

## **Remise des diplômes des lauréats de l'Institut Portalis**

**Aix-en-Provence 13 mars 2024**

**Conférence de Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'Etat, secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences morales et politiques sur le thème « Juger l'Etat »**

Il m'est très agréable de retrouver ce soir la faculté de droit d'Aix-en-Provence pour être, à l'invitation du professeur Joël Benoît d'Onorio, l'invité d'honneur de la cérémonie de remise des diplômes des sciences juridiques et morales aux lauréats de l'Institut Portalis. Vous me permettrez d'avoir en ce moment une pensée pour le doyen Louis Favoreu, qui m'a si souvent accueilli dans cette université pour des échanges fructueux et amicaux.

La tradition veut qu'avant la proclamation du palmarès, l'invité prononce une conférence sur un sujet qui lui est proposé. Cette année, il m'a été demandé de dire quelques mots sur le thème « Juger l'Etat ». Je vais m'y essayer bien volontiers.

L'énoncé « Juger l'Etat » résonne comme un paradoxe. Rendre la justice est le premier attribut de la souveraineté. Mission régaliennne par excellence, juger est le monopole de l'Etat. Le Conseil d'Etat l'a rappelé avec solennité et sobriété, en affirmant que « la justice est rendue de façon indivisible au nom de l'Etat »<sup>1</sup>. L'Etat souverain, qui exerce le pouvoir de juger et qui seul est habilité à rendre la justice, peut-il lui-même être jugé ?

Si cette question revêt une apparence provocatrice, lui donner une réponse positive s'impose pour éviter l'arbitraire, ouvrir à chacun des voies de recours et assurer la prééminence du droit. Une telle réponse tient de ce miracle si bien mis en lumière par le professeur Prosper Weil dans son Droit administratif : « Né d'un miracle, le droit administratif ne subsiste au surplus que par un prodige chaque jour renouvelé. Non seulement aucune force ne peut contraindre matériellement le gouvernement à se soumettre à la règle de droit et à la sentence du juge, mais l'Etat peut, en théorie du moins, mettre fin, quand il le désire, à l'autolimitation qu'il a consentie. Pour que le miracle se produise et qu'il dure, diverses conditions doivent être remplies, qui tiennent à la forme de l'Etat, au prestige du droit et des juges, à l'esprit du temps ».

---

<sup>1</sup> CE, 27 février 2004, Mme Popin.

Juger l'Etat implique, on le voit, une part de mythe. Mais ce mythe est une composante nécessaire de l'Etat de droit, qui s'est progressivement affirmée au fil du temps. Par sa nature même, l'Etat ne saurait toutefois être un justiciable comme les autres : juger l'Etat conserve une irréductible singularité.

### **I/ Juger l'Etat, une composante nécessaire de l'Etat de droit**

L'idée de juger l'Etat n'a pas toujours été admise et elle est loin d'être partout un acquis.

Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler les étapes franchies à cet égard par notre système juridique comme par celui des autres grandes démocraties.

Juger l'Etat n'est affirmé que de manière pour le moins subliminale par l'article 52 de la Constitution de l'an VIII lorsqu'il charge le Conseil d'Etat de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». La théorie du ministre juge, qui faisait du ministre le juge de principe de l'administration, a subsisté jusqu'à l'arrêt Cadot du 13 décembre 1889. La distinction de la faute de service et de la faute personnelle ne s'est imposée qu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>2</sup>. Les activités purement régaliennes, comme la police et la justice, ne sont que progressivement entrées dans le champ du contrôle du juge.

L'évolution vers une discussion devant le juge des grandes activités de l'Etat n'en a pas moins été comme la marque continue de l'approfondissement de l'Etat de droit. Le mouvement est naturel dans les pays où est instituée, comme dans la plupart des pays d'Europe continentale, une juridiction administrative qui a pour mission de juger les activités des autorités publiques. Mais les exemples des Etats-Unis et du Royaume-Uni montrent que le contrôle juridictionnel de l'Etat se renforce aussi dans les pays qui connaissent l'unité de juridiction. Alors juridiction suprême du Royaume-Uni, la chambre des Lords a ainsi mis fin à l'application de l'adage « the king can do no wrong » pour ouvrir la voie à un contentieux de la responsabilité de l'Etat tandis qu'elle a construit avec le judicial review le parent britannique du recours pour excès de pouvoir.

Après la seconde guerre mondiale, le développement du contrôle de constitutionnalité, d'une part, la protection européenne et internationale des droits fondamentaux, d'autre part, ont encore davantage placé l'Etat, les Etats, sous le regard du juge.

---

<sup>2</sup> CE, 3 février 1911, Anguet et 26 juillet 1918, Epoux Lemonnier.

Inauguré en 1803 par l'arrêt *Marbury c/ Madison* de la Cour suprême des Etats-Unis, le contrôle de conformité des lois à la constitution a mis plus d'un siècle pour traverser l'Atlantique, tant l'esprit européen était imprégné de l'idéal de souveraineté de la loi. Apparue, sous l'influence d'Hans Kelsen, en Autriche au lendemain de la première guerre mondiale, elle a conquis la plupart des pays après 1945, au point d'apparaître presque comme le corollaire obligé de la démocratie. Sorties du joug des dictatures et comme pour en prévenir le retour, l'Italie en 1948, l'Allemagne en 1949 se dotent d'une cour constitutionnelle. Dans les pays d'Europe méditerranéenne puis d'Europe orientale, le retour à la démocratie, dans le dernier quart du XXème siècle, s'accompagne de même d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Au cours de cette période, le Conseil constitutionnel s'affirme en France comme une véritable juridiction constitutionnelle, au travers d'une évolution que l'introduction en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité est venue consacrer. En Belgique, la cour d'arbitrage, créée en 1980, a pris en 2007 le nom de Cour constitutionnelle. Si, en Europe, le Royaume-Uni, le Danemark, la Norvège et la Suisse l'ignorent encore, la justice constitutionnelle devient de plus en plus le signe de la démocratie.

Avec elle, c'est non seulement l'Etat qui est jugé mais son expression solennelle qu'est la loi. « La loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution » explique le Conseil constitutionnel<sup>3</sup>. Le rapport du juge à la loi se trouve ainsi modifié en profondeur. La responsabilité de l'Etat peut même être recherchée à raison d'un préjudice imputable à une loi jugée contraire à la constitution<sup>4</sup>.

Au-delà du cercle national, l'Etat se trouve enfin jugé en fonction d'engagements internationaux ainsi que par des juridictions européennes et internationales. Au travers d'un vaste mouvement de mondialisation du droit, la supériorité des traités sur les lois s'est affirmée en même temps que des cours internationales ont reçu le pouvoir jusqu'ici réservé aux seuls Etats de rendre la justice. Des prérogatives sont exercées à l'échelle mondiale par la Cour internationale de justice et la Cour pénale internationale. En Europe, les jurisprudences exigeantes de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme donnent tout leur portée au droit du Conseil de l'Europe et à l'ordre juridique intégré de l'Union européenne. En cas

---

<sup>3</sup> CC, décision du 23 août 1975.

<sup>4</sup> CE, 24 décembre 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren*.

de manquements aux obligations qu'ils ont contractées, ce sont les Etats, et eux seuls, qui se trouvent condamnés par ces deux juridictions.

Le regard du juge se porte enfin sur un nombre croissant d'activités de l'Etat. Le juge administratif connaît ainsi des marchés passés par les assemblées parlementaires, montrant par là qu'il est le juge de l'ensemble des autorités publiques et pas seulement du pouvoir exécutif<sup>5</sup>. Les décisions de justice peuvent elles-mêmes engager la responsabilité de l'Etat, soit en raison de délais excessifs de procédure<sup>6</sup>, soit même parce qu'il apparaît que des juridictions subordonnées ont commis une erreur. En cas de méconnaissance manifeste du droit de l'Union européenne, une telle erreur peut même être imputée à une juridiction suprême<sup>7</sup>.

Juger l'Etat, qui semblait relever du paradoxe, devient ainsi presque une banalité. Les différents pouvoirs de l'Etat, l'exécutif bien sûr mais aussi le législatif et le judiciaire, sont concernés. L'Etat n'est toutefois pas un justiciable ordinaire. Le juger conserve une irréductible singularité.

## **2/ Juger l'Etat, la permanence d'une irréductible singularité**

Alexis de Tocqueville le notait dans *De la démocratie en Amérique* : « Lorsque l'huissier, s'avançant sur les degrés du tribunal, vient à prononcer ce peu de mots : « L'Etat de New York contre celui de l'Ohio », on sent bien qu'on n'est point dans l'enceinte d'une cour de justice ordinaire ». L'image vaut pour tous les procès dans lesquels un Etat est partie. Il en découle que l'Etat n'est pas tout entier soumis au juge et que, lorsque celui-ci peut intervenir à l'égard de l'Etat, il exerce sur ce justiciable particulier un contrôle spécifique et adapté.

La singularité de l'Etat exclut de lui appliquer certaines procédures et place certaines de ses activités à l'abri du juge.

De manière significative, lorsqu'en 1993, le code pénal a ouvert la voie à la responsabilité pénale des personnes publiques, il a laissé l'Etat hors du champ de cette extension. L'article 121-2 du code pénal dispose ainsi : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement ». Les Etats ne peuvent pas davantage être traduits devant la Cour pénale internationale.

Devant le juge administratif, la réduction progressive de la catégorie des actes de gouvernement n'en laisse pas moins subsister un noyau incompressible.

---

<sup>5</sup> CE, 5 mars 1999, président de l'Assemblée Nationale et 27 avril 2011, président du Sénat.

<sup>6</sup> CE, 28 juin 2002, Garde des sceaux c/ Maggiera.

<sup>7</sup> CJUE, 30 septembre 2003, Köbler ; CE, 18 juin 2008, Gestas.

Les rapports entre les institutions politiques ne se discutent pas devant le juge qui ne peut connaître des décisions par lesquelles le Président de la République met en application l'article 16 de la Constitution<sup>8</sup>, dissout l'Assemblée Nationale<sup>9</sup>, nomme les membres du Gouvernement<sup>10</sup>, désigne un membre du Conseil constitutionnel<sup>11</sup> ou promulgue une loi<sup>12</sup>. Le juge ne s'immisce pas davantage dans le contrôle des mesures qui ne sont pas détachables des relations internationales, au nombre desquelles figurent la décision du Président de la République de reprendre les essais nucléaires dans le Pacifique<sup>13</sup>, l'autorisation donnée aux avions américains et britanniques de survoler le territoire national durant la guerre d'Irak<sup>14</sup>, la validité des réserves dont l'approbation d'un engagement international est assortie<sup>15</sup>, l'organisation du rapatriement des Français engagés sur le théâtre des opérations djihadistes<sup>16</sup> ou celle des opérations d'évacuation de l'Afghanistan<sup>17</sup>.

Lorsqu'il est habilité à intervenir, le juge de l'Etat manie une balance particulière, qui tient compte des prérogatives dont l'Etat se trouve investi pour accomplir ses missions d'intérêt général. Il ne s'agit pas d'accorder à l'Etat un quelconque régime de faveur mais d'adapter le prétoire à ses spécificités. Reflet de la nature de l'Etat, celles-ci n'ont d'autre vocation que de lui permettre d'assurer dans l'intérêt de tous son office souverain.

Le juge de l'Etat porte en particulier attention aux exigences de l'urgence. « Quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers » déclarait déjà le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt du Tribunal des Conflits du 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just. Les périodes d'état d'urgence, pour lutter contre le terrorisme de 2015 à 2017 puis pour combattre l'épidémie de Covid-19 entre 2020 et 2022, ont apporté de nouvelles illustrations de ces impératifs.

S'il lui incombe enfin d'exercer pleinement ses prérogatives, le juge de l'Etat veille à ne pas franchir une frontière qui le conduirait à empiéter sur les attributions des autres pouvoirs de l'Etat. La ligne est certes parfois difficile à

---

<sup>8</sup> CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens.

<sup>9</sup> CE, 20 février 1989, Allain.

<sup>10</sup> CE, 6 septembre 2005, Hoffer.

<sup>11</sup> CE, 9 avril 1999, Mme Ba.

<sup>12</sup> CE, 27 octobre 2015, Fédération démocratique alsacienne.

<sup>13</sup> CE, 29 septembre 1995, Association Greenpeace France.

<sup>14</sup> CE, 30 décembre 2003, Comité contre la guerre en Irak.

<sup>15</sup> CE, 12 octobre 2008, SARL Super coiffeur.

<sup>16</sup> CE, 23 avril 2019, n°429668.

<sup>17</sup> CE, 26 août 2021, n° 455744.

définir, comme en témoignent certaines polémiques. Mais elle est claire dans son principe et constante dans son application. Même à l'égard de l'Etat, le juge doit certes faire usage des compétences, y compris d'injonction et d'astreinte, que le législateur lui a conférées<sup>18</sup>. Afin d'assurer l'effectivité des normes adoptées, tant à l'échelle européenne qu'en droit interne, pour protéger la qualité de l'air et limiter les émissions de gaz à effet de serre, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à le faire avec force dans les contentieux climatiques<sup>19</sup>. En revanche, il ne revient en aucun cas au juge de déterminer les politiques publiques. Le Conseil d'Etat l'a rappelé de la manière la plus nette dans deux affaires récentes, relatives l'une à une action de groupe tendant à faire cesser la pratique de contrôles d'identité discriminatoires, l'autre à l'obligation, pour les agents des forces de l'ordre de porter de manière visible leur identifiant visuel : lorsqu'il constate un manquement à une obligation légale, le juge administratif a pour office de prendre toutes les mesures qui relèvent de sa compétence pour mettre fin à ce manquement ; il ne lui appartient pas, en revanche, « de se substituer aux pouvoirs publics pour déterminer une politique publique ou de leur enjoindre de le faire »<sup>20</sup>.

Dans un Etat de droit, l'Etat peut être jugé. Il y a certes là quelque chose d'extraordinaire puisque l'Etat, qui est en principe seul habilité à rendre la justice, se juge en quelque sorte lui-même. Cet apparent paradoxe n'en est pas moins nécessaire à la pleine inscription de l'Etat dans le droit. Toutefois le juge n'intervient pas à l'égard de l'Etat de manière ordinaire. Quel que soit son champ, judiciaire, administratif ou constitutionnel, qu'il soit national, européen ou international, il adapte son contrôle, module ses interventions, fait preuve de ce que les Britanniques nomment « self restraint ». Un juste équilibre s'établit de la sorte qu'il n'est pas inutile de rappeler en des temps où certains repères se brouillent et où certains esprits s'égarer en croyant voir dans les juges un péril pour la démocratie alors qu'ils en sont les fidèles serviteurs et les indispensables gardiens.

---

<sup>18</sup> CE, 7 mai 1985, Mme Menneret.

<sup>19</sup> CE, 10 juillet 2020, Association les amis de la Terre et 1<sup>er</sup> juillet 2021, commune de Grande Synthe.

<sup>20</sup> CE, 11 octobre 2023, Amnesty international France et Ligue des droits de l'homme et autres.

