

École de droit de la Sorbonne au Caire
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire

DROIT ADMINISTRATIF – S2
2024-2025

Cours magistral de Béatrice GUILLAUMIN
Maître de conférences

FICHE 2 :

L'IMPARTIALITÉ DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

I. Impartialité et collégialité

DOCUMENT 1 : Marie-Anne COHENDET, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *RFDC*, 2006/4 (n°68), pp. 713-735.

II. Impartialité et dualité fonctionnelle

DOCUMENT 2 : CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*.

DOCUMENT 3 : CEDH, 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*.

DOCUMENT 4 : CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c/ France*.

DOCUMENT 5 : Conseil d'État, 16 avril 2010, *Association Alcaly*.

DOCUMENT 6 : Conseil d'État, 21 février 2014, *M. François Marc-Antoine*.

DOCUMENT 7 : Conseil constitutionnel, Décision 2017-666 QPC du 20 octobre 2017, *Jean-Marc L.*

DOCUMENT 8 : Paul CASSIA, « Pour un rééquilibrage des pouvoirs constitutionnels », in le Cercle des Constitutionnalistes, *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*, Dalloz, 2018, pp. 361-373.

DOCUMENT 9 : Dominique ROUSSEAU, « Pour être démocratique, la Justice doit être radicalement refondée », *Le Nouveau Magazine Littéraire*, 2018.

DOCUMENT 10 : Antoine MENDRAS, « Il est temps de démocratiser le Conseil d'État », *Libération*, 12 mai 2023.

Exercice à faire :

Dissertation :

« Peut-on faire confiance au juge administratif ? »

DOCUMENT 1 : Marie-Anne COHENDET, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *RFDC*, 2006/4 (n°68), pp. 713-735.

LA COLLÉGIALITÉ, GARANTIE DE L'INDÉPENDANCE ET DE L'IMPARTIALITÉ DES TRIBUNAUX

Parce qu'il était magistrat, Montesquieu était particulièrement conscient de la garantie essentielle que représente la collégialité pour l'indépendance et l'impartialité de la justice et donc pour la liberté politique. « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice ». La théorie de la séparation des pouvoirs est devenue et reste l'un des fondements essentiels de toute société démocratique et notamment de la constitution française : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution » (art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen). L'indépendance des magistrats étant une condition essentielle de la liberté politique, c'est également cet article qui fonde le droit pour chacun d'être entendu par un juge indépendant et impartial, par ailleurs réaffirmé dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Même s'il connaît quelques exceptions, le principe même de la collégialité est profondément et constamment inscrit dans notre tradition juridique. La proposition « juge unique, juge inique » n'est pas une vieille boutade dénuée de fondement mais un véritable adage du droit français. La plupart des auteurs qui se penchent sur cette question rappellent avec force que la collégialité est une condition essentielle de l'indépendance des juges. Dès lors, ils s'inquiètent de « la remise en question de l'indépendance des juges du fait de la disparition du principe de collégialité ». Même si des mesures importantes ont été adoptées par ailleurs pour garantir l'indépendance des juridictions, il demeure qu'un juge unique est beaucoup plus exposé aux pressions plus ou moins ouvertement politiques notamment que ne l'est un juge qui statue dans une formation collégiale. Le juge unique sait que des statistiques faites sur ses jugements peuvent conduire à penser qu'il est par exemple considéré comme étant pas assez ou « trop respectueux » des droits des justiciables et qu'il est donc très ou pas assez efficace pour donner toute son efficacité à la politique de tel gouvernement. Ce juge unique sait aussi que sa notation, l'évaluation qui sera faite de son travail et donc sa carrière peuvent, en réalité, être fondées sur ce type d'appréciation. Il sait enfin que des pressions peuvent être exercées sur lui. Ce type de pression est particulièrement envisageable et sensible en droit administratif, comme l'ont souligné les membres des juridictions administratives : « La collégialité est la meilleure garantie d'un procès plus impartial. La collégialité est seule en mesure d'éviter le risque de subjectivité inhérent au contentieux des étrangers. Un juge unique est exposé aux pressions notamment des préfets (elle s'exerce parfois nominativement) (...) ».

La collégialité freine considérablement ce type de pressions. Elle protège le magistrat, contre lui-même, parce qu'elle le contraint à travailler de manière approfondie et impartiale sous le contrôle

constant et avec l'aide des autres juges membres de la formation collégiale ; contre les pressions de ses collègues, qui pourraient être tentés d'orienter sa notation et l'évolution de sa carrière en fonction de critères qui manqueraient d'objectivité ; et contre les pressions plus ou moins occultes du législatif ou de l'exécutif. Pour R. Chapus, ce principe « s'impose tout particulièrement en matière de contentieux administratif, la collégialité étant pour les juges qui sont chargés de le régler une condition de leur indépendance dans leurs rapports avec le plus puissant et le plus constant de leurs justiciables, c'est-à-dire avec l'administration ». La collégialité est ainsi une condition essentielle de l'indépendance du juge, une garantie du droit du citoyen à un tribunal (et pas seulement à un juge) indépendant et impartial. Les principes de séparation des pouvoirs et de liberté politique ne seraient pas effectifs si le principe de collégialité n'était pas respecté.

L'impartialité du tribunal est aussi évidemment beaucoup mieux garantie par une formation collégiale que par un juge unique. Sans qu'il lui soit nécessaire de connaître les derniers développements de la théorie américaine de la « sociological jurisprudence », n'importe quel justiciable est parfaitement conscient du fait que la personnalité du juge, ses convictions, ses orientations personnelles peuvent influencer son jugement. Le principe d'égalité est donc en principe mieux respecté lorsque les justiciables bénéficient d'un véritable tribunal, c'est-à-dire en principe d'une instance collégiale, et non pas d'un juge unique.

La collégialité incite à la modération, elle contraint chaque juge à davantage de neutralité, d'objectivité. Elle renforce non seulement l'indépendance et l'impartialité du tribunal, mais encore l'apparence de cette objectivité, dont la Cour européenne des droits de l'homme a souligné toute l'importance pour que soit respecté l'article 6-1 de la Convention EDH. Le sentiment de confiance en la justice, tellement important dans une démocratie, est nettement plus grand lorsque les droits du justiciable sont garantis par un véritable tribunal que lorsqu'il est confronté à un juge unique – quelles que soient par ailleurs les qualités de ce juge. « C'est (...) lorsqu'un droit fondamental sera bafoué, parfois par les plus hautes autorités de l'État, que l'on aspirera à trouver un juge pouvant et voulant leur tenir tête. C'est alors que le moindre doute sur son indépendance sera catastrophique (...) ».

Plus profondément encore, ce qui est en jeu dans le choix entre le juge unique et une formation collégiale est la notion même de justice. Si la collégialité est inhérente à toute notre tradition juridique, c'est parce que, fondamentalement, nous considérons qu'une solution juste sera beaucoup mieux garantie par une délibération que par la décision d'un seul. Comme le reflète toute la pensée de Montesquieu, c'est par la délibération, la réflexion collective par la confrontation de points de vue contraires – idée qui est à la base du principe du contradictoire –, que l'on parvient le mieux à une solution aussi objective, raisonnable et équitable que possible. Kelsen l'a souligné, c'est encore cette idée qui est à la base de l'existence des parlements et de la garantie de la démocratie.

Jürgen Habermas a, lui aussi, démontré d'une manière générale toute l'importance de la délibération comme « concept procédural de démocratie ».

II. Impartialité et dualité fonctionnelle

DOCUMENT 2 : CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*.

[...]

Sur la violation alléguée de l'article 6 § 1 de la convention :

32. - La requérante se plaint du manque d'indépendance et d'impartialité du comité du contentieux du Conseil d'État. Elle allègue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, ainsi libellé : "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (..)" [...]

B.- Sur l'observation de l'article 6 § 1

[...]

41.- La requérante souligne que quatre des cinq membres composant le comité du contentieux, appelé à statuer sur son recours, avaient auparavant siégé dans la formation consultative du Conseil d'État qui avait donné un avis sur le projet de règlement grand-ducal du 7 juillet 1987 et rédigé un projet de loi rendant ce règlement rétroactif. Eu égard à l'attitude qu'ils avaient antérieurement adoptée, notamment à l'occasion de la rédaction de la lettre adressée le 24 juin 1987 par le président du Conseil d'État au président du gouvernement (paragraphe 12 ci-dessus), les juges du comité du contentieux n'auraient pu en toute sérénité connaître de la question qui leur avait été soumise, celle de la légalité de l'application rétroactive des arrêtés ministériels du 21 septembre 1987. En l'occurrence, il y aurait manque d'impartialité tant objective que subjective.

[...]

43. - La Cour estime qu'en l'occurrence il ne s'impose pas de rechercher si le comité du contentieux constituait un tribunal indépendant. La requérante n'a mis en cause ni le mode de désignation et la durée du mandat des conseillers d'État ni l'existence de garanties contre les pressions extérieures.

44. - Le seul point à trancher est celui de savoir si ledit organe remplissait les exigences d'impartialité requises par l'article 6 de la Convention, compte tenu du fait que quatre de ses cinq membres ont eu à se prononcer sur la légalité d'un règlement qu'ils avaient examiné auparavant dans le cadre de leur mission de caractère consultatif.

45. - La Cour constate qu'il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'État de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'État luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres

du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question, ce qui dispense la Cour d'examiner les autres aspects du grief. [...]

DOCUMENT 3 : CEDH, 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*.

[...]

195. Eu égard aux modalités et conditions de nomination des membres du Conseil d'Etat néerlandais, et en l'absence du moindre élément permettant de dire que les garanties contre d'éventuelles pressions extérieures ne sont pas suffisantes et adéquates, la Cour n'aperçoit rien dans l'argumentation des requérants qui soit de nature à étayer leurs doutes quant à l'indépendance du Conseil d'Etat et de ses membres, d'autant que cette question précise ne fut pas soulevée par M. et Mme Raymakers dans leur demande de récusation. Rien n'autorise non plus à dire en l'espèce que l'un quelconque des membres de la formation de la section du contentieux administratif ayant eu à connaître de la cause des requérants eût un parti pris ou des idées préconçues lorsqu'il examina les recours formés contre l'arrêté de tracé. En particulier, les requérants n'ont pas allégué que la participation du président de ladite formation à l'adoption de l'avis relatif au projet de loi sur la planification des infrastructures de transport ait fait naître chez lui un véritable préjugé.

196. Cela étant, comme l'illustre l'arrêt Procola précité, l'exercice consécutif de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles au sein d'une même institution peut, dans certaines circonstances, soulever une question sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention relativement à l'impartialité de l'organe considérée du point de vue objectif. A cet égard, la Cour réaffirme qu'il est capital que les cours et tribunaux inspirent confiance aux justiciables (paragraphe 191 ci-dessus).

197. Le Gouvernement a attiré l'attention de la Cour sur les mesures internes adoptées par le Conseil d'Etat afin de donner effet à l'arrêt Procola aux Pays-Bas (paragraphe 142-145 ci-dessus). D'après la description de ces mesures que l'on trouve dans le rapport annuel 2000 du Conseil d'Etat, la composition de la formation appelée à connaître d'une affaire ne fait l'objet d'un examen que si des doutes sont exprimés par une partie ; le critère appliqué dans ce cas est que si le recours concerne une question explicitement abordée dans un avis consultatif antérieur, la composition de la formation doit être modifiée de manière à exclure tous les membres ayant participé à l'adoption de l'avis en question.

198. La Cour n'est pas aussi certaine que le gouvernement ne semblait l'être dans la déclaration faite par lui au cours des discussions budgétaires menées au sein du Parlement en 2000 que ces mesures soient propres à garantir que, dans tous les recours portés devant elle, la section du contentieux administratif constitue un « tribunal impartial » aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention. Cela dit, il n'appartient pas à la Cour de statuer dans l'abstrait sur la compatibilité avec la Convention du système néerlandais sur ce point. La Cour est en réalité appelée à déterminer si, pour ce qui est des recours portés devant la section du contentieux administratif par les requérants en l'espèce, il était compatible avec les exigences de l'impartialité « objective » de tout tribunal au

sens de l'article 6 § 1 que la structure institutionnelle du Conseil d'Etat eût permis à certains de ses membres ordinaires d'exercer à la fois des fonctions consultatives et des fonctions juridictionnelles.

199. En l'espèce, le Conseil d'Etat plénier rendit, concernant le projet de loi sur la planification des infrastructures de transport, un avis qui prévoyait des règles procédurales encadrant le processus décisionnel applicable à l'aménagement suprarégional de nouvelles grandes infrastructures de transport. Or les recours formés par les requérants étaient, quant à eux, dirigés contre l'arrêté de tracé, qui constituait une décision prise conformément à la procédure prévue dans la loi sur la planification des infrastructures de transport. Les recours formés antérieurement contre la décision directrice d'aménagement ne sont pas ici en cause, dès lors qu'ils se fondaient sur des règles juridiques distinctes.

200. La Cour estime qu'à la différence de la situation examinée par elle dans les affaires Procola et McGonnell précitées les avis consultatifs rendus relativement au projet de loi sur la planification des infrastructures de transport et la procédure subséquente d'examen des recours introduits contre l'arrêté de tracé ne peuvent passer pour représenter « la même affaire » ou « la même décision ».

201. Bien que l'aménagement de la ligne ferroviaire de la Betuwe fût mentionné dans l'avis donné par le Conseil d'Etat au gouvernement concernant le projet de loi sur la planification des infrastructures de transport, les références en question ne sauraient raisonnablement s'interpréter comme exprimant des opinions sur des questions ultérieurement tranchées par les ministres responsables à l'occasion de l'arrêté de tracé litigieux, ni comme un préjugement de ces questions. Dans les passages de l'avis du Conseil d'Etat contenant les références à la ligne ferroviaire de la Betuwe, il s'agissait de supprimer les ambiguïtés perçues dans les articles 24b et 24g du projet de loi sur la planification des infrastructures de transport. Ces dispositions devaient s'appliquer à deux grands projets de construction déjà en cours d'examen à l'époque, et notamment à la ligne ferroviaire de la Betuwe. La Cour ne peut souscrire à l'avis des requérants selon lequel le Conseil d'Etat, en suggérant au gouvernement d'indiquer dans le projet le nom du lieu d'où la ligne ferroviaire de la Betuwe devait partir et celui du lieu où elle devait aboutir, aurait déterminé le tracé exact de cette voie ferrée, exprimé des vues sur ce qu'il devrait être ou préjugé son résultat final.

202. Dans ces conditions, la Cour estime que les craintes nourries par les requérants quant à l'indépendance et à l'impartialité de la section du contentieux administratif à raison de la composition de la formation ayant eu à connaître de leurs recours ne sauraient être considérées comme objectivement justifiées. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

[...]

[...]

2. Appréciation de la Cour

a) Principes généraux

59. Pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant » aux fins de l'article 6 § 1, il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (Findlay c. Royaume-Uni, arrêt du 25 février 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I, p. 281, § 73, et Brudnicka et autres c. Pologne, no 54723/00, 3 mars 2005, § 38). Quant à l'indépendance définie comme l'absence de lien entre le pouvoir exécutif et les autorités judiciaires, ni l'article 6 de la Convention, ni la Convention n'oblige les Etats à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre l'un et l'autre (Kleyn et autres précité, § 193). La Cour rappelle cependant le rôle croissant de la notion de séparation du pouvoir exécutif et de l'autorité judiciaire dans sa jurisprudence (Stafford c. Royaume-Uni [GC], no 46295/99, §78, CEDH 2002-IV).

60. La condition d'impartialité revêt deux aspects. Il faut d'abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, il doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. Dans le cadre de la démarche objective, il s'agit de se demander si, indépendamment de la conduite personnelle des juges, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ces derniers. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer par les parties à la procédure (ibid, § 191).

61. En « matière civile », le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. De même, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugéant l'appréciation finale. Il importe que cette appréciation intervienne avec le jugement et s'appuie sur les éléments produits et débattus à l'audience (Morel précité, § 45, et Didier c. France (déc.), no 58188/00, 27 août 2002).

62. Les notions d'indépendance et d'impartialité objective étant étroitement liées, la Cour les examinera ensemble dans la mesure où elles intéressent toutes deux la présente espèce (Findlay précité, § 73, et Kleyn et autres précité, § 192). La Cour se prononcera sur la question de savoir si, dans les circonstances de la cause, le Conseil d'Etat possédait « l'apparence » d'indépendance requise ou l'impartialité « objective » voulue (ibid, § 193).

63. Enfin, il convient de garder à l'esprit que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, de raisons légitimes de redouter que ces exigences ne soient pas remplies, l'optique d'une partie entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées (voir, mutatis mutandis, *Hauschildt c. Danemark*, arrêt du 24 mai 1989, série A no 154, § 48).

b) Application en l'espèce

64. La Cour constate que la mise en cause de l'impartialité structurelle du Conseil d'Etat par la requérante se fonde avant tout sur l'atteinte à la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et l'autorité judiciaire.

65. La Cour observe que le statut des magistrats de l'ordre administratif est décrit dans l'arrêt *Kress* et est désormais inséré aux articles L. 131-1 et R. 131-1 du C.J.A. (paragraphe 34 ci-dessus). Ces magistrats relèvent du statut général de la fonction publique. Leur recrutement se fait de deux manières, soit par concours, soit par le tour extérieur. Outre qu'un tiers des membres du Conseil d'Etat exerce leur activité à l'extérieur, le tour extérieur donne au président de la République la compétence de nommer directement à un tiers des emplois de conseiller d'Etat sous réserve d'être âgé de quarante-cinq ans (dans ce cas, le vice-président du Conseil d'Etat donne son avis préalable). L'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat n'est pas prévue par les textes mais se trouve garantie en pratique tout comme est assurée leur indépendance par des usages anciens tels que la gestion de l'institution par le bureau du Conseil d'Etat, sans ingérences extérieures, (pas de soumission hiérarchique au ministre de la justice à la différence des magistrats du parquet) ou l'avancement à l'ancienneté, garant de l'autonomie tant à l'égard des autorités politiques qu'à l'égard des autorités du Conseil d'Etat elles-mêmes (ibid, §§ 31 - 35). A cela s'ajoute, l'obligation de réserve dans l'action et l'expression publique des membres du Conseil d'Etat (article L. 131-3 du CJA, paragraphe 34 ci-dessus).

66. La Cour note que la position originale du Conseil d'Etat dans les institutions françaises le rapproche organiquement des pouvoirs publics. Toutefois, elle est d'avis que cette situation ne suffit pas à établir un manque d'indépendance du Conseil d'Etat ; comme elle l'a déjà fait valoir dans l'arrêt *Kress*, à d'autres fins, cette spécificité n'est pas exclusive des garanties d'indépendance de ses membres (§§ 31 - 37 et 71).

67. Au surplus, la Cour rappelle que la seule nomination de magistrats par un membre de l'exécutif mais aussi par le Parlement ne crée pas pour autant une dépendance à leur égard si une fois nommés, ces magistrats ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles (*Campbell et Fell* précité, § 79, *Loyen c. France* (déc.), no 46022/99, 27 avril 2000, et *Filippini c. Saint-Marin* (déc.), no 10526/02, 26 août 2003). De même, si d'une manière générale on doit considérer l'inamovibilité des juges en cours de mandat comme corollaire de leur indépendance, l'absence de consécration expresse en droit n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que les autres conditions nécessaires se trouvent réunies (*Campbell et Fell* précité, § 80). Or, il résulte des dispositions du C.J.A. et de la pratique que tel est bien le cas.

68. Si la Cour n'entend pas ainsi mettre en cause, de manière générale, le mode de nomination des membres du Conseil d'Etat ainsi que le déroulement de leur carrière, il lui reste encore à apprécier si, en l'espèce, la section du contentieux possédait « l'apparence d'indépendance » requise par la jurisprudence de la Cour au regard des garanties contre les pressions extérieures (paragraphe 59 ci-dessus). A ce sujet, la requérante fait valoir que la nomination de l'un des conseillers d'Etat, qui avait siégé lors de la séance du 26 avril 2000 au poste de secrétaire général du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie (paragraphe 18 ci-dessus), était de nature à jeter un doute sérieux sur l'indépendance du Conseil d'Etat ayant prononcé l'arrêt du 19 mai 2000 (paragraphe 17 ci-dessous).

69. La Cour observe que la nomination du conseiller d'Etat en question est postérieure à la délibération du Conseil d'Etat du 26 avril 2000 au cours de laquelle celui-ci a siégé. Toutefois, elle note que le Gouvernement indique que les pourparlers concernant cette nomination à un poste nouvellement créé auraient commencé au mois d'avril 2000, soit probablement au moins un certain temps avant la délibération précitée compte tenu de l'importance de la fonction à pourvoir. Elle juge vraisemblable que ces pourparlers se sont poursuivis jusqu'aux quelques jours précédant la signature du décret de nomination du 26 mai 2000. Elle est d'avis que la nomination litigieuse est de nature à faire douter de l'impartialité du Conseil d'Etat. En effet, au cours du délibéré, voire peut-être bien avant, un des membres de la formation de jugement était pressenti pour exercer des fonctions importantes au sein du ministère opposé à la requérante, ledit ministère étant son adversaire dans de nombreux et importants litiges (paragraphe 11 ci-dessus). La Cour estime ainsi que ce membre ne peut apparaître comme quelqu'un de neutre vis-à-vis de la requérante, compte tenu de l'absence de garanties contre une éventuelle influence extérieure du fait de sa nomination envisagée au moment de l'accomplissement de la fonction de juger en avril 2000. La requérante pouvait, selon la Cour, nourrir a posteriori des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et l'impartialité de la formation de jugement à laquelle appartenait l'intéressé. Elle considère dès lors qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

70. Reste la question de l'indépendance et de l'impartialité du Conseil d'Etat au regard du cumul de sa compétence juridictionnelle avec ses attributions administratives telles que formulées aux articles L. 112-1 et suivants du CJA (paragraphe 35 ci-dessus).

71. Quant à la participation du Conseil d'Etat, par le biais de ses avis –qui ne le lient pas cependant – à la confection de tous les projets de loi relatifs à la politique minière ainsi que des décrets d'application depuis la fin des exploitations, la Cour reconnaît qu'elle pose une question structurelle pure dès lors que le défaut de consultation obligatoire du Conseil d'Etat est un vice d'incompétence et un moyen d'ordre public que le juge ne manque pas de relever lui-même. Toutefois, elle réaffirme que la Convention n'oblige pas les Etats à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire (Kleyn et autres précité, § 193). Comme pour le Conseil d'Etat néerlandais, il n'y pas lieu d'appliquer une doctrine particulière de droit constitutionnel à la situation du Conseil d'Etat français et de statuer dans l'abstrait sur la compatibilité organique et fonctionnelle de la consultation du Conseil d'Etat en ce qui concerne les projets de loi et les décrets d'application avec l'article 6 §

1. Elle rappelle que le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas déterminant dans l'abstrait (Pabla Ky c. Finlande, no 47221/99, 22 juin 2004, § 34). Il lui appartient seulement de déterminer si l'avis rendu par la section consultative en date du 29 septembre 1997 a constitué une sorte de préjugement des arrêts de la section du contentieux du Conseil d'Etat du 19 mai 2000 et du 5 avril 2002 entraînant un doute sur l'impartialité « objective » de la formation de jugement du fait de l'exercice successif des fonctions consultatives et juridictionnelles en l'espèce.

72. La Cour observe tout d'abord que les questions soulevées dans l'avis relatif « aux travaux de sauvegarde et remise en état du site après l'abandon de l'exploitation minière » suite à l'entrée en vigueur de la loi du 15 juillet 1994 modifiant certaines dispositions du code minier et les procédures relatives à la contestation des arrêtés interpréfectoraux des 26 mai et 18 juillet 1997 ainsi que du 24 juillet 1998 portant mesures de police des mines ne peuvent passer pour des « décisions » parfaitement identiques. Il ne ressort pas non plus du dossier que des membres ayant siégé dans les formations contentieuses ont auparavant participé à l'adoption de l'avis du 29 septembre 1997. La Cour en déduit que la présente espèce est différente de celle examinée dans l'affaire Procola.

73. Les questions soumises à la section consultative et les procédures examinées par la section du contentieux peuvent-elle passer pour la « même affaire » ou la « même décision » (Kleyn et autres précité, § 200) ou pour des « questions analogues » (Morel précité, § 47) ? Dans l'arrêt Kleyn et autres, le gouvernement français, en sa qualité de tiers intervenant, considérait que « la question de savoir si les craintes nourries par un requérant relativement à l'impartialité d'une institution où coexistent des attributions consultatives et juridictionnelles sont légitimes ne pose aucune difficulté si l'avis consultatif donné n'a porté que sur une question de pur droit, et doit être tranchée au cas par cas si l'avis consultatif a porté sur une question de fait » (§ 189). Il réitère ce point de vue. La requérante réplique que les questions de droit se rapportent toujours à une situation de fait et que en l'espèce, celles posées dans l'avis se recoupaient avec celles posées par les litiges.

74. La Cour constate que l'avis du 29 septembre 1997 portait sur l'interprétation et l'application de la loi du 15 juillet 1994 dans le temps et sur l'ampleur des pouvoirs de l'administration à l'égard des exploitants miniers ainsi que sur le partage de responsabilité entre ceux-ci et l'Etat quant à la prévention des risques miniers. Le contentieux litigieux consistait à examiner le point de savoir si des mesures de police des mines pouvaient encore être imposées à la requérante dès lors qu'elle faisait valoir que les concessions qu'elle exploitait avaient déjà fait l'objet de déclarations d'abandon et de demandes de renonciation. Sans dénier l'existence d'une relation entre les questions juridiques posées dans l'avis du 29 septembre 1997 et celles générées par le contentieux porté par la requérante, la Cour considère que la teneur des premières, abordées d'une manière générale et abstraite, ne permet pas de conclure que les membres de la section du contentieux aient abordé avec préjugé l'examen, trois ans plus tard, de celles concernant les intérêts concrets de la requérante dans la gestion de la fin d'exploitation des sites miniers, nombreux et dans des situations juridiques différentes. Dans ces conditions, l'avis consultatif rendu et les procédures subséquentes d'examen des recours dirigés contre les arrêtés interpréfectoraux portant mesures de police des mines ne peuvent représenter la « même affaire » ou la « même décision » (voir, mutatis mutandis, Kleyn et autres précité, §§ 200 et 201). C'est aussi la raison pour laquelle ni la demande du ministre saisi du recours hiérarchique à la section consultative ni la publication de l'avis dans le rapport public du

Conseil d'Etat de 1998 ne peuvent avoir fait naître dans le chef de la requérante des craintes objectivement justifiées.

DOCUMENT 5 : Conseil d'État, 16 avril 2010, *Association Alcaly*.

[...]

Considérant, d'une part, que l'ASSOCIATION ALCALY et autres soutiennent que les dispositions du second alinéa de l'article L. 11-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et celles de l'article L. 111-1 du code de justice administrative et du troisième alinéa de l'article L. 112-1 du même code méconnaissent le droit à un procès équitable qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en raison de ce qu'il en résulte que certains actes, au nombre desquels figure le décret attaqué, peuvent se voir, successivement, soumis au stade de leur projet au Conseil d'Etat dans le cadre de ses attributions en matière administrative, et contestés après leur signature devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ; que toutefois, il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'Etat est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît ;

Considérant, d'autre part, que ces mêmes articles n'ont ni pour objet ni pour effet de porter les avis rendus par les formations administratives du Conseil d'Etat à la connaissance de ses membres siégeant au contentieux ; qu'ainsi, l'ASSOCIATION ALCALY et autres ne sauraient utilement soutenir qu'ils méconnaissent pour ce motif le droit à un procès équitable ; qu'au demeurant, les membres du Conseil d'Etat qui ont participé à un avis rendu sur un projet d'acte soumis par le Gouvernement ne participent pas au jugement des recours mettant en cause ce même acte ; qu'enfin, au surplus, il appartient à toute partie qui s'y croit fondée de faire verser au dossier les pièces permettant de s'assurer de la régularité des consultations des formations administratives du Conseil d'Etat ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les questions de constitutionnalité invoquées ne sont pas nouvelles et ne présentent pas un caractère sérieux ; que par suite, sans qu'il soit besoin de saisir le Conseil constitutionnel, les moyens tirés de ce que les dispositions du second alinéa de l'article L. 11-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et celles de l'article L. 111-1 du code de justice administrative et du troisième alinéa de l'article L. 112-1 du même code portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doivent être écartés.

[...]

[...]

Sur les questions prioritaires de constitutionnalité :

1. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : " Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) " ; qu'il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et qu'elle soit nouvelle ou présente un caractère sérieux ;

2. Considérant, en premier lieu, que M. Marc-CM... demande que soit transmise au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions de l'article L. 231-1 du code de justice administrative, aux termes desquelles : " Les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont des magistrats dont le statut est régi par le présent livre et, pour autant qu'elles n'y sont pas contraires, par les dispositions statutaires de la fonction publique de l'Etat " ; que ces dispositions ont pour objet de soumettre les membres du corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel aux dispositions de la loi du 11 janvier 1984, dont l'article 8 donne compétence au pouvoir réglementaire pour édicter le statut de ce corps et dont l'article 9 précise que la loi fixe les règles garantissant l'indépendance des membres de ce corps, qui ont vocation à occuper des fonctions de nature juridictionnelle ;

3. Considérant, d'une part, qu'il résulte de ces dispositions que les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ne sont pas des magistrats au sens de l'article 64 de la Constitution, dont le statut est régi par une loi organique, mais des fonctionnaires de l'Etat, pour lesquels l'article 34 de la Constitution ne réserve au législateur que la définition des garanties fondamentales ; que, d'autre part, s'agissant de la procédure applicable devant les juridictions administratives, celle-ci ne relève du domaine de la loi que dans la mesure où est en jeu une règle constitutive de l'ordre de juridiction en cause ou une garantie accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que si, parmi les garanties fondamentales des fonctionnaires dont la définition est réservée au législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution, se trouvent les règles garantissant l'indépendance des membres du corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, les dispositions contestées, en tant qu'elles renvoient au pouvoir réglementaire, dans le respect des règles fixées par le statut général, la définition du statut particulier de ce corps, y compris la désignation de l'autorité de gestion du corps, ne renvoient pas ainsi l'édition de règles nécessaires pour garantir l'indépendance des membres de ce corps ; que la désignation de la juridiction compétente pour connaître des litiges de carrière des membres du corps à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif ne constitue pas davantage, en elle-même,

une garantie d'indépendance des membres de ce corps, une règle constitutive de cet ordre de juridiction ou une garantie accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'ainsi, il ne saurait être sérieusement soutenu que les dispositions critiquées sont entachées d'incompétence négative et méconnaissent le principe constitutionnel d'indépendance de la juridiction administrative ;

4. Considérant, en deuxième lieu, s'agissant des troisième et quatrième alinéas de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1987, que ces dispositions législatives se bornaient à modifier les dispositions de l'article 14 de la loi du 6 janvier 1986 qui a été abrogée par l'article 4 de l'ordonnance du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative ; que, par suite, ces dispositions ne sont pas applicables au litige et la question de leur conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution ne peut être renvoyée au Conseil constitutionnel ;

5. Considérant, en dernier lieu, qu'en égard à l'argumentation qu'il développe, M. Marc-CM... doit être regardé comme demandant au Conseil d'Etat de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions de l'article L. 232-2 du code de justice administrative, au motif que le fait que le conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel soit présidé par le vice-président du Conseil d'Etat et comprenne le secrétaire général du Conseil d'Etat méconnaîtrait le principe de la séparation des pouvoirs posé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; que, toutefois, l'indépendance constitutionnellement garantie à la juridiction administrative ne fait pas obstacle à ce que puissent siéger dans ce conseil les autorités de la juridiction administrative chargées d'assurer la gestion des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

6. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité invoquées, qui ne sont pas nouvelles, les moyens tirés de ce que les articles 8 et 9 de la loi du 11 janvier 1984, l'article L. 231-1 du code de justice administrative, les troisième et quatrième alinéas de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1987 et l'article L. 232-2 du code de justice administrative portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, soulevés par le mémoire distinct enregistré le 28 novembre 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat et complétés par un mémoire enregistré le 14 février 2014, doivent être écartés.

[...]

[...]

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :

1. L'article L. 131-4 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue de la loi du 20 avril 2016 mentionnée ci-dessus, prévoit : « Le vice-président du Conseil d'État établit, après avis du collège de déontologie de la juridiction administrative, une charte de déontologie énonçant les principes déontologiques et les bonnes pratiques propres à l'exercice des fonctions de membre de la juridiction administrative ».

2. Le requérant reproche aux dispositions contestées de confier au vice-président du Conseil d'État la compétence pour établir la charte de déontologie de la juridiction administrative. Il fait valoir que celui-ci préside la juridiction susceptible d'être appelée à statuer sur la légalité de cette charte et qu'il participe à la désignation de plusieurs membres du collège de déontologie chargé de formuler un avis sur celle-ci. En outre, selon le requérant, compte tenu de ses prérogatives à l'égard des membres du Conseil d'État, le vice-président serait susceptible d'exercer une influence sur les membres de la formation de jugement. Il en résulterait une méconnaissance du principe d'impartialité des juridictions et du droit à un recours juridictionnel effectif.

3. Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles.

4. En application de l'article L. 131-4 du code de justice administrative, le vice-président du Conseil d'État établit, après avis du collège de déontologie de la juridiction administrative, une charte de déontologie qui énonce les principes déontologiques et les bonnes pratiques propres à l'exercice des fonctions de membre de la juridiction administrative. En application de l'article L. 131-5 du même code, le collège de déontologie est notamment composé d'un membre du Conseil d'État et d'un magistrat des tribunaux et cours administratives d'appel.

5. Or, cette charte de déontologie est susceptible d'être contestée ou invoquée à l'occasion d'un contentieux porté devant une formation de jugement présidée par le vice-président du Conseil d'État ou comprenant l'un des membres du collège de déontologie membre de la juridiction administrative.

6. Toutefois, d'une part, l'article L. 131-3 du code de justice administrative prévoit : « Les membres du Conseil d'État veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts. - Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». L'article L. 131-9 du même code prévoit : «

Dans le cadre des fonctions juridictionnelles du Conseil d'État, sans préjudice des autres dispositions prévues au présent code en matière d'abstention, le membre du Conseil d'État qui estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts s'abstient de participer au jugement de l'affaire concernée... - Le président de la formation de jugement peut également, à son initiative, inviter à ne pas siéger un membre du Conseil d'État dont il estime, pour des raisons qu'il lui communique, qu'il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts. Si le membre du Conseil d'État concerné n'acquiesce pas à cette invitation, la formation de jugement se prononce, sans sa participation ». Les articles L. 231-4 et L. 231-4-3 du même code prévoient des dispositions identiques pour les magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Il résulte de ces dispositions que le vice-président du Conseil d'État et les membres du collège de déontologie membres de la juridiction administrative ne participent pas au jugement d'une affaire mettant en cause la charte de déontologie ou portant sur sa mise en œuvre.

7. D'autre part, quelles que soient les prérogatives du vice-président du Conseil d'État sur la nomination ou la carrière des membres de la juridiction administrative, les garanties statutaires reconnues à ces derniers aux titres troisièmes des livres premier et deuxième du code de justice administrative assurent leur indépendance à son égard.

8. Il résulte de ce qui précède que les dispositions contestées ne méconnaissent pas le principe d'impartialité.

9. L'article L. 131-4 du code de justice administrative qui ne méconnaît pas non plus le droit à un recours juridictionnel effectif, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré conforme à la Constitution.

[...]

DOCUMENT 8 : Paul CASSIA, « Pour un rééquilibrage des pouvoirs constitutionnels », in le Cercle des Constitutionnalistes, *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*, Dalloz, 2018, pp. 361-373.

Dans un régime de séparation stricte entre les pouvoirs, la justice érigée en pouvoir et non comme simple « autorité judiciaire » doit être indépendante du politique. Tel n'est pas encore le cas dans la France de 2018 : une autorité exécutive, le président de la République, est en vertu de l'article 64 de la Constitution le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, ce qui n'a aucun sens ; une partie des magistrats judiciaires (les procureurs de la République) est encore sous l'autorité du ministre de la Justice par l'effet de l'interprétation discutable que le Conseil constitutionnel a donnée à l'article 20 de la Constitution dans une décision no 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, et ce ministre a un pouvoir important dans la promotion et l'avancement de nombre d'autres magistrats judiciaires (les juges du siège) ; la Cour de justice de la République – dont chacun s'accorde à réclamer la suppression – est une juridiction d'exception composée en partie de parlementaires en charge de juger les ministres pour les crimes ou délits commis durant l'exercice

de leurs fonctions ; la plus haute juridiction administrative – le Conseil d'État – est à la fois juge de l'action du Gouvernement et conseiller de ce même Gouvernement.

Rien ne justifiant que les administrations soient soumises à un ordre de juridiction spécifique, la dualité entre les juridictions administrative et judiciaire pourrait disparaître sans que les garanties offertes aux justiciables en soient diminuées : les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel seraient intégrés dans un ordre juridictionnel unique sous l'égide d'une Cour suprême, et le contentieux de cassation actuellement dévolu au Conseil d'État transféré à une nouvelle chambre – administrative – de la Cour suprême, qui appliquerait aux administrations étatiques et décentralisées le même droit public qu'aujourd'hui, lequel vise à trouver un équilibre entre les intérêts particuliers des administrés d'une part et l'intérêt général lié à l'action des administrations de l'autre. Par conséquent, serait supprimé le Tribunal des conflits, qui a, à l'heure actuelle, pour mission de répartir les contentieux entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative : il n'a plus de raison d'être s'il n'existe qu'un seul ordre de juridiction en France. En pratique donc, il serait mis fin aux juxtaposition et empilement de juridictions résultant de l'Histoire au profit d'un système unique et global de justice, où seule la Cour nationale du droit d'asile aurait un statut particulier (elle jugerait en premier et dernier ressort les décisions de l'OFPRA relatives aux demandes d'asile).

Tous les juges – administratifs et judiciaires – devraient être placés sous l'autorité du seul Conseil supérieur de la magistrature (renommé : Conseil supérieur de la justice), ainsi d'ailleurs que tous les personnels de justice – y compris donc les greffiers qui, s'agissant des tribunaux administratifs, relèvent du ministère de l'Intérieur. Les 21 membres de ce Conseil de la justice présenteraient eux-mêmes toutes les garanties d'indépendance par rapport à l'exécutif, au Parlement et aux magistrats. Ils seraient élus pour treize d'entre eux par l'ensemble des magistrats à l'exception de ceux de la Cour suprême (ces derniers ne pouvant par ailleurs être membres du Conseil de la justice), et huit d'entre eux seraient désignés par les magistrats élus parmi des personnes qualifiées dans le monde du droit. Les fonctions de membre du Conseil de la justice seraient exclusives de toute autre activité, sauf l'enseignement. Le Conseil de la justice serait présidé par l'un de ses membres non-magistrat, élu parmi tous les membres. Sous réserve des compétences des chefs de juridiction, le Conseil de la justice devrait seul décider des nominations et des affectations des magistrats, c'est-à-dire de la politique des ressources humaines dans la magistrature, ses décisions en la matière pouvant être soumises au contrôle direct de la chambre administrative de la Cour suprême. Il appartiendrait au Conseil de la justice de déterminer lui-même le budget du service public de la justice – et partant le nombre et le recrutement de magistrats et d'agents des greffes –, sous le contrôle de la Cour des comptes, le Parlement demeurant libre de valider ou non ces demandes budgétaires lors de l'adoption de la loi de finances ; autrement dit, la justice devrait bénéficier de la même autonomie financière que celle actuellement dévolue aux pouvoirs publics constitutionnels (Élysée, Parlement, Conseil constitutionnel...). La police judiciaire serait placée sous l'autorité non plus du ministère de l'Intérieur, mais du Conseil de la justice. Les magistrats ne pourraient se voir décerner aucune distinction honorifique (Légion d'honneur, Ordre national du mérite) relative à la manière dont leur métier est exercé.

En conséquence des compétences nouvelles dévolues au Conseil de la justice, le ministère de la Justice serait dénommé « ministère du Droit », pour bien marquer que le ou la titulaire de la fonction n'est pas le « chef » de l'appareil judiciaire. Le ministère du Droit aurait pour mission de veiller à la cohérence et à la régularité de tous les textes juridiques émanant du Gouvernement.

La Constitution est le texte le plus élevé dans la hiérarchie des normes. Pourtant, les justiciables ne peuvent l'invoquer qu'à des conditions restreintes lorsqu'ils entendent contester une loi (par exemple, les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure parlementaire ayant conduit à l'adoption de la loi ne peuvent pas être soulevés devant un tribunal), et il n'appartient aujourd'hui qu'au Conseil constitutionnel, saisi par le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité après filtrage du Conseil d'État et de la Cour de cassation, de déclarer qu'une loi est contraire à la Constitution. Ce mécanisme est obsolète depuis sa création en 2008, ne serait-ce que parce que tout tribunal peut, par lui-même et sans en référer à une juridiction supérieure, écarter l'application d'une loi qui lui paraît contraire à un traité international, lequel peut contenir des dispositions comparables à celles figurant dans la Constitution. Il faut tout simplement aligner les modalités du contrôle de conformité des lois à la Constitution sur celles qui permettent de faire vérifier si une loi est compatible avec un traité international : tout juge, tout degré de juridiction, devrait pouvoir le cas échéant écarter par lui-même une disposition législative qu'il estime contraire à la Constitution. Le Conseil constitutionnel pourrait en conséquence être sup-primé sans qu'aucune garantie offerte aux justiciables en soit diminuée, bien au contraire ; ses compétences actuelles en matière électorale, référendaire et de contrôle de constitutionnalité a priori et a posteriori seraient transférées à la chambre constitutionnelle de la Cour suprême.

DOCUMENT 9 : Dominique ROUSSEAU, « Pour être démocratique, la Justice doit être radicalement refondée », *Le Nouveau Magazine Littéraire*, 2018.

Concrètement, il faut sortir la justice du gouvernement où elle n'est pas à sa place : l'exécutif et le législatif sont des pouvoirs de l'État, la justice est un pouvoir de la société. Elle n'est pas une autorité d'application chargée de faire passer la politique de l'État via ses jugements [...]. Les propriétés des deux instances sont incompatibles et doivent être séparées. Il faut transformer le ministère de la Justice en ministère de la Loi, chargé du contrôle de la qualité rédactionnelle et juridique des projets soumis à la discussion parlementaire et, notamment, de leur compatibilité avec la constitution, la législation européenne et les traités internationaux. Sortie du gouvernement, la justice serait confiée à une autorité constitutionnelle indépendante, le Conseil supérieur de la justice, et non le Conseil de la magistrature. Un changement de dénomination qui signifie que celle-ci ne doit pas être la chose des magistrats mais l'institution du service public de la justice [...].

Une refondation constitutionnelle de la justice n'aurait pas de sens si était maintenue la structure actuelle du paysage juridictionnel organisé autour de l'ordre judiciaire (avec à sa tête la Cour de cassation) et l'ordre administratif (avec à sa tête le Conseil d'État). L'existence d'un juge propre à l'administration n'est pas la conséquence logique du principe de la séparation des pouvoirs [...].

Un dualisme qui n'a donc pas de fondements théoriques et est le produit de circonstances historiques et politiques révolues [...].

Ainsi, le Conseil d'État est l'institution centrale de l'État : tout passe par lui et ses membres (des hauts fonctionnaires formés par l'École nationale d'administration) sont présents dans l'ensemble des institutions publiques et même privées de la société. Pourtant il s'autoproclame « juge des libertés » et le revendique très fort pour faire oublier les conditions de sa naissance. Mais ni le droit ni l'histoire ne permettent de valider cette prétention [...].

S'il en est ainsi, il convient de transférer le contentieux administratif à l'ordre judiciaire et créer au sein de la Cour de Cassation, à côté des chambres civiles, commerciale, sociale et criminelle, une chambre administrative. Et si un ministère de la Loi examine la qualité juridique des projets de loi, la fonction consultative du Conseil d'État deviendra inutile et, par voie de conséquence, le Conseil d'État lui-même. Sans invoquer les conflits d'intérêts nés de la présence croisée et alternée des conseillers d'État dans les cabinets présidentiels et ministériels, dans les banques, les assurances, les cabinets d'avocats d'affaires, les directions de chaînes de télévision et même de Science-Po et leur maison-mère du Palais-Royal, le Conseil d'État a perdu son statut de lieu où se fabrique et est servi l'intérêt général [...].

[Quant au] Conseil constitutionnel, il est urgent d'opérer une profonde transformation pour le faire devenir une Cour constitutionnelle répondant dans sa composition, son organisation et sa procédure de jugement, aux exigences d'impartialité, de neutralité et d'objectivité de tout tribunal.

Il est temps de démocratiser le Conseil d'Etat

La justice administrative souffre d'un manque d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif, au détriment de la protection de l'intérêt général et des libertés.

La justice reste plus que jamais tenue à cette « dette de souveraineté » envers les citoyens qu'il lui incombe d'honorer avec indépendance et impartialité. Cette exigence concerne toutes les institutions républicaines : le Conseil constitutionnel, ainsi que le rappelle Laureline Fontaine, mais aussi le Conseil d'Etat et les institutions plus récemment créées, telles que le Défenseur des droits, pour pallier la faiblesse (le mot n'est pas trop fort) de notre dispositif de protection des droits des citoyens. Aucune de ces institutions n'est pourtant en mesure d'apporter aux citoyens de ce pays une garantie effective de leurs droits fondamentaux, en grande partie parce qu'elles sont toutes adossées sur une conception de la justice qui a longtemps oublié l'article 16 de notre déclaration

des droits de l'homme de 1789 dont le Conseil constitutionnel ne commence à faire application qu'en 1996 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

La raison de cette grave défaillance démocratique de nos institutions réside dans la difficile émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois, mais aussi dans la conception très singulière – et typique du modèle français – que se fait le Conseil d'Etat de sa mission juridictionnelle, essentiellement subordonnée au maintien de sa position dans l'appareil d'Etat et de sa proximité avec l'exécutif.

Les récentes condamnations de l'Etat à prendre des mesures supplémentaires dans la lutte contre le réchauffement climatique ne doivent pas faire illusion, elles participent de ces décisions « cosmétiques » que prend régulièrement le Conseil d'Etat pour soigner sa posture dans l'opinion publique, mais elles sont dépourvues de toute efficacité.

La recherche du point d'équilibre entre les libertés publiques et l'intérêt général, telle est la

doctrine officiellement développée depuis deux siècles par le Conseil d'Etat pour justifier de son existence et de sa singularité, ce qui le conduit inéluctablement à donner la primauté à l'intérêt général qu'il se réserve le soin de définir. Les mouvements que connaît la société depuis les années 80 rendent pourtant toujours plus inadapté le contrôle décontextualisé de la légalité des actes administratifs pratiqué par le juge administratif, et l'appropriation de l'intérêt général par le pouvoir administratif et la haute fonction publique, dont fait partie intégrante le Conseil d'Etat. Il est temps que les droits et l'intérêt général fassent enfin leur entrée dans les prétoires pour être rendus à une discussion citoyenne.

Le Conseil d'Etat a joué et joue encore un rôle déterminant dans le fonctionnement du Conseil constitutionnel et ses modes de travail, notamment par le truchement de ses membres et anciens membres qui y siègent ou l'assistent. La démonstration pourrait être également reprise pour ce qui est du Défenseur des droits et des autorités administratives dites indépendantes, placées peu ou prou sous son emprise. La justice que rend le Conseil d'Etat reste, elle aussi, bien souvent frileuse quand il s'agit de fixer des limites au pouvoir de l'administration, on a pu le constater lors de la crise du Covid, lorsque seuls trois des référés liberté sur les dizaines dont il a été saisi l'ont conduit à sanc-

tionner les atteintes portées par les autorités gouvernementales aux libertés fondamentales.

Le débat ouvert sur la vitalité de nos institutions démocratiques ne peut faire l'impasse sur le rôle joué par le Conseil d'Etat.

En 2018, avant même la crise du Covid, Paul Cassia, professeur de droit public, constatait que « le Conseil d'Etat est plus que jamais le gardien des intérêts de la "caste" de ses membres, et en jurisprudence, de ceux des administrations défenderesses. Le justiciable est au second plan de ses préoccupations ». De fait, la partialité et le manque de déontologie que dénonce Laureline Fontaine pour le Conseil constitutionnel valent tout autant pour le Conseil d'Etat, dont les membres essaient dans les fonctions gouvernementales et dans l'administration, quand ce n'est pas dans le secteur privé, avant de revenir dans le giron de la maison mère. Sa mission juridictionnelle s'en trouve inéluctablement subordonnée à des considérations de convenance institutionnelle, et exposée en permanence à des risques structurels de conflit d'intérêts. Le Conseil d'Etat est-il « au service des citoyens », comme l'affirme le titre choisi pour son rapport d'activité pour l'an-

née 2022 ? Les travaux engagés par l'institution et les quelques conférences qu'elle organise sur le thème du « dernier kilomètre », avec la participation d'éminentes personnalités du secteur public, ne parviennent même plus à maintenir l'illusion de cette sorte de think tank institutionnel qu'il voudrait être.

Après sa légitimité de proximité et sa légitimité d'impartialité, c'est également sa légitimité de réflexivité qui est à la peine, pour reprendre les mots de Pierre Rosanvallon. C'est bien davantage sur la capacité de la juridiction administrative à répondre effectivement à la demande sociale de justice que sa réflexion devrait prioritairement se diriger, en lien avec la diversité des acteurs, afin de mesurer l'impact sur la société d'un droit administratif construit dans la première du XX^e siècle, mais qu'il n'hésite plus – à défaut d'en revisiter la structure et les concepts pour le rénover en profondeur sous l'égide du Parlement – à tirer à hue et à dia jusqu'à lui faire perdre toute cohérence.

La question mérite d'être posée sans ambages : la France a-t-elle encore besoin d'une justice administrative intégrée dans l'appareil d'Etat, et cultivant l'entre-soi avec la haute fonction publique ? Cette justice est-elle en mesure de porter ce regard distancié sur le fonctionnement de l'Etat, qui est désormais impératif pour rénover et régénérer l'action publique aux yeux des acteurs de la société civile ?

Par
ANTOINE MENDRAS

Vice-président du tribunal administratif de Paris