

MICHEL BALLUTEAU, FRANCIS DE BAECQUE
DANIÈLE LOCHAK, BERNARD TRICOT
VINCENT WRIGHT

Débat

La politisation du Conseil d'Etat : mythe ou réalité ?

« POUVOIRS ». — Lorsque nous avons décidé de faire ce numéro sur la politisation de la fonction publique, le comité de rédaction a retenu l'idée d'un débat qui porterait sur la politisation d'un grand corps. Nous avons alors hésité entre la Cour des comptes et le Conseil d'Etat. Ceci se passait en mars 1986, c'est-à-dire avant que la question ne soit posée, en septembre, sur la place publique par des hommes politiques qui ont mis en cause le Conseil d'Etat. Le problème a donc pris une actualité inattendue qui ne doit pas nous empêcher de débattre ensemble, dans la sérénité, pour rechercher si la politisation du Conseil d'Etat est un mythe ou une réalité.

Une première question peut ouvrir ce débat : le problème est-il nouveau ? Avant les années 80 ne pouvait-on pas s'interroger sur la politisation du Conseil ? Quand on remonte à ses origines, on s'aperçoit que, dès sa création, le Conseil a été très proche du Gouvernement. Il l'est resté pendant la majeure partie du XIX^e siècle. C'est insensiblement qu'il a acquis, non pas exactement une indépendance, mais une autonomie à l'égard du pouvoir politique. Par la suite, à la fin du XIX^e siècle, sous la III^e République, sous la IV^e, pendant les premières années de la V^e n'y a-t-il pas eu un certain nombre de faits qui peuvent amener rétrospectivement à s'interroger pour savoir si n'existaient pas déjà alors certaines formes de politisation du Conseil ?

Francis de BAECQUE. — Je me proposerais de me placer sur un plan un tout petit peu différent pour démarrer. Ce qui me paraît

important à souligner d'entrée de jeu c'est la nature même des attributions du Conseil d'Etat qui en fait un organe à la marge de la politique, amené à prendre des décisions qui, si elles ne sont pas toutes politiques, ont très souvent une répercussion politique inévitable. C'est vrai en matière contentieuse. Qu'on pense aux décisions concernant les demandes d'extradition, il y a quelques années, qu'il s'agisse du contentieux électoral, d'un décret important ou d'un ensemble d'arrêts formant jurisprudence sur un sujet brûlant comme les droits des immigrés. C'est vrai même lorsqu'il s'agit avant tout de juger en droit, mais, de plus, il arrive que la jurisprudence en évoluant et en devenant plus fine (la théorie du bilan dans le domaine de la déclaration d'utilité publique ou la notion d'erreur manifeste) amène le Conseil d'Etat à donner l'impression qu'il prend parti aussi en opportunité.

C'est encore plus vrai bien entendu pour l'activité du Conseil en tant que Conseil du Gouvernement. Il est amené à se prononcer sur les projets politiques qui lui sont soumis. Et ici l'aspect politique de son rôle a sans doute été renforcé depuis quelque temps, parce que, peut-être plus que par le passé, on cherche à rendre publiques ses positions.

Bernard TRICOT. — J'ajouterais que la manière dont le pouvoir législatif ou réglementaire s'exerce sous la V^e République a renforcé l'aspect que vient de souligner F. de Baecque. Notamment à l'heure actuelle dans des domaines importants ayant une coloration politique, le recours aux ordonnances contribue à entourer les avis et les décisions du Conseil d'Etat d'une ambiance politique.

Danièle LOCHAK. — Je partage tout à fait l'avis de M. de Baecque sur le caractère inévitablement politique de l'activité du Conseil d'Etat. En raison de la nature même des questions qu'il traite, il est amené à jouer, qu'il le veuille ou non, et indépendamment de tout engagement au service de tel ou tel parti, un rôle politique.

Je me demande toutefois s'il ne faut pas faire des distinctions selon les différentes fonctions qu'il exerce et selon le sens des décisions ou avis qu'il rend. Ainsi la fonction consultative, dans la mesure où elle est discrète — et même, théoriquement, secrète (ce que personnellement je trouve contestable dans un Etat de droit) —, dans la mesure également où elle ne lie pas ou exceptionnellement le Gouvernement, me semble *a priori* moins « sensible », du point de vue qui nous intéresse ici, que la fonction contentieuse. Dans ce domaine, en effet, les décisions du juge sont publiques, et ses « désaveux » à

la fois plus voyants et plus radicaux, puisqu'ils s'imposent à l'Exécutif. Il est vrai que récemment certains ont cru pouvoir dénoncer le caractère partisan d'avis rendus par les sections administratives du Conseil d'Etat : il reste qu'une affaire Canal me paraît improbable en matière consultative.

D'où une seconde remarque : n'a-t-on pas tendance à parler de politisation et à dénoncer les prises de position du Conseil d'Etat exclusivement lorsqu'il annule — et non lorsqu'il confirme — les actes de l'Exécutif ? Aurait-on dit du Conseil d'Etat qu'il avait « outrepassé » son rôle de juge, en 1962, s'il avait rejeté le recours du sieur Canal ? Evidemment non. Et pourtant, un tel rejet n'aurait pas été moins « politique » que l'annulation.

C'est donc en réalité le mot « politisation » lui-même qui fait problème. On a évoqué en commençant la très grande proximité du Gouvernement, et donc la « politisation » du Conseil d'Etat à ses débuts. Mais en pratique on ne considère pas comme une manifestation de politisation le fait pour un corps de fonctionnaires d'être inféodé au Gouvernement ; à l'inverse, toute velléité d'autonomie ou d'indépendance a des chances d'être stigmatisée comme prise de position politique.

Francis de BAECQUE. — Je crois que c'est au moins aussi vrai dans son activité de conseil car ses avis sont notifiés à tous les membres du Gouvernement intéressés. Et si au cours d'une délibération du conseil des ministres il y a des prises de position divergentes, et on peut dire qu'actuellement le problème se pose de manière encore plus nette, les avis du Conseil d'Etat prennent une importance plus grande et peuvent être interprétés d'un point de vue politique.

Bernard TRICOT. — Je suis en gros d'accord avec ce qu'a dit Mme Lochak. Mais peut-être se place-t-elle un peu trop sous l'angle du Gouvernement, car l'accusation de politique peut être portée par d'autres, notamment par des milieux politiques ou intellectuels ou par des juristes. Ceux-ci constatent que dans telle ou telle affaire le Conseil d'Etat n'a pas annulé l'acte attaqué alors qu'il aurait dû le faire, à leur avis. C'est ainsi que le Conseil, ayant adopté en matière de contrôle de la légalité des décisions d'expropriation, la notion de bilan (utilité et inconvénients), on lui a reproché ensuite de se montrer très timide dans la mise en œuvre cas par cas de cette notion. Le fait est d'ailleurs qu'elle nous conduit très près du contrôle de l'opportunité. Mais s'il est vrai que cette notion a eu peu de suites

contentieuses, elle a eu des effets pratiques sur la façon dont le Conseil d'Etat, dans ses formations administratives examine les dossiers d'expropriation.

Francis de BAECQUE. — En matière électorale ce n'est pas le Gouvernement qui est en cause, puisqu'il s'agit d'élections locales.

Danièle LOCHAK. — Il est exact que certaines décisions du Conseil sont critiquées comme trop timides par la doctrine. Néanmoins, dans ces hypothèses, on ne dira pas que le Conseil d'Etat est « politisé », mais qu'il n'a pas fait preuve d'assez d'audace, en ajoutant le cas échéant que les hauts fonctionnaires qui le composent n'aiment décidément pas contrer le Gouvernement dans des domaines politiquement sensibles. La critique n'est donc pas exactement du même ordre.

« POUVOIRS ». — On pourrait préciser ainsi la question qui nous occupe : dans l'histoire du Conseil d'Etat, et plus particulièrement dans les deux premiers tiers de ce siècle, y a-t-il eu des conflits entre le Conseil et le Gouvernement à propos de décisions, ou parce qu'il y avait eu, disons, des fuites sur certaines délibérations du Conseil d'Etat ? Y a-t-il eu des précédents à la polémique que nous connaissons depuis quelques semaines ?

Bernard TRICOT. — Je me rappelle l'atmosphère de la maison à la Libération, lors de l'épuration. Le Conseil était à ce moment-là marqué par l'épuration. Je crois cependant que le trouble dans les esprits n'a pas duré très longtemps, en partie grâce à l'attitude d'un homme comme René Cassin qui a été un grand vice-président.

Plus tard, le Conseil a connu une crise grave du fait de l'arrêt Canal du 19 octobre 1962, il a jugé que les circonstances qui existaient en juin 1962 n'étaient pas d'une gravité telle qu'elles justifiaient l'institution par voie d'ordonnance d'un tribunal d'exception statuant sans voie de recours. Ces circonstances, pourtant, e'étaient les attentats de l'OAS et du FLN, en Algérie et en métropole, avec des morts par centaines. Le Conseil s'est alors livré, à mon avis, à une appréciation erronée, influencée sans doute par une logique trop abstraite et, chez certains de ses membres, par des choix politiques. A l'époque, j'avais surtout ressenti l'aspect politique ; aujourd'hui j'attacherais plus d'importance à une manière trop abstraite de raisonner.

Danièle LOCHAK. — Deux remarques sur l'intervention de M. Tricot. Tout d'abord, je suis contente que vous ayez prononcé le nom

de René Cassin en disant que grâce à lui le Conseil d'Etat avait surmonté le choc de la Libération et de l'épuration. Car Cassin avait bien exercé auparavant des fonctions politiques, ses convictions et ses engagements étaient connus ; or personne n'a parlé — ni à l'époque, ni rétrospectivement — de « politisation ». C'est bien la preuve qu'on pose mal le problème lorsqu'on assimile à la politisation du Conseil d'Etat comme institution l'affiliation politique individuelle de ses membres — ou plutôt *les affiliations*, puisque le pluralisme existe ici comme ailleurs. Là encore, on parlera plus volontiers de politisation pour ceux dont les convictions sont différentes de celles du Gouvernement en place — ou des siennes propres — en oubliant les autres.

Sur l'arrêt Canal, ensuite et encore. Contrairement à vous je le mets plutôt à l'actif du Conseil d'Etat ; mais puisque vous l'avez *in fine* justifié, je dirai à mon tour et réciproquement que le Conseil d'Etat a tranché ici sur la base de considérations d'opportunité politique au moins autant que sur la base de considérations juridiques : comme si, après avoir été d'une prudence extrême — pour ne pas dire plus — pendant toute la guerre d'Algérie, de crainte de gêner ou de contrarier le Gouvernement, il avait éprouvé le besoin soudain de se « défouler » une fois la guerre terminée.

Bernard TRICOT. — Je n'avais pas conscience d'avoir beaucoup défendu l'arrêt Canal.

Francis de BAECQUE. — Pour en terminer avec l'arrêt Canal, et en dehors de l'aspect politique, je suis convaincu qu'il y a eu également pour quelques-uns des membres de l'assemblée du contentieux le fait tout à fait exceptionnel qu'ils avaient l'impression de tenir la vie d'un homme entre leurs mains. Ça a joué un rôle. C'est tout à fait en dehors de la politique mais ça mérite, du moment qu'on aborde le sujet, d'être signalé.

Vincent WRIGHT. — Je pense que la politisation est en fait inscrite dans les origines mêmes du Conseil. Et à son tour la Constitution de 1958 lui donne des attributions tellement élargies, qu'elles commandent en quelque sorte une implication du Conseil dans les affaires politiques. Quand on voit les reproches qui lui ont été faits sous la V^e République, ils sont, je dirais, assez minimes comparés aux critiques lancées contre lui pendant la période de la Restauration, pendant les débuts de la III^e République quand on a voulu carrément le supprimer à cause de ses dimensions trop politiques. On estimait

que le Conseil était trop impliqué dans la défense du régime antérieur. La nature même des critiques a changé mais les critiques contre cette espèce de dimension du Conseil ont toujours existé. D'autre part, il me paraît important de souligner que la V^e République est depuis l'origine du CE le seul régime qui n'ait pas procédé à une épuration du Conseil.

« POUVOIRS ». — A travers tout ce que nous savons, et tout ce qui a été dit depuis le début de ce débat, il y a une question préalable en quelque sorte qu'il faudrait élucider : qu'est-ce que la politisation ?

Ne pourrions-nous pas nous interroger sur le CE actuel et, en prenant le mot politisation au sens large, en sérier les différents aspects et rechercher s'ils se retrouvent dans le statut de ses membres, dans son fonctionnement, dans sa vie interne et enfin, si des réformes pourraient intervenir qui rendraient plus difficile une dénonciation de la politisation du Conseil.

Le premier point a déjà été évoqué tout à l'heure, il faut pourtant y revenir, sans qu'il nous retienne trop longtemps. Dans la mesure où le Conseil fixe une ligne de conduite à l'administration et au Gouvernement, il recourt nécessairement à un certain nombre de références qu'il puise dans un système de valeurs, dans une certaine conception de l'éthique du comportement de l'administration ou d'un Gouvernement. N'est-ce pas un premier aspect de la politisation ? Est-ce que véritablement le CE est toujours conformiste ou bien lui arrive-t-il de temps en temps, sur des affaires précises, de faire avancer, de faire bouger les idées, de modifier les règles traditionnelles de comportement dans les relations entre le Gouvernement, l'administration et les administrés ?

Danièle LOCHAK. — Le Conseil d'Etat, fer de lance du progrès ? Cela se saurait ! Personnellement, je n'en vois guère d'exemples. Lorsqu'il y a eu opposition entre le juge administratif et l'Exécutif, c'était plutôt parce qu'il s'estimait le gardien d'une tradition, le gardien de principes constitutionnels ou de principes économiques, et non en raison d'une quelconque volonté d'aller de l'avant. Ceci n'est d'ailleurs pas propre au Conseil d'Etat : il est dans la nature même de la fonction d'un juge d'être stabilisatrice.

On a également évoqué l'éthique des membres du Conseil d'Etat. Sur ce point, il me semble que la communauté d'origine et de formation avec ceux qui peuplent les sphères décisionnelles supérieures limite sérieusement les risques d'incompréhension majeure entre l'administration active et le juge administratif, et les conflits ne peuvent surgir que sur des problèmes ponctuels.

« POUVOIRS ». — En matière d'immigration par exemple un certain nombre de fonctionnaires ont participé tout à fait naturellement à l'élaboration de différents textes contre lesquels le Conseil d'Etat a pris position très fermement, par exemple, en proclamant comme principe général du droit, le droit à une vie familiale normale. Je pense que cette attitude n'a pas enchanté divers dirigeants politiques. Je suis même infiniment persuadé que, dans un tel cas, le Conseil d'Etat consacre une valeur essentielle et ouvre la voie à des évolutions administratives.

Danièle LOCHAK. — Je crains que l'arrêt *GISTI* de 1978, proclamant le droit à une vie familiale normale pour les travailleurs immigrés et annulant un décret sur ce fondement, ne soit un peu l'arbre qui cache la forêt. Dans l'ensemble, je ne pense pas que depuis lors les hauts fonctionnaires et les dirigeants politiques aient pu avoir réellement à se plaindre de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'immigration.

Vincent WRIGHT. — La question est en fait mal posée parce que je pense qu'en parlant de l'éthique du CE il ne faut pas envisager la question en termes de progrès ou de non-progrès mais plutôt, par exemple, en termes d'Etat ou de non-Etat, centralisation ou décentralisation, défense d'un certain nombre de libertés ou défense parfois d'autres libertés entre lesquelles il peut y avoir conflit. On peut discerner une certaine éthique au CE mais ce n'est pas en termes de progrès.

Bernard TRICOT. — Je ne suis pas tout à fait d'accord avec ce qu'a dit M. Wright. La notion de progrès est largement subjective. Est-ce un tel progrès que de permettre à toutes les communes de monter des cinémas ou des boucheries ? Dans certains cas le CE peut paraître, ou a été effectivement en retard : au sujet des droits des femmes, du syndicalisme dans la fonction publique, etc. Mais, lorsqu'il a développé la jurisprudence des principes généraux du droit, que le Conseil constitutionnel a repris ensuite, il a donné une force juridique à des idées qui n'étaient pas toutes nouvelles, mais qui, jusque-là, relevaient plutôt de la morale politique.

Vincent WRIGHT. — On conçoit toujours le CE comme un corps homogène. En étudiant son histoire on voit qu'il y a quand même des clivages très nets à l'intérieur du Conseil et, on peut dire que certains commissaires du Gouvernement peuvent par exemple

essayer de faire avancer la jurisprudence tout en sachant que la cause est perdue d'avance. Il y a des voies nouvelles tracées dans les conclusions d'un certain nombre de commissaires. Regarder, analyser le CE en tant que corps homogène est un peu naïf.

Francis de BAECQUE. — Il y a un élément capital qu'il faut rappeler, c'est l'éventail des générations, qui favorise la diversité des points de vue et cela dans le respect scrupuleux par les anciens de la liberté d'expression des jeunes. Cela m'a frappé à ma première affaire contentieuse et je constate que c'est vraiment une des traditions du corps et peut-être une des formes de son libéralisme le plus réel.

« POUVOIRS ». — Il n'y a pas lieu de s'arrêter trop longuement sur cette première manifestation de la politisation. Même s'il peut y avoir quelques aspects propres au Conseil, la situation dans laquelle il se trouve est celle de toutes les cours suprêmes. On la retrouverait aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne et très probablement en Allemagne.

Il faut en venir à des aspects beaucoup plus voyants et auxquels le public est plus sensible et en particulier à la politisation du personnel du Conseil, qui est véritablement au cœur du débat actuel dans la mesure où certains de nos concitoyens se demandent si le CE ne devient pas partisan. Les recrutements au tour extérieur, l'appartenance affichée d'un certain nombre de membres du Conseil à des formations politiques et même parfois aux organes dirigeants de ces formations, des déclarations qui mettent en cause le devoir de réserve, l'entrée au Conseil de jeunes gens dont on peut se demander s'ils y sont véritablement attirés par le droit administratif et le contentieux ou plutôt par ce qui apparaît comme une sorte de marche-pied dans une carrière politique, tout ceci fait que, ici et là, on se pose la question de savoir si le CE n'est pas en train de devenir un organe partisan ?

Francis de BAECQUE. — C'est sûrement un problème qui est posé devant l'opinion. Première réponse qui va de soi : le tour extérieur est une tradition du CE et une tradition à laquelle le corps est extrêmement attaché car il y voit une richesse. Ce tour extérieur (qui est très important puisque c'est un quart des maîtres des requêtes et un tiers des conseillers) a toujours eu, me semble-t-il, un certain aspect politique.

Le bon usage du tour extérieur implique deux choses :

I / Que l'équilibre entre les nominations « politiques » et les nominations qui rendent très rapidement service au corps dans sa

fonction technique soit maintenu. Il est vrai qu'il y a eu une tendance depuis quelque temps à apporter un bouleversement fâcheux sur ce plan, ce qui est grave dans la mesure où cela empêche le Conseil d'Etat de répondre aux exigences de sa fonction, notamment sur le plan du contentieux.

2 / Que les membres venant du tour extérieur « jouent le jeu » si je puis dire. Sans prétendre que le corps les « absorbe », il se trouve que, de fait, l'immense majorité d'entre eux comprend les principes qui sont à la base de notre comportement collectif, finalement ils y sont sensibles et l'adoptent. Et à ce moment-là le tour extérieur perd une grande partie de son caractère politique. On peut dire qu'ainsi une distinction s'opère dans l'immense majorité des cas, entre l'opinion profonde des uns et des autres et la manière dont ils exercent leurs fonctions.

Michel BALLUTEAU. — Vous savez que le Rassemblement que je représente ici s'est prononcé en 1985 et en 1986 sur le tour extérieur. Vous savez comme moi que plusieurs dispositions législatives ont été prises, comme la loi du 13 septembre 1984 qui intéresse un certain nombre de corps d'inspection générale, et permet la nomination de personnes sous la seule condition d'âge (avoir 45 ans). Cette loi a aussi, et c'est un élément déterminant dans le jugement que nous portons sur le CE, abaissé la limite d'âge supérieure, ramenée à 65 ans, notamment au CE et à la Cour des comptes. Dans ce contexte juridique nouveau, je ferai deux observations. En premier lieu, et je rejoindrai le point de vue de M. de Baecque, je confirme que le RPR est favorable au principe du tour extérieur ; cela existe depuis fort longtemps et nous pensons qu'il s'agit effectivement d'une bonne technique de recrutement dans la fonction publique, qui permet une certaine diversification. Mais, en second lieu, nous posons le problème du nombre de personnes nommées selon cette voie. Il s'agit de savoir quel flux d'entrée dans les corps est acceptable. Or, au CE, ce flux devient tout à fait considérable. En trois ans, c'est-à-dire de 1985 à 1987, l'abaissement de la limite d'âge entraîne le départ de 40 conseillers sur un effectif de 80, soit la moitié. Compte tenu de la proportion qui vient d'être rappelée par M. de Baecque, c'est-à-dire le tiers, 13 personnes seront nommées sur trois ans au tour extérieur. Ceci est trop important, notamment parce qu'on peut craindre que ces tours extérieurs soient utilisés pour satisfaire un certain nombre de personnes politiquement proches du Gouvernement en place. Il est dans la nature des choses qu'un Gouvernement favorise plutôt ses amis que les gens qui ne partagent pas ses convictions. Et donc nous

disons qu'il y a là un phénomène préjudiciable, sans d'ailleurs que nous portions pour autant de jugement sur telle ou telle personne.

« POUVOIRS ». — Vous pensez donc que dans les décisions qui ont pu être prises au cours des derniers mois — c'est un peu le sens de l'intervention de M. Toubon au mois de septembre — il y a eu le poids politique d'un certain nombre de personnes qui doivent leur présence au CE à leurs amitiés partisans ?

Michel BALLUTEAU. — Très certainement. Et des personnes qui peut-être ont pu prendre telle décision, adopter telle position, compte tenu d'une appartenance politique.

« POUVOIRS ». — Et vous pensez aussi que le retour au CE des équipes du Gouvernement antérieur est venu renforcer au sein du Conseil le poids des personnes nommées au tour extérieur.

Michel BALLUTEAU. — C'est un autre phénomène. Je crois qu'il est sain pour l'administration, pour le service public, qu'un certain nombre de hauts fonctionnaires, notamment des membres du CE, soient nommés pendant quelques années à la tête d'une direction dans un ministère. Ce phénomène de va-et-vient nous paraît satisfaisant et j'ai l'impression que ce mouvement-là n'est pas celui qui pose le plus de problèmes à l'heure actuelle.

« POUVOIRS ». — Vous pensez alors aux cabinets ministériels ?

Michel BALLUTEAU. — Je pense éventuellement aux cabinets ministériels. Je pense à l'appel à des personnes prises soit en dehors de l'administration, soit dans l'administration, et qui ont été nommées maîtres des requêtes ou conseillers d'Etat, qui ont pu être choisies sur des critères plus partisans que de compétence.

Bernard TRICOT. — Nous sommes là au cœur d'un sujet délicat.

Il n'y a rien de fondamentalement nouveau qui se soit produit au cours des dernières années. Il y a toujours eu, dans certaines nominations, un facteur politique. Ce qui me semble s'être passé, depuis environ le milieu des années 70 et surtout depuis 1981, c'est une aggravation de la situation, pas un echangeement total. L'aggravation motivée par le fait que l'alternance politique en France depuis 1959 a beaucoup tardé et qu'il s'est produit une accumulation d'ambitions et de sentiments d'injustice ; le Gouvernement issu des élections

de 1981 a voulu opérer un rééquilibrage ce qui, dans une certaine mesure se comprend. Mais je crois qu'il est allé trop loin, que trop de nominations ont eu un caractère politique. C'est ainsi qu'entre 1981 et 1986 on a vu croître le nombre de collaborateurs du Président de la République qui étaient nommés au Conseil, sans toujours de justification technique suffisante, alors qu'on faisait moins appel aux membres du secrétariat général du Gouvernement.

Il y a donc eu certainement des excès.

Que ces excès aient contribué à renforcer les facteurs politiques de décision chez certains des membres du Conseil d'Etat en face de choix qui avaient déjà par eux-mêmes un certain caractère politique, cela me paraît indéniable. Ce qu'il faudrait pouvoir apprécier, mais on ne pourrait le faire que par une analyse extrêmement fine, cas par cas, c'est quel a été l'effet réel de ce facteur sur telle ou telle prise de position, non plus individuelle, mais collective, du Conseil. Un mot, par exemple, sur l'affaire du découpage électoral. Il est vrai que certains d'entre nous avaient tendance à voter dans tel sens et d'autres différemment. Mais ce phénomène, sans être du tout négligeable, n'était pas majoritaire et la plus grande partie s'est efforcée de prendre position en fonction de règles générales tirées de l'importance des populations des circonscriptions, du caractère non artificiel ou au contraire artificiel des contours donnés aux circonscriptions, du souci d'éviter de couper arbitrairement une ville moyenne en deux, etc.

La combinaison de ces critères était délicate et on pouvait, de bonne foi, diverger cas par cas. Mais, je le répète, il est vrai que les préférences politiques ont eu des effets sur des votes individuels. On peut toutefois penser que ces votes-là se sont largement neutralisés.

Francis de BAECQUE. — Je voudrais attirer aussi l'attention sur la façon dont souvent les médias renforcent cette impression de politisation des délibérations du Conseil en inventant un certain nombre de choses à partir de ce qu'ils croient savoir. J'ai un souvenir très précis concernant l'examen de la loi sur la presse, dite loi Hersant. Dans un commentaire sur ce débat, un journaliste faisait parler trois membres du Conseil d'Etat contre le projet du Gouvernement. Or, l'un était en disponibilité depuis six mois, le second était à l'hôpital et le troisième n'a pas dit un mot. Il y a une sorte de caisse de résonance vis-à-vis de l'opinion. Et les trois personnes qu'il faisait parler étaient choisies parce que, dans leur carrière, elles avaient été au contact de la presse dans un contexte politique différent.

Ainsi, il suffit que quelqu'un ait eu une activité dans un certain

sens, pour qu'on le croie incapable d'avoir sur un thème qu'il connaît un jugement objectif. Je crois important de dénoncer ces vues simplistes qui vont à l'encontre de ce qu'est le comportement normal d'un membre du Conseil.

Vincent WRIGHT. — Je dois dire également que sur le plan historique, quand on regarde le comportement des conseillers d'Etat en assemblée générale, il est extrêmement difficile de prévoir la manière dont ils vont voter. Parfois choisis selon des critères politiques, ils changent complètement de comportement. Certains membres protestants du CE sous la III^e République étaient les défenseurs les plus ardents des congrégations religieuses. Je reviens sur ce que M. Tricot a dit, il faut être très prudent en analysant le comportement des membres.

Michel BALLUTEAU. — Juste un mot pour reprendre ce que disait M. de BAECQUE. Je crois que c'est un problème extraordinairement important que celui de la « publicité » des débats et des avis. C'est vrai que nous sommes dans une situation qui n'est pas seulement liée à l'appartenance à tel ou tel parti politique, c'est évident. Mais cette « publicité » qui est donnée par un certain nombre de membres du CE, ou d'autres corps (puisque nous constatons parfois des phénomènes un peu analogues à l'intérieur de l'administration, des directions d'administration), nous considérons qu'il s'agit là de quelque chose d'extrêmement grave. Je parle évidemment du CE dans sa fonction de conseil du Gouvernement. Nous considérons pour notre part que le CE donne des avis au Gouvernement, ces avis sont réservés au seul Gouvernement et n'ont pas à être publiés sous une forme ou sous une autre, que ce soit par rumeur ou par tel ou tel renseignement donné à tel ou tel journaliste. Le Gouvernement doit être le seul à obtenir l'avis du CE et à connaître la teneur du débat.

Une anecdote montre bien comment cela pose un problème. Je la tire d'une autre activité que celle pour laquelle je suis ici. Au cabinet du Premier ministre, tous les vendredis matin j'assiste à la réunion de préparation du conseil des ministres. A l'heure actuelle sur certains projets de tel ou tel ministre nous nous disons : est-ce que nous ne devons pas renoncer à tel projet de loi et susciter une proposition de loi tout simplement parce que le projet de loi passant au CE, nous verrons l'avis du CE publié dans un journal avant même que le Gouvernement lui-même ne soit renseigné sur son contenu. Cela montre bien dans quel état d'esprit sont aujourd'hui, non pas

l'ensemble du Gouvernement, mais quelques ministres, en particulier ceux qui ont des textes un peu sensibles politiquement.

« POUVOIRS ». — Pourquoi êtes-vous contre la publicité ?

Michel BALLUTEAU. — Parce que nous considérons que le Gouvernement est responsable devant le Parlement quand il mène la politique de ce pays, c'est à lui qu'il a d'abord à rendre des comptes. Dans la façon qu'il a de mener sa politique, de se déterminer, il prend effectivement un certain nombre d'avis. Certains sont obligatoires, c'est le cas du CE, mais les avis qu'il recueille sont utilisés par lui pour forger sa décision. Ensuite il peut avoir à rendre des comptes, dans les conditions prévues par la Constitution, notamment devant le Parlement, où il peut éventuellement être amené à dire : le CE a pu donner un avis positif ou négatif. Mais encore une fois ça nous paraît constituer ce travail préliminaire du Gouvernement, de chacun des ministres, pour un secteur particulier, ce n'est pas quelque chose qui effectivement appartient à l'opinion publique...

Bernard TRICOT. — Je suis tout à fait d'accord pour ma part avec ce que vient de dire M. Balluteau. Peut-être faudrait-il cependant faire quelques distinctions. Il y a tout d'abord des avis du CE qui donnent une consultation générale juridique et permanente, qui fixent un point de droit, qui éclairent un comportement possible de l'administration. Le Gouvernement est de plus en plus souvent d'accord pour que ces avis soient rendus publics. Nous le faisons dans la revue *Etudes et Documents* et nous en publions de plus en plus.

Il y a, d'autre part, la réaction du CE en face d'un projet de loi ou d'un projet de décret. En effet, il s'agit là d'une phase préparatoire, le CE est dans ses fonctions administratives d'abord le conseil du Gouvernement, c'est au Gouvernement qu'il doit s'adresser. La publicité de ces avis n'est pas nécessaire, n'est pas utile. Si elle était donnée elle nous amènerait probablement à nous exprimer d'une façon souvent moins nette, moins claire et, pour ma part je vois de gros avantages à maintenir la pratique actuelle.

Francis de BAECQUE. — C'est là que le CE deviendrait un organe politique. Parce que ses points de vue seraient nécessairement utilisés et, quel que soit le Gouvernement, ce serait toujours l'opposition qui utiliserait les critiques du CE et qui mettrait le Gouvernement en difficulté sur un texte venant de lui. D'ailleurs l'expérience faite aux Pays-Bas de rendre publics les avis du Conseil d'Etat, ne me paraît pas être une expérience très convaincante.

Bernard TRICOT. — La notion d'avis du CE est très difficile à cerner. Je prends le cas où il y a eu discussion avec les commissaires du Gouvernement (1). Nous ne les avons pas persuadés, nous avons rédigé une note dont on peut imaginer qu'elle soit publiée. Pour les raisons soulignées par F. de Baecque, je n'y suis pas favorable, mais ce serait possible. Mais combien de fois dans l'examen d'un texte par le CE, le Conseil a obtenu totalement ou partiellement satisfaction et le texte initial a été modifié ? Il est impossible dans ce cas-là de faire la différence entre ce qui vient du CE et ce qui vient du Gouvernement. Et, si on ne rendait pas compte de ces différences, je crois que la publicité des autres avis du CE donnerait de son rôle et de l'attitude du Gouvernement vis-à-vis de lui une vue totalement fautive, c'est-à-dire une vue seulement des cas où nous avons échoué à faire changer la position gouvernementale. Aussi pour ce qui est de la procédure d'élaboration de la loi et du décret, je ne vois pas l'intérêt de la publication et, j'y vois au contraire beaucoup d'inconvénients.

Francis de BAECQUE. — J'ajoute que pour ce qui est des décrets ce serait vraiment donner des arguments aux avocats pour contester leur régularité. Le Gouvernement peut, pour des raisons d'opportunité, estimer devoir prendre le risque d'aller contre l'avis juridique du CE. Mais il est sûr que si cet avis est publié ce n'est plus un risque mais une certitude que le décret sera contesté. Le Gouvernement ne prendra plus de décrets que sur avis conforme. En tout cas c'est adopter l'idée que la publicité changerait profondément le rôle des sections administratives du CE.

« POUVOIRS ». — Ce qui est important c'est de ne pas réduire l'argumentation au fait que c'est un avis demandé par le Gouvernement et donc sa propriété et qu'on a donc pas à justifier sa non-divulgaration. Ce point de vue est insuffisant. Il faut argumenter un peu plus pour justifier...

Bernard TRICOT. — Voyez ce que nous disions tout à l'heure sur la tentation de procéder par proposition de loi plutôt que par projet de loi. Si l'avis du CE était systématiquement rendu public, vous

(1) Ne pas confondre avec les commissaires du Gouvernement devant les formations contentieuses. Bernard Tricot évoque ici les représentants du Gouvernement qui viennent défendre le point de vue de celui-ci en matière administrative (NDLR).

auriez la tentation de la part du Gouvernement de réduire le domaine des décrets en CE.

Danièle LOCHAK. — Ce serait peut-être un moyen de revaloriser le rôle du Parlement...

Vincent WRIGHT. — La publicité autour des avis du Conseil n'est pas un phénomène nouveau. Je me rappelle qu'en 1962 et en 1969 les fuites étaient assez fréquentes au sujet de son attitude à l'égard des deux projets de référendum du général de Gaulle. *Le Monde* a publié un compte rendu très détaillé, si je me rappelle bien, en 1962 et même en 1969.

Francis de BAECQUE. — Le Gouvernement est toujours libre de rendre publics les avis du Conseil. Ainsi en 1969, telle fut la volonté du Gouvernement, peut-être parce qu'il y a des cas où il vaut mieux prendre l'initiative que d'être dépassé.

Bernard TRICOT. — Ces fuites, en tout cas, qui ont eu récemment un caractère systématique, sont inexcusables.

Vincent WRIGHT. — La différence, très fondamentale, entre la IV^e et la V^e République c'est la polarisation de la vie politique pendant la V^e, qui fait que les enjeux politiques semblent être plus grands, plus nets, plus visibles. Quand on vivait avec le grand marais centriste je pense que les enjeux étaient moins nets.

Bernard TRICOT. — Jamais un marais ne fait beaucoup de vagues.

Danièle LOCHAK. — Je voudrais revenir à la politisation, dont on a évoqué trois aspects : le tour extérieur, les engagements plus marqués des membres du Conseil d'Etat, et les détachements suivis du retour dans le corps. Sur le second aspect, ce qui est nouveau, c'est moins ces engagements en eux-mêmes, qui ont toujours existé, que le fait qu'ils soient plus volontiers mis en avant, soit par les intéressés eux-mêmes, soit par leurs collègues, soit, enfin et surtout, par la presse. Le problème du retour dans le corps après un détachement n'est pas non plus nouveau : ce n'est pas d'aujourd'hui que les membres du Conseil d'Etat en sortent pour aller peupler les cabinets ministériels et les emplois discrétionnaires. On ne s'en est guère ému pendant les vingt-cinq premières années de la V^e République ; et il a fallu que reviennent au Conseil d'Etat des personnalités ayant

servi ou fait partie d'un Gouvernement de gauche pour que la question soit publiquement soulevée et la politisation du Conseil dénoncée (non sans faire fréquemment l'amalgame entre ces retours et les nominations effectuées au tour extérieur sur critères politiques).

L'idée qu'il y aurait deux catégories de membres du Conseil : ceux qui restent fidèles à une tradition d'apolitisme et ceux qui sont plus politisés — ne me semble pas non plus refléter la réalité. Ce qui me frappe, au contraire, c'est que parmi les personnalités les plus en vue du Conseil d'Etat, celles qui au cours des quinze ou vingt dernières années ont en quelque sorte « personnifié » le juge administratif à l'extérieur et imprimé leur marque à la jurisprudence, plusieurs ont vu leur nom cité comme preuve de la politisation actuelle du Conseil d'Etat — ce qui est pour le moins paradoxal. Et pour ne dire qu'un mot d'une affaire que tout le monde a encore certainement à l'esprit, où résidait la politisation : dans le projet de nommer à la tête de la section du contentieux quelqu'un que sa carrière antérieure prédisposait sans contestation possible à occuper un tel poste — ou dans l'abandon de ce projet sous la pression de ceux qui ont alors crié à la politisation du Conseil, au motif que l'intéressé avait occupé des fonctions importantes auprès d'un ministre communiste ?

Francis de BAECQUE. — Je voudrais reprendre ce que vous avez dit sur les allers-retours cabinets ministériels - postes administratifs - Conseil d'Etat. Sous les Gouvernements socialistes il avait déjà été dit que le CE émettait des avis réservés sur les textes qui lui étaient soumis en raison de l'influence de ceux qui venaient de postes occupés sous un autre Gouvernement. Ici, je crois qu'il faut être d'une clarté absolue. Ceux qui votent dans les sections administratives ce sont les conseillers et, statistiquement le nombre de conseillers qui « vont et qui viennent » est extrêmement faible. Le mouvement se fait du côté des maîtres des requêtes.

De même, puisque nous parlions à l'instant du tour extérieur, je crois que dans un débat en assemblée générale ceux qui peuvent exercer une influence et le cas échéant changer une opinion ce sont les membres du CE qui sont connus et reconnus. Pour les conseillers nommés au tour extérieur, il y a ceux qui attendent pour parler et comprendre comment le faire dans le style de la maison et ceux qui, dès la première séance, se sentent tout à fait à l'aise mais alors ils n'ont pas une influence appréciable sur la solution qui interviendra. Mais ceci ne veut pas dire qu'il y a conformisme. J'ai eu l'occasion, dans une contribution au livre *Administration et politique* de montrer comment se répartissaient les engagements politiques des membres

d'un grand corps et le CE était le plus équilibré, c'est-à-dire celui dans lequel il y avait la plus large répartition entre les différents partis politiques. Il reste que, vis-à-vis de l'opinion, le fait que tant de membres du CE soient « étiquetés » politiquement fait problème.

« POUVOIRS ». — Est-ce que c'est lié au tour extérieur ? Il n'est pas question de citer des noms mais si on prend la presse, les hommes du CE qui s'expriment dans la presse et parfois violemment sont beaucoup plus, semble-t-il, des membres du corps que des gens du tour extérieur.

Vincent WRIGHT. — Je voudrais dire en tant qu'historien que le CE a toujours vexé les Gouvernements successifs et je relève une belle phrase de Gambetta en dispute violente avec Laferrière, qui était un très grand vice-président du CE : « Si le CE me donne tort je le changerai. J'en ai assez des légistes, des commentaires et des commentateurs. » Ce que l'on constate pendant la V^e est un phénomène très ancien. Il serait tout de même sage de se concentrer un tout petit peu sur la spécificité de la V^e. Y a-t-il des phénomènes spécifiques à ce régime ?

Bernard TRICOT. — Nous avons déjà parlé de l'importance du pouvoir exécutif dans l'élaboration des lois, du recours très large aux ordonnances. On peut citer aussi l'importance particulière des cabinets ministériels sous la V^e, et ils sont largement constitués par des membres des grands corps.

A noter aussi que l'ENA est largement devenue une école de pouvoir. Pour beaucoup de nos jeunes collègues l'entrée au Conseil est moins qu'autrefois l'accomplissement d'une vocation juridique et plus qu'autrefois le moyen de commencer une carrière à la fois administrative et politique et, si possible gouvernementale.

Francis de BAECQUE. — Comme le disait à l'instant B. Tricot, l'ENA prépare très bien et le travail au CE complète magnifiquement la formation à la politique.

« POUVOIRS ». — Pour ce qui concerne le personnel nous pourrions en rester là, et passer à d'autres aspects de la politisation. Tout d'abord est-ce que la déontologie des membres du Conseil n'a pas un peu évolué, est-ce que le devoir de réserve est toujours respecté (on en a parlé tout à l'heure pour certains textes qui apparaissent dans des mains auxquelles ils n'étaient pas destinés) ? Est-ce qu'il n'y a pas de temps en temps, dans la presse, des prises de position

contre le Gouvernement venant de membres du CE en exercice qui sont contestables par référence à une certaine déontologie ? Ensuite nous pourrions nous interroger sur la prise en compte d'éléments politiques dans la mise en jeu des mécanismes internes du Conseil ; la façon dont les affaires sont instruites, la désignation des rapporteurs, des commissaires du Gouvernement dans la section du contentieux. Est-ce que pour le choix des rapporteurs dans les sections administratives, de temps en temps, au moment de répartir les dossiers on ne se dit pas, « dans le fond ce dossier est difficile à donner à Untel », parce qu'on connaît ses allégeances politiques, « nous allons le mettre dans une situation difficile, nous savons depuis longtemps qu'il est défavorable à tel ou tel texte ou à telle ou telle réforme » ?

Bernard TRICOT. — Ce facteur joue dans les deux sens. Normalement, devant une affaire délicate, un président de section administrative cherche à désigner comme rapporteur celui de nos collègues qui, dans cette circonstance donnée, apportera les meilleures garanties d'objectivité. Mais il arrive parfois qu'un président se laisse entraîner par ses préférences personnelles et choisisse un rapporteur qu'il sait proche de ses vues. C'est une erreur. Heureusement, nous sommes divers et, quand nous sentons qu'un rapport est politiquement orienté, beaucoup d'entre nous réagissent et l'équilibre a de bonnes chances de se rétablir.

Quant au devoir de réserve, c'est, hélas, un fait qu'il est souvent méconnu de nos jours dans l'ensemble de la fonction publique. Il l'est parfois par des membres du Conseil, en particulier, quand à la fin d'un article à caractère politique, ils font suivre leur signature de la mention de leur titre.

Vincent WRIGHT. — A cet égard, le CE n'est qu'un reflet de ce qui se passe dans la fonction publique en général. Pour un Anglais je dois dire que la violation constante de cette obligation de réserve est quelque chose de choquant.

Bernard TRICOT. — Pour les commissaires du Gouvernement, je ne vois pas comment le problème peut se poser. J'ai appartenu assez longtemps à la section du contentieux et je ne me rappelle pas de cas dans lesquels un choix de commissaires du Gouvernement ait pu être influencé par une considération politique, pour la bonne raison qu'en principe il n'y a pas de choix, c'est automatique.

Francis de BAECQUE. — Il y a des cas exceptionnels où l'affaire est d'une importance telle que l'instruction est confiée à la section

du contentieux avant jugement par l'assemblée plénière. Dans le cas des élections européennes, c'est même prévu par un texte.

Il faut alors choisir le commissaire du Gouvernement mais la solution consiste à le prendre selon un critère objectif pour éviter tout commentaire.

Quant au CE dans son activité contentieuse, il faut proclamer qu'aucune pression ne s'exerce sur ses membres et que toute tentative en ce sens aurait exactement l'effet contraire. Il y a là une volonté du corps de marquer son indépendance et sa totale objectivité dans sa manière de juger, qui est fondamentale.

Vincent WRIGHT. — Et pour les affaires électorales ?

Bernard TRICOT. — Les affaires électorales sont une application de ce que vient de dire Francis de Baecque.

On a pu s'interroger sur le grand nombre, au cours des années récentes, d'annulations par le Conseil d'élections de conseillers municipaux ou généraux appartenant au Parti communiste. Ce n'est pas l'effet d'un choix politique des membres de la section du contentieux. Mais il s'est produit que, dans des circonscriptions où les communistes l'emportaient traditionnellement, des organisations politiques ont décidé de regarder les choses de plus près, de participer plus activement au contrôle des opérations, de formuler des réclamations et de se pourvoir devant les tribunaux administratifs, d'où des appels devant le Conseil.

Francis de BAECQUE. — Et je voudrais ajouter qu'en ce qui concerne le contentieux électoral, qu'il faut juger rapidement, les affaires sont réparties entre toutes les sous-sections et entre tous les commissaires du Gouvernement et, au fur et à mesure de leur ordre d'arrivée.

« POUVOIRS ». — Je ne reviens pas sur tout ce que vous venez de dire, mais sur la rapidité plus ou moins grande de l'examen d'une affaire. Y a-t-il des pressions ? Est-ce que le Gouvernement peut agir auprès du Bureau pour faire qu'un dossier contentieux passe plus tard ?

Francis de BAECQUE. — Il y a une règle qui date de 1963 : le rôle des affaires inscrites en assemblée plénière est envoyé à l'avance au Gouvernement, ce qui lui permet de demander de retarder une affaire. D'autre part, et cela paraît tout à fait normal et satisfaisant,

il y a la possibilité pour le Gouvernement de dire : telle affaire m'intéresse énormément parce qu'elle en conditionne beaucoup d'autres, ou qu'elle conditionne la position de l'administration dans un domaine délicat : jugez ça le plus vite possible, pour que nous y voyions clair. Mais alors, là c'est une question de bonne administration, ce n'est pas du tout une question de pression politique.

Bernard TRICOT. — Ce que vient de rappeler F. de Baecque sur la procédure datant de 1962 ne joue qu'exceptionnellement et pour des délais brefs. Mais s'il est question de délais il faut rappeler que la multiplication des recours nous amène à juger bien plus tardivement qu'il ne le faudrait.

Francis de BAECQUE. — Quand j'étais président de sous-section, j'avais le même souci vis-à-vis des avocats car il est difficile de se montrer exigeant sur les délais d'instruction quand on sait qu'on ne pourra pas juger vite.

« **POUVOIRS** ». — Il faut revenir sur les pressions dont le CE peut faire l'objet, car il en est une forme dont nous n'avons pas parlé, ce sont les déclarations d'hommes politiques qui mettent en cause la politisation du Conseil. Vu de l'extérieur, on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une façon de faire indirectement pression, d'intimider le CE, au moment où il doit prendre une décision. La même chose s'est d'ailleurs produite à l'égard du Conseil constitutionnel à une autre époque, elle venait alors d'un horizon politique différent. S'agit-il de pressions, le Conseil y est-il sensible ou pas ?

Bernard TRICOT. — Il faut faire des distinctions.

Pour certaines circonstances difficiles, le vice-président ou tel président de section peuvent être « ennuyés » à la pensée que le Conseil prendra sans doute une position contraire à ce que souhaitent les Pouvoirs publics. Mais pour l'ensemble de nos collègues, ils sont garantis par la collégialité et par l'anonymat ; il leur est donc assez facile de se dégager de tels sentiments.

Pour ce qui est du corps en général, notre anonymat nous met à abri de cela. Etre nombreux offre un avantage à cet égard (parce qu'à d'autres cela peut présenter des inconvénients), peut constituer un élément de politisation et de regroupement autour de certains pôles politiques, ce qui est plus difficile quand on est très peu nombreux et que les individualités, les personnalités comptent plus. Je pense que la question méritait d'être posée, mais je n'ai pas d'opinion

définitive là-dessus. Le fait d'être plus nombreux en tout cas nous rend plus indifférents au jugement du pouvoir même si ce pouvoir, et je pense à ce que disait M. Wright tout à l'heure, est plus durable que sous la IV^e République où être mal avec un Gouvernement était beaucoup moins grave qu'aujourd'hui.

« **POUVOIRS** ». — Dernière question avant de conclure. Est-ce que, indépendamment des pressions venant du Gouvernement, il n'y a pas dans les sections administratives, sur des textes qui mettent en cause des intérêts catégoriels, des pressions, des tentatives de pression, venant des groupes sociaux professionnels intéressés ?

Bernard TRICOT. — Bien sûr que si, il y en a très souvent. Mais je ne crois vraiment pas que cela puisse nous influencer. Ces démarches peuvent nous apporter des éléments d'information que l'administration aurait omis de nous donner, nous en faisons part à celle-ci et nous apprécions. Cela ne va pas plus loin.

Ce qui joue plus, c'est qu'il est assez fréquent — et c'est bien naturel — que le dossier de telle affaire soit confié à un collègue qui, à l'extérieur du Conseil, a bien connu le secteur d'activité en question. Le rapporteur risque parfois d'avoir des préférences personnelles et d'en être influencé. Mais nous nous en apercevons d'habitude, et là aussi, nous réagissons.

Francis de BAECQUE. — Et je dirais même que c'est un souci quand on est rapporteur devant la section administrative que d'avoir plus que le seul texte qui vous est apporté. Nous nous plaignons souvent d'avoir des dossiers incomplets, comportant un minimum d'informations. On est obligé de faire presque un rôle de juge d'instruction avec l'administration pour comprendre l'objet réel du texte. Alors on se réjouit quand on a la chance d'avoir un élément qui permet d'y voir plus clair sans que pour autant on se sente lié parce que quelqu'un vous a apporté une information. Mais il y a aussi des cas de pressions. Je pense au texte sur les nationalisations où il y avait des documents qui circulaient avec manifestement un souci de pression. Y a-t-il des gens qui y ont été sensibles ? Peut-être quelques-uns, je n'en sais rien. Je crois qu'en même temps il faut bien voir l'aspect positif que cela présente, car le Conseil, à tort ou à raison, considère que quand il est le Conseil du Gouvernement, bien sûr sa fonction première c'est de regarder que le texte soit bien rédigé, qu'il soit conforme à la Constitution, qu'il soit juridiquement aussi correct que possible, mais enfin ce serait diminuer considérable-

ment le rôle que le CE se donne à lui-même que de penser qu'il ne fait que cela.

« POUVOIRS ». — Il apparaît que, finalement, le CE vivant dans la politique est amené par là même à prêter le flanc de temps en temps à l'accusation de politisation. Pour conclure on pourrait donc se demander s'il n'y aurait pas un certain nombre de mesures qui pourraient être prises pour que ces accusations cessent ou qu'elles soient privées des arguments que nous avons pu évoquer tout à l'heure. Première réforme : pensez-vous qu'il est souhaitable de maintenir les deux attributions du CE, qu'il soit à la fois le juge du contentieux et le conseil de l'administration ? Il ne paraît pas, en effet, du tout choquant de séparer les deux branches de l'activité du Conseil.

D'ailleurs en dehors du contentieux électoral et d'un certain nombre de dossiers dans le contentieux administratif, qui représentent peu de chose par rapport à la masse des affaires, le danger de la politisation paraît moins important au contentieux que dans les sections administratives. Réciproquement serait-il choquant que le Gouvernement ait un organe de Conseil composé d'amis politiques qui soient de très bons juristes et qui, sur le plan de l'opportunité, puissent lui donner un certain nombre d'indications sans avoir à observer une déontologie faite de rigueur et d'indépendance ?

Bernard TRICOT. — Il me faut d'abord réagir sur cette dernière idée sur laquelle je crois que nous sommes en désaccord. La première objection c'est que cette idée suppose une division profonde de la maison, qui serait coupée en deux, avec exclusion de passage de l'une à l'autre partie. Ce serait vraiment une erreur : la connaissance de la vie administrative, cela a été dit des milliers de fois, est nécessaire aux juges administratifs dans leur ensemble. Je n'en fais pas une règle absolue pour chacun d'eux. Nous connaissons des collègues qui ne sont jamais sortis de la maison, qui n'ont jamais exercé de fonction active et qui sont d'excellents juges administratifs parce qu'ils ont de l'intuition, du bon sens, et qu'ils ouvrent les yeux et les oreilles. Mais il faut aussi que d'autres aient pratiqué eux-mêmes l'administration active.

La seconde objection est qu'admettre que le CE dans son rôle administratif soit largement politisé, que ce ne serait pas tellement grave, qu'il faudrait s'y résigner ; cela impliquerait que les membres des formations administratives soient largement renouvelés lors de chaque alternance politique.

Ce serait désastreux pour la continuité de la maison, la qualité de son recrutement, la mémoire du Gouvernement. Nous disons souvent aux représentants du Gouvernement : « Mais voyons à tel moment vous avez soutenu telle opinion, vous nous avez expliqué que vous attendiez tels résultats de telle réforme et maintenant vous prétendez le contraire ; examinons les choses au plus près. » Eh bien, ce facteur, qui n'est pas négligeable, disparaîtrait complètement. Un Gouvernement ne manque jamais d'amis politiques, notamment parmi les juristes ; s'il veut avoir des avis politisés qui lui indiquent quelle est la manière la plus astucieuse d'obtenir tel résultat en contournant le droit, il en trouvera toujours. Je crois que le rôle du Conseil d'Etat est différent.

« POUVOIRS ». — Je suis certain que vous avez d'autres propositions à faire.

Bernard TRICOT. — Certes, les unes sont ponctuelles, les autres plus générales.

Notre vice-président va malheureusement, lui aussi, atteindre la limite d'âge. Il faut souhaiter que le Gouvernement réfléchisse bien au choix de son successeur. Le Conseil a besoin, dans les années à venir, d'un grand président.

Pour ce qui est de l'institution elle-même, il y a plusieurs pistes auxquelles il faut réfléchir. Le tour extérieur est une bonne chose mais il se produit des abus, il faudrait « canaliser » le tour extérieur. Je veux dire par là, on pourrait imaginer que le bureau du Conseil d'Etat soit chargé périodiquement de dire au Gouvernement : « Voici les catégories d'hommes dont nous aurons bientôt besoin. » Tous les ans, sachant qu'il y aura à peu près tant de tours extérieurs, de maîtres des requêtes ou de conseillers d'Etat, le bureau du Conseil devrait pouvoir dire au Gouvernement que le Conseil n'a plus parmi ses membres de civilistes, de médecins, d'ingénieurs, de diplomates ; il ne s'agirait pas d'empêcher le Gouvernement de choisir tel homme, mais que des indications soient données au Gouvernement sur ce qui va être nécessaire au Conseil en fait de compétences autres que de droit public et d'administration générale.

Il faudrait aussi faire quelque chose du côté de l'ENA pour donner à la vocation un rôle plus grand qu'aujourd'hui. Je ne pense pas que rétablir les anciens concours serait une bonne chose. Mais actuellement, la part de la vocation dans la détermination des affectations me paraît trop faible.

Le devoir de réserve devrait être pris plus au sérieux. Ce n'est pas

simplement une question d'autorité à l'intérieur du corps. C'est sur l'ensemble des fonctionnaires qu'il faudrait agir, en précisant la notion de réserve et en veillant à ce que cette notion soit mise en œuvre d'une façon cohérente et sans parti pris politique.

Les cabinets ministériels sont trop nombreux, ils le furent particulièrement au cours des dernières années, me semble-t-il. A s'en tenir à ce qui concerne le Conseil, trop de nos jeunes collègues sont appelés à en faire partie, de sorte qu'un auditeur qui n'a pas quitté la maison depuis un petit nombre d'années a tendance à penser que sa carrière est compromise. La sortie est une bonne chose mais il ne faut pas en abuser.

Francis de BAECQUE. — Je n'ai rien à ajouter sauf de dire que je pense que le problème de la politisation est un problème qui concerne l'ensemble de la fonction publique et que c'est une réflexion plus large qu'il faudrait mener.

« POUVOIRS ». — De toute façon l'ensemble du numéro ne porte pas sur le Conseil d'Etat mais sur la politisation de la fonction publique dans son ensemble.

Bernard TRICOT. — Ne pourrait-on revenir à une idée qui a été évoquée au début de notre entretien, la recherche d'une meilleure séparation entre une carrière administrative et une carrière parlementaire. Je crois qu'en Grande-Bretagne vous êtes à cet égard dans une situation plus satisfaisante que la nôtre.

Danièle LOCHAK. — C'est excessivement sévère, il faut démissionner avant de se présenter au Parlement, c'est un peu dur.

Bernard TRICOT. — C'est un peu dur mais pour ma part, je serais partisan de dire quelque chose comme ceci : si vous avez déjà été parlementaire, autrement que pendant huit jours, et si vous vous représentez, si vous êtes élu, vous avez pratiqué le métier, vous avez pu goûter, juger, mais maintenant c'est fini, vous cessez de faire partie de la fonction publique si vous ne renoncez pas à ce mandat, dans un délai d'un mois. Mais cette situation, dans laquelle on est membre du Conseil d'Etat, puis on revient, puis on repart, etc. je ne dis pas que ce soit très fréquent ; je ne dis pas que ce soit le principal problème, mais symboliquement c'est important.

Vincent WRIGHT. — Je suis tout de même frappé par une phrase de députés monarchistes lors des débats sur la réorganisation du

Conseil d'Etat en 1872, il a été dit « on ne peut pas réformer le Conseil d'Etat donc il faut le supprimer » et je pense qu'il y a quelque chose de très profond dans cette pensée. Pour pouvoir réformer le Conseil d'Etat, il faut tout réformer, son environnement aussi, et c'est la raison pour laquelle toutes les réformes promises se terminent par une mini-réforme, touchant les aspects intérieurs du Conseil. Donc je suis assez sceptique sur la possibilité de réformer le Conseil d'Etat.

Bernard TRICOT. — Comme personnellement je ne crois pas qu'on accuse le corps et la branche de l'Etat qui a le plus besoin de réformes ; cela ne me chagrine pas tellement.