

**UNIVERSITE Lille II -Droit et santé**

**FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES**

**2001-2002**

**La compatibilité entre la conception française et la  
conception européenne du commissaire du gouvernement  
près le Conseil d'Etat**

**Mémoire pour le DEA de droit public, mention droit institutionnel,  
présenté par Olivia Schwarz**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Lecocq**

**« Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université Lille II. »**

## SOMMAIRE

### **INTRODUCTION**

#### **CHAPITRE 1 : Le statut du commissaire du gouvernement**

SECTION 1 : L'indépendance et l'impartialité du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat

§1 : L'indépendance du commissaire de gouvernement

§2 : L'impartialité du commissaire du gouvernement

SECTION 2 : Le commissaire du gouvernement : un statut en question

§1 : Le commissaire du gouvernement est-il un véritable juge ?

§2 : Quelle alternative pour le commissaire du gouvernement ?

#### **CHAPITRE 2 : La soumission de l'institution du commissaire du gouvernement au principe du contradictoire et de l'égalité des armes**

SECTION 1 : Le principe du contradictoire

§1 : Les conclusions du commissaire du gouvernement et le principe du contradictoire

§2 : Validation par la Cour européenne des droits de l'homme de la pratique administrative française des conclusions

SECTION 2 : Le principe de l'égalité des armes

§1 : Fondement du principe

§2 : La soumission du commissaire du gouvernement à la théorie des apparences

### **BIBLIOGRAPHIE**

### **TABLE DES MATIERES**

## INTRODUCTION

Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat est l'une des originalités du système juridique français. Institution historique, il porte en lui tout le poids du passé. Le commissaire du gouvernement actuel n'a pas toujours eu cette appellation. Celle-ci est d'ailleurs trompeuse et n'est pas révélatrice du rôle et de la fonction de cette institution. Cependant malgré la confusion qui peut naître de cette appellation de « commissaire du gouvernement », nul ne veut en changer. Le « commissaire du gouvernement » est cher au cœur des juristes et des historiens du droit.

Il n'en reste pas moins que cette appellation équivoque révèle toute l'ambiguïté du contexte qui a vu naître le commissaire du gouvernement. Son institution dans les années 1830 n'allait pas de soi. Les doutes et les tergiversations quant à son utilité ou sa raison d'être ne manquèrent pas mais il ne fallut que quelques années pour que son rôle et sa légitimité soient reconnus.

Le commissaire du gouvernement est une institution dont l'existence et les mérites ne peuvent se comprendre essentiellement que par l'Histoire. Pourrait-on dire qu'il tire même toute sa légitimité de la pratique et de la tradition ? Cela ne serait vrai que partiellement car aujourd'hui, après plus d'un siècle et demi d'existence, le commissaire du gouvernement a fait ses preuves.

Cependant son existence est actuellement mise à mal et critiquée par la Cour européenne des droits de l'homme. Certaines caractéristiques de la procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat relatives au commissaire du gouvernement ont été condamnées.

Une levée de boucliers ne s'est pas fait attendre. Les défenseurs les plus ardents de la juridiction administrative française ont pris la plume et réaffirmé les mérites de cette institution aujourd'hui décriée.

Il semble nécessaire de rappeler le contexte historique de la création du commissaire du gouvernement.

Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat n'aurait pu voir le jour sans l'existence d'une juridiction administrative autonome. Or cela n'allait pas de soi et relève même, le mot n'est pas trop fort, d'un miracle.<sup>1</sup>

Certains antécédents révélaient déjà sous l'Ancien Régime une hostilité affirmée du pouvoir monarchique à l'égard des prétentions des Parlements. Sous Richelieu, l'institution des intendants ne fit qu'aggraver l'irritation des Parlements qui dénonçaient alors solennellement les « inconvénients » du fait qu'ils « forment une espèce de justice et attirent au Conseil du roi les appellations au préjudice de la juridiction ordinaire. »

De graves conflits éclatèrent alors entre les intendants et les Parlements. Ils ne prirent fin que temporairement lorsque Richelieu fit prendre par Louis XIII en février 1641, à Saint-Germain, un édit condamnant catégoriquement les prétentions des Parlements en matière administrative :

*« Déclarons que nous faisons très expresses inhibitions et défenses à notre Cour de Parlement de Paris et à toutes nos autres Cours, de prendre connaissance d'affaires qui peuvent concerner l'état, administration et gouvernement d'icelui que nous réservons à notre seule personne ».*<sup>2</sup>

Les dispositions de l'édit de Saint-Germain ne sont pas sans rappeler celles de l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, consacrant ainsi la séparation des autorités administrative et judiciaire :

*« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées, les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs en raison de leur fonction. »*

Cette interdiction sera réaffirmée par le décret du 16 fructidor an III. C'est que les révolutionnaires tirant les conséquences de l'extrême confusion des pouvoirs qui caractérisait l'Ancien Régime entendirent cantonner le pouvoir judiciaire dans des attributions purement juridictionnelles, en lui interdisant de se comporter, ainsi qu'il avait coutume de le faire traditionnellement, en autorité adressant des injonctions aux administrateurs ou censurant leurs actes.

---

<sup>1</sup> BURDEAU ( F.), *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995

<sup>2</sup> MESTRE ( J.L.), *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985

Ces nouvelles dispositions n'appelèrent cependant pas en contrepartie de textes laissant entrevoir la constitution d'une juridiction administrative spécifique.

A l'origine, comme aucune juridiction spécifique à l'administration n'avait été créée, les particuliers ayant quelque reproche à adresser à l'administration saisissaient le tribunal judiciaire. Cette pratique s'avéra rapidement inacceptable. Or à qui devaient-ils s'adresser ? Il apparut bien vite qu'il reviendrait à l'administration elle-même, c'est-à-dire au chef de l'Etat, empereur, roi puis président, de trancher les litiges. Un tort causé par l'exécutif devait être réparé par ce même exécutif.

Dans un premier temps, les recours devenant de plus en plus nombreux, le chef de l'Etat prit très rapidement l'habitude de statuer en appel des décisions prises par ses ministres. C'est ce que l'on a appelé la théorie dite du « ministre-juge ».<sup>3</sup>

Dans un deuxième temps le chef de l'Etat se dota d'un Conseil d'Etat<sup>4</sup> dans le but de l'éclairer et d'asseoir sa puissance. Institué par la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), le Conseil d'Etat ne devait être dans l'esprit de Napoléon qu'un rouage au service de ses visées autoritaires. Il était d'ailleurs hors de question que ce Conseil disposât de la moindre indépendance juridique. Il n'avait au sens propre premier du terme qu'un rôle de « conseil ». L'article 52 de la Constitution de l'an VIII disposait que le Conseil d'Etat est chargé de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. » Il fut complété par l'arrêté consulaire du 5 nivôse « pour l'organisation du Conseil d'Etat ».

Il ne disposait cependant d'aucun pouvoir de décision et se bornait à fournir un avis au chef du gouvernement qui statuait lui-même. C'est le système de la justice retenue<sup>5</sup>.

Le paradoxe est que sur la base de textes inchangés, va apparaître non seulement un juge, mais encore un juge spécial pour l'administration.

En effet, s'il arriva, à quelques rares occasions (trois au maximum) que Napoléon se refusât à signer la proposition émanée du Conseil, il semble que jamais il n'entreprit de

---

<sup>3</sup> L'appellation « ministre-juge » est le nom donné, dans la conception doctrinale et jurisprudentielle abandonnée en 1889, à tout ministre en ce que chacun était, pour les affaires administratives contentieuses de son département, juge de droit commun en premier ressort.

<sup>4</sup> Un premier Conseil d'Etat fut organisé par la loi des 27 avril-25 mai 1791. Cette instance épisodique regroupant les ministres autour du monarque devait rapidement s'évanouir.

<sup>5</sup> Expression désignant le régime appliqué jusqu'en 1872, dans lequel le Conseil d'Etat ne disposait en matière contentieuse que du pouvoir de proposer les décisions au chef de l'Etat.

substituer sa propre décision à celle qui lui était soumise. Il avouait n'y rien comprendre : « *Je ne suis qu'une griffe* », disait-il<sup>6</sup>. Le Conseil d'Etat est ainsi devenu rapidement une véritable instance de jugement.

Malgré l'absence de toute garantie procédurale et l'étroite dépendance des membres du Conseil envers le chef du gouvernement, la substitution à l'ancien système d'une juridiction détenue par un corps de hauts fonctionnaires autonomes par rapport aux ministres constitue un indéniable progrès. C'est une première étape dans l'institution d'une véritable justice administrative.

Cependant dès la chute de l'Empire, le Conseil d'Etat est en butte à tous les assauts et est même menacé d'être supprimé. Pendant la Restauration on a cherché à comprendre la portée de ce que l'on avait fait depuis l'an VIII. L'existence même du Conseil d'Etat fut violemment combattue, et le principe d'une justice administrative le fut plus encore.

La monarchie restaurée opta toutefois pour son maintien tout en entamant notablement son influence. Certains envisagèrent des réformes sans toutefois jamais remettre en question l'existence d'une juridiction administrative. Ce fut notamment le cas de Cormenin qui préconisait la création d'un haut tribunal administratif, extérieur au Conseil d'Etat, avec un personnel inamovible et doté d'un pouvoir complet de juridiction (système de la justice déléguée<sup>7</sup>). Ce tribunal devait comporter des audiences publiques, des plaidoiries, un ministère public. On trouve tout ce système exposé dès 1818<sup>8</sup>. Le Conseil d'Etat devait dans son esprit être ainsi dépouillé de toute compétence contentieuse. Il est vrai que les imperfections de cette première juridiction demeurée à l'état d'ébauche révélaient les faiblesses du système.

L'impartialité est alors loin d'être la première qualité de l'institution. Ceux qui doivent rendre la justice ne disposent en effet d'aucune protection face au pouvoir. Aux termes de l'ordonnance du 23 août 1815, en effet, le gouvernement arrêtait discrétionnairement la liste des conseillers d'Etat, la radiation d'un nom valant révocation ; cette règle, écartée en août 1824, avait été remise en vigueur en 1828.

---

<sup>6</sup> PELET DE LA LOZERE, *Opinions de Napoléon au Conseil d'Etat*, 1833, page 192.

<sup>7</sup> Expression désignant le régime (appliqué depuis 1872) dans lequel la juridiction administrative dispose du pouvoir de rendre elle-même les décisions en matière contentieuse.

<sup>8</sup> CORMENIN, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction pour notre monarchie constitutionnelle*, 1818

D'autre part quelle confiance accorder à un tribunal dont les audiences ne sont pas publiques, où siègent des fonctionnaires actifs et où délibèrent des membres du Conseil, sur l'avis desquels ont été prises les mesures attaquées ? Il est aisé de comprendre que pour beaucoup cette juridiction n'était qu'un simulacre de justice, sans indépendance, sans garantie, sans autorité. Des mesures prises avant même le renversement du régime, et complétées au tout début de la Monarchie de Juillet, devaient désarmer l'opinion et accroître la crédibilité de la juridiction administrative.

L'inspiration libérale, qui prévaut dans les premiers mois d'existence du régime, imposait en effet des réformes. Ces dernières devaient justifier le maintien du Conseil d'Etat et, à travers lui, la pérennité de la juridiction administrative.

L'idée préconisée par Cormenin d'un tribunal administratif spécial ne fut pas retenue. C'est le Conseil d'Etat lui-même qui, en tant qu'organe de la justice administrative contentieuse, bénéficia des réformes et vit sa procédure améliorée.

Le Conseil d'Etat était en train de conquérir et d'asseoir sa légitimité.

Dès le 20 août 1830, une ordonnance royale institua une commission chargée d'élaborer un projet de loi réorganisatrice, mais le gouvernement n'y donna pas suite.

Une première réforme à haute valeur symbolique intervint rapidement ensuite: la formation chargée de l'instruction des affaires contentieuses reçut le nom de « comité de justice administrative ».

D'autres évolutions encore plus significatives permirent d'améliorer sensiblement les garanties offertes aux justiciables.

Sans même recourir à la loi une simple ordonnance, en date du 2 février 1831, « *sur les affaires contentieuses* » institua la publicité des audiences et la possibilité des plaidoiries. Un grand pas se trouva ainsi franchi.<sup>9</sup>

Cette ordonnance royale du 2 février 1831 disposait :

Article 1 : « *L'examen préalable des affaires contentieuses, actuellement attribué à notre Conseil d'Etat, continuera d'être fait par le comité de justice administrative.* »

---

<sup>9</sup> SAUVEL (T.), « Les origines des commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *RDP*, 1949.

Article 2 : « *Le rapport en sera fait en assemblée générale de notre Conseil d'Etat, et en séance publique, par l'un des conseillers ou par l'un des maîtres des requêtes et des auditeurs attachés à ce comité. Le rapporteur résumera les faits, les moyens et les conclusions des parties, et soumettra le projet d'ordonnance proposé par le comité.* »

Article 3 : « *Immédiatement après le rapport, les avocats des parties pourront présenter des observations orales, après quoi l'affaire sera mise en délibéré.* »

Article 4 : « *La décision sera prononcée à une autre assemblée générale et en séance publique.* »<sup>10</sup>

La première séance publique fut tenue le 26 mars 1831 et ne fut pas accueillie par tous les membres du Conseil d'Etat avec la même satisfaction. Reverchon ne déclarait-il pas : « *Ce n'est pas que cette innovation ( la publicité) n'ait pas rencontré bien des contradicteurs dans un pays comme le nôtre, souvent aussi rebelle aux réformes qu'accessible aux révolutions. Elle a soulevé bien des objections, même de la part des hommes éminents qui composaient le Conseil d'Etat, et qui s'élevaient avec force contre ce qu'ils appelaient l'invasion des idées judiciaires dans l'administration. Heureusement ces objections, ces alarmes n'ont pas prévalu ; l'expérience les a hautement démenties, la publicité a été utile aux parties, elle a été mille fois plus utile à l'administration et à la juridiction administrative elle-même* ».

La publicité des audiences fit donc quasiment l'unanimité. En revanche, même si l'introduction des plaidoiries fut saluée, une disposition de l'ordonnance royale prévoyant la lecture du projet d'arrêt avant l'intervention des avocats fit l'objet de vives critiques. Les avocats firent observer que, à plaider après pareille lecture, ils se trouvaient dans une situation très désavantageuse, l'affaire étant à demi-jugée.

Une nouvelle ordonnance du 12 mars 1831 supprima cette lecture en audience publique. Cette lecture n'a jamais été rétablie. La séance commença (elle commence encore) par un rapport impersonnel qui ne laisse point deviner la solution proposée.

Cette ordonnance royale ne s'en tint pas là et établit quelques garanties supplémentaires. Elle créa auprès du Conseil d'Etat délibérant au contentieux un « ministère public » qui préfigurait l'actuel commissariat du gouvernement.

---

<sup>10</sup> *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque*, 1974, CNRS

L'article 2 de l'ordonnance disposait que le « *ministre président du Conseil d'Etat* » désignerait au commencement de chaque trimestre « *trois maîtres des requêtes qui exerceront les fonctions du ministère public. Dans chaque affaire l'un d'eux devra être entendu. Il prendra à cet effet communication du dossier.* »

Le préambule de l'ordonnance précisait : « *Considérant qu'au moment où les parties obtiennent les avantages de la publicité et de la discussion orale il est convenable que l'administration et l'ordre public trouvent des moyens de défense analogues à ceux qui leur sont assurés devants les tribunaux ordinaires* ».

L'expression choisie pour désigner le nouvel organe ainsi que les dispositions du préambule ne laissent guère de doute sur les intentions de ceux qui instituèrent un ministère public auprès du Conseil d'Etat. L'ordonnance ne précisait pas le rôle du ministère public cependant il apparaît clairement dans les termes choisis que le ministère public se devait d'être dans la pensée des rédacteurs l'avocat du gouvernement et des administrations.

Le premier commentateur de l'ordonnance fut Duvergier. Il écrit en 1831 : « *rien ne détermine les fonctions et les devoirs de ce ministère public. On appliquera sans doute les dispositions organiques du ministère public devant les tribunaux ordinaires* »<sup>11</sup>. Il apparaît à l'étude des documents d'époque que l'intention du gouvernement était de créer un véritable parquet. Cependant ce ministère public naissait dans l'équivoque et les maîtres des requêtes désignés pour exercer le ministère public furent en effet très généralement considérés à l'époque comme des porte-parole du gouvernement. Cormenin ne fait que confirmer cet aspect de la fonction lorsqu'il affirme que « *l'institution du ministère public est très secourable pour l'Etat, dont les commissaires sont spécialement chargés de faire ressortir et de soutenir l'intérêt.* » À lui de préciser que « *les commissaires sont pris parmi les maîtres des requêtes d'après l'axiome omnes sumus procuratores Caesaris. Leur office est de veiller à la défense des intérêts de l'Etat.* »<sup>12</sup>

Un avocat aux conseils, Crémieux, confirmera cette thèse quelques années plus tard en lançant : « *qu'est-ce donc que le ministère public ? C'est le contradicteur naturel des intérêts de la partie privée.* »<sup>13</sup>

<sup>11</sup> DUVERGIER, 1831, p.58, note I.

<sup>12</sup> CORMENIN, *Droit administratif*, 1840, p. 59

<sup>13</sup> *Mon. un. Séance du 1er mars 1845* p. 482

Toujours est-il qu'alors c'est un véritable ministère public qui était envisagé. Les hommes de l'époque, encore incertains dans leur volonté d'établir une véritable justice administrative, ayant encore en mémoire les différents « empiètements » ( des Parlements notamment ) ont ainsi voulu, lors de la création d'un véritable juge administratif instituer un organe destiné à le surveiller. Le ministère public se devait ainsi d'être « l'oeil du gouvernement », voire une « sentinelle vigilante »<sup>14</sup>.

Un autre épisode montre bien dans quel esprit l'on tenait le ministère public. Les séances de l'Assemblée Nationale sont à cet égard significatives. Avait été émise en 1849 l'idée d'instituer auprès du Conseil d'Etat un commissaire général de la République. Un parlementaire, Gaslonde, put demander en séance, sans être contredit, le rejet de cette institution en invoquant justement l'existence du ministère public créé en 1831 : « *Qu'est-ce que votre commissaire général de la République ? Je dis que c'est un rouage inutile ; puisque vous avez des maîtres des requêtes qui servent de commissaires du gouvernement ; je dis que le gouvernement peut soumettre des observations, qu'il peut se faire entendre par des commissaires et qu'il sera mieux représenté par ses commissaires, parce qu'il les aura complètement sous sa dépendance et qu'il les inspirera de son esprit.* »<sup>15</sup>

Les représentants de ce ministère public furent dès l'origine connus sous le nom de *commissaires du roi*. Les trois premiers, Chasseloup-Laubat, Germain et Marchand entrèrent en fonction en janvier 1832. Il est remarquable que ces hommes ne se sentirent aucunement liés par l'esprit de l'ordonnance des 12 mars 1831 ni par les discours des juristes ou hommes politiques de l'époque. Le comportement de ces commissaires du roi a manifesté rapidement une liberté de conduite et de ton. Leurs pratiques, allant à l'encontre de ce que l'on attendait d'eux à l'origine, leur ouvraient lentement la voie de l'indépendance.

En effet non seulement ils n'exerçaient pas les attributions essentielles du Parquet (mise en mouvement de l'action publique, recours en révision ou en interprétation), mais encore, fait essentiel, ils présentaient leurs observations en toute indépendance et concluaient aussi bien au rejet des prétentions de l'administration que de celles des parties privées.

Il en fut ainsi semble-t-il dès l'origine. C'est le 9 janvier 1832 que fut rendue la première décision dans une affaire où ait conclu un maître des requêtes faisant fonction de ministère

---

<sup>14</sup> CORMENIN. *op. cit.*

<sup>15</sup> Ass. nat. Séance du 24 janvier 1849. c. r. *séances de l'assemblée nationale*, t. VII, p.423

public<sup>16</sup>. C'est du moins la première décision figurant au recueil des arrêts qui porte à côté du nom du rapporteur celui de maître des requêtes faisant fonction de ministère public. Moins de trois mois plus tard, le 24 mars 1832, était rendue une décision qui, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, rejetait les prétentions du ministre des finances<sup>17</sup>.

Seulement la liberté revendiquée des commissaires du gouvernement ne fut pas toujours très bien acceptée. La révocation en 1852 du commissaire du gouvernement Reverchon en est une parfaite illustration. Ce dernier fit preuve d'une intégrité exemplaire et afficha son refus de se voir soumis au pouvoir politique.<sup>18</sup>

Ces situations plus ou moins équivoques avaient été rendues possible ou du moins provoquées par l'imprécision de l'ordonnance royale du 12 mars 1831. En effet le texte contenait quelques détails de procédure, mais restait muet sur le rôle que ses commissaires devaient jouer. Pour quelles raisons pratiques avaient-ils été institués ? Le texte ne le dit pas. Le commissariat au contentieux est donc né dans l'obscurité, dans l'incertitude. Les complications survenues au moment où l'on a voulu définir avec précision la fonction du commissaire du gouvernement trouvaient là leurs origines. Le commissariat au contentieux est en effet né d'un texte laconique et sans débats préparatoires, d'une simple ordonnance là où en bonne logique il fallait une loi. L'idée d'un commissariat au contentieux, ou plutôt, pour reprendre le terme exact, d'un «ministère public», proposée à l'origine comme on l'a vu par Cormenin, n'était pas censée s'appliquer au Conseil d'Etat, dont les arrêts étaient définitifs, mais à un tribunal administratif spécial, tribunal d'appel dont les jugements auraient été susceptibles de cassation. Ce tribunal n'a jamais été institué, ce qui n'a pas empêché le commissariat au contentieux de voir le jour, mais devant le Conseil d'Etat.

---

<sup>16</sup> *Truelle-Mullet c. Petit-Durieu, Recueil des arrêts du Conseil*, 1832, pp. 1-sq

<sup>17</sup> *D'Annebault et consorts c. Administration des domaines, Recueil des arrêts du conseil*, 1832, p. 97

<sup>18</sup> A peine Reverchon venait-il le 23 mai 1851 de faire ses débuts dans les fonctions de commissaire du gouvernement près la section du contentieux du Conseil d'Etat, qu'il fut révoqué avec éclat le 1<sup>er</sup> août 1852. Ce n'était pas pour avoir conclu dans un sens opposé à celui que désirait le gouvernement dans l'affaire des décrets du 22 janvier 1852 relatifs aux biens de la famille d'Orléans : le vice-président Baroche lui retira l'affaire ainsi qu'au rapporteur Cornudet, dès que Reverchon eût fait connaître sa décision de conclure à l'annulation, au moins partielle, du conflit élevé par le préfet de la Seine et de persévérer dans sa conviction.

A Baroche qui insistait sur le caractère politique de l'affaire : « il est bien difficile que le commissaire du gouvernement ne soit pas de l'avis du gouvernement », Reverchon répondit qu'« il était bien difficile aussi que le commissaire du gouvernement soutienne une opinion qui ne serait pas la sienne. »

Cette indépendance d'esprit, son refus d'abandonner « spontanément » le dossier, la fermeté de son caractère devant les pressions dont il était l'objet lui valurent sa révocation : si Maillard et Cornudet furent englobés dans la même disgrâce, il fut le seul des trois à ne pas obtenir une « réparation ».

La nature exacte du Conseil d'Etat n'était pas encore véritablement définie et l'on ne savait pas s'il serait ou non une juridiction. L'ordonnance du 12 mars 1831 étant quasiment muette à ce sujet. Les suppositions ne manquèrent pas d'être lancées. Que serait ce ministère public ? Serait-il, comme le supposait Duvergier, comparable à celui qui existait déjà devant les tribunaux ordinaires ou aurait-il sa spécificité propre ?

Voir dans ce ministère public une *partie principale*, lui reconnaître le droit d'engager une action, de saisir lui-même le Conseil ne pouvait résulter du seul texte de l'ordonnance de 1831. Il eût fallu organiser ce même ministère public en le dotant d'une hiérarchie comparable à celle des tribunaux judiciaires. Or les commissaires du roi de 1831 n'avaient pas de chef hiérarchique et n'étaient nommés que pour trois mois. Un seul rôle leur restait, celui d'un observateur qui agit moins dans l'intérêt du gouvernement que dans celui, plus abstrait, de la légalité. Il s'agit en somme de celui de la *partie jointe* dans les affaires civiles qui sont «communiquées au Parquet». Les commissaires du roi se sont emparés de ce rôle et l'ont gardé. Un trait caractéristique le montre : ils ont dès le premier jour pris la parole non pas au début de l'audience, avant les avocats, comme un procureur quand il est partie principale, mais en fin d'audience, après les avocats, même ceux de la défense, comme un procureur quand il est partie jointe.

Cependant, si c'est un véritable « ministère public » qui fut institué par l'ordonnance de 1831, aucun texte n'est jamais intervenu « portant organisation » de ce ministère public. Il a pu se définir de lui-même, à l'usage, si bien qu'aujourd'hui le terme même de « ministère public » ne semble plus adéquat.

Il semble en effet que très tôt le commissaire du gouvernement s'est distingué d'un classique ministère public près les juridictions judiciaires. Il est à bien des égards un organisme né de la coutume et conserve aujourd'hui les caractéristiques principales qui le définissaient autrefois.

Notons tout d'abord que les commissaires du gouvernement ne sont nullement concernés par la hiérarchisation propre au parquet judiciaire. Il n'existe en effet aucun corps institutionnalisé des commissaires du gouvernement. Ces derniers sont choisis de façon temporaire parmi les maîtres des requêtes ou quelquefois les auditeurs.

Il n'existe entre les commissaires du gouvernement aucun lien hiérarchique tel que celui que l'on peut relever à l'intérieur du parquet judiciaire.

Cette absence de hiérarchisation se double d'une absence de subordination au gouvernement.

Poussons plus loin la comparaison. Le ministère public près les juridictions judiciaires intervient par voie écrite, selon le vieil adage « la plume est serve ». En ce sens ils doivent quelquefois se conformer à l'avis ou à l'ordre d'une autorité supérieure. L'actuel article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature dispose en effet que « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux , ministre de la Justice. »

Les commissaires du gouvernement, au contraire, interviennent de manière orale et en toute liberté puisqu'ils s'expriment en leur nom personnel.

Il en était ainsi au XIXe siècle, il en est toujours de même plus de cent-soixante-dix années plus tard. Son existence a été au fil du temps affirmée par des lois et des règlements mais aucun texte n'en a jamais défini le caractère ou précisé le mécanisme, si bien qu'aujourd'hui seule la jurisprudence précise clairement en quoi consiste la fonction de commissaire du gouvernement.

Une occasion a été fournie au Conseil d'Etat de rappeler par un arrêt de principe les caractéristiques de la fonction de commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives. Un haut commissaire de la République française a en 1952 pris la décision qui a donné lieu à l'arrêt Gervaise du 10 juillet 1957<sup>19</sup>, celle du relèvement de ses fonctions d'un commissaire du gouvernement près le conseil du contentieux administratif de l'Afrique occidentale française auquel il était reproché « de n'avoir pas soutenu » avec succès la thèse de l'administration dans un litige soumis à cette juridiction.

Le Conseil d'Etat n'a pas jugé nécessaire pour cette affaire de se réunir en section ou en assemblée. L'instance plus modeste constituée par deux sous-sections se contenta de juger l'affaire :

*« Considérant que le commissaire du gouvernement près le Conseil du contentieux n'est pas le représentant de l'administration ; qu'en ce qui concerne le fonctionnement interne de cette juridiction il ne relève que de la seule autorité du président de celle-ci ; qu'il a pour mission d'exposer au Conseil des questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui*

---

<sup>19</sup> CE, 10 juillet 1957, *Sieur Gervaise*, p. 466 ; AJDA 1957, p. 394

*doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction. »*

On voit bien près de cent ans après l'affaire Reverchon que l'indépendance des commissaires du gouvernement n'était pas en tout lieu acquise. L'arrêt Gervaise a constitué à l'époque une réponse à ceux qui n'arrivaient pas à admettre l'existence d'une juridiction administrative indépendante de l'administration et qui pensaient que « *si l'administration enlève au juge judiciaire le litige dans lequel elle-même est partie, c'est parce qu'elle en attend quelque avantage*<sup>20</sup> ».

Le rôle du commissaire du gouvernement, faute de texte précis, est bien souvent en effet remis en question. Sa légitimité semble n'être jamais acquise malgré la reconnaissance que lui vouent les membres du Conseil d'Etat et le rayonnement que cette institution peut connaître auprès de nombreuses juridictions étrangères. Le Conseil d'Etat belge s'est d'ailleurs largement inspiré du commissaire du gouvernement français tout comme la Cour de justice des communautés européennes dont l'avocat général est le modèle quasi conforme.

Cependant aujourd'hui alors que le principe de l'existence d'une juridiction administrative n'est absolument plus remis en question<sup>21</sup>, le commissaire du gouvernement, dont les mérites sont en France largement reconnus, fait l'objet de vives critiques de la part de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg.

Conclue à Rome le 4 novembre 1950 entre les gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe et ratifiée par la France le 3 mai 1974, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'a sans doute jamais été autant d'actualité qu'aujourd'hui. Le temps où il était possible d'affirmer qu'elle prenait une part discrète dans notre contentieux est bel et bien révolu.

Aujourd'hui, en raison notamment de son article 6§1 en vertu duquel « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des*

---

<sup>20</sup> « Réflexions sur la séparation des contentieux » *Revue administrative*, 1956, p. 369.

<sup>21</sup> CC 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, p. 8 ; AJ 1987, p. 345. Cette décision rappelle que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire a été consacré simplement par des dispositions législatives et qu'elles n'ont pas en elles-mêmes même valeur constitutionnelle ; cependant le Conseil reconnaît la

*contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle*<sup>22</sup>», la Convention européenne se trouve au premier plan de la scène juridique. Depuis quelques années, on assiste en effet à une augmentation conséquente des recours fondés sur ce texte. Les revendications ayant trait au droit à un tribunal impartial sont, incontestablement, les plus fréquentes.

Au nom de l'impartialité, particulièrement de l'impartialité objective qui invite à rechercher si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains éléments inhérents à son statut ou à ses fonctions autorisent à soupçonner son impartialité<sup>23</sup>, c'est l'organisation juridictionnelle qui est en cause. L'enjeu n'est donc assurément pas des moindres.

Un arrêt de 1995 de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le Conseil d'Etat luxembourgeois<sup>24</sup> fit craindre au Conseil d'Etat toute condamnation relative à sa structure institutionnelle. Mais le Conseil d'Etat craignit davantage pour le commissaire du gouvernement à la suite de l'arrêt *Vermeulen c/ Belgique*<sup>25</sup> qui condamnait la pratique selon laquelle les requérants n'avaient pas la possibilité de répondre aux conclusions du ministère public.

Un arrêt «préventif» concernant le commissaire du gouvernement et notamment le statut des conclusions montrait bien, dès 1998<sup>26</sup>, la volonté du Conseil d'Etat de préserver son institution.

Les craintes furent justifiées puisqu'une affaire toute récente a mis le commissaire du gouvernement «au banc des accusés». L'arrêt *Kress*<sup>27</sup> dénonçant en partie seulement l'institution du commissaire du gouvernement ne lui confère pas pour autant le brevet de

---

constitutionnalisation d'une réserve de compétence au profit de la juridiction administrative et lui reconnaît ainsi implicitement valeur constitutionnelle.

<sup>22</sup> Pour une étude de cet article, voir notamment, PETTITI, DECAUX et IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme.-Commentaire article par article*, Economica, 1999, p.239 et s. ; *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, L'Harmattan, 1997, p 59 et s.

<sup>23</sup> La jurisprudence européenne retient également une conception subjective de l'impartialité. Cette démarche subjective consiste à déterminer ce que le juge pensait dans son for intérieur dans les circonstances de l'espèce. Sur la distinction entre impartialité objective et subjective, *le juge impartial*, Dalloz, 1998, p. 1 et s.

<sup>24</sup> CEDH, 28 septembre 1995, *Assoc.Procola c/ Luxembourg*, D. 1996.J.301 ; *AJDA* 1996, p. 383 : le point à trancher par la Cour était celui de savoir si le Conseil d'Etat dans sa formation de jugement remplissait les exigences d'impartialité requises par l'article 6 de la Convention, compte tenu du fait que quatre de ses cinq membres ont eu à se prononcer sur la légalité d'un règlement qu'ils avaient examiné auparavant dans le cadre de leur mission de caractère consultatif. La Cour dénonçait l'impartialité structurelle de cette institution et concluait à la violation de l'article 6,§1 du fait de la confusion, dans le chef de quatre conseillers d'Etat, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles.

<sup>25</sup> CEDH, 20 février 1996, *Vermeulen c/ Belgique*

<sup>26</sup> CE 29 juillet 1998, *Mme Esclatine* Rec. 320, D. 1999, p.85, Note D. Chauvaux

<sup>27</sup> CEDH 7 juin 2001, *Kress c/ France* , *AJ* 2001, p.675

conventionnalité espéré. Cette condamnation n'a pas manqué de faire l'objet de vives critiques.

Cette jurisprudence, si elle est inquiétante, l'est plus pour les méthodes employées par le juge de Strasbourg que pour la solution adoptée. Il semble en effet que dans l'arrêt la Cour fasse la part trop belle aux apparences.

La Cour européenne des droits de l'homme, à la suite de la Commission, a déduit de la disposition de l'article 6§1 l'existence d'un principe non écrit : le principe de l'égalité des armes. Selon la Cour, ce principe constitue un « *aspect de la notion plus large de procès équitable* ». <sup>28</sup>

Dans la jurisprudence européenne, il vise à garantir un équilibre entre la défense et l'accusation au cours du procès pénal et, entre les parties au cours du procès civil. Cette interprétation de l'article 6§1 se fonde sur l'inspiration générale de la Convention qui est sous-tendue par le principe d'égalité qui constitue l'un des piliers de l'idéal démocratique des droits de l'homme.

Cette interprétation extensive de l'article 6§1 à laquelle s'adonne la Cour européenne des droits de l'homme montre les limites d'une démarche poussée à l'extrême ainsi que les méfaits du désir d'extrapoler un texte d'origine. La Cour européenne de droits de l'homme semble ici dépasser la mission qui lui était impartie.

Suite à l'arrêt *Kress* la question de savoir quelle est la compatibilité entre la conception française et la conception européenne du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat semble avoir trouvé une réponse. Il y aurait une incompatibilité partielle entre les deux conceptions puisque l'arrêt *Kress* dénonce notamment la pratique de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré.

Cependant une analyse de la jurisprudence de la Cour montre que les positions qu'elle avance à un moment donné ne sont jamais insusceptibles de revirements. La jurisprudence est en effet un élément clé de l'analyse de la conception européenne puisque la Cour européenne des droits de l'homme ne connaît pas de commissaire du gouvernement.

---

<sup>28</sup> CEDH 17 janvier 1970, Delcourt

La comparaison des deux conceptions, française et européenne, ne se place donc pas sur le même plan. D'un côté l'on a affaire à une institution vivante née de la pratique : c'est en observant le comportement des commissaires du gouvernement et en étudiant précisément le contentieux administratif que l'on peut se faire une idée de la conception française en la matière ; de l'autre l'institution n'existe pas, il n'existe pas en effet d'institutions similaires au sein de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est donc l'analyse des arrêts et la lecture des opinions dissidentes des juges qui permettent de cerner la conception européenne du commissaire du gouvernement.

Nous avons donc d'un côté la pratique, de l'autre la jurisprudence.

Il semble qu'aujourd'hui, en vertu de l'article 6§1 et du droit de chaque personne à un procès équitable, la Cour ait compétence pour accepter, dénoncer voire tolérer certaines pratiques nationales.

Il conviendra donc d'examiner quel regard porte la Cour sur les différentes caractéristiques relatives au commissaire du gouvernement. Ce dernier se singularise notamment par son indépendance et son impartialité, deux qualités indispensables à la définition de son statut (CHAPITRE I). Si la Cour reconnaît ces deux qualités et affirme l'originalité de l'institution en ce domaine, elle n'hésite pas, au niveau procédural, à examiner et à passer au crible les éléments inhérents à cette indépendance et à cette impartialité ( CHAPITRE II ). Elle remet donc en cause des principes qu'elle reconnaît pourtant. Reconnaître objectivement l'indépendance et l'impartialité du commissaire du gouvernement est une chose, lui accorder les moyens de son action en est une autre. Tout cela n'est pas d'une parfaite logique et découle, on y revient encore, du laconisme primitif des textes nationaux concernant le commissaire du gouvernement.

## **CHAPITRE I : LE STATUT DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT**

L'étude du statut du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat nécessite une présentation pratique de la fonction. Il conviendra d'étudier quelles sont les techniques et les phases procédurales propres au contentieux administratif au regard desquelles le commissaire du gouvernement a un rôle à jouer. Ces précisions mettront en lumière deux qualités essentielles, caractéristiques de l'institution du commissaire du gouvernement : son indépendance et son impartialité. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît d'ailleurs explicitement ses qualités et ne les remet nullement en cause. ( SECTION 1 )

Si la reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme de la consécration nationale des deux qualités incontournables du commissaire du gouvernement est un fait établi, la détermination de son véritable statut n'est pas de toute évidence. Qui est le commissaire du gouvernement ? Quelle est sa qualité première et à quelle entité appartient-il ? Est-il un juge ou une partie ? A ces questions le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme apportent différents éléments de réponse. Ces éléments sont-ils contradictoires et tous valables ou l'un d'entre eux emporterait-il davantage la conviction ? (SECTION 2 )

## SECTION 1 L'INDEPENDANCE ET L'IMPARTIALITE DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT PRES LE CONSEIL D'ETAT.

« *L'indépendance est un statut ; l'impartialité est une vertu.* » a déclaré Robert Badinter. L'indépendance et l'impartialité semblent être au regard du commissaire du gouvernement deux qualités indissociables révélatrices de son objectivité. Le juge européen, fidèle à ses habitudes, rechigne d'ailleurs dans le raisonnement de son arrêt Kress à dissocier indépendance et impartialité. Il convient pourtant de distinguer les deux notions puisque l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme des libertés fondamentales invite implicitement à le faire et que le Conseil d'Etat s'est efforcé dans son arrêt de principe d'opérer la démarcation<sup>29</sup>. Les qualités statutaires du commissaire du gouvernement seront étudiées tout d'abord du point de vue de son indépendance ( §1 ) puis de son impartialité ( §2 ). De quelque point de vue que l'on se place – et le constat est réconfortant – l'institution du commissaire du gouvernement n'encourt en tout cas aucune critique.

### §1 : L'indépendance du commissaire du gouvernement

Elle est garantie par un statut organique spécifique ( A ) et matérialisée par l'existence des conclusions du commissaire du gouvernement. ( B )

#### A. Un statut organique spécifique

1. Le statut des magistrats de l'ordre administratif et la nomination du commissaire du gouvernement.

Le commissaire du gouvernement est un magistrat de l'ordre administratif et bénéficie en tant que tel d'un statut particulier, distinct de celui des magistrats judiciaires du siège comme du parquet<sup>30</sup>. Il relève du statut général de la fonction publique et dispose en pratique de l'indépendance et de l'inamovibilité. Rappelons que l'existence et l'indépendance de la

<sup>29</sup> Dans son fameux arrêt *Gervaise* ( CE, 10 juillet 1957 ), la Haute juridiction a souligné d'une part que le commissaire du gouvernement formulait ses conclusions en toute indépendance et, d'autre part, que son appréciation devait être impartiale.

<sup>30</sup> N'existe pas, au sein de la juridiction administrative, la distinction propre aux juges judiciaires entre magistrats du siège et du parquet, ces derniers étant soumis à l'autorité hiérarchique du ministre de la Justice.

juridiction administrative figurent parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ayant valeur constitutionnelle<sup>31</sup>.

En vertu de l'article 13, troisième alinéa, de la Constitution, relatif au pouvoir de nomination du président de la République, tous les conseillers d'Etat sont nommés par décret du président de la République pris en conseil des ministres, tandis que les auditeurs et maîtres des requêtes sont nommés par décret simple du Président, en vertu de l'article 2 de l'ordonnance du 28 novembre 1958 portant loi organique relative aux emplois civils et militaires.

Le recrutement des membres du Conseil d'Etat se fait de deux façons : par la voie du concours ou par celle du tour extérieur. Les auditeurs, recrutés par concours à la sortie de l'Ecole Nationale d'Administration, deviennent, par avancement, maîtres des requêtes après environ trois ans de carrière, puis conseillers d'Etat environ douze ans plus tard. Si l'avancement se fait en théorie au choix, il obéit dans la pratique et suivant un usage qui remonte à la moitié du XIXème siècle, strictement à l'ancienneté. Les nominations au tour extérieur sont soumises à l'avis du vice-président du Conseil d'Etat.

Les dispositions du nouveau Code de justice administrative précisent que les fonctions de commissaire du gouvernement sont nécessairement exercées par un « membre de la juridiction » ( art. L. 7 ), ce qui le fait bénéficier de l'ensemble des garanties accordées aux autres membres du Conseil. L'éventualité qu'un commissaire du gouvernement « provienne » du tour extérieur n'est pas formellement exclue, mais, si elle s'est produite, l'hypothèse est certainement exceptionnelle. En effet, aux termes du décret n°63-766 du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, les commissaires du gouvernement sont pris parmi les maîtres des requêtes et auditeurs au Conseil d'Etat ou, exceptionnellement parmi les conseillers. En vertu de l'article R. 122-5 du Code de la justice administrative, ils sont nommés par décret, pris sur proposition du garde des sceaux, après présentation par le vice président du Conseil d'Etat et le président de la section du contentieux. En pratique, les propositions du Conseil d'Etat sont toujours entérinées, ce qui va dans le sens d'une « dépolitisation » croissante de l'acte de nomination. Enfin, la durée maximale d'exercice des fonctions est normalement fixée à dix ans.

---

<sup>31</sup> CC n° 80-119 DC 22 juill. 1980, Rec. 46

En outre, et c'est un élément essentiel, les commissaires du gouvernement ne connaissent aucune hiérarchisation ou subordination. Ils ne sont pas constitués en « corps ». Il n'existe en effet aucun corps des commissaires du gouvernement ; il n'y a que des *fonctions* de commissaire du gouvernement. Ils ne sont soumis à aucune autorité supérieure et entre eux n'existe pas de lien hiérarchique, en cela leur indépendance est effective. Ils n'exercent eux-mêmes d'autorité sur quiconque. Comme le précisait le conseiller d'Etat Cahen Salvador :

*« Il n'y a pas de commissaire du gouvernement supérieur, analogue au Procureur Général dans les cours d'appel ou au Procureur de la République dans les tribunaux. Si à plusieurs reprises on a songé à créer un tel poste, pour renforcer entre les commissaires l'unité de vue et de doctrine, on y a sagement renoncé. Tandis qu'avocats généraux et substituts devant les tribunaux déposent des conclusions écrites, qui restent soumises au contrôle du chef du parquet, et peuvent même éventuellement être inspirées par les instructions du ministre, les commissaires du gouvernement n'ont ni ordre à recevoir ni consigne à observer. »*<sup>32</sup>

On mesure ainsi le chemin parcouru depuis l'époque où le commissaire du gouvernement était discrétionnairement et directement nommé par le chef de l'État pour une période de quelques mois seulement et sans aucune garantie de carrière. Désormais le commissaire du gouvernement bénéficie de toutes les garanties statutaires nécessaires à l'exercice serein de sa mission. Au sein des juridictions administratives, c'est sans doute devant le Conseil d'Etat que les garanties d'indépendance sont le mieux assurées.

## 2. Des garanties d'indépendance renforcées devant le Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat n'est pas la seule institution à être dotée de commissaires du gouvernement. Il en existe auprès des juridictions administratives de droit commun que sont les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel – le commissaire du gouvernement joue alors le même rôle que devant le Conseil d'Etat - ainsi que devant certaines juridictions administratives spécialisées.

L'expression « commissaire du gouvernement » est généreusement attribuée dans notre système administratif à toutes sortes de représentants de l'autorité publique. Il n'est pas inutile d'en dresser une liste sinon exhaustive du moins suffisamment significative pour montrer en

---

<sup>32</sup> CAHEN-SALVADOR, *Un grand commissaire du gouvernement*, Jean Romieu, Livre jubilaire, p. 323

contrepoint que la figure du commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat est incomparable.

Dans une première série d'hypothèses, l'appellation est utilisée pour désigner des fonctionnaires qui remplissent effectivement une mission officielle de représentation du gouvernement auprès de certaines institutions publiques. C'est le cas, en premier lieu, des hauts fonctionnaires appelés à faire valoir les points de vue de leurs ministères respectifs auprès des formations consultatives du Conseil d'Etat.<sup>33</sup> Mais la même qualification est appliquée aux agents publics désignés auprès de certains organismes pour surveiller leur bon fonctionnement. Si la formule n'est ni généralisée ni encadrée par un texte d'ordre général, on trouve des commissaires du gouvernement, directement désignés par les ministères concernés et investis de prérogatives variables (approbation ou veto sur certaines décisions) auprès de certains groupements d'intérêt public, d'entreprises nationales ou d'autorités administratives indépendantes.

La seconde catégorie de commissaires du gouvernement est plus problématique car elle désigne certains agents, magistrats ou non, placés auprès d'organes juridictionnels et dont la ressemblance avec leurs « homologues » du Conseil d'Etat est par conséquent plus marquée. Devant ces juridictions administratives spécialisées, prenons à titre d'exemple la Cour des comptes, la Cour de discipline budgétaire ou encore les juridictions de pension ou de dommages de guerre, le « commissaire du gouvernement » porte bien son nom, il est un véritable *commissaire du gouvernement* et n'est plus doté de l'indépendance qui caractérise l'institution près le Conseil d'Etat. Le « ministère public » auprès de ces juridictions spécialisées abandonnent le point de vue parfaitement objectif qui est le sien devant les juridictions administratives à compétence générale. Son rôle fondamental de défense de l'intérêt général passe au second plan ; il ne s'agit plus tant pour le représentant du ministère public de dire le droit que de se faire le porte-parole des intérêts défendus par l'Administration.

Ainsi ces agents portent-ils eux aussi, mais cette fois-ci à raison, le titre de commissaire du gouvernement. Ils sont en général désignés par le ministre intéressé parmi les agents de son propre département.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> « Ce sont des fonctionnaires d'administration centrale qui ont qualité pour expliquer, commenter et défendre les intérêts du gouvernement, et au besoin pour accepter les modifications proposées par le Conseil d'Etat. » BRAIBANT ( G. ) et STIRN ( B. ), *Le droit administratif français*, 5<sup>e</sup> éd., Presses de Sciences-Po et Dalloz 1999

<sup>34</sup> A titre d'exemple, auprès des tribunaux départementaux et des cours régionales des pensions, les fonctions de commissaires du gouvernement étaient le plus souvent remplies par un membre du corps des intendants militaires mis à la disposition du ministre des anciens combattants par le ministère de la défense nationale.

Il peut même exister au sein de ces juridictions spécialisées une organisation plus ou moins poussée d'un corps hiérarchisé qui n'est pas sans ressembler à celle d'un parquet judiciaire. Il existe en effet auprès de la Cour des comptes un parquet composé d'un procureur général et de deux avocats généraux qui sont ses substituts. Ces représentants du ministère public sont recrutés soit parmi des hauts fonctionnaires extérieurs à la Cour, soit parmi les magistrats de la Cour. Dans le deuxième cas, ils bénéficient certes de l'inamovibilité attachée à leur statut d'origine, mais ils n'en demeurent pas moins soumis à une subordination hiérarchique.

Cette subordination se ressent au niveau de l'activité de ces commissaires<sup>35</sup>, ces derniers n'ayant aucun pouvoir de décision quant à la teneur de leur conclusion. Ils n'ont même pas toujours l'indépendance de parole que le ministère public judiciaire, aussi bien dans le rôle de partie principale que dans celui de partie jointe, tient de sa qualité de magistrat.

De ces divers exemples il ressort que le ministère public auprès de ces juridictions administratives spécialisées ne jouit pas de l'indépendance qui est la sienne devant le Conseil d'Etat. L'originalité de l'institution des commissaires du gouvernement devant le Conseil d'Etat est réaffirmée dans le *Livre jubilaire* à l'article consacré à Jean Romieu : « *Il semble de prime abord que le commissaire du gouvernement soit investi d'une délégation pour défendre, au sein de la Haute Assemblée, les vues des ministres, les intérêts de leur administration, les prérogatives de leurs fonctions. On est enclin à l'assimiler au ministère public devant les tribunaux. Ceci ne correspond pas à la réalité. Il n'est ni un porte-parole gouvernemental ni un représentant du Parquet. On réclame de lui une compétence juridique éprouvée, un jugement sûr, des dons oratoires. Mais la qualité essentielle que requiert son ministère est une totale indépendance.* »<sup>36</sup>

L'indépendance du commissaire du gouvernement est rendue possible et traduite dans les faits par l'existence de ses « fameuses » conclusions.

---

<sup>35</sup> Cette subordination est particulièrement manifeste pour les juridictions inférieures de dommages de guerre : devant ces juridictions, les commissaires du gouvernement se contentaient bien souvent d'exprimer les directives ministérielles. Dans un arrêt *Chatagner* du 28 mars 1949 la commission supérieure de cassation des dommages de guerre a jugé que le ministre pouvait valablement donner des instructions à ces commissaires : aux termes mêmes de cette décision, « *en donnant dans l'intérêt du service des directives à un fonctionnaire placé sous ses ordres, le ministre n'a fait qu'user régulièrement des pouvoirs hiérarchiques qui appartiennent normalement à tout supérieur sur son subordonné.* »

Cette subordination est plus nettement marquée encore dans le contentieux des pensions d'invalidité : les conclusions des commissaires du gouvernement sont en fait établies par la direction du contentieux du ministère des anciens combattants.

<sup>36</sup> *ibidem*

## B. Les conclusions du commissaire du gouvernement

Deux règles fondamentales, consacrées par une jurisprudence constante, régissent l'intervention du commissaire du gouvernement par voie de conclusions et donnent une « base statutaire » à son action. L'une concerne sa liberté de conclure, l'autre son obligation de conclure. Le commissaire du gouvernement a su, avec le temps, tirer parti de cette contradiction apparente.

### 1. Une liberté de conclure

On a déjà souligné le fait que le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat est né dans l'obscurité et l'incertitude. Le laconisme des textes a eu pour corollaire l'émergence coutumière des différents traits du commissariat aux contentieux. C'est donc dans la pratique qu'il faut chercher à saisir la naissance de cette liberté de conclure.

Cette évolution a commencé dès la naissance d'un véritable commissariat aux contentieux et s'est poursuivie tout au long de l'histoire. Il est intéressant ici de rappeler l'épisode de la révocation du commissaire du gouvernement Reverchon, lequel dans le cadre d'un régime pourtant réputé autoritaire, sut refuser que le pouvoir lui dicte des conclusions écrites dont il aurait été, malgré lui, le porte-parole. Les pressions dont il fit l'objet, les réactions causées par sa révocation sont autant de témoignages de la naissance d'un véritable défenseur du droit, concluant en toute indépendance.

L'aspect coutumier de cette liberté de conclure cède cependant devant sa reconnaissance jurisprudentielle. Le fameux arrêt Gervaise<sup>37</sup> du 10 juillet 1957, devenu l'arrêt de principe en la matière, dispose que le commissaire du gouvernement « [...] a pour mission d'exposer au Conseil les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale [...]. »

Cet arrêt apporte un élément fondamental dans la mesure où il affirme expressément l'indépendance – jusque-là coutumière – des commissaires du gouvernement et précise les

---

<sup>37</sup> v. supra : considérant de principe reproduit dans son intégralité

caractéristiques de leurs fonctions. L'appréciation du commissaire du gouvernement est formulée en toute indépendance dans ses conclusions. De plus en affirmant que le commissaire du gouvernement est totalement indépendant des positions de l'administration, l'arrêt ne fait que postuler du même coup l'indépendance de la juridiction administrative elle-même à l'égard d'un quelconque pouvoir.

Selon les termes mêmes de l'arrêt, ce sont « ses » conclusions que le commissaire du gouvernement formule, « son » appréciation et « son opinion » qu'il fait connaître, et surtout suivant « sa » conscience qu'il apprécie, non seulement les circonstances de fait de l'espèce mais aussi les règles de droit applicables.

Cette appréciation n'est pas sans rappeler le commentaire de Laferrière concernant l'ordonnance du 12 mars 1831 : « *Mais qu'elle qu'ait pu être la pensée des rédacteurs de l'ordonnance, l'institution du commissaire du gouvernement au contentieux eut, dès le début, le caractère qu'elle n'a pas cessé d'avoir depuis : celui d'un ministère public concluant selon la loi et sa conscience.* »<sup>38</sup> ? Quel mot pouvait mieux révéler que celui de « conscience » l'indépendance du commissaire du gouvernement ?

Le statut classique des conclusions révèle également l'indépendance du commissaire du gouvernement. Ces dernières sont, par principe, orales. Les conclusions écrites – qu'elles sont en fait le plus souvent – ne sont qu'une commodité impliquée par le nombre et la complexité des affaires. Il en résulte que le commissaire du gouvernement est le « maître absolu » de ses propres conclusions : libre d'en faire connaître le sens avant qu'il prenne la parole en séance – même si l'usage est qu'il les donne à l'avocat au Conseil qui les lui demande. Il est libre de communiquer ou non ses conclusions. En effet les conclusions, n'étant pas détachables de la procédure suivie devant la juridiction, ne sont en aucun cas des documents administratifs qui seraient communicables en vertu de la loi du 17 juillet 1978<sup>39</sup>. Toutefois, elles ne font pas partie des pièces de la procédure et les commissaires sont totalement libres de les verser ou non aux archives du Conseil d'Etat. Elles sont fondamentalement « la propriété de leurs auteurs, à qui il appartient d'apprécier ce que doit être leur diffusion. »<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> LAFERRIERE ( E. ), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris Berger-Levrault, 1887, réimpression LGDJ, 1989, p. 204

<sup>39</sup> CE, 26 janv. 1990, *Vincent*, p. 779

<sup>40</sup> CHAPUS ( R. ) *Droit du contentieux administratif*, 8<sup>e</sup> éd. 1999, n° 1033 3°

L'important arrêt *Esclatine* du 29 juillet 1998<sup>41</sup> est, en ce qui concerne l'indépendance du commissaire du gouvernement, et nous nous en tiendrons là pour le moment, un arrêt de confirmation qui reproduit la belle définition jurisprudentielle de la fonction du commissaire du gouvernement consacrée en 1957 par l'arrêt *Gervaise*. Nous verrons plus loin quel est l'apport à l'état du droit de cet arrêt qui explicite pour la première fois le fait essentiel à la compréhension de la procédure.

Si le commissaire du gouvernement a la liberté de conclure, il en a aussi l'obligation.

## 2. Une obligation de conclure

L'article 67 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 dispose que, devant le Conseil d'Etat, « les conclusions sont données dans chaque affaire » par un commissaire du gouvernement, instituant ainsi une véritable obligation de conclure.

Le commissaire du gouvernement peut toujours proposer une prolongation de l'instruction avant de conclure, dans l'hypothèse de mémoires ampliatifs ou d'éléments nouveaux de dernière minute. Cependant ce sont surtout des motifs d'ordre déontologique qui peuvent justifier que le commissaire du gouvernement ne conclue pas.

On se trouve dans ce domaine à la limite de l'indépendance et de l'impartialité. Un commissaire du gouvernement peut-il au nom de son indépendance se « libérer » d'une affaire au motif que son impartialité pourrait être mise en doute ? Le Conseil d'Etat apporte une réponse négative. Cet arrêt rendu sur conclusions contraires prouve que le prononcé de conclusions dans un sens déterminé est une obligation substantielle qui incombe au commissaire du gouvernement<sup>42</sup>.

Déjà en 1912, le Conseil d'Etat avait considéré comme un manquement à l'article 46 de la loi du 22 juillet 1889 le fait que le commissaire du gouvernement s'abstint de présenter ses conclusions sur le fond en se bornant à demander un renvoi<sup>43</sup>.

Mais c'est dans l'arrêt *Adrassé* que l'on peut vraiment saisir les motivations d'une telle attitude du Conseil d'Etat.

Il est des cas où le commissaire du gouvernement pourrait être tenté d'être particulièrement circonspect, voire devrait l'être, ou encore faire part de ses hésitations en

---

<sup>41</sup> CE 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, p. 320, concl. D. Chauvaux, AJ 1998, p. 69

<sup>42</sup> CE. Sect, 13 juin 1975, *Sieur Adrassé*, p. 356

<sup>43</sup> CE, 14 février 1912, *Ministre des travaux publics c/ Passard*, p. 204

exposant notamment les différentes solutions envisageables. Prévoyant son incapacité éventuelle à convaincre la formation de jugement il envisagea alors parfois la possibilité de n'être pas suivi. Or un facteur essentiel intervient ici : si même la circonspection n'est évidemment pas interdite au commissaire du gouvernement, il lui serait en revanche impossible, à supposer qu'il le souhaite, de se réfugier dans une confortable abstention, l'obligation de conclure ne faisant aucun doute. Elle résulte clairement de l'arrêt *Gervaise* qui impose au commissaire de « *faire connaître son appréciation sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables, ainsi que son opinion sur les solutions qu'elle appelle* ».

L'arrêt *Adrassé* concerne très précisément le cas où le commissaire du gouvernement n'a pas exprimé d'avis motivé sur l'affaire, mais s'est borné à s'en remettre à la sagesse du tribunal, et ceci non pas pour complaire à qui que ce soit, mais parce qu'il estime ne pas pouvoir agir autrement. Cette attitude est expressément assimilée à l'absence de conclusion, quand bien même elle pouvait s'expliquer en l'espèce par l'existence de relations personnelles entre le requérant et le commissaire.

Le problème majeur de cette affaire – ayant d'ailleurs motivé le renvoi en section – était celui de savoir de quel degré de liberté pouvait jouir en l'occurrence le commissaire du gouvernement. Mme Grévisse, commissaire du gouvernement dans l'affaire, convenait certes que l'attitude adoptée dans cette espèce constituait une pratique ne devant pas être encouragée, mais soutenait qu'elle n'était pas néanmoins « en elle-même » de nature à vicier la procédure.

Tout en reconnaissant que ce type de comportement ne lui paraissait « guère concevable » devant la Haute juridiction, elle ne craignait pas pour autant d'affirmer que « *sur le plan de la régularité formelle, la solution serait la même* », c'est-à-dire que la décision rendue serait régulière, la seule chose exigée du commissaire étant qu'il prenne la parole.

Cette thèse minimaliste, soutenue pourtant par un commissaire du gouvernement, s'appuyait essentiellement sur des considérations d'ordre pratique, mais aussi sur une conception très modeste de l'influence du commissaire du gouvernement, étayée par la classique référence aux conclusions de Léon Blum sur l'arrêt *Boussuge*. En définitive cette analyse ne sera pas suivie par l'arrêt, qui affirme que se borner à s'en remettre à la sagesse du tribunal ce n'est pas conclure, et que dès lors le jugement est entaché d'une procédure irrégulière.

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat attribue sans équivoque le caractère d'un élément substantiel de la procédure contentieuse aux conclusions du commissaire du gouvernement puisque leur absence entraîne annulation pour vice de forme.

On a pu, à une époque, douter de la portée de l'arrêt *Adrassé*. Le décret du 17 juin 1980 avait pu aller à l'encontre de cette jurisprudence en instituant l'article R. 167 au code des tribunaux administratifs qui disposait qu'il appartenait au président de la formation de jugement d'apprécier s'il y avait lieu ou non de saisir le commissaire du gouvernement devant les tribunaux administratifs.

La doctrine unanime condamnait cette réforme. Ainsi M. Chapus craignait-il que « *la possibilité de jugement plus rapide ne soit exploitée au-delà de ce qui peut la légitimer et ne se traduise par un amoindrissement de la qualité de la justice* »<sup>44</sup>, et M. Rivero pouvait même se demander si cette réforme était conforme au principe constitutionnel de l'égalité devant la justice<sup>45</sup>.

Le nouvel article R. 167 disposait : « *le commissaire du gouvernement donne ses conclusions sur toutes les affaires, à l'exception de celles pour lesquelles il en a été dispensé par le président de la formation de jugement* ».

L'article R. 116 modifié précisait : « *lorsque l'affaire est en état d'être portée à l'audience (...) le rapporteur prépare un rapport. Le dossier est ensuite transmis au commissaire du gouvernement. Celui-ci, après examen de l'affaire, peut proposer au président de la formation de jugement d'être dispensé de donner des conclusions à l'audience sur cette affaire* ».<sup>46</sup>

Etait ainsi instituée une solution de compromis, qui attribuait au commissaire du gouvernement le choix de prononcer ou non ses conclusions et ceci après un « examen de l'affaire », mais qui laissait toujours survivre la possibilité d'affaires jugées sans conclusions. Les conclusions ne perdaient-elles par leur qualité d'élément substantiel de la procédure administrative en étant remplacées par la formule bien moins contraignante de l'obligatoire « examen de l'affaire » ?

---

<sup>44</sup> CHAPUS ( R. ), op. cit.,

<sup>45</sup> CC 23 juillet 1975, *AJDA* 1975, p. 44

<sup>46</sup> Décret n° 82-917 du 27 octobre 1982 modifiant certaines dispositions du code des tribunaux administratifs, *J.O.R.F* du 7 janvier 1986, p. 332.

La loi du 6 janvier 1986 a apporté une réponse négative aux questions suscitées<sup>47</sup>. Au-delà du fait que l'indépendance des commissaires du gouvernement est désormais consacrée par la loi, l'intérêt capital est ici d'affirmer l'obligation des conclusions sur chaque affaire, donnant ainsi force légale à l'analyse selon laquelle ces dernières sont un élément substantiel de la procédure administrative contentieuse et répondant fort justement aux craintes suscitées par l'aspect facultatif des conclusions du ministère public devant la juridiction administrative.

## § 2 : L'impartialité du commissaire du gouvernement

L'impartialité du commissaire du gouvernement relève d'un élément subjectif relatif à la position particulière qui est la sienne ( A ) et d'un élément objectif qui concerne plus précisément son autonomie fonctionnelle. ( B )

### A. La position particulière du commissaire du gouvernement ou l'élément subjectif de son impartialité

#### 1. la notion de tiers impartial

Dans quelle mesure peut-on dire que le commissaire du gouvernement est impartial ? A quelle doctrine faut-il se rattacher ? La notion de tiers impartial paraît séduisante et semble correspondre à la position qu'occupe le commissaire du gouvernement.

Dans son *Esquisse d'une phénoménologie du droit*<sup>48</sup>, le philosophe A. Kojève attribue à la notion de tiers impartial une place déterminante. Pour cet auteur, en effet, la compréhension du phénomène juridique passe nécessairement par l'existence d'un tiers impartial et désintéressé : il n'y a réalisation du droit que lorsque l'interaction entre deux êtres humains, A et B, provoque l'intervention d'un tiers impartial et désintéressé, C.

---

<sup>47</sup> Loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs, J.O.R.F. du 7 janvier 1986, p.332 dispose en son article 18 : « dans chaque chambre des tribunaux administratifs, un commissaire du gouvernement est nommé sur proposition du conseil supérieur des tribunaux administratifs, par décret du président de la République parmi les conseillers. Il expose en toute indépendance à la formation de jugement ses conclusions sur les circonstances de faits et les règles de droit applicable. Ses conclusions sont publiques, elles sont prononcées *sur chaque affaire* ».

<sup>48</sup> KOJEVE ( A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981.

L'intervention de C ne peut être ni fortuite, ni gratuite, elle répond aux trois critères constitutifs de toute action humaine : l'acte, la volonté, le but. En d'autres termes, l'intervention de C va se traduire par un acte qui modifiera la situation de A et de B, elle doit être volontaire, c'est-à-dire consciente et libre, et elle doit s'exercer dans un certain but, qui ne peut être que le désir de révéler l'idée de justice.

Les qualités de C sont déterminantes. Il doit tout d'abord être placé dans une situation d'extériorité, c'est-à-dire que pour être un tiers véritable, il ne peut être ni A, ni B. Si tel n'est pas le cas, si C se confond avec A et B, alors, il ne saurait y avoir de situation juridique véritable en vertu du principe que l'on ne saurait à la fois être juge et partie.

Ceci posé, le tiers doit également être impartial et désintéressé. Ainsi que le souligne Kojève, ces deux termes posent nécessairement des problèmes de définition parce qu'ils comportent une part de subjectivité inévitable. Néanmoins, on peut partir du principe que C sera impartial par rapport à A et B si son intervention dans leur interaction n'est pas modifiée du seul fait que l'on interchange A et B. Si A devient B et si B devient A, l'intervention de C devra être identique, de la même façon que si A et B n'étaient plus en cause, mais qu'ils étaient remplacés par D et E, placés dans une situation exactement similaire, l'intervention de C ne pourrait être qu'identique.

Le fait pour C d'être désintéressé implique par ailleurs que son intervention ne puisse ni lui nuire, ni lui profiter. Son désintéressement peut ainsi s'analyser comme une « indifférence » en ce sens que son intervention ne doit pas avoir de conséquences sur lui-même. Si l'intervention de C modifie la situation de A et B, elle n'a toutefois aucune incidence sur C lui-même.

Ainsi, en l'absence de tiers impartial et désintéressé, il ne saurait y avoir de situation juridique authentique.

Cette présentation du tiers impartial, si elle semble traduire la situation de tout juge, s'applique exactement en l'espèce au commissaire du gouvernement. La spécificité de ces commissaires est rehaussée par leur autorité personnelle et le grand respect dans lequel ils sont tenus.

## 2. l'autorité personnelle du commissaire du gouvernement

« *De quoi est faite l'autorité personnelle ?* » s'interrogeait G. Burdeau<sup>49</sup>. La réponse n'est pas indifférente de la connaissance de l'institution étudiée. L'auteur y voyait en effet à la fois une qualité inhérente à celui qui est capable d'en faire preuve et une marque de confiance du groupe envers celui qui l'exerce.

Si L. Blum, dans ses conclusions sous l'arrêt *Boussuge*<sup>50</sup>, semble sous-estimer ou du moins ne pas mesurer l'importance de la fonction qui est d'ailleurs la sienne en déclarant que « *le rôle du commissaire du gouvernement est apparent : il n'est pas aussi efficace que les tiers opposants paraissent le croire, et nous sommes bien loin, quant à nous, de nous attribuer sur votre décision l'espèce d'influence inspiratrice que la requête juge opportun de nous prêter* », il n'en demeure pas moins que « *l'influence du commissaire du gouvernement quant à la solution des litiges, et celle qu'exercent les commissaires du gouvernement sur le développement et l'évolution de la jurisprudence sont considérables.* »<sup>51</sup>

Ils sont d'ailleurs, comme le rappelle si bien l'auteur, « *choisis avec le plus grand soin, en ne tenant bien entendu compte que de leur valeur personnelle ; ils jouissent d'un prestige justifié et occupent des fonctions recherchées. Proposer à un auditeur ou à un maître des requêtes d'accéder au commissariat, c'est lui délivrer un label de qualité. L'importance du rôle des commissaires du gouvernement qui constitue l'un des rouages essentiels dans le fonctionnement du contentieux du Conseil d'Etat ne saurait donc être méconnue.*»

Ces qualités ne sont pas seulement celles des « grands commissaires » ; tous doivent satisfaire à cette exigence.

En ce sens l'institution est véritablement originale. Tout comme il existe des arrêts rendus sur conclusion contraire, il n'est pas rare que surviennent des désaccords entre les différents commissaires appelés à conclure sur des affaires voisines, qu'il s'agisse de divergences portant sur le fond du droit ou sur les méthodes de contrôle du juge. Ce qui pourrait apparaître comme une faiblesse de la jurisprudence constitue en réalité la richesse du contentieux administratif et la force du Conseil d'Etat. Loin de s'abriter derrière une vérité unique, intemporelle et définitive, la Haute juridiction organise en son sein un débat sans cesse

<sup>49</sup> BURDEAU (G.), *Autorité*, in Encyclopédia universalis, 1980, tome 2, p. 901

<sup>50</sup> CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, Rec. 1128, concl. Blum

<sup>51</sup> ODENT (R.), *Contentieux administratif*, p 1226

renouvelé et animé par des commissaires, de personnalité et de sensibilités différentes, soucieux de faire progresser l'Etat de droit.

Dans l'évolution de la jurisprudence la part laissée au hasard est bien faible comparée à la nécessité pour chaque commissaire de « conclure selon la loi et sa conscience » et de convaincre par son autorité personnelle la formation de jugement.

## B.l'autonomie fonctionnelle du commissaire du gouvernement ou l'élément objectif de son impartialité

### 1. l'instruction

Le principe en droit public français est que toutes les affaires dont une juridiction administrative est saisie ne peuvent pas être jugées sans avoir fait l'objet d'une instruction propre à les mettre en état d'être réglées par cette juridiction en aussi bonne connaissance de cause que possible.

La procédure d'instruction est secrète, écrite, inquisitoriale et contradictoire. Il conviendra d'étudier en quoi ces caractères généraux se rapportent à la mission du commissaire du gouvernement.

Le commissaire du gouvernement participe à la procédure d'instruction, cependant l'importance de cette participation doit être relativisée dans la mesure où il apparaît que le commissaire du gouvernement n'est pas le premier à étudier le dossier. Une grande importance doit être accordée en effet au rapporteur dont le rôle est considérable. Une description assez détaillée mérite de lui être consacrée étant donné que cet élément de procédure n'a pas été relevé et par conséquent pas critiqué par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Kress<sup>52</sup>.

Commençons par situer fonctionnellement les commissaires du gouvernement à l'intérieur du Conseil d'Etat. Au nombre de vingt, ils sont affectés aux sous-sections de la Section du

---

<sup>52</sup> Nous verrons plus loin qu'à la Cour de cassation la communication du rapport du conseil rapporteur à l'avocat général et non aux parties fut considérée comme un motif autonome de violation des règles du procès équitable (*Affaire Rheinard et Slimane Kaïd c/ France*).

contentieux, à raison de deux par sous-section. Ils font donc partie des cellules de base du travail contentieux.

« *Les sous-sections préparent le rapport de l'affaire.* ». Cette dense formule de la rédaction initiale de l'article 27 du décret du 30 juillet 1963 relatif au fonctionnement du Conseil d'Etat, exprime bien que le dossier transmis au commissaire du gouvernement est un dossier préalablement étudié, complété par la documentation nécessaire, discuté collégalement et accompagné d'un « projet ».

Chaque commissaire du gouvernement assiste par roulement, une semaine sur deux, à la séance d'instruction que tient sa sous-section et au cours de laquelle les affaires sont présentées par les rapporteurs et font l'objet, devant la formation dans son ensemble, d'une révision de la part du président de la sous-section ou de l'un de ses deux assesseurs. C'est à l'issue de cet examen et de ces discussions collégiaux que la sous-section adopte, le cas échéant après un vote, un projet de décision.

L'importance de ce « projet » est loin d'être négligeable. Il s'agit en effet d'un texte qui, s'il n'est pas modifié lors des phases ultérieures, deviendra la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux, avec ses motifs et son dispositif. Il ne s'agit pas d'une esquisse ou d'un schéma de décision, mais très exactement de ce que pourrait être la future décision.

Lors de l'examen du projet, il est fréquent que le commissaire du gouvernement participe à la discussion dans la mesure où cela paraît nécessaire. Il est cependant d'usage, n'ayant pas encore vu le dossier, qu'il n'intervienne qu'avec une certaine retenue. C'est qu'en effet, le tout premier pourrait-on dire à avoir vu le dossier est le rapporteur. Comme le précise D. Labetoulle, « *parce qu'il est anonyme le rôle du rapporteur reste non connu : c'est inévitable. Il est aussi généralement ignoré mais c'est à tort et c'est injuste. Bien souvent son intervention est décisive dans l'issue d'une affaire.* »<sup>53</sup>

De tous les membres du Conseil qui se livreront à une étude détaillée du dossier, le rapporteur est chronologiquement le premier à intervenir. Il reçoit le dossier « à l'état brut », tel qu'il résulte de l'échange contradictoire des observations des parties ; il le complète, le cas échéant, en ordonnant des mesures d'instruction complémentaires ; il y verse la documentation nécessaire : textes, jurisprudence, voire études de doctrine. Il rédige ainsi sa

---

<sup>53</sup> LABETOULLE ( D.), « Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992.

«note» et son projet<sup>54</sup>, dans l'optique d'exposer l'affaire, d'analyser les problèmes qu'elle pose et de proposer pour chacun une solution.

Ce n'est qu'ainsi transformé et enrichi que le dossier est transmis au «réviseur» ( assesseurs ou président de la sous-section ). Il faut préciser qu'à ce moment de la procédure, non seulement la plus grande partie du travail est déjà accomplie mais surtout, si le rapporteur a bien rempli son office, l'empreinte qu'il a apposée sur le dossier est quasi indélébile. Il est possible que le réviseur suggère sur tel ou tel point une solution différente, mais toute sa réflexion, et celles qui suivront, seront nourries de la façon dont le rapporteur a perçu le dossier.

Une fois le dossier passé entre les mains du réviseur, il est soumis à la délibération de la sous-section d'instruction. Le plus souvent, un accord s'établit rapidement au sein de la sous-section sur le projet du rapporteur qui aura été éventuellement amendé. Le projet adopté devient celui de la sous-section.

Comme on l'a dit plus haut, le commissaire du gouvernement assiste à la délibération, mais pour l'essentiel n'y prend pas part. Il n'a pas voix délibérative et doit réserver sa position aussi longtemps qu'il n'a pas encore étudié le dossier. En revanche, si cette étude faite, le commissaire se forge une opinion différente de celle que le projet exprime dans son dispositif ou dans ses motifs, il le fait savoir à la sous-section qui en délibère. Dans bien des cas, la sous-section se rallie à la position du commissaire. Dans d'autres cas, le désaccord est maintenu, soit parce que les points de vue demeurent divergents soit parce qu'il paraît préférable d'aller en désaccord devant la formation de jugement. Il arrive aussi que le commissaire soit convaincu par de nouveaux arguments avancés au cours du débat.

Ajoutons également que les affaires ne sont pas attribuées de manière individuelle à tel commissaire plutôt qu'à un autre, en fonction de l'importance de ses centres d'intérêt ou de ses compétences, mais qu'elles leur viennent en fonction des attributions des sous-sections et, en quelque sorte, de manière aléatoire et automatique. Au fur et à mesure également, en fonction des dates de séance qui lui sont attribuées, le commissaire du gouvernement compose ses rôles. En possession des dossiers, il lui appartient ensuite de préparer ses conclusions qu'il donnera à la séance publique de jugement.

---

<sup>54</sup> La «note» serait dite dans une commission administrative, un rapport ; dans la terminologie de la section du contentieux, le « rapport » englobe la rédaction de trois documents : la note, les visas et le projet.

## 2. le jugement

L'audience publique est l'apanage du commissaire. Le déroulement de l'instance a été admirablement décrite par Sauvel, dans son article à la Revue de droit public de 1949, en ces termes : *« une fois l'affaire en séance publique, le rapporteur ayant lu son rapport, qui est un simple résumé des pièces et qui ne mentionne en rien l'avis de la sous-section, les avocats ayant plaidé s'ils ont estimé la chose opportune, le commissaire enfin se lève, et c'est lui qui se trouve ainsi à parler en dernier, même après l'avocat du défendeur. Il expose toute l'affaire ; il analyse et critique tous les moyens, il analyse et critique de même toutes les règles de jurisprudence susceptibles d'être invoquées ; bien souvent il montre la marche suivie par cette jurisprudence, souligne les étapes déjà franchies par elle et laisse entrevoir certaines étapes à venir. Enfin il conclut à l'admission ou au rejet de la requête. Tout ceci oralement, sans jamais déposer de conclusions écrites. Tous ceci en son nom personnel, sans avoir à se conformer à l'avis de la sous section, sans avoir d'ordre à recevoir ni d'un procureur général, car il n'y en a point, ni d'aucun supérieur hiérarchique, président ou ministre. »*

Après l'audience publique, il est d'usage que le commissaire du gouvernement assiste au délibéré mais il n'y vote pas. Le commissaire demeure cependant présent et le cas échéant intervient ponctuellement au cas où le président de la sous-section l'inciterait à exposer sa façon de voir. Il est néanmoins admis que malgré la liberté de parole dont il dispose, le commissaire du gouvernement n'en profite pas pour exposer et développer à nouveau sa thèse.

La présentation de D. Labetoulle, ancien commissaire du gouvernement et aujourd'hui président de la Section du contentieux est assez révélatrice d'une ambivalence de la fonction: *« Au rapporteur la part essentielle de l'étude d'un dossier, au président de la Section du contentieux la responsabilité principale de l'évolution de la jurisprudence et, à mi-chemin de l'un et de l'autre, le commissaire du gouvernement : c'est peut-être ainsi que va le Conseil d'Etat statuant en contentieux. »*<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> *Ibidem*

L'ambivalence de sa fonction traduit une sorte de malaise quand il s'agit d'identifier le commissaire du Gouvernement et de le classer dans une catégorie juridique bien spécifique. Sa fonction étant désormais connue, il convient de s'interroger sur sa véritable nature, c'est-à-dire sur son véritable statut. Cette question est d'autant plus importante qu'elle fit plus ou moins directement l'objet de la controverse entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme.

## **SECTION 2 : LE VERITABLE STATUT DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT EN QUESTION**

La jurisprudence du début des années 90 avait installé en France un certain climat de suspicion et de crainte à l'égard de l'implacable méticulosité avec laquelle la Cour européenne des droits de l'homme, prenant son rôle parfois trop à coeur, s'acharnait à vouloir démasquer les failles des différents systèmes nationaux. Le Conseil d'Etat, par un arrêt préventif d'une remarquable précision presque « pédagogique » n'hésita pas à préciser quelques points qui, sans être auparavant restés dans l'ombre, n'avaient jamais paru nécessiter de longs débats. L'heure actuelle est à la controverse au moment même où la Cour européenne des droits de l'homme révèle les contradictions inhérentes à la juridiction administrative française. Le Conseil d'Etat présente le commissaire du gouvernement comme un véritable juge ( § 1 ), ce que réfute absolument la Cour européenne des droits de l'homme sans pour autant prendre clairement parti sur sa nature exacte. ( § 2 )

### **§1 : Le commissaire du gouvernement est-il un véritable juge ?**

Cette thèse semble devoir être avancée par la position française exprimée notamment à travers l'arrêt *Esclatine* du Conseil d'Etat (A) . Les contradictions réelles du système donnent la tentation de se tourner vers une institution toute comparable à celle du commissaire du gouvernement ayant obtenu quant à elle le *satisfecit* de la Cour européenne des droits de l'homme, l'avocat général près la Cour de justice des communautés européennes (B).

## A. La jurisprudence Esclatine du Conseil d'Etat

1. le commissaire du gouvernement est selon cette jurisprudence un membre de la formation de jugement

Cette jurisprudence est fondamentale à plusieurs égards : elle démontre que sont intimement liés le statut des conclusions, la place du principe du contradictoire ainsi que la nature et la place du commissaire du gouvernement. Cependant par souci de clarté ne sera étudiée ici que la position effective du commissaire du gouvernement, les autres éléments seront approfondis plus loin.

L'arrêt *Esclatine*<sup>56</sup>, en plus d'être comme on l'a dit plus haut un arrêt de confirmation de la jurisprudence Gervaise, apporte à l'état du droit un élément essentiel : « *prononçant ses conclusions après la clôture de l'instruction à laquelle il a été procédé contradictoirement* », le commissaire du gouvernement « *participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre* ». Ce qui signifie que l'exercice de sa fonction « *n'est pas soumis au principe du contradictoire applicable à l'instruction* ».

En vertu de cet arrêt, dans la mesure où le commissaire du gouvernement *participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre*, sa fonction « *n'apparaît pas distincte de celle d'un juge.*».

Le commissaire du gouvernement dans cette affaire, D. Chauvaux rappelle dans ses conclusions que la fonction du commissaire du gouvernement est « *dans son essence juridictionnelle* ». Il cite à l'appui de sa thèse les propos du professeur Raymond Guillien<sup>57</sup> : « *c'est bien toute une suggestion de décision juridictionnelle que tente le commissaire du gouvernement [...] afin d'édifier non pas un projet d'arrêt, mais un premier arrêt, le sien, rien que le sien, arrêt que les membres de la formation de jugement auront le loisir de contempler* ». Dans cette proposition que le commissaire du gouvernement Chauvaux semble reprendre à son compte, apparaît déjà une contradiction puisque l'auteur distingue le commissaire des membres de la formation de jugement.

<sup>56</sup> CE 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, p. 320, concl. D. Chauvaux, D. 1999, p. 85

<sup>57</sup> GUILLIEN (R.), « Les commissaires du gouvernement près les juridictions administratives et spécialement près le Conseil d'Etat français », *RDP* 1955, p. 281

Pour montrer que le commissaire du gouvernement participe à la fonction de juger, le conseil d'état use d'une motivation qui s'appuie sur deux critères : un critère organique, tenant à ce que le commissaire du gouvernement appartient à la juridiction qui est saisie de l'affaire, et un critère chronologique, tiré de ce que le commissaire du gouvernement prononce ses conclusions, alors que l'instruction, qui seule a un caractère contradictoire, est close. Le Conseil d'Etat en déduit que les conclusions du commissaire du gouvernement ne peuvent pas être soumises à la contradiction des parties.

Néanmoins, ces deux motifs n'apparaissent pas absolument convaincants et on peut penser que le Conseil d'Etat n'a pas voulu exprimer nettement la justification profonde de sa décision de peur d'entrer trop directement en conflit avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, du constat selon lequel le commissaire du gouvernement est membre de la juridiction à laquelle est confiée l'affaire, il est impossible de déduire qu'il participe à la fonction de juger cette affaire. Au sens strict, la fonction de juger une affaire déterminée est une prérogative qui appartient non pas à la juridiction, ou aux membres de celle-ci, mais à la formation de jugement saisie du dossier, dont la composition est fixée de manière impérative par un texte<sup>58</sup>. Or, aucun des textes qui déterminent la composition des formations de jugement aussi bien devant les juges du fond que devant le Conseil d'Etat ne mentionne que le commissaire du gouvernement en ferait partie<sup>59</sup>.

La qualité de membre de la juridiction ne peut donc qu'attester de l'indépendance du commissaire du gouvernement, mais pas de la nature de sa fonction.

Deux membres éminents du Conseil d'Etat ont fait valoir que le commissaire du gouvernement serait membre, non seulement de la juridiction, mais aussi de la formation de jugement auprès de laquelle il conclut.<sup>60</sup> Néanmoins si cette analyse se fait l'écho de la réalité des méthodes de travail au Conseil d'Etat, elle est nettement contraire aux textes relatifs à la composition des formations de jugement.

Il semble que le commissaire du gouvernement ne soit pas un « vrai » juge car l'élément-clé qui ferait de lui un juge à part entière fait défaut. On ne voit pas comment un juge digne de ce nom pourrait ne pas disposer d'une voix délibérative.

---

<sup>58</sup> v. CHAPUS ( R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 1999, n°1132

<sup>59</sup> v. notamment les articles 40 et 41 du décret du 30 juillet 1963, qui énumèrent les membres de la section et de l'assemblée du contentieux du conseil d'état et les articles R. 17 et R. 27 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

## 2. une contradiction inhérente au système : il ne vote pas au délibéré

Comme nous le verrons plus loin, cette situation logique aux yeux de la juridiction française l'est moins au regard des exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et a fait l'objet en application de cet article d'une condamnation par la Cour.

Qu'en est-il effectivement et quelle est l'implication de la « présence-participation » du commissaire du gouvernement au délibéré ?

Le délibéré est, comme le précise R. Chapus, « *la discussion au cours de laquelle le jugement sera élaboré par les magistrats composant la juridiction ou la formation de jugement. La préparation de ce délibéré est directement assurée, tant par le rapport qui a été établi par l'un d'eux – le rapporteur – que, le cas échéant, par les observations orales des avocats et/ou des parties, ainsi que par les conclusions du commissaire du gouvernement.* »<sup>61</sup>

Si les conclusions du commissaire du gouvernement font partie de la préparation du délibéré, il semble que ce même commissaire ne soit pas exclu du délibéré en tant que tel.

Le rôle joué par le commissaire du gouvernement au délibéré est le plus souvent décrit en ces termes : « *il assiste au délibéré mais il n'y vote pas.* »<sup>62</sup>

Le principe voudrait qu'il reste silencieux, cependant il arrive qu'il intervienne oralement pour apporter, le cas échéant, les réponses à des questions précises qui lui sont posées. Il est en effet le membre de la juridiction qui a vu le dossier en dernier, et qui est donc censé en avoir la connaissance la plus exacte. Toutefois sa participation n'est pas l'occasion de soutenir à nouveau devant les magistrats ses conclusions.

Le délibéré est gouverné par un principe : celui du secret. Ayant « *pour objet d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leur décision* »<sup>63</sup>, ce principe (qui gouverne également le délibéré des juridictions civiles ; nCPC, art. 448 )<sup>64</sup> est qualifié par le Conseil d'Etat de « principe général du droit public français », s'imposant à toutes les juridictions sauf exception formelle consacrée par la loi.

---

<sup>60</sup> BONICHOT (J.C.), ABRAHAM ( R.), « Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1998. I. 176.

<sup>61</sup> *ibidem*

<sup>62</sup> V. notamment AUBY (J.M.), DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1984.

<sup>63</sup> CE 17 novembre 1922, *Légillon*, p. 849

<sup>64</sup> Mais les magistrats administratifs ne sont pas conviés à prêter serment de « garder le secret des délibérations ». À la différence des juges judiciaires ( ordonnance du 22 décembre 1958, article 6).

Le principe du secret du délibéré a une double signification : il impose aux juges de délibérer hors la présence, tant du public, que des parties et de leurs avocats ; il interdit, d'autre part, la divulgation, à quelque époque que ce soit et à qui que ce soit, de ce qu'ont été les discussions et de la façon dont chacun des magistrats s'est prononcé<sup>65</sup>. Par suite, il exclut notamment que la note dans laquelle le rapporteur exprime son opinion puisse être communiquée.

Ce principe, comme le fait remarquer R. Chapus<sup>66</sup> comporte cependant quelques atténuations, en ce sens que « *certaines personnes n'appartenant pas à la formation de jugement peuvent assister au délibéré ; mais l'obligation de non-divulgation s'impose à elles tout aussi impérieusement qu'aux membres de la formation.* »

Ainsi, outre le secrétaire de séance, le commissaire du gouvernement est présent au délibéré. Dans cette analyse, R. Chapus affirme implicitement que le commissaire du gouvernement n'appartient pas à la formation de jugement. L'argumentation de l'arrêt *Esclatine* précité qui intégrait le commissaire du gouvernement à cette formation de jugement, est donc ici contredite. L'auteur rappelle que le commissaire peut intervenir dans la discussion, dans la mesure où les membres de la juridiction estiment utile de lui demander certaines explications ou précisions. Mais, en aucun cas il ne prend part au vote<sup>67</sup>.

D'autre part, l'usage justifié par une préoccupation pédagogique et par celle d'assurer l'unité de la jurisprudence, est que (notamment) les délibérés de la section et de l'assemblée du contentieux peuvent être suivis par les membres (en service ordinaire) du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat, à travers son arrêt *Esclatine* considère que le commissaire du gouvernement est un juge. Or, comme nous l'avons dit : il ne saurait « juger » puisqu'il n'a pas voix délibérative. Ce « non-vote » devient tout l'enjeu de la question. Dans ce contexte il

---

<sup>65</sup> Du principe, commun aux droits d'Europe continentale, imposant le secret du délibéré, se distingue la pratique anglo-saxonne, selon laquelle le jugement indique ce qu'a été la répartition des voix à l'issue du délibéré ; et qui, de plus, permet la divulgation des « opinions dissidentes » des juges en désaccord avec le sens ou la motivation du jugement.

On doit remarquer que cette pratique a été accueillie par le statut de la Cour européenne des droits de l'homme ( art. 45 de la convention ).

On peut rappeler pour le plaisir de l'histoire l'article 94 de la Constitution (inappliquée) du 24 juin 1793 : les « arbitres publics » (juges élus) « délibèrent en public » et « opinent à haute voix ».

<sup>66</sup> *Ibidem*

<sup>67</sup> Ce détail procédural est affirmé et réaffirmé en France comme étant une garantie d'impartialité ; comme nous le verrons plus loin, c'est non seulement la participation du commissaire du gouvernement au délibéré qui est critiquée par la Cour européenne des droits de l'homme mais encore surtout le fait qu'il n'y vote pas.

paraît intéressant de comparer le commissaire du gouvernement à une institution bien plus récente qui s'est largement inspirée de ce dernier : l'avocat général près la Cour de justice des communautés européennes.

## B. Comparaison du commissaire du gouvernement et de l'avocat général près la Cour de justice des communautés européennes

### 1. Une institution largement inspirée du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat français

Il était inévitable que les institutions des communautés européennes subissent l'influence des traditions et des conceptions juridiques des Etats fondateurs. Même s'il n'y a pas d'identité entre le droit communautaire et le droit national, le professeur R.-M. Chevallier pouvait remarquer, en examinant l'influence du droit administratif français sur les caractères fondamentaux du droit communautaire, que « *dans l'ensemble, les ressemblances entre les deux systèmes l'emportent sur les divergences* ». Il attribuait à l'époque cette influence, en partie, à l'œuvre des avocats généraux français, tous originaires du Conseil d'Etat, et plus particulièrement à celle du premier d'entre eux, M. Lagrange. Le professeur L'Huillier affirmait que la Cour avait emprunté au Conseil d'Etat français « *l'un des éléments les plus féconds qui est l'institution d'un ministère public maître de ses conclusions* »<sup>68</sup>.

D'inspiration proche du commissaire du gouvernement institué auprès des juridictions administratives françaises ou de l'auditeur devant le Conseil d'Etat belge, l'avocat général est comme ceux-ci appelé à prononcer au terme de l'audience publique, des conclusions à propos de chaque cas soumis à la Cour. Par de telles conclusions, il lui est demandé de faire connaître en toute indépendance et en toute objectivité son appréciation sur les circonstances de fait de l'espèce dont la Cour a à connaître, sur les règles de droit applicables ainsi que sur les solutions qu'appelle le litige.

En effet, d'après l'article 222 (ex-article 166) du Traité CE, « *l'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions*

---

<sup>68</sup> L'HUILLIER, « *Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier* », *D. Chron.* 1953, p. 66

*motivées sur les affaires soumises à la Cour de justice, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission, telle qu'elle est définie à l'article 220* », à savoir assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité.

L'audience de la Cour de justice s'achève par la présentation des conclusions de l'avocat général. Le plus souvent, l'avocat général ne lit par l'intégralité de ses conclusions, mais se contente d'en communiquer le dispositif, la version écrite complète étant, en tout état de cause à la disposition de tous. Ces conclusions ne traduisent que l'opinion personnelle de leur auteur.

Lorsque la solution qu'ils proposent n'est pas retenue par la Cour, leurs conclusions compensent en partie l'interdiction faite aux juges d'exprimer une opinion dissidente. Dans le cas contraire (le plus fréquent), elles éclairent l'arrêt, toujours plus concis.

Comme les commissaires du gouvernement, les avocats généraux, entre lesquels n'existe aucun lien de subordination, ne constituent pas un parquet ni un ministère public et ils ne relèvent d'aucune autorité. L'article 223 CE prévoit des conditions ainsi qu'une procédure de nomination identique pour les uns et les autres. Il ressort clairement du titre I du statut CE de la Cour de justice, qui a une valeur juridique égale à celle du traité lui-même, que les avocats généraux sont soumis au même statut que les juges, notamment en ce qui concerne l'immunité et les causes de révocation, leur garantissant l'impartialité et une entière indépendance.

Comme le fait remarquer un ancien avocat général, bien placé pourrait-on dire pour juger la fonction, *« statutairement, ils sont totalement assimilés au juge [...] au point qu'ils prêtent serment, comme leurs collègues du siège de ne rien divulguer du secret des délibérations ... alors qu'ils n'y prennent aucune part !*».<sup>69</sup>

Cependant même s'il est clair, comme l'affirme ce même auteur *« que l'avocat général de la Cour de justice des communautés européennes a le statut d'un juge, ne nous méprenons pas, les conclusions n'ont aucun des attributs d'une décision juridictionnelle : elles n'ont ni autorité de la chose jugée, ni force exécutoire, ni même simple valeur de précédent. Elles sont une opinion - « opinion » est d'ailleurs le terme qui les désigne en anglais – destinée en tout premier lieu à éclairer la formation de jugement.*». Et l'auteur de conclure : *« l'avocat général, même s'il en a le statut, n'est pas un juge. »*.

---

<sup>69</sup> DARMON (M.), « La fonction d'avocat général à la Cour de justice des communautés européennes », *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996.

Cependant cette analyse est non seulement remise en question, mais encore contredite par une ordonnance de la Cour de justice des communautés européennes qui définit clairement la fonction de l'avocat général.

## 2. l'avocat général ne participe pas au délibéré

Comme il vient d'être démontré, les ressemblances entre le commissaire du gouvernement français et l'avocat général de Luxembourg ne peuvent que retenir l'attention. La Cour européenne des droits de l'homme a critiqué le commissaire du gouvernement ; cette dernière pourrait-elle réserver le même sort à l'avocat général de la Cour de justice ?

La réponse est négative. Des divergences d'appréciation, courantes parmi les Etats membres, peuvent être soumises au contrôle de la Cour de Strasbourg. Or, tel n'est pas le cas en droit communautaire puisque la Communauté n'est pas partie à la Convention européenne des droits de l'homme.

De telles divergences entre les deux Cours sont devenues possibles à partir du moment où la Cour de Luxembourg a imposé au travers des principes généraux du droit communautaire le respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. On sait que dès 1974, avec l'arrêt *Nold*<sup>70</sup>, la Cour de justice des communautés européennes s'était implicitement référée à la Convention européenne des droits de l'homme pour la détermination des principes fondamentaux à reconnaître dans l'ordre communautaire. Avec l'arrêt *Rutili*, elle mentionne expressément celle-ci pour la première fois<sup>71</sup>. Depuis lors ces références se sont faites de plus en plus fréquentes et la Convention européenne des droits de l'homme est devenue la source quasi exclusive des principes fondamentaux reconnus par la Cour de Luxembourg. C'est cette situation que consacre l'article 6 du traité sur l'Union européenne qui fait de la Convention, une source des principes généraux du droit communautaire.

Mais l'interprétation et l'appréciation des droits que la Cour de Luxembourg empreinte à la Convention pourront ne pas converger avec ceux définis dans la Convention telle qu'interprétée par la Cour. Les divergences de jurisprudence entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice ne sont guère fréquentes. Aussi, tout risque de divergence mérite un examen attentif, ne serait-ce que pour vérifier les affirmations selon lesquelles la protection des droits fondamentaux dans les Communautés serait inférieure au standard minimum imposé par la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>70</sup> CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, Rec., 508.

<sup>71</sup> CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, p. 1219

Il semble que l'ordonnance rendue par la Cour de justice dans l'affaire *Emesa Sugar* témoigne d'une nouvelle divergence<sup>72</sup>. L'affaire est d'autant plus intéressante que l'ordonnance de la Cour peut être appréciée non seulement au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi désormais en fonction de l'arrêt *Kress*<sup>73</sup>, arrêt dans lequel la Cour se réfère implicitement à cette même ordonnance *Emesa Sugar*.

L'originalité de l'ordonnance rendue par la Cour de justice de communautés européennes tient à ce que son propre mode de fonctionnement est remis en cause devant elle au regard des exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne.

En l'occurrence, la société requérante avait demandé à déposer des observations en réponse aux conclusions présentées par l'avocat général, en se fondant sur la jurisprudence *Vermeulen* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>74</sup>. La société requérante considère que cette jurisprudence est applicable aux conclusions présentées devant la Cour par l'avocat général et demande, en conséquence à y répondre.

Pour démontrer que la procédure suivie devant elle ne méconnaît pas les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice va développer une argumentation inspirée très fortement de l'arrêt *Esclatine* du Conseil d'Etat. Il semble que l'embarras dans lequel s'était trouvé le Conseil d'Etat lorsqu'il avait fallu préciser le statut du commissaire du gouvernement, se retrouve ici ; la Cour de justice se trouvant face à la même difficulté. Encore une fois les constructions et argumentation juridiques, si elles sont ingénieuses, n'en sont pas pour autant irréfutables.

---

<sup>72</sup> Ordonnance rendue le 4 février 2000 dans l'affaire C-17/98

<sup>73</sup> CEDH, 7 juin 2001, *Kress*, requête n° 39594/98

<sup>74</sup> CEDH, *Vermeulen c. Belgique*, 20 février 1996, Rec., 1996, I, p. 224. Dans cet arrêt la Cour, après avoir constaté que le ministère public près la Cour de Cassation (Belgique) avait « pour tâche principale, à l'audience comme en délibération, d'assister la cour de cassation et de veiller au maintien de l'unité de la jurisprudence » (§ 29), et ce « en observant la plus stricte objectivité » (§ 30), a estimé « devoir attacher une grande importance au rôle réellement assumé dans la procédure par le membre du ministère public et plus particulièrement au contenu et aux effets de ses conclusions. Elles renferment un avis qui emprunte son autorité à celle du ministère public lui-même. Objectif et motivé en droit, ledit avis n'en est pas moins destiné à conseiller et, partant, à influencer la Cour de Cassation.

Elle a jugé que « l'impossibilité pour l'intéressé d'y répondre avant la clôture de l'audience a méconnu son droit à une procédure contradictoire. Celui-ci implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant en vue d'influencer sa décision et de la discuter. » Dès lors, la Cour a constaté que cette circonstance constituait en elle-même une violation de l'article 6§1.

Le Conseil d'Etat avait voulu montrer que le commissaire du gouvernement était un véritable juge, cette argumentation ayant toutefois été faussée par le fait que ce dernier participait au délibéré sans y voter.

La Cour de justice des communautés européennes va plus ou moins suivre la même argumentation que le Conseil d'Etat en essayant de démontrer que son avocat général est un véritable juge ; la différence essentielle avec le Conseil d'Etat étant que l'avocat général, à la différence du commissaire du gouvernement, ne participe pas au délibéré. Si ce dernier élément peut sembler corroborer l'argumentation de la Cour, on comprend toujours mal selon quelle logique un juge ne devrait pas participer au délibéré.

L'on ne sait pas si cette ordonnance a emporté la conviction de la Cour européenne des droits de l'homme, cependant la référence implicite qui y est faite dans l'arrêt *Kress* dénote de sa part sinon une certaine, du moins une relative approbation.

Il semblerait ainsi que la participation d'un « juge-commissaire du gouvernement » à un délibéré auquel il ne vote pas soit aux yeux de la Cour nettement plus critiquable que la situation dans laquelle se trouve un « juge-avocat général » n'assistant pas au délibéré.

Or la participation au délibéré et le vote ne sont-ils pas de l'essence même de la fonction de juger ?

On peut supposer également que la Cour européenne des droits de l'homme préfère ne pas se prononcer sur l'ordonnance de la Cour de justice : ne pas condamner la démarche sans pour autant y souscrire.

Toujours est-il que pour considérer que la jurisprudence Vermeulen n'est pas transposable aux conclusions de l'avocat général et que la procédure suivie devant la Cour de justice ne viole pas l'article 6§1, celle-ci démontre que la fonction de l'avocat général est intrinsèquement juridictionnelle, ce qui justifie que ses conclusions ne soient pas communiquées aux parties. La Cour de justice précise à leur sujet qu'« *il ne s'agit pas d'un avis destiné aux juges ou aux parties qui émanerait d'une autorité extérieure à la Cour, ou emprunterait son autorité à celle d'un ministère public, mais de l'opinion individuelle, motivée et exprimée publiquement, d'un membre de l'institution elle-même* ». Et la Cour de conclure : « *l'avocat général participe publiquement et personnellement au processus d'élaboration de la décision de la Cour et partant, à l'accomplissement de la fonction juridictionnelle confiée à cette dernière* ».

L'argument tiré de ce que l'avocat général participe à la fonction juridictionnelle dévolue à la Cour de justice des communautés européennes n'emporte pas nécessairement la

conviction. Celui de l'absence de l'avocat général au délibéré, pris isolément et indépendamment de la logique argumentative de la Cour, répond davantage aux exigences posées par la jurisprudence *Vermeulen* de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, seul les juges ayant assisté à la procédure orale – y compris le juge rapporteur – prennent part au délibéré, l'avocat général n'y participe pas, même avec voix consultative.<sup>75</sup>

La comparaison du commissaire du gouvernement et de l'avocat général et l'étude de ces jurisprudences respectives montrent bien, non les failles des deux systèmes, mais les complications que peut engendrer un excès de formalisme juridique visant à toujours vouloir apposer une étiquette à une situation juridique donnée.

Il n'en reste pas moins qu'à ce stade de la réflexion, si l'appartenance du commissaire du gouvernement à la formation de jugement, c'est-à-dire implicitement sa qualité de juge, paraît devoir être réfutée, comme il ne se peut que l'on ne soit rien, le commissaire du gouvernement se doit d'« être quelque chose ».

## **§ 2 : Quelle alternative pour le commissaire du gouvernement ?**

Le Conseil d'Etat n'ayant trouvé comme seul « refuge » au commissaire du gouvernement que celui de mettre en avant son improbable qualité de juge, à quelle solution peut-on désormais se ranger ?

Le commissaire du gouvernement aurait-il finalement la qualité de partie ? (A) A ce dilemme il convient plutôt non pas d'apporter une réponse, mais de soulever une interrogation légitime : pourquoi y aurait-il une obligation de « classer » cette institution qu'est le commissaire du gouvernement dans une catégorie prédéterminée alors que parallèlement l'*originalité* de ce même commissaire n'a jamais été remise en cause ni démentie ? (B)

---

<sup>75</sup> Article 27§2 du règlement de procédure de la CJCE.

A. l'éventualité de la qualité de *partie* à l'instance du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat

Le caractère de *partie* à l'instance a pu être reconnu par le Conseil d'Etat au « ministère public ». A titre d'exemple, les commissaires du gouvernement près les juridictions de révision avaient la qualité de *partie*<sup>76</sup>.

Comme nous le verrons plus loin en étudiant plus particulièrement le principe du contradictoire, la reconnaissance de la qualité de *partie* du commissaire du gouvernement implique et impose la communication de ses conclusions à l'*autre* *partie*.

L'arrêt d'Assemblée *Association syndicale des propriétaires de Champigny -sur-Marne*<sup>77</sup>, est particulièrement explicite à cet égard : devant les juridictions d'expropriation, c'est le directeur départemental des impôts chargé des domaines du département dans lequel la juridiction a son siège qui exerce les fonctions de commissaire du gouvernement. Le Conseil d'Etat, considérant alors qu'aucune disposition de la décision contestée ne prévoit la communication des conclusions aux parties, tant avant que pendant l'audience en tire la conclusion qu' « ainsi, compte tenu du rôle de *partie* à l'instance qu'assume le commissaire du gouvernement, la procédure instituée par le décret attaqué n'est pas contradictoire dans les rapports du commissaire du gouvernement et des autres parties ».

Il semble cependant que devant le Conseil d'Etat ce raisonnement ne soit pas transposable au commissaire du gouvernement. Ceux-ci n'ont nullement pour fonction de représenter l'administration et n'ont pas la qualité de *partie*. Au surplus, les dispositions qui leur sont applicables et la jurisprudence garantissent leur indépendance, aucune autorité ne pouvant dicter le contenu de leurs conclusions. Elles leur assignent, rappelons-le, un devoir d'impartialité. Dans ces conditions, leur intervention dans l'instance n'est, a priori, de nature à favoriser aucune des parties en présence.

Il ne semble pas audacieux d'affirmer que le commissaire du gouvernement n'est *pas* une *partie* à l'instance. Cependant cette thèse, si elle est claire et sans équivoque au Palais royal, est loin d'être partagée par la communauté des juristes.

En effet, dans l'arrêt Kress, la théorie des apparences consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme ( voir chapitre II ) reprend ses droits. Il apparaît alors, d'après le raisonnement de la Cour, que le commissaire du gouvernement pourrait être envisagé comme

<sup>76</sup> CE. Sect, 10 juin 1932, *Ollier*, p. 570

<sup>77</sup> CE. 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*

une *partie*. Cependant, et c'est là qu'apparaît la faille du raisonnement de la Cour : non seulement la Cour dénie la qualité de juge du commissaire du gouvernement, en supposant que le commissaire du gouvernement pourrait être envisagé comme une partie au litige – ce qu'il n'est évidemment pas – mais pour autant elle ne qualifie pas le commissaire de partie au litige.

Ni juge, ni partie ? Se peut-il que le commissaire du gouvernement illustre ce que le professeur Lombois se plaisait à appeler le « vide juridique » ?

### B. L'originalité du commissaire du gouvernement : une institution *sui generis* ?

Les qualités essentielles du commissaire du gouvernement n'ont jamais été déniées et il semble même que cette institution ait toujours été plus ou moins louée.

La tradition historique et l'ancienneté semblent avoir avec le temps modelé cette institution dont, comme nous l'avons longuement vu plus haut, aucun texte ne précisait véritablement les modalités d'exercice. Une institution façonnée par la coutume ne doit peut-être sa légitimité qu'à sa survivance et au fait que les décennies l'aient enraciné dans notre paysage juridique.

A l'heure où toutes les procédures tendent à s'harmoniser, ce vestige que constitue le commissaire du gouvernement se doit de ne pas être remis en cause dans son principe.

Et pourtant il semble bien que cette institution pose de sérieux problèmes de classification. Alors si le commissaire du gouvernement n'est ni un juge ni une partie, il se peut qu'il soit comme le suggère elle-même la Cour européenne des droits de l'homme, une institution *sui generis*. Seulement ce recours à un « subterfuge juridique » rend bien compte du malaise au sein des juges de la Cour. Même si l'ancienneté d'une institution d'un Etat membre ne saurait justifier un manquement aux exigences de la Convention, ce trait essentiel est pris en compte.

Seulement la Convention n'énonce dans aucune de ses dispositions le terme « *sui generis* ». Envisager cette qualification à l'égard du commissaire du gouvernement peut s'analyser de la part de la Cour comme une espèce de tolérance. Ceci peut au premier abord apparaître louable dans la mesure où la Cour prend en compte les spécificités nationales ; dans un deuxième temps, la connaissance toute relative que peut avoir une Cour – dont les membres rappelons-le appartiennent à des systèmes juridiques différents – du système envisagé l'amène parfois à dénaturer l'institution en question.

L'impatience de la doctrine et du Conseil d'Etat était grande de savoir si la Cour de Strasbourg aurait l'audace de remettre en question une institution pourtant séculaire et fonctionnant à la satisfaction de tous : celle du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat français.

La conception de la Cour européenne des droits de l'homme est paradoxale. Après avoir vanté, comme on l'a démontré, l'indépendance et l'impartialité du commissaire – ce qui impliquerait indirectement qu'elle admette comme valides les différents moyens mis au service du commissaire pour l'accomplissement de sa mission - et donc reconnu son objectivité, la Cour conclut à une violation de l'article 6§1.

Alors qu'elle ne se prononce pas clairement sur la question du statut du commissaire du gouvernement, elle va toutefois passer au crible deux « éléments de travail » caractéristiques de l'intervention du commissaire du gouvernement : les conclusions et sa participation au délibéré.

Remettre en question ces deux éléments au regard des exigences de l'article 6, c'est à n'en pas douter remettre en question son indépendance et son impartialité. N'est-ce pas paradoxal de reconnaître les qualités d'une institution, mais dans le même temps d'en condamner les pratiques ? La Cour en vient en effet à attribuer des défauts apparents à un système juridictionnel national dont elle sait pertinemment et dont elle dit explicitement que ces défauts n'existent pas en réalité.

Il semble que le raisonnement opéré par le juge ne soit pas de toute logique. Au-delà du simple examen par la Cour de menus détails de procédure, il semble bien, indirectement, au travers des méthodes et des principes invoqués par la Cour – même si l'institution est préservée – que soit remise en question la légitimité même du commissaire du gouvernement.

## CHAPITRE II

### LA SOUMISSION DE L'INSTITUTION DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT AU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE ET DE L'EGALITE DES ARMES

Les garanties de l'égalité des armes et du contradictoire sont étroitement liées. La Cour européenne des droits de l'homme a pu dénoncer que « *le principe de l'égalité des armes constitue un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure* »<sup>78</sup>.

La jurisprudence antérieure relative au ministère public près les Cours de cassation a pu donner le sentiment que la Cour européenne se plaçait indifféremment sur le terrain de l'égalité des armes ou du contradictoire pour connaître de la question de la non-communication des conclusions de l'avocat général, semblant ainsi entretenir une confusion regrettable entre les deux garanties.

L'arrêt Kress donne l'occasion de dissiper les incertitudes de la jurisprudence antérieure. Tout l'intérêt de l'arrêt est de distinguer clairement égalité des armes et principe du contradictoire. Si les conclusions du commissaire du gouvernement échappent à l'emprise de l'égalité des armes, elles sont soumises selon l'interprétation de la Cour au respect du contradictoire. En revanche la participation du commissaire du gouvernement au délibéré est examinée au regard de l'égalité des armes et de la théorie des apparences.

Il conviendra ainsi d'étudier quelles exigences découlent du principe du contradictoire ( SECTION I ) et de celui de l'égalité des armes ( SECTION II ) pour examiner de quel angle le commissaire du gouvernement a été confronté à ces deux principes.

## SECTION 1 : Le principe du contradictoire

Le Conseil d'Etat a une conception de la procédure contradictoire et du contentieux administratif telle, que les conclusions du commissaire du gouvernement échappent en droit administratif français au principe du contradictoire appliqué à l'instruction.

Dans l'arrêt Kress, alors que la Cour était invitée à rattacher l'intervention du commissaire du gouvernement à la fonction de juger dans la ligne de la jurisprudence *Esclatine*, elle a éludé une telle assimilation. Conformément à sa jurisprudence antérieure, elle a entendu soumettre l'intervention du commissaire du gouvernement, qu'elle assimile à un magistrat indépendant chargé de conseiller la juridiction, au principe du contradictoire sans cependant y voir une partie. Il conviendra dès lors d'examiner quels rapprochements peuvent-être établis entre les conclusions du commissaire du gouvernement et le principe du contradictoire au regard de la position française et de la position européenne.( §1 )

La Cour fait preuve ici d'une certaine audace en prenant le Gouvernement français au dépourvu, néanmoins elle ne va pas jusqu'au bout de sa construction juridique et de son ingéniosité puisqu'elle ne condamne pas la France en application du principe du contradictoire. Certains ont pu y voir un signe d'indulgence de la part de la Cour, voire de tolérance. ( §2 )

### §1 : Les conclusions du commissaire du gouvernement et le principe du contradictoire

Cette question sera envisagée du point de vue de la position française ( A ) puis de celui de la position européenne ( B ).

#### A. La position française

##### 1. Le principe du contradictoire : généralités

La protection de l'individu est l'un des fondements de toute société démocratique. La justice d'une telle société garantit à l'individu en procès la liberté de produire et de répondre, l'égalité des parties entre elles et la protection de toute partie à l'égard de son adversaire ou du

---

<sup>78</sup> CEDH, 28 août 1991, Brandstetter, A. 211, §66

tribunal. La procédure permet ces garanties. Ainsi que le souligne Montesquieu dans *l'Esprit des lois* : « *Les formalités de la justice sont nécessaires à la liberté* ». <sup>79</sup>

Il n'est pas illégitime de préférer une procédure orale à une procédure écrite ou une procédure accusatoire à une procédure inquisitoriale. Il n'y a, au contraire, pas de choix possible entre une procédure contradictoire et une procédure qui ne le serait pas. Et on ne peut douter qu'« *une procédure doit être aussi contradictoire qu'il est raisonnablement possible qu'elle le soit.* » <sup>80</sup> Et cela, notamment, quand il s'agit d'une procédure au cours de laquelle un administré s'affronte à la puissance publique (c'est du moins généralement le cas), car c'est par l'organisation de la contradiction que l'on peut le mieux remédier à l'inégalité naturelle des parties.

En outre et quelques soient les parties en conflit, une procédure non ou insuffisamment contradictoire ne serait pas acceptable, parce qu'elle serait une procédure en vertu de laquelle l'argumentation d'une partie pourrait ne pas être, ou être pleinement, connu de son adversaire et discutée par lui ; ou en vertu de laquelle certains documents pourraient n'être connus que du juge. Le principe de la contradiction prohibe qu'il puisse en être ainsi.

La *contradiction* <sup>81</sup> est « *l'ensemble des règles tendant à garantir la libre discussion dans le procès* » <sup>82</sup>.

Le principe de la contradiction occupe une place à part et prééminente par rapport aux autres principes gouvernant le contentieux administratif. Il est même un principe général du droit. <sup>83</sup>

Le principe de la contradiction est, d'autre part, un aspect particulier du principe constitutionnel de l'égalité devant la justice <sup>84</sup>, cependant que le Conseil constitutionnel le présente comme un « corollaire » du principe constitutionnel des droits de la défense <sup>85</sup>.

Le principe de la contradiction tend à assurer l'égalité des parties devant le juge.

<sup>79</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XXIX

<sup>80</sup> CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 8e éd. p. 735, n° 960

<sup>81</sup> Du latin *contradictio*, derive du verbe *contradicere* : contredire

<sup>82</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 6è éd. p. 206

<sup>83</sup> Les arrêts CE. 16 janvier 1976, Gate et CE. Ass, 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France ont précisé la qualification du principe de la contradiction, que des arrêts antérieurs avaient présenté, soit comme « un principe général » (CE. Sect, 12 mai 1962, Société La Huta, p. 313), soit comme une « règle générale de procédure » (CE 18 novembre 1964, Rainaut, p. 559), cependant qu'un autre, s'agissant d'une explicitation particulière du principe, avait fait également état de la « règle générale de procédure » selon laquelle « aucun document ne saurait être régulièrement soumis au juge sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance » ( CE. Ass, 13 décembre 1968, *association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, p. 645 )

<sup>84</sup> CC, 23 juillet 1975, *Juge unique*, p. 22. Le principe impose que les justiciables bénéficient tant d'un égal accès à la justice que d'un traitement égal pendant le déroulement et à l'issue de la procédure.

## 2. La non soumission des conclusions au principe de la contradiction

La jurisprudence *Esclatine* domine actuellement le statut des conclusions devant le Conseil d'Etat. L'arrêt précise clairement que : « *le commissaire du gouvernement prononce ses conclusions après la clôture de l'instruction à laquelle il a été procédé contradictoirement ; qu'il participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre ; que l'exercice de cette fonction n'est pas soumis au principe du contradictoire applicable à l'instruction ; qu'il suit de là que, pas plus que la note du rapporteur ou le projet de décision, les conclusions du commissaire du gouvernement – qui peuvent d'ailleurs ne pas être écrites – n'ont à faire l'objet d'une communication préalable aux parties, lesquelles n'ont pas davantage à être invitées à y répondre.* »

Les conclusions ne sont ainsi pas soumises, en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat, au respect du principe de la contradiction ou plutôt pourrions-nous dire à l'instar du conseiller d'Etat D. Chabanol que « *le commissaire du gouvernement ne méconnaît pas le contradictoire car il n'en relève pas.* »<sup>86</sup> Le prononcé des conclusions par le commissaire ne relève pas de la phase de l'instruction, ainsi ces dernières n'ont-elles pas à être communiquées aux parties.

Cependant le critère chronologique qu'utilise l'arrêt *Esclatine* plaçant l'intervention du commissaire du gouvernement dans le « temps du jugement », alors que seul le « temps de l'instruction », au dire de l'arrêt, serait soumis au principe du contradictoire peut faire l'objet de critiques sérieuses.

Il faut constater que l'intégralité de ce temps de l'instruction n'est pas soumis au principe du contradictoire. En particulier, le travail du rapporteur ( élaboration d'une note, de visas et d'un projet de décision) et les travaux de la sous-section « siégeant en formation d'instruction<sup>87</sup> » sont réalisés à l'abri de la contradiction alors qu'ils se déroulent, devant le Conseil d'Etat, à un moment où l'instruction n'est pas close, puisque cette clôture n'intervient pour sa juridiction qu'au moment de la séance publique.

<sup>85</sup> CC, 2 décembre 1976, *Prévention des accidents du travail*, p. 39

<sup>86</sup> CHABANOL (D.), « Le contradictoire et le commissaire du gouvernement », *RFDA*, 2001, p.327

<sup>87</sup> Selon la formule de l'article 35, modifié, du décret du 30 juillet 1963.

L'importance du travail du rapporteur a été relevée plus haut, il convient désormais d'attacher au rapport une attention particulière : devant les juridictions à compétence générale, il apparaît comme un document de travail interne et n'est en conséquence pas communiqué aux parties.

Il semble que cette argumentation du Conseil d'Etat ne soit ni reprise ni confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme qui ne va pas hésiter à examiner le régime des conclusions au regard des exigences du principe du contradictoire.

## B. La position européenne

### 1. L'inadéquation du principe de l'égalité des armes

Le principe de l'égalité des armes et la jurisprudence européenne qui y fait référence seront examinés de façon plus approfondie par la suite, néanmoins il convient d'ores et déjà de se demander pourquoi la Cour a, dans l'arrêt *Kress*, décidé de se placer sur le terrain du principe du contradictoire.

Il convient de constater que, hormis l'arrêt *Borgers*, la Cour n'a jamais sanctionné la non-communication des conclusions du ministère public près la Cour de cassation sur le terrain de l'égalité des armes. Si une hésitation était permise au regard de l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd*<sup>88</sup>, ce doute est levé par plusieurs arrêts ultérieurs qui se fondent exclusivement sur le droit à une procédure contradictoire pour conclure à la violation de l'article 6 en raison du défaut de communication des conclusions de l'avocat général.<sup>89</sup>

En jugeant que les conclusions du commissaire du gouvernement ne relèvent pas du principe de l'égalité des armes, l'arrêt *Kress* confirme cette tendance jurisprudentielle et a le mérite de souligner l'inadéquation de l'application du principe de l'égalité des armes aux conclusions du commissaire du gouvernement. Selon la jurisprudence européenne, l'égalité des armes « implique une obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause [...] dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net

---

<sup>88</sup> CEDH, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*, 31 mars 1998, arrêt dans lequel la Cour évoque le « déséquilibre » créé du fait de la communication à l'avocat général mais non aux parties du rapport du conseiller-rapporteur

<sup>89</sup> CEDH, 8 février 2000, *Voisine c/ France*

*désavantage par rapport à son adversaire*<sup>90</sup> » et vise, fondamentalement, à garantir l'égalité des parties devant le juge.

On conçoit alors que le principe de l'égalité des armes s'applique entre le ministère public et une partie dans le cadre d'un procès pénal où le rôle du ministère public est de soutenir l'accusation<sup>91</sup>. On le conçoit moins dans une instance de cassation : n'étant pas une partie devant la Cour, le ministère public n'est pas « l'adversaire » du requérant et l'égalité des armes n'a pas lieu de s'appliquer. Nous verrons qu'au regard de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré, le raisonnement contraire sera adopté

Ce qui vaut pour le ministère public près la Cour de cassation vaut *a fortiori* pour le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat, qui est un membre à part entière de la juridiction : le principe de l'égalité des armes ne joue qu'entre les parties en litige et ne saurait s'appliquer aux relations entre une partie et un magistrat indépendant intervenant dans l'instance pour donner son opinion personnelle sur ce qu'il estime devoir être la solution.

D'ailleurs, la Cour européenne, dans sa décision Nideröst-Huber du 18 février 1997, a exclu expressément l'application du principe de l'égalité des armes autres entre une partie et une juridiction indépendante, jugeant que cette dernière « *ne saurait passer pour l'adversaire de l'une des parties* »<sup>92</sup>

En l'espèce, le juge européen se situe dans la ligne de cette jurisprudence et relève que les conclusions du commissaire du gouvernement ne sont communiquées à aucune des parties à l'instance pas plus qu'au rapporteur et aux juges de la formation de jugement (§73). Le requérant ne saurait donc se prévaloir du droit à l'égalité des armes puisque les parties à l'instance sont placées dans une situation identique face aux conclusions du commissaire du gouvernement dont elles ne « découvrent le sens et le contenu » que lorsque le commissaire du gouvernement les prononce oralement à l'audience publique.

Ecartant, à juste titre, le principe de l'égalité des armes, la Cour européenne admet nécessairement que l'on ne saurait considérer le commissaire du gouvernement comme une « partie » à l'instance et réfute ici l'idée que le commissaire du gouvernement puisse devenir, en fonction du « *sens et du contenu* » de ses conclusions l'allié ou l'adversaire objectif de l'une des parties. Cependant, ce n'est pas pour autant que les conclusions du commissaire du

---

<sup>90</sup> CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B. V.*, A. 274, §33

<sup>91</sup> CEDH, 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*

<sup>92</sup> En l'espèce, le Tribunal fédéral suisse, saisi d'un recours contre une décision d'un tribunal cantonal avait recueilli les observations de ce dernier sans les transmettre au requérant.

gouvernement sont, à la différence de la jurisprudence du Conseil d'Etat, soustraites au principe du contradictoire.

## 2. le critère matériel d'application du principe du contradictoire

Au vu de la jurisprudence européenne, le critère décisif de l'application du principe du contradictoire est un critère matériel, qui tient à l'autorité particulière des observations présentées et, donc, à leur influence particulière sur le juge. Selon la Cour européenne, le principe du contradictoire implique pour les parties à un procès «*le droit de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision*»<sup>93</sup>. Dès lors, si le ministère public près la Cour de Cassation n'est pas une « partie », il n'en reste pas moins, selon le juge européen, que l'autorité qui s'attache à ses observations rend applicable le principe du contradictoire et qu'en conséquence l'impossibilité de répliquer auxdites observations méconnaît le principe contradictoire.

Ainsi compris, le principe du contradictoire concerne non seulement les parties entre elles, mais aussi les parties et le ministère public et, même, les parties et une juridiction indépendante –mais qui n'est pas la formation de jugement- : dans l'affaire Nideröst- Huber, évoquée plus haut, la Cour européenne considère que les observations du tribunal cantonal visaient à influencer le tribunal fédéral et que, dès lors, le requérant devait avoir la possibilité de les commenter.

La Cour n'a donc nul besoin de se prononcer sur la question du statut du commissaire du gouvernement pour, dans la ligne de sa jurisprudence antérieure et eu égard au rôle réel du commissaire du gouvernement dans la procédure et à l'autorité de ses conclusions, soumettre ces dernières au principe contradictoire (§74).

Cela implique nécessairement que la Cour rejette l'argument français selon lequel le commissaire du gouvernement serait un juge. Soulignons d'ailleurs que cela signifie, à tout le moins, qu'aux yeux de la Cour européenne le commissaire du gouvernement n'est pas « un juge qui parle »<sup>94</sup> dont les conclusions constitueraient « un délibéré public » a-t-on pu dire<sup>95</sup>,

<sup>93</sup> CEDH, 27 mars 1998, *J.-J. c/ Pays-Bas*

<sup>94</sup> BONICHOT (J.C), ABRAHAM (R.), « Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1998, p. 1945.

car on ne saurait évidemment concevoir que le principe du contradictoire puisse s'appliquer au juge lui-même.

Les conclusions du commissaire du gouvernement ne se situent donc pas « *hors de la phase contradictoire du procès* », contrairement à ce que soutenait le Conseil d'Etat lui-même faisant valoir que la règle du contradictoire n'est applicable qu'à la phase de l'instruction de l'affaire et que les conclusions sont prononcées après la clôture de l'instruction : éléments du débat contradictoire, les conclusions doivent, selon le juge européen, être soumises à la contradiction.

Affirmer que les conclusions du commissaire du gouvernement étaient soumises au contradictoire constituait *a priori* un véritable séisme jurisprudentiel, tant l'idée heurte à la fois la tradition administrative et les positions les mieux établies du Conseil d'Etat. Cependant cette provocation n'a pas produit l'effet attendu, à savoir la condamnation de la pratique de la non-communication préalable des conclusions. En effet, la non-communication préalable des conclusions du commissaire du gouvernement aux parties ne méconnaît pas les exigences de l'article 6§1.

## **§ 2 : Validation par la Cour de la pratique administrative française des conclusions**

Résumant la position actuelle du Conseil d'Etat, le professeur Chapus écrit que les conclusions du commissaire du gouvernement « *n'ont pas à être communiquées aux parties* »<sup>96</sup>, *qu'il n'appartient pas au juge d'ordonner qu'elles leur soient communiquées*<sup>97</sup> *et que les parties « n'ont pas davantage à être invitées à y répondre »*<sup>98</sup>.

On ne peut signifier de manière plus catégorique que les conclusions du commissaire du gouvernement sont aussi soustraites au principe du contradictoire. Pourtant la Cour, par une attitude que l'on pourrait qualifier d'indulgente, voire négligente, avalise cette situation au nom de certaines pratiques qui pourtant n'offrent aux justiciables que de bien maigres satisfactions ( A ). Cependant, la Cour, et l'on peut s'en étonner, ne relève en aucun point de son arrêt la procédure relative au *rapport* devant le Conseil d'Etat, alors que des procédés

---

<sup>95</sup> CHABANOL (D.), v. supra

<sup>96</sup> CE, 9 décembre 1970, *Veuve Jame*, p. 739

<sup>97</sup> CE, 15 avril 1988, *Vincent*, p. 145

<sup>98</sup> CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, préc.

similaires devant certaines juridictions des Etats membres, et surtout devant la Cour de cassation française, ont déjà fait de la part de la Cour l'objet de vives critiques ( B ).

A. Respect du principe du contradictoire et non violation de l'article 6§1 : des garanties pratiques illusoires

1. une information superficielle des parties

Il était généralement enseigné que le commissaire du gouvernement réservait la primeur de ses conclusions à l'audience publique, en les présentant oralement devant la formation de jugement et les parties intéressées. Or l'arrêt *Kress* nous apprend qu'il peut faire connaître « avant l'audience (leur) sens général » (§76). Cette indication, qui figurait dans les observations du gouvernement français, est donc reprise à son compte par la Cour, ce qui appelle plusieurs remarques.

D'abord l'information ne peut être transmise qu'aux avocats des parties, puisqu'il est admis de longue date qu'elles doivent être représentées devant le Conseil d'Etat<sup>99</sup>, cette obligation n'étant pas contraire aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>100</sup>.

Ensuite, l'indication est fournie aux avocats « qui le souhaitent » ; la formule laisse donc supposer que l'initiative de la démarche revient aux représentants des parties, mais aussi qu'en pareil cas le commissaire du gouvernement est tenu d'y déférer. Il s'agit donc d'une simple pratique dont la portée doit être relativisée.

L'expression usitée dans l'arrêt est remarquablement vague : « il n'est pas contesté que dans la procédure devant le Conseil d'Etat, les avocats qui le souhaitent peuvent demander au commissaire du gouvernement, avant l'audience, le *sens général de ses conclusions* ».(§76)

Que peut bien vouloir signifier « le sens général des conclusions » ? Si le fait consiste simplement pour le commissaire du gouvernement à faire connaître à l'avance aux avocats la teneur de la solution qu'il préconisera à l'audience, cette information ne leur sera que d'un faible secours pour préparer les observations orales qu'ils peuvent y présenter<sup>101</sup>. Mais on ne

---

<sup>99</sup> Article R.432-1 CJA

<sup>100</sup> CE, 19 juillet 1991, Melle Boyer-Manet, p. 1119 ; CE, 8 février 1999, Mme Andas, req. n° 1641175

<sup>101</sup> article R. 731-4 CJA

saurait imaginer que les « confidences » du commissaire du gouvernement aillent beaucoup plus loin. Comme l'a fort bien souligné le Conseil d'Etat lui-même<sup>102</sup>, les conclusions constituent un genre discursif particulier, à travers lequel le commissaire fait « *connaître... son appréciation... sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables* ainsi que son opinion sur les solutions qu' appelle... le litige ». Autrement dit, s'il importe bien entendu de savoir de quel côté penche le commissaire – sachant que dans l'immense majorité des cas il est suivi par la formation de jugement – du point de vue de l'argumentation juridique le terme des conclusions est en soi peu informatif. Car tout l'art de conclure et l'intérêt de l'exercice résident dans la démarche elle-même, c'est-à-dire la rigueur du raisonnement et l'enchaînement des motifs qui doivent conduire logiquement au règlement du litige.

La qualité des conclusions ne s'apprécie pas en fonction de la solution préconisée mais à l'aune de la valeur intellectuelle de la démonstration effectuée, si bien que l'information préalable sur « le sens général des conclusions » ne présente sans doute qu'un intérêt bien limité.

## 2. une réplique aléatoire

La possibilité pour les parties de répliquer aux arguments adverses est inhérente au contradictoire. Or, comme on le sait, le commissaire du gouvernement parle en dernier au terme de l'audience publique et personne ne peut alors lui répondre. La rigueur de ce principe bien établi a toutefois été assouplie par la pratique dite des « notes en délibéré », mieux connue de la doctrine administrative, et qui apparaît « essentiel aux yeux de la Cour » (§76).

A bien considérer « le statut » de ces notes, il n'offre pourtant que de faibles garanties au justiciable. Leur existence ne repose en effet sur aucun texte et la jurisprudence n'y fait jamais allusion car, dans la conception classique du contentieux administratif, elle n'est pas « conforme à la nature des conclusions. ». Tous les auteurs s'accordent pour caractériser cette pratique : « *il s'agit d'un moyen pour les avocats de répliquer officieusement au commissaire du gouvernement. Cette pratique résulte d'une simple tolérance.* ». Le terme est un peu condescendant tout comme l'appréciation qui l'accompagne selon laquelle « les avocats ont assez fréquemment recours à cette procédure qui constitue pour eux une dernière chance. »<sup>103</sup>

<sup>102</sup> CE, 10 juillet 1957, Gervaise, p. 467

<sup>103</sup> AUBY (J.M) et DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ 1984

Sans disposer bien sûr de certitude à ce sujet, il y a tout lieu de penser que l'efficacité technique des notes en délibéré est extrêmement faible. Le Conseil d'Etat lui-même « *ne doit pas faire état de la note en délibéré et peut très bien ne pas en tenir compte*<sup>104</sup> ». Il ne les a d'ailleurs jamais visées dans ses conclusions (au moins jusqu'à une date récente) : dans l'affaire *Kress*, c'est sans succès que l'avocat de la requérante avait usé de cette faculté ( §26 et 27). Bien mieux, leur intérêt semble avoir « *décru depuis 1992, du fait que les moyens d'ordre public ne peuvent plus être régulièrement relevés d'office (par le commissaire) sans que les observations des parties aient été provoquées* »<sup>105</sup>.

Les notes en délibéré semblent ainsi n'apporter aucune garantie réelle aux parties. Pourtant, le fait est relevé par la Cour comme une marque supplémentaire et suffisante de respect du contradictoire : « *il n'est pas contesté que les parties peuvent répliquer par une note en délibéré aux conclusions du commissaire du gouvernement, ce qui permet et c'est essentiel aux yeux de la Cour, de contribuer au respect du principe contradictoire* » ( §49 et 76).

La Cour fait donc preuve ici, au sens propre et non juridique du terme, d'un raisonnement pour le moins contradictoire puisque force est de constater que l'appréciation de ses exigences a été, dans l'arrêt *Kress*, réduite au minimum, élément que relèvent d'ailleurs les juges Rozakis, Tulkens et Casadevall dans leur opinion concordante puisque ces derniers précisent que « *dans l'état actuel des choses, la pratique de la note en délibéré vise surtout à soulever les éventuelles omissions du commissaire du gouvernement et n'a pas vocation en tant que telle à garantir le respect du contradictoire.* »

Mais rien n'interdit de penser que cet arrêt constitue le premier jalon d'un nouveau cours jurisprudentiel qui pourrait à l'avenir s'avérer beaucoup plus rigoureux, la note en délibéré pouvant éventuellement être un moyen effectif de contribuer davantage au respect du contradictoire. C'est ce que laissent supposer les juges Rozakis, Tulkens et Casadevall dans cette même opinion concordante puisqu'ils ajoutent que : « *si la note en délibéré ne suffit pas à elle seule à garantir le respect du principe du contradictoire, elle peut cependant y contribuer ; et, sans doute, pourrait-elle le faire davantage encore si, sans bouleverser l'équilibre fondamental du procès devant le Conseil d'Etat, ses modalités d'exercice étaient améliorées et si le juge administratif avait l'obligation d'en tenir compte.* »

<sup>104</sup> Affaire *Société manufacture de glaces de Saint-Gobain*, AJ. 1954. II. 449

<sup>105</sup> CHAPUS (R.), voir supra.

La rigueur de la Cour montre ici ses failles puisqu'il vient d'être démontré que les moyens censés garantir le respect d'une procédure contradictoire en faveur des parties n'étaient pas effectifs, c'est pourquoi l'attitude du Conseil d'Etat qui consiste à considérer que le commissaire du gouvernement n'est pas soumis au respect du principe contradictoire est beaucoup plus satisfaisante.

Il apparaît cependant lorsqu'on étudie parallèlement d'autres jurisprudences que les exigences de la Cour relatives au principe du contradictoire peuvent être plus ou moins modulables. L'étude de l'arrêt Reinhardt et Slimane-Kaïd contre France relatif à la procédure devant la Cour de cassation française en comparaison à l'arrêt Kress est particulièrement explicite à cet égard.

## B. Les différents degrés d'exigences relatifs au principe du contradictoire

### 1. Le dévoilement d'une échelle de contradictoire

Par-delà l'aspect stratégique de l'arrêt *Kress* qui consistait à ne pas donner entièrement gain de cause au Conseil d'Etat sans pour autant le condamner trop gravement, la démarche adoptée par la Cour offre l'occasion d'une réflexion méthodologique sur le contenu du principe du contradictoire. Il est certes indispensable d'engager et de poursuivre le débat sur le sens des notions utilisées et sur leurs champs respectifs d'application car il est vrai que bien souvent les distinctions entre elles ne sont pas toujours claires. Droits de la défense, égalité des armes, procès équitable, contradictoire se recoupent et/ou s'articulent, sans que se dégage une vision d'ensemble cohérente, que ce soit dans l'ordre européen ou dans l'ordre national. Le fait tient sans doute à un excès de rationalisme qui a longtemps prévalu et au nom duquel on a cherché à imposer une conception globale et rigide des principes.

Mais ce débat doit désormais tenir compte d'un paramètre nouveau qui est celui de la modulation des exigences. Celles-ci varient en effet selon que la procédure est ou n'est pas contentieuse<sup>106</sup>, selon que l'on se trouve ou non en matière civile ou pénale. Il a déjà été remarqué que, devant la Cour européenne, les règles du procès équitable pouvaient recevoir

---

<sup>106</sup> CAUDAL (S.), « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *RFDA*, 2001, p. 13

une application modulée selon les systèmes judiciaires en vigueur<sup>107</sup> ; l'évolution récente de la jurisprudence administrative, s'agissant des procédures de sanctions diligentées par les autorités administratives indépendantes participent du même esprit.<sup>108</sup>

L'arrêt *Kress* confirme donc une tendance qui invite à considérer le principe, non plus en termes globaux, mais sur le mode d'une échelle de contradictoire<sup>109</sup>. La démarche permet à la Cour européenne des droits de l'homme de tenir compte de la spécificité des organisations juridictionnelles nationales – notion à laquelle l'arrêt *Kress* se réfère à plusieurs reprises et dont il reconnaît la pertinence s'agissant du Conseil d'Etat (§66 à 69) – tout en favorisant à terme leur rapprochement. Mais cela signifie aussi que ces exigences peuvent être réduites, ce qui limite alors singulièrement la portée du principe.

Il en résulte ainsi que les exigences d'une cour à l'autre peuvent être différentes. L'arrêt concernant la Cour de cassation française est intéressant à cet égard. Même si les deux hautes juridictions françaises n'ont évidemment pas les mêmes domaines d'application du droit et si les similitudes entre l'avocat général à la Cour de cassation et le commissaire du gouvernement du Conseil d'Etat sont bien faibles, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence de la Cour concernant l'avocat général est éclairante.

## 2. La pertinence de l'arrêt Rheinhardt et Slimane Kaïd contre France

Cet arrêt<sup>110</sup> pose le problème du caractère équitable de la procédure en cassation devant la chambre criminelle. Deux pratiques étaient remises en question : l'absence de communication des conclusions de l'avocat général aux requérants ainsi que la communication avant l'audience du rapport et du projet d'arrêt du conseiller-rapporteur à l'avocat général et non aux parties.

Le premier point rappelle la question de la non-communication des conclusions du commissaire du gouvernement aux parties ; le second, bien que constituant en l'espèce un motif autonome de violation de l'article 6§1 de la Convention, semble, dans l'arrêt *Kress*, ne pas avoir retenu l'attention de la Cour alors que les modalités relatives à l'instruction et

<sup>107</sup> SUDRE (F.), *Droit international et droit européen des droits de l'homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 4<sup>e</sup> éd. 1999, p. 229

<sup>108</sup> CE, 28 juillet 2000, *Société Copper Communication*, req. n° 199733 ; 6 oct. 2000, *Société Habib Bank*

<sup>109</sup> AUTIN (J.L.), « Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative », *EDCE*, 2001, p. 389.

notamment au rapport se rapprochent sensiblement au Conseil d'Etat de la procédure suivie devant la Cour de Cassation.

Dans cet arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, la Cour n'insiste pas sur la question de l'égalité des armes, il a donc paru possible d'envisager ces questions dans cette section.

La Cour s'interroge en l'espèce sur le déséquilibre qui peut être créé entre les parties au regard des exigences d'un procès équitable à partir du moment où les requérants n'avaient pas eu communication des conclusions de l'avocat général près la Cour de Cassation française et avaient été en conséquence dans l'impossibilité d'y répondre. La Cour a considéré que si l'absence de communication des conclusions de l'avocat général aux parties est en soit contestable, cette modalité n'est pas pour autant condamnée au regard de l'article 6§1. Selon un raisonnement qui s'avèrera assez similaire dans l'arrêt *Kress*, la Cour estime que les garanties des requérants sont sauvegardées du fait de la pratique qui consiste pour l'avocat général à informer avant le jour de l'audience les conseils des parties du sens de ses conclusions et à leur donner la possibilité d'y répondre oralement ou par une note en délibéré<sup>111</sup>.

En revanche, la Cour a estimé qu'étant donné l'importance du rapport du conseiller rapporteur, le rôle de l'avocat général et les conséquences de l'issue de la procédure pour les requérants, l'absence de communication du rapport aux conseils des requérants alors que celui-ci est transmis à l'avocat général n'était pas conforme aux exigences du procès équitable est violait l'article 6§1.

La Cour accorde donc une importance essentielle au rôle du conseiller rapporteur. Tout comme le rapporteur au Conseil d'Etat, le conseiller rapporteur prépare un rapport écrit dans lequel il procède à une étude approfondie de l'espèce, fait état des recherches de doctrine et de jurisprudence et indique ses conclusions. Il met au point un projet d'arrêt qui est distribué à chacun de ses collègues pour servir de base à la discussion au cours du délibéré. Ce rapport est transmis à l'avocat général et non aux parties. Cette non-communication viole, selon la Cour, les exigences de l'article 6.

---

<sup>110</sup> CEDH, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*, 31 mars 1998, Rec. p. II-226

<sup>111</sup> La Cour a toutefois réaffirmé dans son arrêt *Voisine contre France* du 8 février 2000 les principes de la jurisprudence *Vermeulen* et a considéré que le fait pour le requérant, qui avait choisi de se défendre sans la représentation d'un avocat à la Cour de Cassation, de ne pas avoir eu la possibilité de répondre aux conclusions de l'avocat général, constituait bien une violation de l'article 6.

On aurait pu croire que la situation concernant le rapporteur près le Conseil d'Etat serait également l'objet de critiques de la part de la Cour. Il n'en est rien. L'arrêt *Kress*, tout en rappelant la position adoptée (§75) ne tire aucune conséquence de la procédure suivie devant la juridiction administrative. Pourtant le rôle du rapporteur est considérable. Il faut dire que son rôle est souvent mésestimé car il n'est pas visible pour l'observateur extérieur, d'autant que la mission du rapporteur en séance publique est réduite au moment même où le commissaire du gouvernement fait converger sur lui tout l'intérêt.

La transmission de son rapport au commissaire du gouvernement mais non aux parties n'est pas relevée par la Cour. Se trouve ainsi implicitement écartée ou à tout le moins, réservée la transposition au commissaire du gouvernement des implications de la jurisprudence *Reinhardt et Slimane-Kaïd* selon laquelle avant de rendre son avis, l'avocat général ne devrait pas avoir connaissance du rapport du conseiller-rapporteur à moins que celui-ci ne soit communiqué aux parties.

Ceci ne signifie pas pour autant que la pratique soit pleinement reconnue et avalisée par la Cour. Il s'agit donc, pourrait-on dire pour l'instant, d'une question restée en suspens.

Le juge Vilhjamsson précisait dans son opinion dissidente à l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd* que « *le rôle du rapporteur et de l'avocat général est d'approfondir la préparation des arrêts. Les règles relatives à la procédure devant la Cour de Cassation ont été élaborées au fil du temps. Ce sont des règles équilibrées, subtiles et dépourvues de partialité, même si elles ne sont pas vraiment familières aux avocats d'autres pays européens ayant des traditions et des systèmes différents.*»

Il serait souhaitable que la Cour, si elle devait se prononcer sur la situation du rapporteur, adopte ce genre d'approches respectueuses des spécificités nationales. Il serait en effet préjudiciable au bon fonctionnement de la justice administrative de soumettre à une procédure contradictoire le rapport, considéré comme un simple document d'étude interne, et d'interdire au commissaire du gouvernement d'en avoir connaissance.

Le juge Vilhjamsson insiste sur l'approfondissement que permet la transmission du rapport à l'avocat général. Ce mérite se doit d'être appliqué au commissaire du gouvernement : l'étude d'un dossier vu et recorrecté par plusieurs spécialistes ne peut qu'être considérée comme une garantie de bonne justice. Comme le faisait judicieusement remarquer un avocat général à la Cour de cassation : « *Il est d'autant plus fructueux que les intervenants qui se*

*trouvent au bout de la chaîne bénéficient du travail de ceux qui les ont précédés, ce qui leur permet le cas échéant d'aller plus loin et de creuser les solutions. »<sup>112</sup>.*

Chaque système trouvera ses défenseurs et ses contradicteurs ; telle pratique paraîtra respectueuse des garanties énoncées dans la Convention, telle autre laissera le juriste dubitatif. Cependant le juge de la Cour européenne des droits de l'homme se doit d'être particulièrement vigilant et de prendre en considération les spécificités nationales.

La pratique en vigueur devant le Conseil d'Etat examinée à la lumière du principe du contradictoire s'est révélée compatible aux exigences posées par l'article 6 §1 de la Convention. Les modalités d'intervention du commissaire du gouvernement relatives aux conclusions sont reconnues par la Cour comme satisfaisant aux impératifs d'une procédure équitable.

Malgré tout, après avoir admis la spécificité du commissaire du gouvernement et souligné que son institution n'était pas en soi critiquable, la Cour va faire preuve d'un raisonnement paradoxal et contradictoire qui la conduit, au regard du principe de l'égalité des armes, à conclure tout de même à une violation de l'article 6§1.

## **Section 2 : le principe de l'égalité des armes**

C'est par un bien curieux raisonnement que la Cour, sollicitant la théorie des apparences, conclut à la rupture de l'égalité des armes du fait de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré. Il conviendra tout d'abord d'énoncer ce qu'est le principe de l'égalité des armes, ce que recouvre la notion et ce que sont ses principales applications (§1). L'application spécifique du principe de l'égalité des armes à la position du commissaire du gouvernement sera étudié dans la mesure où dans l'arrêt *Kress* la participation du commissaire du gouvernement au délibéré a été condamnée (§2).

### **§1 : la spécificité du principe de l'égalité des armes**

---

<sup>112</sup> CHARBONNIER (L.), « Ministère public et Cour suprême », *JCP* 1991, I, n°3532

## A. Le fondement du principe

Rappelons que l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial ...* ». La Cour européenne des droits de l'homme, à la suite de la Commission a déduit de cette disposition l'existence d'un principe non-écrit : le principe de l'égalité des armes.

Selon la Cour, ce principe constitue, comme nous l'avons déjà dit en introduction, un « *aspect de la notion plus large de procès équitable* ». Il vise dans la jurisprudence européenne à garantir un équilibre entre les parties au cours du procès civil. Cette interprétation extensive de l'article 6§1 de la Convention se fonde sur le principe d'égalité qui constitue l'un des piliers de l'idéal démocratique que la Cour européenne des droits de l'homme cherche à promouvoir.

Ce principe de l'égalité des armes, tel qu'il est formulé de manière implicite par les textes internationaux, repose sur un concept d'origine anglo-saxonne, ce qui explique qu'il soit parfois difficilement transposable dans les pays ayant un système de droit latin. D'ailleurs, il faut dire que le principe de l'égalité des armes est plus ou moins méconnu en droit interne bien que la Cour européenne des droits de l'homme ait consacré depuis longtemps sa pleine effectivité.

Le principe de l'égalité des armes est sans doute le principe non formulé le plus important de l'article 6 de la Convention européenne de l'homme. La notion de « *droit à un procès équitable* » ne peut être véritablement comprise que si l'on précise la signification du concept d'égalité des armes.

C'est d'abord dans des décisions rendues par la Commission européenne des droits de l'homme que ce concept a vu le jour. La première décision qui en ait fait usage est la décision *Szwabowicz c/ Suède* du 30 juin 1959<sup>113</sup>. Puis, peu à peu, le concept s'est affirmé à travers une série de décisions jusqu'à ce qu'en 1964, la Commission utilise expressément la formule, désormais consacrée, de l'« *égalité des armes* ». <sup>114</sup>

La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, n'a consacré l'existence du principe de l'égalité des armes qu'en 1968 dans l'arrêt *Neumeister*<sup>115</sup>. Dans les premiers arrêts

<sup>113</sup> Commission, déc. Du 30 juin 1959, *Szwabowicz c/ Suède*, req. n°434/58

<sup>114</sup> Commission, rapport du 28 septembre 1964, *Plischke c/ Autriche*, req. n°1446/62

<sup>115</sup> CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister*

dans lesquels il est apparu, le principe ne s'est pas révélé être d'une grande efficacité en raison de l'interprétation qu'en donnait la Cour. Les quatre premiers arrêts de la Cour rendus dans le domaine ont d'ailleurs été des arrêts de rejet<sup>116</sup>.

Par la suite la situation a considérablement évolué. Par un arrêt *Bönisch*<sup>117</sup> de 1985 la jurisprudence de la Cour a franchi une étape importante en jugeant pour la première fois une disposition nationale non conforme au principe de l'égalité des armes. A compter de cet arrêt plusieurs recours fondés sur une violation de l'égalité des armes ont été favorablement accueillis par la Cour de Strasbourg, si bien qu'aujourd'hui le principe de l'égalité des armes représente l'un des moyens les plus efficaces mis à la disposition des requérants.

Le principe a connu une extension continue de son champ d'application. Il faut préciser que généralement le principe de l'égalité des armes, tel qu'il est apparu à l'origine dans la jurisprudence européenne, s'appliquait essentiellement au procès pénal. Ceci s'explique par le fait que dans le procès civil, la procédure étant généralement accusatoire, les parties sont censées être à armes égales. À l'inverse dans le procès pénal, la procédure étant le plus souvent inquisitoire, il est nécessaire de garantir le droit à une égalité des armes afin de rétablir un relatif équilibre entre les droits de l'accusation et ceux de la défense. Ce rétablissement d'un équilibre est guidé par des considérations d'équité qui sont rappelons-le le fondement même de l'idéal démocratique des droits de l'homme.

Ceci étant dit, le principe de l'égalité des armes, contenu de manière sous-jacente dans l'article 6 § 1 puisqu'il constitue « *un aspect de la notion plus large de procès équitable* » a logiquement le même champ d'application que l'article dont il est issu.

Le principe de l'égalité des armes s'applique lors de la phase préparatoire du procès et lors du procès à proprement dit. La Cour et la Commission ont garanti l'égalité des armes devant les juridictions de première instance, qu'elles soient ordinaires ou spécialisées, ainsi que devant les juridictions d'appel et de cassation.

## B. Implications de ce principe : la jurisprudence pertinente de la Cour européenne

### 1. Les « apparences » contre les ministères publics européens

La Cour de Strasbourg a, de longue date, développé une jurisprudence largement fondée sur le principe de l'égalité des armes. Sa jurisprudence a été perçue comme une menace pesant sur l'existence même de l'institution du ministère public dans les traditions romano-germaniques. Cette jurisprudence concerne le droit à un procès équitable et est fondée sur la

---

<sup>116</sup> Outre l'arrêt *Neumeister* déjà cité, CEDH, 10 novembre 1969, *Matznetter* ; CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt* ; CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autre*

théorie des apparences, que la Cour justifie par la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice. Selon cette théorie résumée par l'adage anglais « *justice must not only be done, it must be seen to be done* »<sup>117</sup>, il ne suffit pas que la justice soit impartiale, encore faut-il que le justiciable ait l'impression que la justice est rendue de manière impartiale.

En conséquence, elle s'est attachée à rechercher si la procédure suivie devant les juridictions apparaissait neutre du point de vue des parties et ne laissait pas celles-ci douter de l'impartialité du juge.

Le respect du principe de l'égalité des armes implique un examen concernant la présence des parties au procès. Il ne peut y avoir de véritable égalité des armes que si l'accusation et la défense sont à la fois présentes et ont la possibilité d'échanger leurs points de vue respectifs.

La question de la présence de l'«accusation» au procès a été, à l'origine, un débat intéressant. Sous l'angle de cette théorie, la Cour a « mené une attaque frontale » contre les ministères publics européens et constaté à de nombreuses occasions la violation de l'article 6§1 en raison de la non-communication préalable aux parties des conclusions du procureur général ou de l'avocat général et de l'impossibilité d'y répondre. Elle a estimé que, indépendamment de l'objectivité reconnue de l'avocat général ou du procureur général auprès de certaines Cours suprêmes, celui-ci en recommandant l'admission ou le rejet d'un pourvoi devenait l'allié ou l'adversaire objectif de l'une des parties et que sa présence au délibéré lui offrait, « fût-ce en apparence », une occasion supplémentaire d'appuyer ses conclusions en chambre du Conseil, à l'abri de la contradiction.

La procédure la plus significative et qui fit l'objet de nombreux arrêts concerne celle qui prévaut devant la Cour de cassation belge. En effet, devant cette juridiction, depuis plus d'un siècle et demi, l'avocat général prend la parole en dernier au cours de l'audience et participe au délibéré. Cette situation était critiquée car elle était censée, aux yeux de certains, rompre le nécessaire équilibre entre l'accusation et la défense. Cette procédure a suscité plusieurs avis et décisions de la Commission et surtout deux arrêts importants de la Cour européenne des droits de l'homme.

## 2. La jurisprudence Delcourt et Borgers

---

<sup>117</sup> CEDH, 6 mai 1985, *Bönisch*

<sup>118</sup> CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique* (§31)

Dans la première affaire, l'arrêt *Delcourt*, rendu en 1970, la Cour avait considéré que la procédure belge n'était pas contraire aux principes de l'égalité des armes. Elle examinait en l'espèce de manière concrète quelles étaient les attributions de l'avocat général près la Cour de cassation belge.

La Cour a effectué un contrôle réaliste, concret, du rôle joué par le ministère public notamment au délibéré. De ce contrôle il ressortait que l'avocat général n'était ni l'« *adversaire effectif* » ni même l'« *adversaire virtuel* » des accusés. La Cour effectuait ainsi un contrôle «au-delà des apparences».

Dans cette affaire la Cour conclut à l'unanimité à la non-violation de l'article 6§1. La question était de savoir si la présence d'un membre du ministère public de la Cour de cassation au délibéré était compatible à l'égalité des armes et donc à l'article 6.

En l'espèce l'avocat général Dumon avait en effet assisté à ces délibérations après avoir présenté ses conclusions à l'audience en vertu de l'article 39 d'un arrêté du Prince souverain du 15 mars 1815 aux termes duquel « *en matière de cassation le ministère public a le droit d'assister à la délibération lorsqu'elle n'a pas lieu à l'instant et dans la même salle d'audience, mais il n'a pas voix délibérative* ». La Commission et le gouvernement belge se plaçaient essentiellement sur le terrain de l'égalité des armes. Quant à elle la Cour examine le problème à la lumière de l'ensemble de l'article 6§1 car « *le principe de l'égalité des armes n'épuise pas le contenu de ce paragraphe, il ne constitue qu'un aspect de la notion plus large de procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial.* »

L'adage « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* » permettait, en l'espèce, de douter que le système litigieux soit très heureux. Cependant ces hésitations quant aux bienfaits du système ne suffisaient pas à établir l'existence d'une atteinte au droit à un procès équitable. En regardant « au-delà des apparences », la Cour n'a entrevu aucune réalité contraire à ce droit.

La Cour s'empressait alors d'affirmer l'entière indépendance dont jouissait le parquet de cassation. Elle précisait que le parquet de cassation n'est pas « *l'adversaire virtuel des accusés et prévenus même quand il conclut devant la Cour au rejet de leurs prétentions.* »

Cette analyse de la Cour est intéressante à plusieurs titres. Elle est non seulement objective et réaliste mais en outre, elle semble pouvoir s'adapter au contexte dans lequel se trouve aujourd'hui le commissaire du gouvernement. L'analyse précise de l'approche de la Cour dans cet arrêt *Delcourt* met bien en perspective l'approche toute différente et pour le moins critiquable de la Cour dans l'arrêt *Kress*.

Dans l'arrêt de 1970 la Cour énonçait clairement qu' « *un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse. Un examen attentif de la législation litigieuse telle qu'elle est appliquée dans la pratique, ne révèle aucun résultat de ce genre. Le ministère public de la Cour de cassation est en somme un auxiliaire et un conseiller de la Cour ; il exerce une fonction parajudiciaire. Par les avis qu'il exprime en son âme et conscience, il aide la Cour à contrôler la légalité des décisions attaquées et à assurer l'unité de la jurisprudence.* »

La Cour prend également en considération le fait que le système litigieux remonte à plus d'un siècle et demi : certes, l'ancienneté d'une norme juridique interne ne saurait justifier un manquement aux exigences du droit international, mais elle peut éventuellement étayer l'opinion que pareil manquement n'existe pas. En l'espèce la Cour conclut que tel est le cas.

Dans l'arrêt *Kress* la Cour prenait également en considération la dimension historique de l'institution du commissaire du gouvernement.

Un élément intéressant se référant implicitement à la souveraineté des Etats mérite d'être relevé : il s'agit de la reconnaissance et de l'acceptation par un Etat de l'une de ses institutions. En l'occurrence, la Cour relève qu'un parlement issu d'élections libres a délibérément décidé de maintenir le système concernant l'avocat général. Il est dit également que l'opportunité et l'équité de la règle n'ont jamais été discutées par le barreau et l'opinion publique belge.

Il paraît en effet essentiel de prendre en considération un consensus populaire. La Cour ajoute que ce large consensus ne se comprendrait guère si l'on doutait, en Belgique, de l'indépendance et de l'impartialité des hommes qui oeuvrent au sein du parquet de cassation, si l'on contestait la valeur de leur apport à la jurisprudence de la Cour suprême ou si leur participation au délibéré des magistrats du siège passait pour avoir ouvert la porte, fût-ce dans une seule affaire, à des injustices ou à des abus.

L'arrêt *Delcourt* énonçait ainsi que « *l'avocat général ne pouvait pas être considéré comme une partie adverse* ».

Le fait que cette solution ait été prise à l'unanimité révèle un large consensus. L'arrêt fut d'ailleurs reçu par la majorité des commentateurs de l'époque avec une grande satisfaction.

Le revirement de jurisprudence concernant les pratiques de l'avocat général près la Cour de cassation de Belgique s'opéra quelque vingt ans plus tard mettant à mal l'interprétation de la théorie des apparences choisie à l'époque par la Cour. L'arrêt *Borgers* du 30 octobre 1991

consacre une approche relative « *aux apparences* » beaucoup plus répressive. C'est ainsi qu'au nom des apparences, la Belgique a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>119</sup>. Il est frappant de constater que les faits étaient comparables à ceux de l'arrêt *Delcourt* et que, néanmoins, la Cour a modifié radicalement son interprétation.

Cette fois elle a considéré que le système en vigueur en Belgique, selon lequel le ministère public doit prendre la parole en dernier lors de l'audience et participer au délibéré, était contraire au principe de l'égalité des armes. Son raisonnement s'est appuyé d'abord sur la considération selon laquelle, la notion de procès équitable « *a connu dans la jurisprudence de la Cour une évolution des plus notables*<sup>120</sup>, marquée en particulier par l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice»<sup>121</sup>. Ensuite la Cour a jugé que « *sans remettre en cause l'indépendance ou l'impartialité de l'avocat général, l'opinion de ce dernier ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties à l'instance en cassation : en recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi d'un accusé, le magistrat du ministère public en devient l'allié ou l'adversaire objectif* » (§26).

La Cour conclut alors en l'espèce à une violation de l'article 6§1 de la Convention.

Dès 1991, le paradoxe du raisonnement de la Cour paraît évident. D'un côté elle ne conteste pas l'indépendance et l'impartialité de la Cour de cassation belge et de son parquet, de l'autre elle estime que l'objectivité avec laquelle le parquet remplit sa mission ne constitue pas une garantie suffisante, dès lors que son opinion ne peut passer pour neutre du point de vue des parties. Aussi a-t-elle conclu à une violation de l'article 6§1<sup>122</sup>. Cet arrêt *Borgers* avait à l'époque suscité un vif émoi dans le monde judiciaire belge.

La théorie des apparences a par la suite implicitement justifié l'extension de cette jurisprudence qui devait se révéler de plus en plus menaçante pour les ministères publics

---

<sup>119</sup> De 1970 à 1991, plusieurs avis et décisions de la Commission avaient laissé pressentir une évolution de la jurisprudence de la Cour, notamment : Commission, déc. du 15 juillet 1986, *Bricmont c/ Belgique*, req. n°10857/84 ou encore Commission, déc. du 9 décembre 1986, *Kaufman c/ Belgique*, req. n°10938/84

<sup>120</sup> Dans son opinion dissidente, le juge Martens faisait très judicieusement remarquer «*qu'a en croire la Cour, il y aurait eu depuis l'arrêt Delcourt une évolution de la société qui justifierait un renversement de jurisprudence. Or des allégations aussi générales exigent un fondement solide en fait. Si dans plusieurs Etats membres les praticiens du droit témoignent sans nul doute d'une conscience accrue des possibilités offertes par la Convention, on ne saurait parler pour autant d'une évolution de la société de nature à entraîner et à justifier des changements dans la jurisprudence de la Cour!*»

<sup>121</sup> CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers*. (§24)

<sup>122</sup> Solution confirmée par CEDH, 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*.

européens<sup>123</sup>. Alors que l'on croyait le raisonnement de l'arrêt *Borgers* limité à la seule matière pénale, la Cour, dans l'arrêt *Vermeulen* du 20 février 1996, l'étend au procès civil<sup>124</sup>.

Ajoutons que c'est aussi sur le fondement de la théorie des apparences que la Cour de Strasbourg a constaté dans les affaires *Borgers* et *Vermeulen*, ainsi que dans l'affaire *Lobo Machado*, que la participation du ministère public au délibéré de la Cour de cassation avec voix consultative renforçait la méconnaissance du droit à un procès équitable.

L'argumentation de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la participation du commissaire du gouvernement au délibéré sera, dans l'arrêt *Kress*, sensiblement identique à celle de l'arrêt *Borgers*.

## **§2 : La soumission du commissaire du gouvernement à la théorie des apparences**

### **A. La condamnation par la Cour de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré**

Si l'on se réfère à la description de la mission du commissaire du gouvernement donnée par le gouvernement français à l'appui du recours devant la Cour européenne, on en déduit que sa fonction ne se distingue pas de celle d'un juge rapporteur, sauf qu'il s'exprime publiquement et ne vote pas. Le gouvernement français précise à cet égard que le commissaire du gouvernement est un juge à part entière et que rien ne doit l'empêcher de participer au délibéré ni même d'ailleurs d'y voter. S'il ne vote pas, c'est en raison de la règle du secret du délibéré qui s'oppose à ce que soit connue à l'extérieur de la juridiction l'opinion individuelle d'un juge qui a concouru par son vote à la formation de la décision collégiale.

La Cour n'a pas voulu sous le prétexte de la spécificité fonctionnelle du commissaire du gouvernement s'écarter de sa jurisprudence traditionnelle, rappelant de manière un peu ironique que depuis l'arrêt *Borgers* tous les gouvernements se sont attachés à démontrer que dans leur système juridique leurs avocats généraux ou leurs procureurs généraux étaient

---

<sup>123</sup> BENOIT-ROHMER (F.), Conseil d'Etat et Cour de Cassation contre Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence possible des arrêts *Vermeulen* et *Lobo Machado* de la Cour européenne des droits de l'homme sur la procédure contentieuse française, RTDE. 1997. 377 et s.

différents, tant du point de vue organique que fonctionnel, du procureur général belge mis en cause dans l'affaire Borgers ou Vermeulen. Elle insiste aussi sur le fait que « *la seule circonstance que la juridiction administrative, et le commissaire du gouvernement en particulier, existent depuis plus d'un siècle et fonctionnent, selon le gouvernement, à la satisfaction de tous, ne saurait justifier un manquement aux règles actuelles du droit européen* ». La Cour rappelle que « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle et des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques. » (§70)

### 1. Le sentiment du justiciable

Par la suite la Cour réplique à l'argumentation française par un argument dont la logique est imparable : « *La Cour estime qu'en lui interdisant de voter, au nom de la règle du secret du délibéré, le droit interne affaiblit sensiblement la thèse du gouvernement selon laquelle le commissaire du gouvernement est un véritable juge, car un juge ne saurait, sauf à se déporter, s'abstenir de voter. Par ailleurs, il serait difficile d'admettre qu'une partie des juges puisse exprimer publiquement leur opinion et l'autre seulement dans le secret du délibéré* »<sup>125</sup>.

En considérant que le commissaire du gouvernement est un membre de la juridiction mais non de la formation de jugement, la Cour européenne rejoint somme toute assez largement la doctrine qui voit dans le commissaire du gouvernement non un juge mais plutôt un «jurisconsulte» qui exprime son opinion personnelle. Cette appréciation de la Cour paraît donc logique.

En revanche, s'interrogeant sur le sens de la participation du commissaire au délibéré, la Cour européenne fait entrer en jeu « la théorie des apparences ». L'argumentation de l'arrêt perd alors toute logique. Il est d'ailleurs regrettable que la Cour européenne des droits de

---

<sup>124</sup> Pour une extension de la jurisprudence Vermeulen à d'autres procédures civiles, CEDH, 20 février 1996, Lobo Machado c/ Portugal ; CEDH 27 mars 1998, K.D.B c/ Pays-Bas.

<sup>125</sup> Cet argument semble devoir être réfuté à la lecture de l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Wildhaber, Costa, Pastor Ridruejo, Kuris, Birsan, Botoucharova et Ugrekheldze : « la majorité de la Cour critique au §79 la participation du commissaire du gouvernement au délibéré sans qu'il y vote. Cet argument nous semble paradoxal. Suffirait-il vraiment qu'un changement de texte dispose que le commissaire du gouvernement vote sur le projet d'arrêt pour que sa participation au délibéré soit absoute ?

Ensuite la dernière phrase du § 79 vient affirmer que tous les juges doivent exprimer publiquement leur opinion ou aucun d'entre eux. Mais cette pétition de principe ne repose sur aucun précédent de notre Cour et n'est fondée sur aucun argument d'autorité. C'est une pure et simple affirmation qui ne saurait guère convaincre.»

l'homme n'ait pas entendu l'un des siens, le juge De Meyer, l'invitant à ne pas « *se gargariser d'apparences* » mais à « *simplement prendre en considération les réalités de la procédure, à la lumière de ce que peut nous enseigner le bon sens* »<sup>126</sup>.

Par son arrêt *Kress*, le juge européen revient en effet aux errements de sa décision *Borgers*. Dans l'arrêt *Kress*, la Cour apprécie également à l'aune des seules « apparences » la participation du commissaire du gouvernement au délibéré et ne va pas rechercher derrière les apparences ou au-delà d'elles comme l'y invitait l'arrêt *Delcourt* la réalité de la situation juridique. Pour ce faire, la Cour s'arrête aux « apparences » et retient un critère subjectif de l'équité du procès, qui réside dans le « *le sentiment d'inégalité* » qu'un plaideur peut éprouver quand le commissaire du gouvernement, qui a conclu dans un sens défavorable à ses prétentions, se retire avec les juges pour délibérer (§81). Ce faisant, le juge européen s'attache nécessairement, au contenu effectif des conclusions prononcées par le commissaire du gouvernement : ce dernier, selon la Cour, en recommandant le rejet ou l'acceptation des moyens présentés par l'une des parties, en devient « *l'allié ou l'adversaire objectif* » (§81-82).

Ce raisonnement est pour le moins paradoxal. Il est singulièrement contradictoire de dire à la fois que l'on ne doute pas de l'indépendance et de l'impartialité du commissaire du gouvernement (§71) et que celui-ci, au seul prétexte qu'il propose une solution dans un sens donné, est l'adversaire objectif du plaideur.

Le raisonnement de la Cour, repris de l'arrêt *Borgers* (§26), consiste à distinguer objectivité et neutralité pour considérer que l'opinion du commissaire du gouvernement, malgré son statut et l'objectivité avec laquelle il s'acquitte de ses fonctions, « *ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties* ».

Il n'est pas très rationnel d'imaginer un commissaire du gouvernement qui change d'apparence en fonction du sens de ses conclusions. En paraphrasant l'arrêt *Delcourt*, on peut affirmer que « *nul ne songerait sérieusement à soutenir qu'il se mue en adversaire d'un plaideur avec l'argumentation duquel ses propres conclusions ne concordent pas* » (§33).

Il est certes compréhensible que le plaideur puisse penser autrement et ressentir une certaine frustration, mais il aurait été préférable que la Cour ne s'en remette pas au point de

---

<sup>126</sup> Opinion dissidente jointe à l'arrêt *Bulut*, 22 février 1996, p. 346.

vue nécessairement partial et subjectif du justiciable pour scruter les garanties du procès équitable<sup>127</sup>. L'exigence d'une justice « *qui se donne à voir* » est essentielle, mais on ne saurait organiser un système juridictionnel en fonction des seules apparences et « *il est aussi de l'essence de la justice de dépasser les apparences* »<sup>128</sup>.

## 2. La rupture présumée de l'égalité des armes.

En reprenant en l'espèce la figure contestable de « *l'allié ou adversaire objectif* », la Cour européenne se place nécessairement sur le terrain de l'égalité des armes. Cela affecte l'arrêt Kress d'une insurmontable contradiction. Le retour du principe de l'égalité des armes place l'arrêt Kress en total porte-à-faux : comment la Cour peut-elle en effet soutenir que, lorsqu'il prononce ses conclusions et en dévoile le sens, le commissaire du gouvernement ne met pas en jeu l'égalité des armes, mais qu'il en va autrement à partir du moment où il assiste au délibéré ?

Le recours aux apparences est ici le masque de l'« à peu près » du raisonnement juridique. Il paraît discutable que la « théorie des apparences » ait eu une place quelconque à jouer dans cette affaire. Utilisée principalement en matière d'impartialité, cette théorie ne joue, en effet, que si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées. En l'occurrence, les craintes de Mme Kress d'une rupture de l'égalité des armes – c'est-à-dire d'avoir été placée injustement dans une situation désavantageuse – ne sauraient être objectivement justifiées puisque la Cour elle-même considère que les conclusions du commissaire du gouvernement, quels que soient leur sens et leur contenu, ne peuvent porter atteinte au principe de l'égalité des armes (§73).

Il est ensuite singulièrement contradictoire d'affirmer que sa présence au délibéré offre « en apparence » au commissaire du gouvernement l'occasion supplémentaire d'appuyer ses conclusions en chambre du conseil (§82-85) et d'« *exercer une certaine influence sur l'issue du délibéré* ». Cette affirmation est d'autant plus gênante que la Cour présume ainsi que le

---

<sup>127</sup> La majorité de la Cour fait référence aux notes en délibéré, au fait que le justiciable est prémuni contre le risque que le commissaire du gouvernement invoque un moyen qui n'aurait pas été soulevé par les parties (§76) ; elle en déduit que le justiciable devrait pouvoir jouir de garanties analogues quant au délibéré. Mais que cela signifie-t-il ? Comme le font remarquer les juges dans leur opinion dissidente, faudrait-il que l'avocat de la partie privée ou le représentant de l'administration en litige avec elle ou les deux à la fois assiste aussi au délibéré ? Ils y seraient muets et passifs comme l'est le commissaire du gouvernement mais leur présence neutraliserait la sienne ? Imaginer ces hypothèses, c'est démontrer leur irréalisme. Cet argument est donc ingénieux mais artificiel ».

<sup>128</sup> RUIZ-FABRI (H.), Egalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in LAMBERT (T.), Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?, Economica 1999, p. 61

commissaire du gouvernement « intervient » lors du délibéré, alors qu'il est normalement de principe qu'il reste silencieux.

La Cour considère en l'espèce que la participation du commissaire du gouvernement au délibéré constitue une rupture présumée de l'égalité des armes et que les exigences inhérentes au caractère équitable de la procédure ne sont pas respectées. La Cour conclut donc à la violation de l'article 6§1.

## B. Un recours trop fréquent au principe de l'égalité des armes et à la théorie des apparences

Il convient d'étudier quelles sont les critiques apportées à cette vision de la majorité de la Cour. L'intérêt majeur est de constater que ces dernières proviennent avant toute chose de la Cour elle-même, au travers de l'opinion de quelques juges.

### 1. l'opinion dissidente des juges

Cette opinion est d'autant plus précieuse qu'elle est publiée et qu'ainsi elle se sait. Rappelons que dans la plupart des pays européens le secret du délibéré interdit qu'un juge fasse connaître en dehors de la « chambre du conseil » une quelconque opinion dissidente.

L'argument principal de la Cour est fondé sur la théorie des apparences. Selon cette théorie, il doit être visible que la justice soit rendue impartialement.<sup>129</sup> L'opinion dissidente des sept juges cités plus haut mérite, par la pertinence de l'argumentation qu'on la reprenne dans son intégralité : « *Beaucoup d'auteurs et même d'éminents juges de cette Cour, ont écrit que la théorie des apparences, qui n'est du reste pas admise au même degré par l'ensemble des cultures juridiques représentées au Conseil de l'Europe, a été dans le passé poussée beaucoup trop loin, que ce soit vis-à-vis des Cour de cassation belge ou française, de la Cour suprême du Portugal ou des Pays-Bas. Malgré ces critiques la majorité va encore plus loin. Il n'est pas logique que la même requérante, qui ne met nullement en doute l'impartialité subjective d'un magistrat et son indépendance (§78), puisse être fondée à « éprouver un sentiment d'inégalité » à le voir « se retirer avec les juges de la formation de*

---

<sup>129</sup> Or rappelons à ce sujet que ni la requérante ni la Cour elle-même n'ont jamais mis en doute l'indépendance et l'impartialité du commissaire du gouvernement, ni d'ailleurs d'institutions analogues auprès de Cours

*jugement afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil » (§81). Ce n'est pas seulement illogique : c'est critiquable, car tout justiciable averti, et en tout cas tout avocat informé sait que la participation au délibéré de quelqu'un qui a exprimé publiquement son *opinio juris* ne va pas, par sa simple présence, alourdir le poids de cette opinion sur les juges qui doit délibérer et voter. Ou alors c'est faire injure à ces derniers en leur imputant un manque d'indépendance et d'impartialité.*

*En admettant même que la théorie des apparences puisse trouver du crédit, faut-il qu'en son nom une juridiction européenne, dans un système basé sur la subsidiarité et sur le respect des juridictions nationales viennent égratigner une institution qui fonctionne depuis plus d'un siècle et demi, à la satisfaction générale, qui joue un rôle essentiel dans un Etat de droit et qui a considérablement œuvré en faveur de la justice et des droits de l'homme ( §41, 46, 47 et 69 à 71). Et n'atteint-on pas ici ou ne dépasse-t-on pas les limites du contrôle européen par rapport aux spécificités nationales qui sont légitimes pourvu qu'elles remplissent leur obligation de résultat par rapport aux exigences conventionnelles ? Selon l'avis des juges, humble mais ferme, la Cour est dans ce domaine allée déjà très loin dans le passé. »*

## 2. Critiques de la Cour.

L'arrêt *Kress* ajoute à la confusion de la jurisprudence européenne. Par son usage inconsidéré de la théorie des apparences en matière d'égalité des armes, l'arrêt *Kress* accroît singulièrement cette confusion. Seuls quatre arrêts se sont à la fois prononcés sur la question de la non communication des conclusions du « ministère public » et sur celle de sa participation au délibéré de la formation de jugement. L'arrêt *Borgers* est excessif dans son usage des apparences mais cohérent : le juge européen examine en effet les deux griefs du requérant sous l'angle de l'égalité des armes et conclut, pour les deux griefs, à la violation du principe de l'égalité des armes. Ne se référant plus à la « théorie des apparences » telle qu'elle avait été énoncée dans la décision *Borgers*, les arrêts *Vemeulen* et *Lobo Machado* quittent le terrain de l'égalité des armes et se fondent sur le droit à une procédure contradictoire pour examiner les deux griefs : là encore, la démarche est cohérente.

L'arrêt *Kress*, quant à lui, est à la fois excessif et incohérent puisque la Cour, après avoir écarté le principe de l'égalité des armes et s'être située sur le terrain du principe contradictoire pour connaître du premier grief, examine ensuite le second grief par référence au principe de

---

suprêmes, comme l'arrêt le dit aux §71, 79 et 82 et le constate très nettement au §73 : « aucun manquement à l'égalité des armes ne se trouve établi. »

l'égalité des armes et au vu des « apparences ». On peut se demander quelle est la logique d'une telle jurisprudence.

Il serait éminemment souhaitable que la Cour européenne stabilise les fondements de sa jurisprudence relative à des institutions – ministère public près la Cour de Cassation, commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat – qui, pour insolites qu'elles puissent paraître, correspondent à des traditions qui ont fait leurs preuves dans le droit national.

Rappelons que la Cour européenne a pour fonction d'harmoniser, et non d'uniformiser, les régimes juridiques nationaux autour du standard minimum que représente la Convention<sup>130</sup>. Il lui appartient ainsi de veiller au respect des principes fondamentaux du procès équitable sans pour autant gommer les particularismes des droits internes si ces derniers sont compatibles avec ces principes. Il est vrai qu'en l'espèce dans l'arrêt *Kress*, la Cour s'est montrée plus soucieuse de protéger l'apparence du procès équitable que sa réalité. Sans aller jusqu'à l'excessive proposition lancée par quelques-uns de supprimer la Cour européenne des droits de l'homme<sup>131</sup>, il convient d'admettre qu'il n'est guère acceptable que la Cour européenne, «*navigant elle-même a vue* »<sup>132</sup> comme en témoigne l'arrêt *Kress*, attribue des défauts apparents à des systèmes judiciaires dont elle ne démontre pas avec clarté et rigueur qu'ils sont contraires aux principes du procès équitable. Sans doute la Cour n'a-t-elle pas été suffisamment prudente.

Comme le faisait remarquer dès 1991 le juge Martens dans son opinion dissidente à l'arrêt *Borgers* : « La prudence se recommande en la matière car la Cour se trouve confrontée à divers systèmes de procédure. Ceux à qui une institution donnée est complètement étrangère peuvent être plus facilement enclins à la juger incompatible avec les exigences d'un procès équitable que ceux à qui elle est familière. Le risque existe que les premiers soient plus prompts à considérer comme un problème touchant à la notion de procès équitable –c'est-à-dire relatif à des principes de base – ce qui pour les seconds est simplement une question d'opportunité procédurale n'ayant rien à voir avec le concept de procès équitable. »

Ces dangers requièrent d'autant plus de précaution que le constat selon lequel une procédure nationale viole les exigences d'un procès équitable est sévère. Voilà pourquoi il doit être plausible et se fonder sur des motifs convaincants même pour ceux qui connaissent

<sup>130</sup> voir en ce sens l'opinion dissidente du juge Martens sous l'arrêt *Borgers*

<sup>131</sup> HAIM (V.), « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz* 2001, p. 2988

bien les traditions procédurales de l'Etat défendeur. C'est indispensable pour la crédibilité de la Cour et l'acceptabilité de sa décision dans les Etats concernés.

En effet pour respecter scrupuleusement l'arrêt de la Cour, le Conseil d'Etat doit tirer les conséquences de la décision et décider que le commissaire du gouvernement ne doit plus assister au délibéré. Le législateur devra faire acte de ce changement en modifiant l'article L.7 du code de la justice administrative pour préciser que le commissaire du gouvernement ne peut plus faire partie de la formation de jugement et par conséquent ne plus assister au délibéré.

Cette condamnation par la Cour de la pratique administrative française a bien entendu été mal acceptée par la Haute juridiction française et a fait l'objet de critiques acerbes, d'autant que l'arrêt, comme on l'a dit, manque d'une ligne méthodologique cohérente et convaincante. D'aucuns se consolent de ce que l'application de la solution consacrée par la Cour européenne ne modifie qu'à « la marge » le déroulement du « procès administratif » puisque le statut des conclusions est préservé.

Néanmoins, malgré la prise en considération par la Cour de la dimension historique de l'institution du commissaire du gouvernement, cette condamnation, au nom de la théorie des apparences, remet tout de même en cause dans son principe les qualités reconnues depuis la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle à ce dernier.

Les qualités du juge inhérentes à la formation de sa conviction, décrites par R. Latournerie dans son article sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat<sup>133</sup>, s'appliquent à merveille au commissaire du gouvernement : *« il existe une sorte de discernement d'une évidence de nature spéciale, qui paraît bien présenter quelque parenté avec le sens moral. Tout relève de la conscience du juge. La qualité même d'une juridiction et de la justice qu'elle rend dépend pour une large part des exigences mêmes de cette conscience. Il n'est pas seulement assisté et soutenu dans sa lourde tâche par cet affinement du tact juridique qu'une formation plus que centenaire a développé dans son sein et aussi par les ouvertures que les activités de ses membres et les particularités de ses structures lui ouvrent à la fois sur le passé et sur l'avenir. Il a mis aussi, de tout temps, son honneur dans une absolue dignité, qui, quoique dépourvu de toute raideur intransigeante ne s'accommode d'aucun à peu près envers les justiciables ni envers lui-même. Agent de l'Etat, en aucun cas il n'oublie que sa loi*

---

<sup>132</sup> AUTIN (J.L.), SUDRE (F.), « L'arrêt Kress, juridiquement fragile, stratégiquement correct », *RFDA* 2001, p. 1000

<sup>133</sup> LATOURNERIE (R.), *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, Livre jubilaire

*suprême est de s'élever au point même où ses devoirs se confondent avec ceux de la justice due à tous, même s'il le fait contre l'Etat. Son impartialité constante n'est nourrie ni d'une impossible indifférence ni d'un inhumain détachement. Elle place sa propre confiance en elle dans l'acceptation même d'une mission assez haute pour élever, quand il le faut les hommes jusqu'au-dessus d'eux-mêmes».*

## BIBLIOGRAPHIE

### Manuels et ouvrages :

- AUBY (J.-M.), DRAGO ( R.), *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1984.
- CHAPUS ( R.), *Droit du contentieux administratif*, 8<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 1999
- CORMENIN (L.), *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction pour notre monarchie constitutionnelle*, 1818.
- KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, Paris, 1981
- LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, 1989.
- ODENT (R.), *Cours de contentieux administratif*, 1982, Les cours du droit.
- SERRIGNY, *Traité d'organisation de la compétence et de la procédure en matière administrative*, 1842.

### Thèses:

- RAYNAUD ( N.), *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat*, LGDJ, 1996

### Articles :

- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2001, p.1188.
- ANDRIANTTSIMBAZOVINA (J.), « Le modèle juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme et la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue des affaires européennes*, 2000, p. 410.
- AUTIN (J.-L.), SUDRE (F.), « Juridiquement fragile, stratégiquement correct », *RFDA*, 2001, p. 1000.

- BENOIT-ROHMER (F.), « Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat, l'avocat général auprès de la Cour de justice des communautés européennes et le droit à un procès équitable », *RTDE*, 2001, p.727.
- BONICHOT (J.-C.), « Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention européenne des droits de l'homme », *La semaine juridique*, 1998, p. 1945.
- CHABANOL (D.), « Le contradictoire et le commissaire du gouvernement », *RFDA*, 2001, p. 327.
- CHABANOL (D.), « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? », *AJDA*, 2002, p. 9.
- DEGUERGUE (M.), « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Droits*, 1994, p. 125.
- GENEVOIS (B.), « Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable », *RFDA*, 1993, p. 990.
- GERARDIN-SELLIER (N.), « La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2001, p. 961.
- HAIM (V.), « Le commissaire du gouvernement et le respect du contradictoire », *Dalloz*, 1999, p.201.
- HAIM (V.), « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2001, p. 2988.
- HUON DE KERMADEC (J.-M.), « Réflexions sur les conclusions contraires du commissaire de gouvernement près du Conseil d'Etat », *RDP*, 1997, p.1069.
- JEAN-PIERRE (D.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le principe de l'égalité des armes », *Revue de la recherche juridique*, 1993, p. 489.
- MAUBERNARD (C.), « L'arrêt Kress c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme : le rôle du commissaire du gouvernement près du Conseil d'Etat, à la lumière de la théorie des apparences », *RDP*, 2001, p. 895.
- PRETOT (X.), « Le commissaire du gouvernement et le droit au procès : dernier sursis avant exécution », *RDP*, 2001, p. 993.
- STAHL (J.H.), « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Revue administrative*, n° spécial, 1997, p.36.

## TABLE DES MATIERES

<b><u>INTRODUCTION</u></b> .....	1
<b><u>CHAPITRE I : LE STATUT DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT</u></b> .....	16
<b><u>SECTION 1 L'INDEPENDANCE ET L'IMPARTIALITE DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT PRES LE CONSEIL D'ETAT.</u></b> .....	17
<u>§1 : L'indépendance du commissaire du gouvernement</u> .....	17
A. Un statut organique spécifique .....	17
B. Les conclusions du commissaire du gouvernement .....	22
<u>§ 2 : L'impartialité du commissaire du gouvernement</u> .....	27
A. La position particulière du commissaire du gouvernement ou l'élément subjectif de son impartialité .....	27
B. l'autonomie fonctionnelle du commissaire du gouvernement ou l'élément objectif de son impartialité .....	30
<b><u>SECTION 2 : LE VERITABLE STATUT DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT EN QUESTION</u></b> .....	34
<u>§1 : Le commissaire du gouvernement est-il un véritable juge ?</u> .....	34
A. La jurisprudence Esclatine du Conseil d'Etat .....	35
B. Comparaison du commissaire du gouvernement et de l'avocat général près la Cour de justice des communautés européennes .....	39
<u>§ 2 : Quelle alternative pour le commissaire du gouvernement ?</u> .....	44
A. l'éventualité de la qualité de <i>partie</i> à l'instance du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat .....	44
B. L'originalité du commissaire du gouvernement : une institution <i>sui generis</i> ? .....	46
<b><u>CHAPITRE II</u></b> .....	48
<b><u>LA SOUMISSION DE L'INSTITUTION DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT AU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE ET DE L'EGALITE DES ARMES</u></b> .....	48
<b><u>SECTION 1 : Le principe du contradictoire</u></b> .....	49
<u>§1 : Les conclusions du commissaire du gouvernement et le principe du contradictoire</u> .....	49
A. La position française .....	49
B. La position européenne .....	52
<u>§ 2 : Validation par la Cour de la pratique administrative française des conclusions.</u> .....	55
A. Respect du principe du contradictoire et non violation de l'article 6§1 : des garanties pratiques illusoire .....	56

<u>B. Les différents degrés d'exigences relatifs au principe du contradictoire</u> .....	59
<b><u>Section 2 : le principe de l'égalité des armes</u></b> .....	63
<u>§1 : la spécificité du principe de l'égalité des armes</u> .....	63
<u>A. Le fondement du principe</u> .....	63
<u>B. Implications de ce principe : la jurisprudence pertinente de la Cour européenne</u>	65
<u>§2 : La soumission du commissaire du gouvernement à la théorie des apparences</u> .....	70
<u>A. La condamnation par la Cour de la participation du commissaire du</u> <u>gouvernement au délibéré</u> .....	70
<u>B. Un recours trop fréquent au principe de l'égalité des armes et à la théorie des</u> <u>apparences</u> .....	74
<b><u>BIBLIOGRAPHIE</u></b> .....	78
<u>TABLE DES MATIERES</u> .....	80