre les agents de la fonction publique (Ass. 24 juill. 1942, Piron, p. 233) ou le respect du principe du contradictoire avant de prendre une sanction administrative, en l'espèce le retrait d'une autorisation d'exploitation d'un kiosque de journaux (sect. 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier, GAJA n° 54, p. 344). La seule décision qui fasse application explicite d'un principe et d'un principe de fond, le principe d'égalité, dans le domaine plus sensible des mesures antisémites, est malheureusement bien tardive, c'est un arrêt Darmon du 21 janvier 1944 (Rec. p. 22). Cet arrêt annule une décision du gouverneur général de l'Algérie imposant, du temps de la soumission de ce territoire à Vichy, un *numerus clausus* pour les enfants juifs dans les écoles primaires et secondaires « dès lors qu'aucune loi n'était venue déroger explicitement à ce principe », ce qui, d'ailleurs, continue d'impliquer qu'une telle loi aurait obligé le juge administratif à s'incliner. Précisément pour le

¹⁷. En particulier dans les conclusions du commissaire du gouvernement Chenot dont on comprend qu'en 1988 encore il ait défendu la doctrine Bouffandeau.

contentieux des mesures individuelles prises en application de ces lois, statuts des Juifs, « aryanisation » des entreprises et « dénaturalisations », on ne trouve malheureusement que la balance habituelle entre les annulations et les rejets, certaines décisions de rejet étant particulièrement choquantes, comme un malheureux arrêt du 23 décembre 1942 *Époux Spazierman*, GP1943.1.131, qui étend aux enfants, dans des conditions très discutables, la procédure de retrait de la nationalité française instaurée par une loi du 22 juillet 1940. Ce n'est pas là la preuve d'une « interprétation restrictive », même si d'autres arrêts sont plus fidèles à la saine doctrine selon laquelle des textes d'exception doivent s'interpréter restrictivement, par exemple pour la preuve de la non appartenance à la religion juive (Ass. 2 avr. 1943 Kaan, Rec. p. 85, et 31 déc. 1943 Michelson, Rec. p. 311).

Malgré son caractère objectivement contestable, c'est précisément la fiction Bouffandeau qui va permettre à la théorie des principes généraux du droit de s'épanouir.

Le développement de la théorie des principes généraux du droit

Après une première mention d'un tel principe, le principe du contradictoire, principe général applicable, même en l'absence de texte, dans une décision d'assemblée du

26 octobre 1945 Aramu (Rec. p. 213) rendue à propos des mesures d'épuration¹⁸ et qui est, en quelque sorte, le pendant de l'arrêt Piron de 1942, rendu à propos d'autres mesures d'épuration, la théorie des principes généraux du droit a pris son essor dès le début des années cinquante, notamment sous l'impulsion du commissaire du gouvernement Letourneur qui devait y consacrer un article dans *Études et Documents* de 1951 et, il faut le dire, sous la présidence du président Bouffandeau. Les arrêts les plus marquants de cet âge d'or des principes généraux du droit sont :

- pour le principe de non-rétroactivité, l'arrêt d'assemblée *société du journal L'Aurore* du 25 juin 1948 (GAJA n° 60, p. 387)¹⁹ ;

- pour le principe du droit au recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif, même en présence d'un texte législatif contraire du gouvernement de Vichy²⁰, l'arrêt d'assemblée du 17 février 1950 *Ministre de l'Agriculture c/Dame Lamotte* (GAJA n° 61 p. 394) ;

- pour la conciliation de deux principes, le droit de grève et la continuité du service public, l'arrêt d'assemblée du 7 juillet 1950 *Dehaene* (GAJA n° 62, p. 398)²¹ ;

- pour le principe d'égalité, la décision de section du 9 mars 1951 *Société des concerts du conservatoire* (GAJA, n° 64, p. 415) ;

- pour le principe de liberté du commerce

18. Alors que l'ordonnance du GPRF, applicable en l'espèce, prévoyait que les sanctions qu'elle édictait pouvaient être prises « nonobstant toutes dispositions législatives, réglementaires, statutaires ou contractuelles ».

19. Prolongé en 2006 par la reconnaissance du principe de sécurité juridique (Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*, GAJA, n° 113, p. 874).

20. Cette interprétation *praeter legem, sinon contra legem* était évidemment moins risquée en 1950 que six ou sept ans auparavant.

21. Avec une belle construction proche de celles des circonstances exceptionnelles : la carence du législateur à réglementer le droit de grève permet au pouvoir réglementaire de le suppléer.

et de l'industrie, l'arrêt d'assemblée du 22 juin 1951 *Daudignac* (GAJA n° 65, p. 422).

Les commissaires du gouvernement ne manquent pas de situer leur raisonnement dans la continuité des arrêts de la période de Vichy. Par exemple, pour le principe d'égalité, sont évoquées les conclusions de Bernard Chenot sous l'arrêt de section du 4 février 1944 *Guieysse*, Rec. p. 45.

L'évolution a consisté à étendre progressivement le champ d'application de cette théorie aux actes pris par l'autorité administrative dans le domaine législatif en vertu d'une loi d'habilitation. Ce fut d'abord le cas sous la IV^e République (Ass. 16 mars 1956 *Garrigou*, Rec. p. 121) en matière de décrets-lois, pour l'application du principe de non-rétroactivité. Par un avis du 6 février 1953, le Conseil avait admis le principe de ces délégations législatives, malgré les termes de la Constitution de 1946²², mais dans un domaine limité par « la tradition constitutionnelle républicaine » qui exclut la délégation totale des règles essentielles concernant les principes découlant du préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²³. Ce fut aussi le cas, bien sûr, sous la V^e République pour les textes pris en vertu d'une délégation de l'article 38 de la Constitution de 1958. La première occasion fut la délégation consentie « pour assurer le maintien de l'ordre », à la suite de la « semaine des barricades » (Ass. 24 nov. 1961 *Fédération*

nationale des syndicats de police, Rec. p. 658). Cet arrêt juge que la délégation doit être interprétée strictement et ne permet au gouvernement ni de déroger à l'ensemble des garanties du statut général des fonctionnaires, ni de procéder à une validation législative d'élections professionnelles irrégulières. Que ce soit sous la IV^e ou la V^e République, cette compétence du juge administratif n'existe qu'aussi longtemps que ces actes réglementaires n'ont pas fait l'objet d'une ratification par le parlement.

On verra plus loin que la guerre d'Algérie donnera lieu sur ce même point à une décision d'assemblée du 19 octobre 1962 *Canal* (GAJA, n° 80, p. 541) qui consacrera l'application de la théorie des principes généraux du droit à une ordonnance prise, non sur le fondement de l'article 38, mais sur le fondement de la loi référendaire du 13 avril 1962 approuvant les accords d'Évian.

Mais l'apport essentiel des débuts de la V^e République sera la décision déjà citée du 26 juin 1959 *Syndicat des Ingénieurs-Conseils* qui, pour soumettre aux principes généraux du droit les actes réglementaires pris dans le cadre du pouvoir réglementaire autonome largement étendu par les articles 34 et 37 de la Constitution, sera conduite à définir la place de ces principes à un niveau au moins égal à celui de la loi (certains diront à un niveau supra-législatif) en les distinguant de simples règles qui n'ont qu'une valeur réglementaire.

22. Article 13 « L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ».

23. Voir cet avis *in* « Les grands avis du Conseil d'État », 3^e éd., 2008, n° 2.

III. La guerre d'Algérie. Reculs et avancées ²⁴

Reculs sous la IV^e République

Les débuts de la guerre d'Algérie sont marqués, même si le terme de guerre est soigneusement évité, par la consécration législative des circonstances exceptionnelles, avec les lois du 23 avril 1955 sur l'état d'urgence et du 16 mars 1956 sur les pouvoirs spéciaux.

L'application de ces textes donnera lieu initialement à une jurisprudence marquée par le souci de ne pas entraver l'action répressive des pouvoirs publics. Le Conseil fait même alors des efforts d'interprétation des textes qui lui permettent de rejeter des requêtes de personnes soupçonnées de liens avec la rébellion et dirigées contre des mesures d'interdiction de séjour (Ass. 16 déc. 1955 Dame Bourokba, Rec. p. 590), en écartant le principe du contradictoire pour ce type de mesure considérée comme relevant de la police et non comme une sanction, voire, ce qui sera le plus critiqué, des mesures d'internement administratif dans des « centres d'hébergement » (Ass. 7 mars 1956 Zaquin, Rec. p. 150), alors pourtant que la loi a proscrit les camps d'internement de sinistre mémoire. Dans ses conclusions sur le premier arrêt, le commissaire du gouvernement Chardeau posait très clairement la question de savoir si le Conseil ne devait pas élargir son contrôle sur les

Le Conseil d'État face aux circonstances exceptionnelles **Dossier**

mesures restrictives de liberté. Il écartait cette possibilité en relevant que « la gravité exceptionnelle des événements qui ont conduit à instituer l'état d'urgence en Algérie exige que l'administration dispose d'une très large liberté d'action ». Ce n'est que beaucoup plus tard, à l'occasion de la mise en œuvre de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie en 1985, que le Conseil appliquera un contrôle de l'erreur manifeste

« L'application de ces textes donnera lieu initialement à une jurisprudence marquée par le souci de ne pas entraver l'action répressive des pouvoirs publics. »

d'appréciation aux mesures prises sur ce fondement (25 juill. 1985 Mme Dagostini, Rec. p. 226), puis que, lors de son nouvel usage lors des violences urbaines d'octobre 2005, il acceptera d'exercer un plein contrôle, tant sur la mise en œuvre de cette législation que sur les mesures prises sur son fondement (Ass. 24 mars 2006, Rolin et Boisvert, Rec. p. 171).

Pendant ces premières années du conflit algérien, le Conseil a au moins continué d'appliquer la jurisprudence qui est un des grands acquis des années cinquante, la jurisprudence issue de l'arrêt d'assemblée du 28 mai 1954 Barel (GAJA, n° 69, p. 456) : le juge annule les mesures prises à raison des seules opinions politiques présumées, dès lors que l'administration ne lui apporte aucun élément permettant d'affirmer qu'elle

²⁴. Je me réfère ici à l'étude de Mme Sylvie Thénault publiée dans l'ouvrage *Le Conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français*, Dalloz 2007.

s'est fondée sur des motifs plus légaux (Ass. 30 janv. 1959 Grange, Rec. p. 85)

Ce qui frappe enfin, quand on recense les arrêts de la période, c'est le très faible nombre des recours portant des noms à consonance arabe ou kabyle²⁵, que ce soit parce que les requérants éventuels étaient trop peu familiers avec la langue française écrite ou le droit ou que, engagés dans la lutte armée, ils préféreraient se situer sur un autre terrain que le terrain juridique. On ne peut donc imputer cette carence à la seule rigueur de la jurisprudence du Conseil d'État et à son souci de ne pas entraver l'action répressive des pouvoirs publics.

Avancées sous la V^e République

Sans qu'il y ait un lien direct avec le changement de régime, mais plutôt avec les péripéties de la fin du conflit, le Conseil d'État est revenu à une jurisprudence faisant une plus grande place aux principes généraux du droit à partir des années soixante.

La première décision marquante est l'arrêt d'assemblée du 24 juin 1960 Société Frampar (GAJA n° 77, p. 518)²⁶ qui censure la pratique très répandue pendant la guerre d'Algérie de saisies de journaux par les préfets, sur le fondement de l'article 10 du CIC de l'époque, sous prétexte de réprimer des crimes ou délits contre la sûreté de l'État, alors qu'aucune poursuite n'était engagée par la suite et qu'il s'agissait seulement

d'empêcher la diffusion de ces organes de presse. Il faut noter que le commissaire du gouvernement avait proposé au Conseil d'admettre quand même la légalité de ces saisies, sur le fondement des pouvoirs spéciaux, mais que le Conseil s'est refusé à une telle substitution de base légale et a censuré ce qu'il a considéré comme un détournement de procédure²⁷.

Mais c'est surtout pour l'extension du contrôle du juge à de nouvelles catégories d'actes pris dans le cadre des circonstances exceptionnelles que la période a été riche, non sans quelques subtilités. La fin de la guerre d'Algérie a été en effet l'occasion de nombreuses extensions du domaine d'intervention de l'exécutif. Le plus connu est, bien sûr, l'usage de l'article 16 par le général de Gaulle à l'occasion du putsch du 22 avril 1961. Cela a donné lieu de la part du Conseil à une triple distinction. La décision du président de la République de recourir à l'article 16 et d'en conserver l'usage concerne les rapports entre les pouvoirs publics et constitue un « acte de gouvernement, dont il n'appartient au Conseil d'État ni d'apprécier la légalité, ni de contrôler la durée d'application »²⁸ (Ass. 2 mars 1962 Rubin de Servens GAJA n° 79, p. 532). En vertu du même arrêt, les décisions du président de la République qui interviennent dans le domaine législatif, telles que celle portant création d'un tribunal d'exception

25. Comme le relève Mme Thénault, Mme Bourokba porte le nom de jeune fille de Jacqueline Tellier.

26. Cet arrêt concerne *France Soir*. Une autre décision du même jour concerne *Le Monde*.

27. Qui justifiait sa compétence aux lieux et places de ceux de l'autorité judiciaire.

28. Il faudra attendre la révision constitutionnelle de 2008 pour que le parlement et le Conseil constitutionnel se voient dotés d'un certain pouvoir de contrôle sur la mise en œuvre de l'article 16.

pour juger les « putschistes », « présentent le caractère d'un acte législatif dont il n'appartient pas au juge administratif de connaître ». Mais, en revanche, le Conseil a accepté d'exercer son contrôle sur les décisions individuelles prises sur le fondement d'une décision prévoyant la mise en congé spécial des militaires « nonobstant toutes dispositions législatives ou réglementaires contraires », en estimant que cette mention n'avait pas explicitement écarté le principe du contradictoire (Ass. 23 oct. 1964 d'Oriano, Rec. p. 486) et que les circonstances exceptionnelles de l'époque ne justifiaient pas une telle dérogation. Bel exemple d'interprétation « *propter legem* » qui rappelle celle de l'arrêt Dame Lamotte !

Mais l'arrêt le plus notable de cette période est évidemment l'arrêt Canal déjà évoqué (Ass. 19 oct. 1962, GAJA n° 80, p. 541). Était en cause une ordonnance du 1^{er} juin 1962 créant une cour militaire de justice et prise par le général de Gaulle sur le fondement, non d'un vote du parlement en application de l'article 38 de la Constitution, mais par une délégation inédite, issue de la loi référendaire du 13 avril 1962 approuvant les accords d'Évian. La cour ainsi créée avait condamné à mort un certain nombre de membres de l'OAS dont l'exécution était prévue pour le lendemain de la séance de l'assemblée du contentieux.

L'audace du Conseil a consisté à prendre une solution radicalement inverse de celle qu'il avait adoptée pour les actes pris sur le fondement de l'article 16 et à appliquer à cette ordonnance la même solution qu'à celles prises sur le fondement de l'article 38 : ce type d'ordonnance, à la différence des actes pris sur le fondement de l'article 16, demeure, bien qu'elle empiète sur le domaine législatif, un acte réglementaire justiciable du juge administratif aussi longtemps qu'elle n'a pas été ratifiée par le parlement. Cet obstacle franchi, le Conseil a alors annulé l'ordonnance comme dérogeant aux principes généraux du droit pénal, en ce qui concerne notamment la procédure qui y est prévue et l'exclusion de toute voie de recours, sans que cela fût nécessité par la mise en application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962, euphémisme pour désigner les accords d'Évian. Le Conseil a ainsi clairement refusé de faire jouer la théorie des circonstances exceptionnelles, malgré les troubles de l'époque, notamment les tentatives d'attentat contre le chef de l'État. C'est sans doute ce qui a le plus irrité le général de Gaulle, outre le fait que l'ordonnance n'avait, disait-on²⁹, pas fait l'objet des mêmes critiques quand elle avait été soumise aux formations consultatives du Conseil³⁰. C'est ce qui l'a conduit à décider, selon les termes de ses « Mémoires

29. Une étude de mon collègue Bernard Ducamin pour une conférence du comité d'histoire du Conseil d'État (qui sera prochainement publiée à la Documentation française) fait ressortir que la commission permanente du Conseil d'État avait en réalité soulevé les mêmes objections de fond, mais avait considéré qu'il ne lui appartenait pas de discuter l'opportunité de

prendre une telle mesure « en vertu de la nécessité de faire face à une crise nationale d'une gravité exceptionnelle ».

30. Et qu'en outre, battait son plein la campagne pour le *referendum* du 28 octobre 1962 sur l'élection du président de la République au suffrage universel, *referendum* que le Conseil avait estimé, dans ses formations consultatives le 1^{er} octobre, contraire à la Constitution.

d'espoir», « d'apporter par la loi à ce corps abusif la réforme qui s'impose »³¹. Cette réforme sera finalement le fruit de décrets du 30 juillet 1963 et n'apportera pas de limites graves aux pouvoirs juridictionnels du

« C'est toute la différence, en ce qui concerne l'indépendance des juges, entre un régime resté attaché à la tradition républicaine malgré les tempêtes de l'Histoire et un autre qui en avait renié tous les principes. »

Conseil. Elle se bornera à prévoir une plus grande osmose entre les formations consultatives et contentieuses, avec le principe de la double appartenance, principe sur lequel il faudra revenir dans les années 2000 sous la pression de la CEDH pour garantir l'indépendance des formations juridictionnelles au nom de la théorie de l'apparence. Elle ouvrira aussi la porte, avec la création de la commission (plus tard section) du rapport et des études, à une meilleure exécution des décisions de la juridiction administrative³².

« Il est tentant de comparer l'audace du Conseil en 1962 à sa relative timidité vingt ans auparavant. »

Conclusion

Il est tentant de comparer l'audace du Conseil en 1962 à sa relative timidité vingt ans auparavant. On ne peut écarter l'hypo-

thèse qu'une forme de regret de cette timidité ait inspiré certains des auteurs de l'arrêt Canal. Mais, comme la suite l'a montré, le risque pris par le Conseil en 1962 était sans commune mesure avec celui qu'il aurait pris pendant la période de Vichy : c'est toute la différence, en ce qui concerne l'indépendance des juges, entre un régime resté attaché à la tradition républicaine malgré les tempêtes de l'Histoire et un autre qui en avait renié tous les principes.

La page de la période de Vichy n'était pas définitivement tournée pour autant. Je reviendrai seulement ici sur l'arrêt Papon du 12 avril 2002 (GAJA n° 109, p. 830) qui me paraît indissociable de l'évolution des pouvoirs publics dans l'appréciation qu'ils ont eue de la période de Vichy. Après des années pendant lesquelles, du de Gaulle de 1944-1945 au Mitterrand de 1992-1994, il était soutenu que la France n'était pas responsable de ce qui s'était passé sur son sol entre 1940 et 1944, le président Chirac allait au contraire reconnaître, le 16 juillet 1995, à la cérémonie commémorative de la rafle du Vel d'Hiv, que c'était bien la France qui, à travers ses agents d'autorité, avait, ce jour-là, accompli l'irréparable. La porte était alors ouverte à la condamnation de ces agents, tels Maurice Papon, secrétaire général de la préfecture de la Gironde de 1942 à 1944, dont le général de Gaulle n'avait pas hésité à faire un préfet de police, puis un trésorier de l'UDR³³. À la suite de cette

31. Et, bien sûr à faire ratifier l'ordonnance par le parlement, mais les condamnés avaient sauvé leur tête.

32. Voir Jean Rivero « Une crise sous la V^e République » *in* Le Conseil d'État de l'An VIII à nos jours, Adam Biro, 1999, p. 32.

33. Avant qu'il soit ministre dans le gouvernement Barre.

condamnation en 1998 pour complicité de crime contre l'humanité dans la déportation des Juifs, l'intéressé a demandé à être couvert par l'État des condamnations civiles qui lui avaient été infligées en sus des dix ans de réclusion. Devant le rejet de sa demande, il a saisi le Conseil d'État. Ce dernier se trouvait alors conduit à distinguer ce qui pouvait constituer une faute personnelle inexcusable et donc insusceptible d'être couverte et ce qui pouvait être regardé comme une faute de service dont la réparation pouvait être prise en charge par l'État en vertu du statut des fonctionnaires. Pour arriver à la conclusion qu'il y avait eu en l'espèce cumul des deux et à condamner l'État à prendre à son compte la moitié des condamnations civiles infligées au requérant, le Conseil a dû, pour la première fois³⁴, admettre que l'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine « ne saurait avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l'administration française dans l'application des actes déclarés nuls par ladite ordonnance ». Bref, la participation de cette administration à la déportation des Juifs a bien contribué à faire des agissements du secrétaire général de la Gironde une faute de service. Même si le résultat partiellement favorable au requérant a pu choquer certains, on ne pouvait plus clairement reconnaître que c'était bien,

comme l'avait dit le président Chirac, la France, et non, pour citer cette fois encore de Gaulle, une « poignée de misérables³⁵ » qui avait « commis l'irréparable ».

Un avis contentieux du 16 février 2009, Mme Hoffman-Glemane (Rec. p. 43) est venu, à propos de la responsabilité éventuelle de la SNCF, confirmer le principe de la responsabilité de la puissance publique pour la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites, mais s'est borné à prendre acte des indemnités matérielles déjà intervenues, fusse de manière graduelle et forfaitaire, pour écarter toute nouvelle condamnation. L'intérêt de cet avis est qu'il ajoute qu'il fallait que s'ajoutât à ces mesures d'ordre financier déjà intervenues la reconnaissance solennelle du rôle joué par l'État dans ces déportations et que le Conseil se réfère expressément sur ce point à l'allocution du président de la République du 16 juillet 1995. Au-delà de ses propres appréciations, le Conseil s'est ainsi associé à la démarche plus large des pouvoirs publics quant aux enseignements à tirer des « années noires ».

Peut-on penser qu'il en a, pour autant, terminé avec ce « passé qui ne passe pas »³⁶ ? On peut en douter, le contentieux de l'indemnisation des victimes des spoliations économiques par exemple n'étant pas encore entièrement liquidé.

D'autres enseignements des années noires seront peut-être alors tirés.

34. Et contrairement à ce qu'il avait jugé jusqu'alors (Ass. 4 janv. 1952 *Époux Giraud*, Rec. p. 14).

35. Titre d'un ouvrage sur l'épuration publié en 2003 sous la direction de Marc Olivier Baruch. La citation du général se réfère à un discours radiophonique du 14 octobre 1944 qui

blanchit la grande majorité des fonctionnaires ayant servi le régime de Vichy.

36. Titre de l'ouvrage de Eric Conan et Henry Rousso publié chez Fayard en 1994.