

UNE COUR ADMINISTRATIVE
SUPRÊME : PARTICULARITÉ
FRANÇAISE OU MODÈLE
EN EXPANSION ?

133

Si la question est posée dans ces termes, la réponse est relativement simple : l'existence d'une cour administrative suprême n'est pas une particularité française ; c'est une institution en expansion à l'échelle mondiale¹, sauf peut-être en Amérique latine.

L'existence d'une cour administrative suprême n'est pas une particularité française, non seulement en raison de la diffusion du modèle du Conseil d'État français en Europe et hors d'Europe, mais aussi et surtout parce que beaucoup d'autres pays ont développé des systèmes de juridiction administrative différents du modèle français.

Cette diversification de la juridiction administrative est elle-même la conséquence de son expansion. On ne reviendra pas ici sur l'inépuisable débat sur les mérites et les inconvénients de l'unité ou de la dualité de juridiction ; c'est aussi un faux débat, car l'administration ne peut pas toujours être traitée comme un justiciable comme les autres et c'est pourquoi le dualisme se manifeste sous les formes les plus diverses, y compris dans les pays qui sont les plus attachés, sur le plan institutionnel, à l'unité de juridiction². Aujourd'hui, le dualisme lar-

1. Notamment en Europe : v. Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques, *La Justice administrative en Europe*, PUF, 2007 ; Yann Aguila, « La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. L'exception française à l'épreuve des faits », *AJDA*, 12 février 2007, p. 290-294. Voir également pour une information de base : <<http://www.aihja.org>>.

2. Gérard Marcou, « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », *RFDA*, n°1, 2006, p. 83-95.

gement entendu naît de la volonté de soumettre l'administration au droit, par des règles et des procédures appropriées, et non de la volonté de l'y soustraire.

Ce qui est en revanche propre à la France, et à d'assez nombreux pays qui ont suivi son exemple ou s'en sont inspirés à divers degrés, c'est le Conseil d'État, comme juridiction administrative suprême associée à des fonctions consultatives étendues pour le pouvoir exécutif. L'association au sein de la même institution de la fonction de conseil du prince et de l'examen des recours contre des actes administratifs est à l'origine de la dynamique d'évolution de ce type d'institution dans de nombreux pays qui l'ont adoptée. L'émancipation de la fonction de juger ne pouvait conduire qu'à l'indépendance du Conseil d'État par rapport au pouvoir exécutif ou à la création d'une cour administrative distincte, sous une
134 forme ou sous une autre. Cette tension est aujourd'hui renouvelée par la question de la compatibilité de cette organisation de la juridiction administrative avec les principes du procès équitable posés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est pourquoi on se concentrera ici sur l'institution du Conseil d'État telle qu'elle existe dans d'assez nombreux pays, en Europe et hors d'Europe. Bien que l'on puisse parler d'un modèle, il ne faut pas négliger la différenciation qui s'est opérée à la longue, ou lors de la création récente de conseils d'État. Mais l'évolution qui s'est produite concerne à la fois le statut de la fonction de juger l'administration et le statut de l'institution. Pour apprécier l'originalité des conseils d'État, il convient de les situer dans une typologie des juridictions administratives suprêmes. C'est la conquête de l'indépendance de la fonction de juger l'administration qui explique leur évolution et leurs caractéristiques actuelles. Mais aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose de réexaminer l'équilibre qui s'était établi entre fonction consultative et fonction juridictionnelle par rapport aux principes du procès équitable qu'elle a dégagés.

LES CONSEILS D'ÉTAT DANS LA TYPOLOGIE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES SUPRÊMES

On peut distinguer aujourd'hui trois types de juridiction administrative suprême: le conseil d'État, la cour administrative suprême rattachée au pouvoir judiciaire, et une cour suprême à compétence générale, souvent avec la spécialisation formelle d'une chambre chargée du contentieux administratif.

Le conseil d'État

C'est la forme de juridiction administrative la plus ancienne : un corps qui examine les recours adressés au souverain et propose à ce dernier la décision à prendre, mais qui n'est pas encore un juge. Ce qu'on appelle, pour cette raison, la « justice retenue », a toutefois aujourd'hui disparu des pays qui ont un conseil d'État, le dernier pays l'ayant abandonnée étant les Pays-Bas.

Aujourd'hui, le conseil d'État est un type d'institution dont la loi garantit l'indépendance et celle de ses membres vis-à-vis du pouvoir exécutif, et qui remplit à la fois des fonctions consultatives pour le gouvernement, et la fonction de juridiction administrative suprême. C'est ce statut d'indépendance qui a permis, dans les États modernes, de maintenir au sein de la même institution la fonction consultative et la fonction de juger l'administration. Les membres du conseil d'État ne sont pas toujours des magistrats, mais l'indépendance que leur confère leur statut les en rapproche. 135

Les pays européens qui ont un conseil d'État au sens que l'on vient de définir sont aujourd'hui, outre la France : la Belgique, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas. Mais on rencontre aussi ce type d'institution en Turquie et au Liban, en Égypte et, depuis 1998, en Algérie. Certains pays d'Afrique ont également un conseil d'État : le Burkina Faso, le Gabon, le Sénégal, la République centrafricaine. Cette voie a également été suivie par la Thaïlande à partir de 1979, avant d'être abandonnée en 1999 avec la création d'une cour administrative suprême. En Amérique latine, la Colombie est le seul pays qui ait adopté un conseil d'État au sens que l'on a défini.

Toutefois, l'émancipation de la fonction de juger a parfois laissé subsister le conseil d'État en tant qu'organe consultatif du gouvernement. C'est cette option qui a prévalu en Espagne depuis la loi Maura de 1904, qui marque l'abandon du modèle français de contentieux administratif, et au Luxembourg à la suite de l'arrêt *Procola* de la Cour européenne des droits de l'homme.

À l'inverse, certaines institutions qui ne sont pas nommées conseil d'État en présentent tous les caractères, comme le tribunal administratif tunisien (loi n° 40-72 du 1^{er} juin 1972). Celui-ci est en effet à la fois juge administratif et conseil du pouvoir exécutif, consulté sur les projets de décret à caractère réglementaire et sur toute question que lui soumet le gouvernement.

La cour administrative suprême

Le second type est celui de la cour administrative suprême. Il y a bien dualité de juridiction au sens organique comme dans le modèle du conseil d'État, mais la juridiction administrative est rattachée au pouvoir judiciaire, et la cour administrative suprême n'assume pas de fonction consultative sauf, parfois, en ce qui concerne la législation sur l'organisation judiciaire ou la juridiction administrative.

Ce type est apparu plus tardivement et il est lié à la théorie de l'État de droit. Il est illustré en particulier par la juridiction administrative allemande. Selon la Loi fondamentale, il existe différents ordres juridictionnels qui constituent le pouvoir judiciaire, parmi lesquels la juridiction administrative à compétence générale, à laquelle s'ajoutent deux ordres juridictionnels administratifs spéciaux, la juridiction sociale et la juridiction financière (fiscale), l'une et l'autre dotées d'une cour suprême au niveau fédéral. La juridiction administrative à compétence générale a été mise en place par la loi du 21 janvier 1960.

Mais la première expression de ce modèle est la cour administrative d'Autriche créée par une loi de 1875 pour contrôler la légalité des décisions administratives individuelles au regard des principes généraux de la procédure administrative. En Suède, la cour administrative suprême a été créée en 1909, et en Finlande en 1918.

Selon Michel Fromont, ce système est aujourd'hui très répandu en Europe car il paraît « le plus logique, puisqu'il garantit à la fois l'indépendance et la spécialisation³ ». Quelques autres pays ont, en effet, organisé leur juridiction administrative sur ce modèle et mis en place une cour administrative suprême au cours des dernières décennies : le Portugal (1976), le Luxembourg (1996), la Suisse en 2005 avec la création du Tribunal administratif fédéral⁴ (mais ses décisions peuvent encore faire l'objet d'un recours en révision devant le Tribunal fédéral – art. 45 à 47), ainsi que plusieurs pays de l'Europe centrale et orientale après le changement de régime : la Bulgarie, la Lituanie (1999), la République tchèque (2004) ; la Pologne avait rétabli la Haute Cour administrative dès 1981. En effet, l'histoire a aussi joué un rôle ; les

3. *Droit administratif des États européens*, PUF, 2006, p. 129.

4. Loi fédérale du 17 juin 2005. Le Tribunal administratif fédéral a commencé son activité en 2007. Il assure la garantie générale de l'accès au juge ; il n'existe plus de décision d'une autorité fédérale qui ne puisse être réexaminée par le Tribunal administratif fédéral. Auparavant, il n'existait aucune instance de recours entre les commissions de recours, ou les autorités administratives statuant en dernier ressort et la chambre administrative du Tribunal fédéral.

États qui sont nés du démembrement de l'empire des Habsbourg se sont dotés d'une cour administrative sur le modèle de la cour autrichienne; de telles cours ont été mises en place dans les années 1920 en Pologne, en Tchécoslovaquie, en Yougoslavie (la Croatie et la Slovénie faisaient partie de l'empire), la Hongrie restant toutefois à l'écart⁵. Ces cours ont été supprimées dès les premières années des démocraties populaires, mais l'influence du droit administratif autrichien a subsisté et inspiré le rétablissement du contrôle juridictionnel de l'administration avant même la fin de ces régimes. Hors d'Europe, c'est le système qui a été adopté par la Thaïlande avec la Constitution de 1997.

Toutefois, ces systèmes sont loin d'être homogènes; la position et la compétence de la cour administrative suprême connaissent d'importantes variations, en fonction de la compétence de la juridiction administrative elle-même. La compétence est la plus étroite en Autriche, où elle ne concerne que le contrôle de la légalité des actes administratifs, et seulement au regard des questions de droit (au sens du droit autrichien: décisions administratives individuelles), alors qu'en Allemagne la notion d'acte administratif est un peu plus large, le contrôle s'étend aux questions de fait et la loi attribue aujourd'hui le contrôle d'actes normatifs déterminés à la juridiction administrative. Au Portugal, la compétence du Tribunal administratif suprême est au contraire très large, et s'étend de manière générale aux actes du pouvoir réglementaire gouvernemental, ainsi qu'aux contrats et à la responsabilité de l'administration, ce qui n'est pas le cas dans les autres pays cités. En Thaïlande, la loi sur la procédure administrative contentieuse de 1999 donne également à la juridiction administrative une compétence étendue au contentieux de la responsabilité et au contentieux des contrats administratifs.

En République tchèque, la juridiction administrative au sens organique n'existe qu'au sommet (la Cour administrative suprême), tandis qu'en première instance les recours sont adressés aux tribunaux ordinaires. En général, les pays d'Europe de l'Est qui ont une cour administrative suprême suivent le modèle autrichien.

La cour suprême unique

Dans ce dernier modèle, il n'existe pas, en apparence, de cour administrative suprême, puisque les recours qui peuvent être dirigés contre des

5. Gérard Marcou, « La Haute Cour administrative polonaise », *RDP*, n°5, sept.-octobre 1982.

décisions de juridictions inférieures en matière administrative sont portés devant une cour suprême unique. Cela correspond à l'archétype de l'unité de juridiction, tel qu'il a été illustré traditionnellement par le Royaume-Uni.

De manière générale, les pays de *common law* n'ont pas remis en cause ce principe au niveau des juridictions suprêmes, mais il existe une différenciation de plus en plus marquée des procédures et du droit du fond appliqués aux contentieux de l'administration. D'une certaine manière, la réforme « constitutionnelle » de 2005 au Royaume-Uni confirme ce choix avec la création d'une nouvelle cour suprême qui succède à l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords, opérant ainsi la séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif. L'unité de juridiction au sommet se retrouve également aux États-Unis, au Canada, en Australie, ainsi qu'au Japon. Elle n'exclut pas une certaine différenciation organique, procédurale ou du droit du fond en ce qui concerne les contentieux de l'administration au niveau des juridictions inférieures.

Ainsi, en Australie, a-t-on établi une juridiction administrative à deux degrés, le Tribunal des recours administratifs (*Administrative Appeals Tribunal*) étant la juridiction administrative suprême, juge d'appel et, parfois, en premier ressort. Mais les décisions du Tribunal peuvent être révisées pour erreur de droit, et pour ce seul motif, par la Cour fédérale qui est une juridiction de droit commun⁶. En outre, le président et neuf membres du Tribunal doivent être des juges de la Cour fédérale. Le Royaume-Uni s'oriente dans cette direction avec le *Tribunals, Courts and Enforcement Act* (c. 15), qui vient d'être adopté par le Parlement britannique⁷. Celle nouvelle loi regroupe tous les *tribunals* en une seule juridiction à deux degrés, avec des règles uniformes de recours et d'appel, des procédures unifiées de nomination de leurs membres, désormais qualifiés de juges et, ce qui est sans doute le plus nouveau, certains recours de *judicial review* seront jugés non plus par les cours ordinaires mais par le Tribunal supérieur créé par la loi.

Cette évolution est moins marquée au Canada et aux États-Unis, bien qu'il y existe depuis longtemps des *courts of claims* qui statuent

6. Un appel est alors encore possible à la *High Court of Australia*, qui est à la fois cour constitutionnelle et juridiction de cassation pour toutes les juridictions, fédérales ou des États et Territoires de l'Australie.

7. Le projet de loi doit encore être voté en troisième lecture par la Chambre des Communes, puis recevoir la sanction royale.

sur les réclamations pécuniaires dirigées contre l'administration au niveau fédéral et au niveau des États fédérés. On peut en rapprocher le Danemark et la Norvège, où la règle est également la soumission de l'administration au droit commun et la compétence du juge ordinaire. Au Danemark, c'est la Cour suprême qui est directement compétente pour statuer sur les recours dirigés contre des actes administratifs. En Norvège, cette compétence est exercée par les juridictions ordinaires de première instance, selon les règles de répartition des compétences, mais l'essentiel du contentieux est épuisé par la voie des recours administratifs (loi sur l'administration publique de 1967)⁸. Au Japon, la Constitution de 1946 a mis fin au tribunal administratif hérité de la charte Meiji, et le contentieux administratif relève depuis lors du pouvoir judiciaire et de la Cour suprême, selon les règles de la procédure civile, mais la Cour suprême exerce son pouvoir avec beaucoup de retenue⁹. Cependant la loi de 2004 réformant la loi sur le contentieux administratif vise à faciliter les recours.

139

En revanche, dans d'autres pays qui présentent en apparence une unité de juridiction au niveau de la cour suprême, la réalité est différente en raison d'une différenciation fonctionnelle au sein de cette cour, qui est elle-même la conséquence de la différenciation du droit du fond et des procédures. C'est la différenciation du droit administratif qui impose la spécialisation des juges, laquelle peut avoir une dimension institutionnelle.

Le cas le plus remarquable est celui de l'Espagne, pays de droit administratif où la juridiction contentieuse-administrative (*Jurisdicción Contencioso-Administrativa*) est intégrée au pouvoir judiciaire par la Constitution (art. 106). Elle s'incarne au sommet de l'organisation judiciaire dans une chambre spéciale, la chambre administrative du Tribunal suprême, qui statue selon les dispositions de la loi sur la juridiction contentieuse-administrative; cette spécialisation interne se retrouve au niveau des tribunaux supérieurs de justice des communautés autonomes et de l'audience nationale (pour juger des recours contre des actes de l'administration de l'État). En certaines matières, cependant, la compétence est exercée, en dehors des juridictions ordinaires, par des juridic-

8. Trevor Buck, *European Methods of Administrative Law Redress: Netherlands, Norway, and Germany*, Department for Constitutional Affairs, DCA Research Series 2/2004, novembre 2004, p. 34.

9. Hiroshi Itoh, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies 1947-1988*, New York, Markus Wiener, 1989.

tions unipersonnelles, les juges provinciaux et centraux du contentieux administratif (loi sur la juridiction contentieuse-administrative 29/1998, loi organique 19/2003 modifiant la loi organique sur le pouvoir judiciaire). La même solution de principe a été adoptée en Hongrie, en Estonie (mais avec des juridictions administratives distinctes en première instance), en Lettonie, en Roumanie (section du contentieux administratif et fiscal de la Haute Cour de cassation et de justice: loi 304/2004) et en Slovaquie (collège de droit public de la Cour suprême¹⁰).

LES CONSEILS D'ÉTAT ET L'INDÉPENDANCE DE LA FONCTION DE JUGER

140 L'exercice par les conseils d'État, à la fois, de fonctions consultatives pour le pouvoir exécutif et de fonctions juridictionnelles tendant à contrôler le pouvoir exécutif, est la caractéristique essentielle de l'institution; elle est liée à son origine historique¹¹.

Le développement de la fonction juridictionnelle a fait naître une contradiction qui n'a pu se résoudre, dans tous les cas, que par l'indépendance de l'institution ou le départ de la fonction juridictionnelle.

Même si les historiens peuvent remonter au Conseil du roi en France ou au Conseil d'État créé par Charles Quint en 1531 auprès de la régente Marie de Hongrie, sa sœur, avant de quitter les Pays-Bas pour l'Espagne, l'origine commune des conseils d'État modernes est le conseil d'État de la Constitution de l'an VIII, puis le Conseil d'État français de la fin du XIX^e siècle et du XX^e siècle. Dans les pays qui ont été les héritiers de ce modèle, deux évolutions alternatives se sont produites: la juridictionnalisation du conseil d'État (France, Pays-Bas), ou le transfert du contrôle juridictionnel de l'administration au juge ordinaire, au moins dans un premier temps (Espagne, Italie, Belgique). La première voie est devenue à son tour un autre modèle pour certains pays (Luxembourg en 1856, Italie en 1889, Belgique en 1946, Grèce, Turquie).

La juridictionnalisation du conseil d'État

L'histoire du Conseil d'État français est bien connue et l'on ne s'y attardera pas. On sait en particulier comment il a progressivement

10. Une réforme en cours prévoit une loi de procédure pour le contentieux administratif devant la Cour suprême.

11. «Le deuxième centenaire du Conseil d'État», *Revue administrative*, numéro spécial, février 2001.

gagné une certaine indépendance de fait au cours du XIX^e siècle, ses arrêts étant presque toujours suivis par le chef de l'État, et comment on est passé, avec la loi du 24 mai 1872, de la « justice retenue » à la « justice déléguée ». Désormais, et selon les termes de cette loi, le Conseil d'État « statue souverainement sur les recours contentieux en matière administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir... » (art. 9). Rapidement, il impose par sa jurisprudence l'abandon de la théorie du ministre-juge, et la reconnaissance de sa nature de juridiction¹². Le Conseil d'État exerce la fonction de juger en véritable juridiction. L'évolution du mode de recrutement et l'organisation de l'institution après 1945 ont par la suite définitivement établi son indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif.

On sait moins, en revanche, que le Conseil d'État des Pays-Bas a été le dernier héritier du modèle napoléonien, et n'est pleinement devenu une juridiction qu'à une date récente. Créé en 1806 dans la République batave, mais privé de l'examen des recours administratifs (désormais envoyés à Paris) par l'annexion des Pays-Bas à l'Empire, le Conseil d'État est rétabli en 1814 avec une compétence étendue aux Pays-Bas méridionaux et au Luxembourg – jusqu'à l'indépendance de la Belgique et du Luxembourg. Conseil du roi en matière de législation et d'administration, le Conseil d'État est devenu une institution essentielle du royaume des Pays-Bas, et il l'est resté jusqu'à nos jours. En matière d'administration, il examinait les recours administratifs adressés à la Couronne. Une loi de 1861 a réglementé cette procédure, en lui donnant un caractère contradictoire, et la Couronne devait respecter certaines règles si elle décidait de ne pas suivre l'avis du Conseil d'État; elle créa aussi une section spécialisée dans l'examen des recours (*Afdeling geschillen van bestuur*); par la suite le taux de décisions contraires est toujours resté inférieur à 0,5 %. Au cours du XIX^e siècle, il y eut des propositions pour établir une juridiction administrative indépendante. Au lieu de cela, ont été développées des juridictions spéciales et une loi de 1962 a poursuivi la juridictionnalisation de la procédure devant le Conseil d'État; en 1975 fut créée une section juridictionnelle (*Afdeling rechtspraak*) pour examiner les recours contre des décisions individuelles pour lesquelles aucun tribunal spécial n'était compétent, et cette fois le Conseil d'État statuait lui-même de manière définitive. La Constitution de 1983 (art. 73) a confirmé le Conseil d'État dans sa

12. Pascale Gonod, « Le Conseil d'État républicain (de 1872 à nos jours) », in Giovanni Paleologo (dir.), *I consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milan, Giuffrè, 1998, p. 49.

double fonction traditionnelle: il est consulté sur les projets de loi, de règlement d'administration publique et sur les projets d'approbation de traités par le Parlement; il est chargé d'étudier les « litiges administratifs qui seront tranchés par décret royal ». Toutefois, l'article 73 ouvrait la voie à une évolution en consacrant la réforme de 1975: « la loi peut conférer au Conseil, ou à une section du Conseil, la tâche de rendre une décision dans les litiges administratifs ».

C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui a accéléré l'évolution, avec l'arrêt *Bentham* du 23 octobre 1985 (série A, vol. 97). La Cour a jugé que n'était pas conforme à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) la procédure par laquelle la Couronne statuait, sur proposition de la section d'examen des recours du Conseil d'État, sur un recours contre la décision d'une autorité locale, la Couronne ne pouvant être assimilée à un tribunal indépendant et impartial au sens de la convention. À la suite de cet arrêt, la loi sur le Conseil d'État a été modifiée et la compétence pour statuer sur tous les recours ne relevant pas d'une juridiction spéciale a été pleinement transférée à la section juridictionnelle du Conseil d'État, d'abord par des mesures provisoires (loi de 1987), puis par des dispositions permanentes lors de l'entrée en vigueur de la deuxième partie de la loi générale sur le droit administratif (*Awb: algemene wet bestuursrecht*) en 1994. Cette loi a donné compétence de droit commun pour les recours du contentieux administratif en première instance aux chambres administratives des tribunaux d'arrondissement, et en appel à la section juridictionnelle du Conseil d'État, la juridiction d'appel de droit commun¹³.

Le rejet du conseil d'État napoléonien

Au contraire, la Belgique et l'Italie se sont détournées du modèle napoléonien sous l'influence des idées libérales et du modèle anglais, et ont confié au juge ordinaire le pouvoir de juger l'administration. La Constitution belge de 1831 confiait la protection des droits aux tribunaux judiciaires, en réaction contre la domination hollandaise, tout en laissant la porte ouverte à la création par la loi de tribunaux spéciaux

13. Boudewijn W.N. de Waard et Adrienne J.C. de Moor-van Vugt, « Les changements récents dans le droit administratif néerlandais », in Gérard Marcou (dir.), *Les Mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1995, notamment p. 228 et 233; H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt et R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, La Haye, Elsevier, 2005, p. 21-22 et 506-507.

pour des litiges portant sur des « droits politiques »¹⁴. Jusqu'à nos jours, il en résulte que le juge judiciaire reste juge de droit commun en matière administrative, sauf les attributions confiées à d'autres juridictions et surtout au Conseil d'État, comme on le verra. En Italie, si le royaume du Piémont avait un conseil d'État formé selon le modèle napoléonien, prévu par le « statut albertin » (Constitution octroyée du royaume), la formation du royaume d'Italie en 1861 conduisit, sous l'influence des libéraux, à l'abolition du contentieux administratif par la loi de 1865 qui confia le contrôle de l'administration au juge ordinaire, tandis que le Conseil d'État subsistait seulement comme organe consultatif du pouvoir exécutif. Celui-ci joua cependant un rôle de plus en plus important dans la législation et les affaires administratives jusqu'à la création de la section du contentieux en 1889¹⁵. Quant au Luxembourg, disputé au début du XIX^e siècle par les Pays-Bas, la Belgique et l'Allemagne, il a d'abord connu le régime du pays auquel il était rattaché, mais, après l'indépendance (1839), c'est d'abord le système belge qui a prévalu (1848), avant que la Constitution de 1856 ne vienne établir un conseil d'État également chargé du contentieux administratif. 143

L'Espagne a connu aussi le débat entre les libéraux qui réclamaient la compétence des juges ordinaires et les conservateurs qui souhaitaient préserver l'administration des ingérences du pouvoir judiciaire. Les lois de 1845 créèrent d'abord un Conseil royal chargé du contentieux administratif selon le modèle de la justice retenue, et des conseils provinciaux examinant les recours administratifs en première instance. Mais, à la suite de changements politiques, la compétence des juges ordinaires a été établie en 1854, puis surtout en 1868, lors du retour des libéraux au pouvoir. Toutefois, une solution de compromis a été introduite par la loi Santamaria de Paredes du 13 septembre 1888. Cette loi créait une section juridictionnelle au sein du Conseil d'État, mettant fin au régime de la justice retenue, et confiait à des tribunaux provinciaux, intégrés à l'organisation judiciaire bien que partiellement composés de fonctionnaires, le contentieux administratif en première instance. Cette réforme rapprochait l'Espagne du modèle français.

14. Article 145 selon la numérotation actuelle de la Constitution belge; la notion de « droits politiques » concerne la participation du citoyen à la souveraineté et les droits relatifs à des avantages et à des sujétions qui résultent pour les citoyens de la puissance publique.

15. Guido Melis, « Origine e storia del Consiglio di Stato italiano », in Giovanni Paleologo, *op. cit.*, p. 71.

Mais, en 1904, la loi Maura décida de transférer les attributions juridictionnelles du Conseil d'État à une chambre spécialisée du Tribunal suprême, tandis que le Conseil d'État était maintenu seulement comme organe consultatif du pouvoir exécutif. Cette conception a été maintenue jusqu'à nos jours par les réformes ultérieures qui ont étendu le domaine et la portée du contentieux administratif. De son côté, le Conseil d'État est, selon l'article 107 de la Constitution, l'« organe consultatif suprême du gouvernement » ; il est régi par une loi organique (LOCE 3/2004)¹⁶.

Le renouvellement du modèle

144 Toutefois, les insuffisances éprouvées du contrôle du juge ordinaire sur l'administration, puisqu'il ne se fondait que sur l'atteinte portée à un droit subjectif, ont conduit la Belgique et l'Italie à se tourner de nouveau vers la formule du conseil d'État, mais en lui attribuant cette fois pleine compétence juridictionnelle sur les recours contre les actes et, ultérieurement, le cas échéant sur d'autres contentieux attribués par la loi. Le Luxembourg est passé, comme la France, au régime de la justice déléguée.

En Italie, où le Conseil d'État s'était imposé comme une institution centrale du libéralisme, la loi de 1889 a rétabli la section du contentieux, mais lui a aussi conféré le pouvoir de juger elle-même définitivement des recours dirigés contre des actes illégaux (portant atteinte à un « intérêt légitime »). Il compte aujourd'hui trois sections consultatives et trois sections juridictionnelles. En Belgique, on a d'abord répondu à la difficulté en créant des juridictions administratives spéciales et, au début du XX^e siècle, de nombreuses voix réclamaient l'introduction d'une véritable juridiction administrative. L'admission de la responsabilité civile des pouvoirs publics par la Cour de cassation en 1920 pour des actes de souveraineté, ce qu'elle excluait auparavant, a alimenté ce débat, entre ceux qui y voyaient la preuve de la capacité du juge judiciaire à contrôler les actes de l'administration et ceux qui, au contraire, y voyaient la preuve de l'inadéquation des moyens du juge ordinaire. À la fin des années 1930, un projet de loi sur la création d'un conseil d'État inspiré du modèle français fut déposé, sans pouvoir aboutir, et c'est en 1946 que fut créé le Conseil d'État de Belgique. La révision constitutionnelle de 1993 a consacré l'existence et le rôle du Conseil

16. Miguel Sánchez Morón, *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2^e éd., 2006, p. 52 et 287 sq.

d'État (nouvel article 160 de la Constitution). Celui-ci remplit une double fonction consultative et contentieuse: la section de législation est chargée de donner des avis sur les projets de loi ou de règlement (et aujourd'hui y compris aux autorités régionales), et la section d'administration chargée de juger des recours mettant en cause la légalité des actes administratifs, ou demandant réparation d'un dommage exceptionnel causé par une autorité administrative¹⁷.

La diffusion du modèle et ses adaptations

D'autres pays ont introduit un conseil d'État dont les fonctions ont suivi une évolution analogue. La principale adaptation a été l'intégration du conseil d'État au pouvoir judiciaire ou l'assimilation de ses membres à des magistrats.

La Grèce s'est dotée en 1833 d'un conseil d'État qui n'a d'abord été qu'un conseil du roi, aboli par la révolution de 1844 comme institution liée à la monarchie absolue. Rétabli par la Constitution de 1864, mais supprimé l'année suivante, le Conseil d'État hellénique est réapparu avec la Constitution de 1911, mais n'a été mis en place, en raison des troubles politiques de la période, qu'en 1927. Il fut dès lors une véritable juridiction administrative, complétée par la création de tribunaux administratifs après la Constitution de 1975. Bien que le Conseil d'État hellénique ait conservé ses attributions consultatives en matière administrative (mais non sur les projets de loi), la Constitution de 1975 l'a formellement intégré au pouvoir judiciaire, et les auditeurs sont aujourd'hui recrutés par l'École nationale de la magistrature¹⁸. 145

La Turquie a connu une évolution parallèle. Le Conseil d'État a été créé en 1869 sous l'influence française (libéralisation du Second Empire), comportant d'emblée une section du contentieux, mais qui fut aussi le premier organe délibérant introduit dans les institutions ottomanes. Supprimé en 1922 avec l'abolition de l'Empire ottoman, il fut rétabli, sur la base de la Constitution de 1924, par la loi du 23 octobre 1925, avec sa double fonction, consultative et contentieuse. L'augmentation continue du contentieux administratif conduisit à créer jusqu'à six sections contentieuses, et orienta fortement le profil de l'institution

17. La loi du 15 septembre 2006 a supprimé la compétence de la section d'administration pour donner des avis sur les difficultés ou contestations qu'il appartient au pouvoir exécutif de résoudre ou de trancher.

18. Epaminondas Spiliotopoulos, *Droit administratif hellénique*, Athènes/Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2004.

vers celui d'une juridiction. En 1961 la Constitution en fit une cour suprême et accorda aux membres du Conseil d'État le statut de magistrats inamovibles. La Constitution de 1982 est à l'origine de l'organisation actuelle de la juridiction administrative en Turquie : des tribunaux administratifs et fiscaux en première instance, un Conseil d'État, juge en premier et dernier ressort d'affaires déterminées par la loi, mais juge de cassation de tous les jugements administratifs de première instance. Les conseillers d'État sont nommés par le Conseil supérieur de la magistrature parmi les juges et procureurs des tribunaux administratifs et fiscaux. Mais le Conseil d'État reste l'organe consultatif du gouvernement, sur les projets de loi et de règlement, mais aussi sur les cahiers des charges et les contrats de concession de service public, et sur toute affaire qui lui est soumise par le président de la République ou le président du conseil des ministres.

146

On peut en rapprocher le Conseil d'État du Liban, qui est juridiction administrative en premier et dernier ressort, mais juge d'appel en matière fiscale, et juge de cassation en matière disciplinaire. Il compte cinq chambres contentieuses et une chambre administrative, cette dernière pour les attributions consultatives. Les membres du Conseil d'État sont recrutés par la section de droit public de l'École nationale de la magistrature.

L'évolution de la Thaïlande peut être comparée à celle de la Turquie, bien que sa conclusion ait été différente. Un conseil d'État est apparu en 1874, pour conseiller le roi, d'une part dans la gestion des affaires de l'État, et d'autre part pour examiner les requêtes de ses sujets se plaignant d'un préjudice imputé à une administration, ou à une décision de justice à la suite d'un litige avec une administration. Supprimé en 1894, il fut rétabli par une loi de 1933, en référence explicite au Conseil d'État français. Cependant la fonction contentieuse ne fut pas exercée, et une loi de 1949 l'attribua à une commission des requêtes auprès du Premier ministre. Une évolution décisive fut engagée par la Constitution de 1974, qui prévoyait la création d'une juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire. Un nouveau Conseil d'État fut alors créé par une loi de 1979, absorbant la commission des requêtes, mais la fonction contentieuse restait exercée selon le modèle de la justice retenue, la commission des requêtes ne faisant que proposer la décision au Premier ministre. Cette timidité a sans doute définitivement compromis ce modèle institutionnel. Sur la base de la Constitution de 1997, il a été décidé de créer une véritable juridiction administrative indépendante du pouvoir exécutif, avec une cour admi-

nistrative suprême et des tribunaux administratifs de première instance (loi B.E. 2542, 1999, entrée en vigueur le 11 octobre 1999). Le Conseil d'État a été maintenu comme organe consultatif du gouvernement, son rôle a été étendu à la coordination des réformes législatives et à l'élaboration d'informations et d'expertises nécessaires au travail législatif.

On pourrait retrouver dans bien d'autres pays des évolutions similaires, relatives à l'assimilation du conseil d'État, qui suppose aujourd'hui l'indépendance de la fonction de juger, ou au contraire l'option d'une juridiction administrative séparée.

La Constitution de la Colombie (1991), le seul pays latino-américain qui ait adopté le modèle du conseil d'État, le range dans le pouvoir judiciaire (titre VIII), dont les décisions sont indépendantes (art. 228). Le Conseil d'État est la cour suprême de la juridiction contentieuse administrative (art. 237), laquelle est exercée par des sections ou des chambres séparées des autres fonctions attribuées au Conseil d'État par la Constitution et la loi. Le Conseil d'État est chargé de contrôler la constitutionnalité des décrets du gouvernement non soumis à la compétence de la cour constitutionnelle, et il est en outre l'« organe consultatif suprême du gouvernement »¹⁹.

Plusieurs États d'Afrique qui se sont dotés d'un conseil d'État l'ont également rattaché au pouvoir judiciaire, de manière plus ou moins nette. Le Conseil d'État égyptien est l'un des plus importants, comptant 1 700 membres, de tous grades, dont le recrutement est effectué par un jury formé de membres du Conseil d'État et de son président. Selon la Constitution de 1971, « le Conseil d'État est un organisme judiciaire indépendant » (art. 172). La section du contentieux regroupe la Cour suprême administrative, la chambre d'unification des principes judiciaires et la chambre des partis politiques; la Cour suprême administrative est juge de droit commun en matière administrative, et juge d'appel des tribunaux administratifs, qui n'ont qu'une compétence d'attribution. La fonction consultative est assurée par la section de législation, dont l'avis est requis sur tous les projets de loi, et la section des avis, qui est saisie par les ministres et hauts dirigeants du secteur public. L'Algérie a institué par la loi organique du 30 mai 1998 un Conseil d'État, pour partie inspiré du modèle égyptien, et dont

19. *Consejo de Estado de Columbia/Consejo de Estado de Francia/Consejo Superior de Judicatura, Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y América latina*, Bogotá, Temis, 1999; Carlos Molina, « Un modèle original de juridiction administrative: le Conseil d'État colombien », *Revue administrative*, n° 300, janvier 2007, p. 638-646.

les chambres exercent les fonctions juridictionnelles, succédant à l'ancienne chambre administrative de la Cour suprême; il est juge d'appel des tribunaux administratifs et juge en premier et dernier ressort en certaines matières. Les membres du conseil d'État algérien sont soumis au statut de la magistrature afin de garantir leur indépendance. Le Conseil d'État exerce cependant d'importantes fonctions consultatives en commissions permanentes et en assemblée générale. Le tribunal administratif tunisien, malgré son nom, est assimilable à un conseil d'État par la réunion en son sein de la fonction juridictionnelle en matière administrative et de la fonction consultative pour le pouvoir exécutif.

148 Les conseils d'État du Sénégal, du Burkina Faso, de Centrafrique et du Gabon sont de même à la fois la juridiction administrative suprême du pays et le conseil du gouvernement, notamment en matière législative et en matière administrative. Leurs membres sont recrutés parmi les magistrats.

On le voit, l'acquisition de l'indépendance de la fonction juridictionnelle au sein du conseil d'État est aujourd'hui une caractéristique distinctive du modèle, et aussi une condition de sa pérennité.

En Europe, toutefois, une autre question a été soulevée au cours des dernières années: celle de la garantie de l'impartialité des jugements dans une institution qui associe la fonction de juger à celle de conseil du pouvoir exécutif.

LES CONSEILS D'ÉTAT ET LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

On ne retiendra ici que la question de la garantie de l'impartialité, qui a été soulevée par la Cour européenne des droits de l'homme, et qui a commencé à provoquer des réformes dans les pays ayant un conseil d'État.

L'arrêt Procola et la création de la cour administrative du Luxembourg

Cette question a été soulevée pour la première fois dans l'arrêt *Procola* du 28 septembre 1995 à propos du Conseil d'État luxembourgeois²⁰.

20. CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c/Luxembourg*, série A, n° 326, RFDA, 1996, n° 4, p. 795, commentaire Jean-Louis Autin et Frédéric Sudre, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », p. 777.

Rappelons que l'article 6 §1 de la Convention fonde le droit de toute personne « à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant et impartial [...] ». Dans cet arrêt, le Luxembourg a été condamné pour violation de ce principe, pour le motif que le recours en annulation adressé au Conseil d'État contre quatre arrêtés ministériels relatifs aux quotas laitiers avait été jugé (et rejeté) par le comité du contentieux du Conseil d'État dans une formation dont quatre membres sur cinq avaient siégé dans la formation consultative qui s'était prononcée sur le projet de règlement ayant servi de base aux arrêtés attaqués. Selon la Cour, « 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 fonction, est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution » (point 45). Toutefois, ce n'est pas en soi le fait que le Conseil d'État associe des fonctions juridictionnelles et des fonctions consultatives pour le pouvoir exécutif qui est mis en cause, mais, comme le dit bien la Cour, la « confusion, dans le chef de quatre conseillers d'État, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles ».

149

Cet arrêt a eu pour conséquence immédiate une réforme profonde du contentieux administratif au Luxembourg. La Constitution du 17 octobre 1868 a été révisée (12 juillet 1996) pour établir une cour administrative (art. 95bis) dans le chapitre VI (« De la justice »), à laquelle était transféré l'ensemble du contentieux administratif jusqu'alors de la compétence du Conseil d'État, tandis que ce dernier était maintenu avec ses seules attributions consultatives (art. 83bis). Puis la loi du 7 novembre 1996 a réorganisé la justice administrative sur cette base, avec deux degrés de juridiction, sauf pour les recours contre les actes réglementaires, qui relèvent en premier et dernier ressort de la cour administrative.

La compatibilité des conseils d'État avec l'article 6 de la CEDH

Toutefois, dans des arrêts ultérieurs, la Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position plus nuancée, et elle apprécie l'« impartialité structurelle » dans les circonstances de l'espèce. Elle s'interdit ainsi de remettre en cause par une position de principe le modèle institutionnel du conseil d'État, qui associe en son sein la fonction de conseil du pouvoir exécutif et la fonction de juger l'administration.

Dans l'arrêt *Kleyn* du 6 mai 2003, était en cause le Conseil d'État

néerlandais²¹. La Cour écarte une lecture maximaliste de l'arrêt *Procola* et rejette l'argument des requérants selon lequel la participation simultanée à des fonctions consultatives et à des fonctions juridictionnelles au sein du Conseil d'État serait, en elle-même, contraire à l'article 6 §1 de la Convention. Elle estime qu'il ne lui appartient pas de statuer « dans l'abstrait » sur la compatibilité du système néerlandais avec la Convention, mais de déterminer si, dans le cas d'espèce, il était compatible avec l'article 6 §1 que certains membres ordinaires du Conseil d'État exercent successivement des fonctions consultatives et des fonctions juridictionnelles (§198). Dans le cas d'espèce, elle constate qu'à la différence de l'affaire *Procola*, l'avis litigieux et l'objet du recours ne relevaient pas de la même affaire, et que cet avis ne pouvait passer pour un « préjugement » au regard du recours contentieux (§201).

150 Enfin, dans l'arrêt *Sacilor-Lormines* du 9 novembre 2006²², la Cour européenne des droits de l'homme confirme et précise à propos du Conseil d'État français la jurisprudence *Kleyn*. Il n'y a pas lieu de statuer sur la « compatibilité organique et fonctionnelle » de la consultation du Conseil d'État avec la fonction juridictionnelle, mais seulement d'apprécier si, dans le cas d'espèce, l'avis rendu par la section administrative constituait une sorte de « préjugement » des arrêts de la section du contentieux (§71). Or, les questions juridiques abordées dans l'avis de manière générale et abstraite ne permettent pas de conclure que les membres de la section du contentieux qui ont statué trois ans plus tard sur les questions juridiques relatives aux intérêts concrets de la société requérante en ont abordé l'examen avec préjugé, même si on ne peut nier le lien existant entre ces questions juridiques (§74). Il en résulte que « le cumul de la compétence juridictionnelle du Conseil d'État avec ses attributions administratives n'a pas emporté en l'espèce violation de l'article 6 §1 de la Convention... » (*ibid.*).

La Cour admet ainsi la compatibilité du modèle institutionnel du Conseil d'État avec l'article 6 de la Convention, mais sous certaines conditions : 1) que l'indépendance institutionnelle des membres du conseil d'État soit assurée, ce qu'elle reconnaît explicitement comme établi dans le cas du Conseil d'État français (§66) ; 2) que l'exercice

21. CEDH, Grande Chambre, 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*, RTDH, 2004, p. 365, note Gonzalez.

22. CEDH, 9 novembre 2006, *Soc. Sacilor-Lormines c/ France*, RFDA, 2007, n°2, p. 352, commentaire Jean-Louis Autin et Frédéric Sudre, « L'impartialité structurelle du Conseil d'État hors de cause ? », p. 342.

successif d'une fonction consultative et d'une fonction juridictionnelle ne comporte pas dans la première une implication de nature à porter atteinte à l'impartialité de l'intéressé dans la formation de jugement; 3) que la consultation et le jugement ne portent pas sur la « même affaire » (§73-74).

Cette jurisprudence protège la fonction consultative lorsqu'elle porte sur des projets de loi ou de règlement sous réserve d'un examen *in concreto* de l'avis et de la décision litigieuse, mais non lorsqu'elle porte sur des actes individuels ou des décisions d'espèce dans le cadre de procédures organisées par la loi, ni sur des avis *ad hoc* demandés par le gouvernement au Conseil d'État. Elle a conduit à l'adoption de mesures visant à assurer la compatibilité des conseils d'État avec la Convention.

Les mesures tendant à assurer

151

l'impartialité structurelle des conseils d'État

On remarquera que certaines institutions sont moins exposées que d'autres. Ainsi, au Conseil d'État belge, la section d'Administration (qui est la section juridictionnelle) se compose des présidents et des conseillers d'État qui ne font pas partie de la section de Législation (consultative) (loi modifiée sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973: art. 89); les auditeurs affectés par priorité à la section de Législation (art. 76) ne peuvent connaître des recours dirigés contre les actes sur lesquels ils ont été amenés à donner un avis dans la section de Législation (art. 29); enfin, il existe une procédure de récusation des membres de la section d'Administration (art. 29). En Italie, le gouvernement ne peut soumettre à l'avis de l'assemblée générale les textes pouvant faire l'objet d'un recours juridictionnel, de manière à éviter que les membres de la section de Jugement n'aient été impliqués dans la formation de cet avis (texte unique sur le Conseil d'État – décret royal du 26 juin 1924, art. 33). Toutefois, à la suite de l'arrêt *Procola*, l'Italie n'avait pas échappé à des réflexions sur l'avenir du Conseil d'État, et le projet de révision constitutionnelle du 4 novembre 1997, abandonné après la rupture du compromis entre la coalition de centre gauche et la coalition dirigée par M. Berlusconi, prévoyait de réduire le Conseil d'État à sa fonction consultative et de transférer la part juridictionnelle à une nouvelle cour de justice administrative²³. Cette réforme ne semble plus à l'ordre du jour.

23. Domenico Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologne, Il Mulino, 2000, p. 395.

Aux Pays-Bas, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme alimente les discussions et les projets de réforme du contentieux administratif depuis de nombreuses années, mais on semble proche de conclure. Le gouvernement a d'abord ouvert très largement la discussion et envisagé plusieurs scénarios, dans la cadre d'une « troisième phase » de la réforme judiciaire²⁴. En 2001, le ministre de la Justice a présenté au Parlement un rapport qui en étudiait les mérites et les inconvénients²⁵ : 1) de l'intégration du contentieux administratif dans le droit commun sous l'autorité de la Cour suprême (ce qui nécessiterait une révision constitutionnelle); 2) de la fusion en une seule juridiction des trois hautes juridictions administratives existant actuellement²⁶; et 3) de l'intégration au droit commun de certaines branches du contentieux administratif (en matière sociale et financière). Mais le ministre renvoyait au cabinet suivant la décision sur une réforme.

152 En 2004, le gouvernement a arrêté le contenu d'une réforme, plus modeste que celles envisagées dans le rapport de 2001. L'arrêt *Kleyn* a sans aucun doute exercé une influence sur ce choix. Le rapport des ministres de la Justice et de l'Intérieur au Parlement, le 28 avril 2004, relève en effet que, par cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu formellement l'indépendance du Conseil d'État et que l'exercice de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles par une institution indépendante n'était pas en contradiction avec l'article 6 de la CESDH²⁷. Selon les ministres, « le particularisme du contentieux administratif s'oppose à ce qu'on aille plus loin [que la réforme de 1994] dans son intégration au pouvoir judiciaire²⁸ ». Le rapport écarte les trois scénarios envisagés en 2001 et il propose essentiellement une réforme du Conseil d'État. Le projet de loi (n° 30385)²⁹, déposé en septembre 2006, est toujours au stade de la discussion parle-

24. Tweede Kamer der Staten-Generaal, 26352, n°47: *Contourennota modernisering rechterlijke organisatie. Brief van de minister van Justitie*, 18 mai 2001.

25. Ministerie van Justitie, *Keuzen voor de bestuursrechtspraak. Discussienota over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie*, 18 mai 2001, voir en particulier 5^e partie.

26. Outre la section juridictionnelle du Conseil d'État, juge d'appel de droit commun en matière administrative, il existe deux autres juridictions qui ont une compétence d'attribution: le Conseil central d'appel (fonction publique et sécurité sociale) et le Conseil d'appel de la vie économique.

27. Tweede Kamer der Staten-Generaal, 25425, n°7: *Herziening rechterlijke organisatie. Brief van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*, 28 avril 2004, §3.3.

28. *Ibid.*, §1.

29. Kamerstukken II 2005/2006. 30585, n°1-4, 27 septembre 2006.

mentaire. Alors que, selon l'organisation actuelle, les avis sont adoptés par l'assemblée plénière sur rapport des sections administratives, le Conseil d'État serait organisé à l'avenir en deux sections distinctes : la section consultative et la section juridictionnelle. Le principe est maintenu que certains membres du Conseil d'État participent aux deux sections, mais leur nombre serait plus limité, et surtout un membre du Conseil ne pourrait statuer au contentieux dans une « affaire » à laquelle se rapporterait un avis auquel il aurait participé dans la section consultative. L'unité du Conseil d'État serait ainsi maintenue, mais cela ne protégerait pas le Conseil d'État de manière absolue, font remarquer certaines critiques, contre une mise en cause par la CEDH, eu égard à l'incertitude du critère de l'identité de l'affaire³⁰. Le Conseil d'État a d'ailleurs déjà accepté de modifier la formation de jugement en présence d'une demande de récusation émanant d'une partie à l'instance pour prévenir toute contestation sur ce fondement. 153

On n'insistera pas sur les adaptations que le Conseil d'État français a déjà introduites pour se conformer à l'exigence d'« impartialité structurelle » exprimée par la Cour européenne des droits de l'homme. Rappelons seulement que la loi du 24 mai 1872 avait prévu que « les membres du Conseil d'État ne pourront participer au jugement des recours dirigés contre les décisions qui ont été préparées par les sections administratives auxquelles ils appartiennent, s'ils ont pris part à la délibération ». Supprimée en 1939, elle est aujourd'hui suivie coutumièrement. Le Conseil d'État proposera le rétablissement de cette règle dans le code de justice administrative³¹.

Le modèle institutionnel du conseil d'État conserve son originalité dans la variété des modes d'organisation de la justice administrative que connaît le monde moderne. Les pays qui l'ont adopté y demeurent attachés. Il a démontré au fil du temps sa plasticité et a partout permis le développement d'une juridiction administrative indépendante. Les cas dans lesquels l'impartialité structurelle peut se trouver mise en cause sont exceptionnels et peuvent être traités par des mesures d'organisation interne de l'institution, comme le montrent les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, en dehors du cas

30. A. J. Bok, « De Raad van State gereorganiseerd. Over het wetsvoorstel 30585, inzake de herstructurering van de Raad van State », *Nederlands Juristenblad*, 2 février 2007, p. 266-272.

31. *La Lettre de la justice administrative*, janvier 2007, n° 14, p. 4.

spécifique de l'arrêt *Procola*. Il est souhaitable que le dialogue des juges se poursuive avec pragmatisme en tenant compte de la place acquise par les conseils d'État dans les institutions dans chaque pays.

154

R É S U M É

Les conseils d'État constituent un modèle spécifique de juridiction administrative caractérisé par la réunion au sein de la même institution de la fonction juridictionnelle et de la fonction de conseil du pouvoir exécutif. C'est la juridictionnalisation de l'institution et l'indépendance acquise vis-à-vis de l'exécutif qui en ont assuré la pérennité dans de nombreux pays. Aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme conduit à des aménagements tendant à en garantir l'« impartialité structurelle ».