



HAL
open science

Le Conseil d'Etat sous Vichy et le Consiglio di Stato sous le fascisme

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le Conseil d'Etat sous Vichy et le Consiglio di Stato sous le fascisme. Le droit administratif en mutation, Presses Universitaires de France, pp.51-95, 1993, Publications du CURAPP, 978-2130459460. hal-01670223

HAL Id: hal-01670223

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01670223v1>

Submitted on 22 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE CONSEIL D'ÉTAT SOUS VICHY ET LE CONSIGLIO DI STATO SOUS LE FASCISME

ÉLÉMENTS POUR UNE COMPARAISON*

PAR

Danièle LOCHAK

Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre

On ne peut comparer que ce qui est comparable : ce n'est pas là un simple constat de bon sens à la limite de la tautologie, mais un véritable précepte méthodologique, qui conduit à s'interroger avant toute chose sur la possibilité et l'intérêt même d'un parallèle entre le Conseil d'Etat français sous le régime de Vichy et le Consiglio di Stato italien sous le régime fasciste. A première vue, la comparaison semble s'imposer d'elle-même, s'agissant de deux institutions aussi proches, sous deux régimes autoritaires plus ou moins contemporains l'un de l'autre. Des précautions n'en sont pas moins nécessaires à partir du moment où l'on entend tirer des enseignements d'un tel parallèle : parce que le Consiglio di Stato en 1922 n'est pas le Conseil d'Etat en 1940, et parce qu'entre Vichy et le régime mussolinien les différences sont au moins aussi importantes que les ressemblances.

1) Entre le Conseil d'Etat et le Consiglio di Stato, la filiation est plus apparente que réelle, dans la mesure où l'influence française, et plus précisément napoléonienne, a été à plusieurs reprises clairement récusée. C'est de 1831, par exemple, qu'est datée la naissance officielle de l'institution - dont le centenaire sera célébré avec une certaine solennité en présence de Mussolini en 1931 - et non de 1805. Ensuite, la première grande loi italienne sur la justice administrative, la loi du 20 mars 1865, dite d'abolition du contentieux admi-

* Cette étude a été réalisée dans le cadre d'une recherche comparative sur les Conseils d'Etat français et italien coordonnée par Yves Mény. Les contributions rassemblées paraîtront en 1993 en italien aux éditions Il Mulino.

nistratif, prend le contrepied exact du système français, puisqu'elle confie au juge judiciaire la connaissance des litiges administratifs - sans lui donner toutefois la faculté d'annuler les actes administratifs - et ne laisse au Consiglio di Stato que des compétences consultatives. Par la suite, il est vrai, les choses évoluent en sens inverse : la loi du 31 mars 1889 crée au sein du Consiglio di Stato une quatrième section, qui a le pouvoir d'annuler les actes administratifs pour incompétence, violation de la loi ou excès de pouvoir ; et cette quatrième section, considérée au départ comme un organe de nature administrative, se verra reconnaître par la loi du 7 mars 1907, comme la cinquième section nouvellement créée, une nature juridictionnelle. Bien que l'un et l'autre se soient développés à partir de prémisses différentes et même inverses, le système italien présente donc au début du XX^e siècle de nombreuses analogies avec le système français : dualité de juridictions, justice déléguée, et attribution au Conseil d'Etat d'une double fonction juridictionnelle et consultative.

Reste qu'en 1922, le système dualiste est consacré en Italie depuis trop peu de temps pour être entièrement stabilisé. La situation du Consiglio di Stato est donc à cet égard très différente de celle du Conseil d'Etat français en 1940, dont la place parmi les institutions politico-administratives et le rôle contentieux sont à cette époque depuis longtemps consolidés. On conçoit donc que le premier ait été plus marqué par le régime fasciste que le second par l'épisode de Vichy - surtout si l'on considère que la durée de vie des deux régimes a été très inégale.

2) Les remarques que l'on vient de faire à propos du Consiglio di Stato valent plus encore pour le système politique pris dans son ensemble. Lorsque Mussolini arrive au pouvoir, ni l'Etat, ni la démocratie ne sont véritablement consolidés en Italie : l'unité réalisée entre 1859 et 1870 n'a pas permis une réelle intégration économique du Mezzogiorno, laissant subsister, à côté d'un secteur capitaliste moderne en plein développement, des structures économiques archaïques, et contribuant ainsi à élargir le fossé séparant les deux Italies ; la constitution démocratique accordée au Piémont par le roi Charles-Albert en 1848 et étendue au royaume d'Italie en 1861 a de son côté laissé la réalité du pouvoir à une oligarchie étroite, en dépit de l'extension du droit de suffrage en 1912 et des efforts de Giolitti pour faire participer les masses à la vie politique. A tel point que l'avènement du fascisme apparaît d'une certaine façon comme la conséquence de l'incapacité de la classe dirigeante, mais aussi du mouvement socialiste tiraillé entre son courant réformiste et son courant maximaliste, à résoudre le problème de l'intégration des masses à l'Etat¹.

On ne veut pas dire par là que le fascisme était inéluctable, mais seulement rappeler qu'il apparaît dans une conjoncture historique spécifique, qu'il n'est pas un simple épiphénomène, non plus qu'une parenthèse dans l'histoire de l'Italie. De fait, après s'être emparé du pouvoir dans un climat et dans un

1. Voir Milza (P.), Berstein (S.), *Le fascisme italien 1919-1945*, Le Seuil, Points-Histoire, 1980, p. 35.

contexte de crise - politique, sociale, économique - exacerbée par les difficultés de l'après-guerre, le fascisme s'installe dans la durée : entre 1922 et 1945, ce sont plus de vingt années qui s'écoulent - l'espace d'une génération -, marquées par la fascisation progressive de l'Etat et de la société, puis à partir de 1938 par l'alignement sur le modèle hitlérien, le raidissement du totalitarisme, et l'adoption des lois "pour la protection de la race", mais marquées aussi par des réformes de structures profondes et durables.

La thèse du "fascisme-parenthèse" prend appui sur la mise en évidence des discontinuités et des moments de fracture : entre la monarchie constitutionnelle et le fascisme, puis entre le fascisme et le régime républicain qui lui a succédé ; or ces discontinuités et ces fractures, évidentes si l'on se place sur le plan politique et idéologique, le sont beaucoup moins lorsqu'on envisage l'évolution des institutions étatiques et administratives. Force est en effet de constater que subsistent, de la période fasciste, un nombre considérable de textes et d'institutions. Car si une partie de la production normative des années 20 et 30, période de grande fécondité législative, correspond aux orientations idéologiques spécifiques du régime fasciste, une part non moins importante de cette production, souvent élaborée par des experts et des fonctionnaires, a constitué plutôt une réponse pragmatique aux transformations radicales d'ordre économique et social qui caractérisent dans ces années-là l'évolution des principaux pays industrialisés. Les grands codes adoptés dans les années trente sur la sécurité publique, les finances locales, la pêche, le cadastre, les implantations électriques, les communes et les provinces, la prévoyance, les nombreuses lois sur la protection sociale, la loi bancaire de 1936, la création des premières entreprises publiques, les textes sur la navigation maritime, le commerce extérieur, ou le contrôle des implantations industrielles, sur les Beaux-Arts et la protection du patrimoine artistique et archéologique, plus tard la loi sur l'urbanisme, reflètent les efforts de rationalisation de l'appareil administratif et l'émergence d'un Etat entrepreneur et régulateur, d'un Etat providence². Et ces textes-là, contrairement à ceux qui sont directement influencés par l'idéologie fasciste, impriment durablement leur marque au système italien.

Il existe donc bien une continuité institutionnelle et normative qui interdit de considérer les institutions et l'ordre juridique de l'époque fasciste de façon isolée, comme une simple parenthèse sans précédent et sans suite dans l'évolution de l'Italie, et dont il faut tenir compte lorsqu'on étudie le statut et le rôle du Consiglio di Stato sous le fascisme.

En dépit de l'inspiration autoritaire et du rejet de la démocratie qui les caractérisent l'un et l'autre, le régime de Vichy se différencie a priori nettement du régime fasciste italien. Sa durée brève - quatre ans -, les conditions dans lesquelles il s'installe et se maintient - la guerre et l'occupation allemande -, empêchent tout processus de normalisation : Vichy restera du début à la fin un régime d'exception, marqué par des circonstances d'exception, régi par

2. Voir Melis (G.), "Il diritto amministrativo tra le due guerre", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n° 2, décembre 1990, pp. 403-418.

une légalité d'exception. Et cela, non pas seulement du point de vue de ses détracteurs, mais du point de vue des acteurs eux-mêmes qui, lorsqu'ils font des plans pour l'avenir, se placent toujours dans la perspective de l'après-guerre. L'idée que Vichy est une parenthèse dans l'histoire politique de la France est renforcée par le fait que le régime politique de la IV^e République n'est à bien des égards que le prolongement du régime de la III^e : à la Libération, l'histoire reprend ainsi son cours normal, brièvement interrompu par la guerre et le régime de Vichy.

La thèse de la parenthèse, qui remplit une fonction idéologique évidente puisqu'elle conduit à présenter Vichy comme un simple accident de parcours dont seuls la guerre, l'occupation, Pétain et les collaborateurs porteraient la responsabilité, demande cependant à être nuancée. D'abord, parce qu'en dépit des circonstances, la plupart des services publics - l'administration, la justice - ont continué à fonctionner en appliquant les textes en vigueur avant la guerre, ne subissant que marginalement le contrecoup de la "Révolution nationale". Ensuite, parce que toute l'œuvre de Vichy n'a pas été abolie à la Libération : l'ordonnance du 4 août 1944 n'a abrogé que les textes incompatibles avec le "rétablissement de la légalité républicaine", de sorte qu'ont survécu un certain nombre d'institutions léguées par Vichy. Enfin, parce qu'au-delà même de ces constats qui traduisent l'inéluctable continuité de l'Etat et du droit, les analyses les plus récentes tendent à insister sur les aspects "modernistes" de l'œuvre de Vichy, longtemps occultés par ses aspects réactionnaires et traditionalistes : les techniciens et hauts fonctionnaires que le régime a promu en grand nombre à des postes de responsabilité ont contribué à faire entrer la France dans l'ère technologique et industrielle, Vichy apparaissant comme une période de rationalisation et de concentration industrielle ainsi que d'apprentissage de la planification et la gestion étatique de l'économie³.

3) Toute comparaison entre le Consiglio di Stato pendant le fascisme et le Conseil d'Etat sous Vichy doit donc tenir compte des données que l'on vient de rappeler, et notamment de la façon dont les deux institutions et les deux régimes s'inscrivent dans la durée. Sous cette réserve, le parallèle est non seulement possible, mais utile, dans la mesure où il est susceptible d'apporter un éclairage nouveau et des éléments de réflexion supplémentaires sur un certain nombre de questions-clés : - quel rôle est amené à jouer une institution comme le Conseil d'Etat dans un régime autoritaire ? - quelle peut être l'attitude des juristes, et plus spécialement des juges, dans un système qui renie les fondements de la démocratie et du libéralisme, et jusqu'aux pré-supposés mêmes de l'Etat de droit ? - comment ont-ils en particulier réagi face aux mesures antisémites, qui constituent la manifestation la plus extrême de cette négation ?

3. Voir Paxton (R.), *Vichy France. Old guard and new order, 1940-1944*, traduit en français sous le titre *La France de Vichy, 1940-1944*, Le Seuil, 1972. Voir aussi la table-ronde sur "Vichy, entre l'archaïsme et la modernité", in Azéma (J.-P.) et Bédarida (F.), (dir), *Vichy et les Français*, Fayard, 1992.

4) Une dernière difficulté qu'il convient de mentionner, d'ordre pratique en apparence, mais qui renvoie en fait à des problèmes de fond, tient aux sources dont on dispose pour mener à bien la comparaison. Ces sources sont en effet de nature hétérogène, et très inégales en quantité.

En ce qui concerne l'Italie, les sources documentaires de l'époque du fascisme sont nombreuses et variées⁴ - ce qui s'explique évidemment par la durée de la période considérée et le phénomène de normalisation qui s'en est inévitablement suivi : le Consiglio di Stato a été une institution importante du régime fasciste, cela pendant plus de vingt ans, et cette institution a donné lieu, comme il était naturel, à des commentaires abondants⁵. Vichy n'a représenté en revanche qu'un intermède très court dans la vie du Conseil d'Etat, et un intermède qui s'est déroulé dans un contexte de désorganisation dû à la guerre : désorganisation du système universitaire, du système judiciaire, du système des publications juridiques ; aussi bien la production doctrinale de l'époque se résume-t-elle pour l'essentiel à des analyses de la jurisprudence.

Mais cette disproportion se prolonge en ce qui concerne les commentaires postérieurs auxquels donne lieu l'institution : le Consiglio di Stato semble avoir donné lieu à des études beaucoup plus nombreuses - et plus sereines - en Italie qu'en France, où la période de Vichy fait figure de tabou⁶, y compris chez les juristes, peu enclins à s'interroger sur leur responsabilité ou celle de leurs pairs dans la légitimation d'un régime discrédité⁷. Le Conseil d'Etat sous Vichy n'a donné lieu qu'à un tout petit nombre d'études : un article auto-justificateur écrit par le président de la section du contentieux, au lendemain de la Libération⁸, une vingtaine de pages dans un ouvrage sur l'histoire du Conseil d'Etat depuis les origines, paru en 1974⁹, deux pages dans le livre de

4. Comme en témoigne la masse importante de documents auxquels nous avons eu accès et qui ne représente sans doute pas l'ensemble de la production existante.

5. On dispose notamment des rapports officiels remis par le président du Consiglio di Stato au chef du gouvernement, et rendant compte de l'activité de l'institution pendant la période couverte, bi-annuelle, puis quinquennale (*Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-30, Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-1935, puis 1936-1940, etc...*). On trouve par ailleurs dans la *Rivista di diritto pubblico*, à côté de nombreuses études consacrées à l'institution et à la jurisprudence administrative, la reproduction des discours prononcés par Mussolini pour l'inauguration des travaux du Consiglio di Stato en 1924, lors de l'installation de Santi Romano en 1928, et à l'occasion du centenaire en 1931. Le centenaire lui-même donne lieu à la parution en plusieurs volumes des *Studi in occasione del centenario*.

6. Pour une analyse de l'attitude générale des Français par rapport à Vichy, on se reportera avec intérêt à Rouso (H.), *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, Seuil, coll. Points Histoire, 2^e éd. 1990.

7. Voir sur ce point notre étude : Lochak (D.), "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", in *Les usages sociaux du droit* (collectif), CURAPP-PUF, 1989.

8. Bouffandeau (T.), "La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français. Le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la Libération", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1947, pp. 23-27.

9. *Le Conseil d'Etat, 1799-1974. Son histoire à travers les documents d'époque*, Editions du CNRS, 1974, pp. 789-815.

Marrus et Paxton sur Vichy et les Juifs¹⁰, quelques pages, d'une tonalité très critique, dans un article plus général consacré à l'indépendance du juge administratif paru en 1983¹¹, une thèse de doctorat - seul travail d'envergure consacré à la question - en 1984¹², un bref rapport de synthèse présenté lors d'un colloque sur Vichy en 1990¹³. A peu de choses près, c'est tout¹⁴.

La question a fait en revanche l'objet, du côté italien, d'un effort d'analyse de la part des juristes, qui permet de mieux évaluer l'importance de l'époque considérée dans l'évolution générale du droit et des institutions administratifs. Un effort qui, pour autant que nous puissions en juger avec un regard extérieur, n'est pas sans produire parfois un effet de légitimation, dans la mesure où les auteurs sont conduits, dans ces études longitudinales, à insister sur la continuité d'une évolution, au prix d'une neutralisation de ce que la période a d'exceptionnel¹⁵. Les aspects inacceptables du fascisme finissent par être gommés, et on ne trouve guère d'interrogations sur ce qui, en France, apparaît souvent comme la préoccupation centrale, à savoir la réalité et le degré de compromission de l'institution et de ses membres avec le régime¹⁶. Ces interrogations n'apparaissent qu'à propos des persécutions raciales et de

10. Marrus (M.), Paxton (R.), *Vichy et les Juifs*, trad. fr. Calmann-Lévy, 1981, nouvelle éd. Le Livre de poche, Coll. Biblio-essais, 1990, pp. 201-202.

11. Dupeyroux (O.), "L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux", *Revue du droit public et de la science politique*, 1983, p. 583, spécialement pp. 608-615.

12. Marcou (J.), *Le Conseil d'Etat sous Vichy, 1940-1944*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université de Grenoble II, 1984 (ronéoté). L'auteur reproduit en annexe le texte des discours prononcés par les gardes des sceaux successifs et par Pétain lui-même lors de leurs visites au Conseil d'Etat, et des réponses du vice-président.

13. Massot (J.), "Le Conseil d'Etat", in *Vichy et les Français*, op. cit., pp. 312-328

14. On trouve cependant aussi des indications intéressantes sur la période dans le livre de mémoires de Malleville (G.), intitulé *Conseiller d'Etat*, paru en 1979 aux éditions Litec, et dans les mémoires de Joseph Barthélémy, qui fut un des gardes des sceaux de Pétain, parus sous le titre *Ministre de la Justice 1941-1943*, aux Editions Pygmalion, en 1989.

15. L'accent mis sur la continuité n'est pas surprenant lorsque les études émanent d'auteurs qui ont eux-mêmes exercé des fonctions au Consiglio di Stato pendant la période du fascisme (voir par exemple Rocco (F.), *Scritti e discorsi di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1961). Mais nous avons cru déceler une tendance analogue dans d'autres travaux également, qu'ils émanent d'universitaires ou de membres du Consiglio di Stato : *Materiali per una storia della cultura giuridica*, numéro spécial de décembre 1990, qui contient un ensemble d'études sur le droit administratif, la jurisprudence administrative, la doctrine et les manuels de droit administratif dans les années vingt et trente ; Piga (F.), "Cinquante anni di esperienza giuridica in Italia", in *Pubblico e privato nella dinamica delle istituzioni*, Giuffrè, Milano, 1985 ; Caianiello (V.), "La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa", *Diritto e società*, 1989.

16. Même dans les études consacrées à Santi Romano, qui s'interrogent pourtant sur les raisons de son adhésion au régime, et sur l'influence qu'il a pu avoir sur la jurisprudence du Consiglio di Stato qu'il a présidé à partir de 1928, la question est plus ou moins évacuée. Voir par exemple : Cassese (S.), "L'opera di Massimo Severo Giannini negli anni trenta" (où sont notamment exposées les thèses de Romano sur la "multifinalité de l'Etat"), in *Materiali... (précité)* ; Ruffilli (R.), "Santi Romano e la "crisi dello stato" agli inizi dell'età contemporanea", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 311 ; Cocozza (F.) "Santi Romano presidente del consiglio di stato. Cenni storici e spunti problematici", *ibid.* p. 1231.

l'attitude des juges dans l'application de la législation antisémite¹⁷.

La question du jugement porté ultérieurement sur le rôle joué par l'institution sous un régime discrédité nous a d'ailleurs paru présenter suffisamment d'intérêt en elle-même pour que nous lui consacrons un développement spécifique en conclusion de cette étude, dans laquelle seront examinés successivement le statut de l'institution et le rôle qu'elle a effectivement joué sous le régime fasciste et sous le régime de Vichy.

I - LE STATUT DE L'INSTITUTION

L'avènement d'un nouveau régime se traduit dans les deux cas par des réformes, mais d'ampleur limitée. En fait, il est surtout intéressant de mettre en lumière la conception qu'ont les nouveaux dirigeants de la place et du rôle qui doivent revenir à une institution comme le Conseil d'Etat dans un régime autoritaire, et les rapports que cette institution et ses membres entretiennent avec le pouvoir.

A) Des réformes institutionnelles d'ampleur limitée

• Peu de temps après l'installation du nouveau pouvoir intervient en Italie une réforme du Consiglio di Stato. Mais le décret législatif du 31 décembre 1923 apparaît comme le prolongement naturel des réformes de 1889 et 1907, plus qu'il ne traduit la volonté du régime de modeler l'institution à son image. On relève d'ailleurs que cette réforme est bien antérieure à l'adoption des lois "fascistissimes" qui opéreront la véritable rupture avec le régime précédent.

Globalement, la réforme va dans le sens d'une extension des compétences du Consiglio di Stato dans sa double fonction consultative et juridictionnelle. Le texte étend ainsi l'obligation de consulter le Consiglio di Stato à de nouvelles hypothèses, tant en matière législative que réglementaire ; il sera sur ce point complété par la loi du 31 janvier 1926 qui, en même temps qu'elle accroît le pouvoir normatif de l'Exécutif, accroît parallèlement les attributions consultatives du Consiglio di Stato.

17. Voir par exemple les articles parus dans *Il Ponte*, qui, il est vrai, n'émanent pas de juristes et ne sont pas destinés à un public de juristes : Spinosa (A.), "Le persecuzioni razziali in Italia", paru en 1952 et 1953, et plus récemment Fubini (G.), "La legislazione razziale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrina giuridica", paru en 1978. Voir aussi Caianiello (V.), "La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa" (*précité*), qui consacre une dizaine de pages à la question. Le témoignage personnel d' A. Galante Garrone, qui fut magistrat pendant la période du fascisme, apporte un éclairage particulièrement intéressant sur l'état d'esprit et les réactions des juges face à "l'infamie" (*Amalek. Il dovere della memoria*, Rizzoli, 1989, notamment le chapitre IX intitulé, en hommage à Primo Levi, "La memoria dell'offesa").

C'est surtout en matière contentieuse que les changements introduits sont importants. La réforme porte sur trois points : - elle unifie les compétences des IV^e et V^e sections, jusque là distinctes, ce qui était la source de difficultés constantes dans la répartition des affaires ; - elle donne compétence au juge administratif pour trancher les questions préjudicielles afférentes aux litiges relevant de sa compétence à titre principal, à l'exception de celles relatives à l'état et la capacité des personnes ; - enfin, elle attribue au juge administratif des domaines de compétence exclusive (le contentieux de la fonction publique notamment), où ne joue plus la distinction entre "droits subjectifs" et "intérêts protégés" qui sert en règle générale de ligne de démarcation entre les sphères de compétence respectives des deux ordres de juridiction. Il s'agit donc essentiellement d'une rationalisation du fonctionnement de la justice administrative dont le principe était réclamé depuis un certain temps : les modifications législatives vont dans le sens d'une évolution jurisprudentielle déjà entamée ou correspondent à des propositions de réforme formulées dans les années antérieures.

- Si l'installation du gouvernement de Vichy se traduit, sous l'impulsion du premier garde des sceaux de Pétain, Raphaël Alibert, par des réformes immédiates, la portée en reste limitée. Contrairement à ce qui s'est passé en Italie, aucun des textes adoptés - les lois du 15 juillet et du 20 août 1940, puis la loi du 18 décembre 1940 qui dote le Conseil d'Etat d'un nouveau statut - ne modifie ses attributions juridictionnelles, les réformes portant exclusivement sur le statut des membres du Conseil d'Etat et sur ses attributions consultatives.

- En ce qui concerne le statut des membres, deux mesures nouvelles sont adoptées : les maîtres des requêtes et les auditeurs ne sont plus nommés et révoqués par décret en Conseil des ministres, à l'instar des conseillers d'Etat, mais par simple arrêté du ministre de la Justice, ce qui revient à affaiblir les garanties dont ils bénéficiaient ; et la possibilité laissée au gouvernement de nommer des conseillers en service extraordinaire (qui ne siègent pas, toutefois, dans les formations contentieuses) est renforcée, la qualité de conseiller d'Etat en service extraordinaire étant de surcroît conférée de plein droit aux secrétaires généraux des ministères.

Si l'impact de cette réforme s'avère finalement limité, le nombre des conseillers en service extraordinaire n'ayant jamais dépassé 28 pour un effectif théorique de 40, et les intéressés venant au surplus rarement siéger au Conseil, il faut en revanche rappeler que le Conseil d'Etat subit directement les effets de l'épuration de la fonction publique : dix-sept de ses membres, sur un total de 120, sont frappés par les mesures d'exclusion visant les Juifs, les francs-maçons, et les personnes de filiation étrangère.

- Les réformes prétendent surtout restaurer la fonction législative du Conseil d'Etat. La fonction législative avait connu sous la Troisième République un important déclin, et le Conseil en concevait une certaine amertume. Dans les années précédant la guerre, ses membres, à la faveur de la

crise du parlementarisme et du développement de la législation déléguée, avaient tenté, mais en vain, de persuader le gouvernement et le Parlement d'associer plus étroitement le Conseil à l'œuvre législative¹⁸. C'est donc à une revendication ancienne que le gouvernement de Vichy entend donner satisfaction en rétablissant la section législation qui avait été supprimée par un décret-loi du 5 mai 1934, et en confirmant le rôle législatif du Conseil d'Etat¹⁹. Il est vrai qu'en vertu de l'Acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940, le pouvoir législatif est désormais exercé par le chef de l'Etat : le rôle accru que la loi du 18 décembre reconnaît au Conseil d'Etat en matière législative peut dès lors être interprété comme la conséquence logique des nouvelles conditions d'exercice du pouvoir législatif qui ne se différencient plus réellement des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire.

En résumé, ni le régime fasciste, ni le régime de Vichy n'entendent porter atteinte aux fondements de l'institution ni modifier en profondeur ses missions traditionnelles. Ses prérogatives juridictionnelles restent intactes, ou, dans le cas de l'Italie, sont légèrement élargies. Quant à la valorisation du rôle consultatif, qui constitue le trait commun des réformes réalisées dans les deux pays, elle est moins importante par ses effets concrets que par ce qu'elle révèle de la vision qu'ont les nouveaux dirigeants de la fonction qu'ils entendent faire remplir à l'institution.

B) La fonction impartie à l'institution dans un régime autoritaire

Le parallélisme est frappant entre le discours des dirigeants fascistes et celui des hommes de Vichy concernant le rôle de premier plan qu'ils disent vouloir assigner au Conseil d'Etat en tant qu'instance consultative. Ceci ne saurait surprendre car, si l'on se réfère à l'histoire du Conseil d'Etat français, c'est toujours sous les régimes autoritaires marqués par la prééminence de l'exécutif que l'institution a joui du maximum de prestige et d'influence. Plus surprenant *a priori* est le fait que ces mêmes dirigeants ne cherchent pas à réduire les prérogatives juridictionnelles d'une institution dont la mission est de contrôler l'exécutif ; sans doute escomptent-ils retirer de l'existence de ce contrôle un bénéfice indirect, sous la forme d'un surcroît de légitimité, sans grand risque de se voir leur action désavouée par une institution peu portée à la rébellion et à l'égard de laquelle ils ne sont pas dépourvus de moyens de pression.

18. C'est ainsi que le vice-président Pichat écrivait, en 1938 : *"Le Parlement trouverait sans avoir à craindre aucun empiètement le concours d'hommes qualifiés par leurs connaissances juridiques, leur expérience, leurs méthodes, leur souci de l'intérêt général, pour l'aider dans sa tâche de jour en jour plus immense et plus complexe. Le travail législatif en serait facilité"* (cité dans *Le Conseil d'Etat, 1799-1974, op. cit. p. 744*).

19. Aux termes de l'article 19 de la loi du 18 décembre 1940, *"le Conseil d'Etat participe à la confection des lois dans les conditions fixées par la constitution [qui ne verra jamais le jour]. Il prépare et rédige les textes qui lui sont demandés, et donne son avis sur les projets établis par le gouvernement"*. L'article 20 de son côté dispose que *"le Conseil d'Etat peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif ou réglementaire qui lui paraissent conformes à l'intérêt général"*.

• Loin d'être une institution marginale, le Consiglio di Stato occupe une position importante dans la stratégie institutionnelle du fascisme, importance qu'attestent le renforcement de ses prérogatives, mais aussi, sur un plan symbolique, les cérémonies solennelles que le régime organise, en présence de Mussolini, à l'occasion d'événements tels que l'inauguration de ses travaux en 1924, la prise de fonctions de Santi Romano en 1928, ou le centenaire en 1931. Chacune de ces cérémonies est l'occasion pour Mussolini de réaffirmer sa considération pour l'institution et l'importance qu'il attache au rôle qu'elle remplit.

Ainsi, dans le discours qu'il prononce en 1924, il parle du Consiglio di Stato comme d'un complément de l'organisation politico-administrative de l'Etat, que le gouvernement a voulu renforcer et auquel il a rendu l'intégrité de sa fonction de consultation juridique dans le but de coordonner sous des principes communs et de garantir la régularité des actes les plus importants de l'administration publique. Faisant référence ensuite à l'autre fonction du Consiglio di Stato, la justice administrative, il indique que le gouvernement s'est également attaché à la réorganiser, mais en évitant de faire du tribunal administratif suprême un organe séparé et extérieur à l'administration pour ne pas risquer d'affaiblir la liberté et à la responsabilité du pouvoir exécutif : l'accroissement des prérogatives juridictionnelles du Consiglio di Stato permet en somme de soustraire l'administration au contrôle des tribunaux judiciaires. Dans la conclusion de son discours, Mussolini rend hommage à la sagesse et à la prudence du collègue administratif suprême de l'Etat qui ne s'est jamais démentie depuis l'origine, et sur les conseils duquel compte le gouvernement pour l'aider dans l'oeuvre qui reste à accomplir.

En 1928, Mussolino assiste à l'installation de Santi Romano qu'il a désigné comme président du Consiglio di Stato : *"J'ai tenu à être présent en personne, déclare-t-il, parce que je tenais à souligner l'intérêt du gouvernement fasciste pour la haute fonction que le Consiglio di Stato est appelé à exercer dans l'activité générale du régime"*. Qu'il exprime des avis consultatifs, ou qu'il rende des sentences juridictionnelles, poursuit le Duce, sa fonction est finalement la même : elle consiste à appliquer la loi et le droit. Et si le gouvernement entend restituer intégralement au Consiglio di Stato sa fonction de consultation et de contrôle, c'est pour réaliser une justice plus rigoureuse dans toutes les branches de l'administration, car l'administration fasciste, que le régime a soustraite aux pressions de toutes les factions et de tous les intérêts catégoriels, ne peut être qu'une administration juste. Ainsi, dit-il en s'adressant aux membres du Consiglio di Stato, lorsque vous annulez des actes administratifs entachés d'incompétence, de violation de la loi, ou d'excès de pouvoir, vous ne créez pas d'obstacles à la marche de l'administration fasciste, vous la rappelez simplement à ses devoirs essentiels. Pour le gouvernement fasciste, conclut-il, la justice dans l'administration n'est pas une formule vaine, abandonnée aux dissertations théoriques des juristes solitaires, mais un programme politique concret : c'est pourquoi j'ai appelé à la tête du Consiglio di Stato un savant sérieux, qui n'a pas fait antichambre pour être nommé.

Les mêmes thèmes sont repris dans le discours prononcé à l'occasion des cérémonies du centenaire, en 1931. Toutes les fois qu'une société s'organise juridiquement et politiquement, rappelle Mussolini, apparaît la nécessité de l'existence d'un organe qui éclaire le gouvernement et lui donne des conseils, d'un organe composé d'experts. L'œuvre du Consiglio di Stato en tant que juridiction n'est pas moins fondamentale pour la bonne marche des administrations, car un régime d'autorité comme le régime fasciste a tout intérêt à ce qu'existe un organe de contrôle de cette nature. Par la valeur et le prestige de ses membres, guidés par un président comme Santi Romano dont l'œuvre est universellement reconnue, par la garantie d'absolue justice qu'il offre aux citoyens, le Consiglio di Stato est aujourd'hui l'un des éléments fondamentaux du régime et de la vie politique et morale de la nation.

Ce type de discours gratifiant et valorisant ne pouvait que trouver un écho favorable chez les membres du Consiglio di Stato, comme on le verra plus loin en examinant l'attitude de l'institution face au pouvoir politique.

Au-delà de l'inévitable emphase que comporte ce genre d'exercice, les discours de Mussolini n'en traduisent pas moins une réalité : l'importance que le régime accorde au Consiglio di Stato dans sa stratégie institutionnelle²⁰. Dans le dessein du fascisme d'organiser le pouvoir exécutif de façon pyramidale, le Consiglio di Stato doit permettre de faire contrepoids à la miriade de conseils et de commissions spéciales qui ont tendance à proliférer au sein des ministères. Sous couvert de réaffirmer "le principe de l'unité de consultation en matière juridique", la réforme qui accroît les prérogatives consultatives du Consiglio di Stato vise en réalité à diminuer l'autonomie des ministres face à la Présidence du Conseil, et donc à renforcer l'autorité du Duce, en donnant à un organe qu'il contrôle compétence exclusive pour fournir des conseils juridiques à tous les ministères.

D'une façon plus générale, le rôle central conféré au Consiglio di Stato répond au souci de la dictature fasciste de mettre un peu d'ordre dans l'exercice du pouvoir normatif, partagé entre le roi, le chef du gouvernement, les ministres, la bureaucratie, le parlement, les organes du parti par l'intermédiaire du Grand Conseil du fascisme. Face à cet enchevêtrement de compétences, l'intervention du Consiglio di Stato doit au moins permettre de contrôler l'exercice du pouvoir normatif par les différents ministres et leurs services. La réorganisation de ses fonctions consultatives ne peut là encore qu'emporter l'assentiment du Consiglio di Stato, qui a toujours revendiqué un rôle plus actif dans l'exercice du pouvoir normatif et réglementaire de l'exécutif et dénigre volontiers la bureaucratie ministérielle.

• Le Conseil d'Etat se voit reconnaître dès 1940 un rôle qui va plus loin qu'un rôle simplement consultatif, le gouvernement pouvant désormais lui

20. Sur la description de cette stratégie institutionnelle du fascisme, voir Coccozza (F.), "Santi Romano presidente del Consiglio di Stato", *op. cit.* à qui nous empruntons l'analyse qui suit.

demander de préparer et de rédiger un texte de loi. Ce rôle législatif accru est dans la logique d'un régime où le pouvoir normatif est tout entier confié à l'exécutif : en l'absence d'assemblée législative, le Conseil est en somme appelé à assumer une partie de la tâche qui revenait auparavant aux commissions parlementaires, en conseillant le chef de l'Etat dans son action administrative et législative. *"Le Conseil d'Etat n'a pas toujours été mis à même de jouer le rôle qui aurait dû être le sien parce que les institutions politiques et juridiques étaient faussées. Vous serez appelés, désormais, à rendre au pays et au gouvernement les services que vous leur devez"*, annonce Alibert aux membres du corps réunis à Royat²¹. La situation n'est pas sans rappeler celle qui prévalait sous le Premier et le Second Empires, où le Conseil avait la charge de la préparation des lois.

L'inspiration autoritaire des nouveaux rapports qui doivent s'établir entre le chef de l'Etat et le Conseil ressort clairement des propos tenus par Pétain, en août 1941, lorsqu'il vient recevoir le serment des membres du Conseil d'Etat : *"Il est entendu que le chef doit être libre dans sa décision, mais lorsqu'il a fait connaître ses intentions, il vous appartient de lui apporter les suggestions que vous croyez utiles, de l'aider à choisir les matériaux, à les assembler harmonieusement, à jeter la lumière sur l'ensemble [...] Le Conseil tiendra une grande place dans le régime que je veux instituer ; plus le chef, en effet, se sent seul à la tête de l'Etat, plus est haute sa situation, plus il éprouve le besoin de s'entourer de Conseils"*. C'est la même idée qu'énonçait deux mois auparavant devant le même public Joseph Barthélémy, successeur d'Alibert à la Chancellerie : *"Votre intervention ne doit pas devenir un écran pour les autorités responsables. [...] Le Chef consulte, écoute, réfléchit, mais décide. Vous êtes la conscience de l'administration, selon la belle définition que donnait Maurice Hauriou"*²².

Mais comme dans le cas de l'Italie fasciste, la mission impartie au Conseil d'Etat en tant que juge est également mise en avant. *"Après la paix, le premier besoin des peuples est l'ordre, dit encore Pétain [...] La grandeur de votre mission vient de ce que vous êtes l'organe de la régularité dans l'administration et dans la gestion des services publics. Tout porte donc à croire que dans la France de demain le Conseil d'Etat, animé de l'esprit nouveau du régime, saura jouer son rôle"*.

"L'autorité que nous voulons, rappelle de son côté Barthélémy, est celle qui [...] acceptera le primat sur l'Etat lui-même de la morale et du droit, qui fondera son action sur le régime de la loi [...]. Dans un régime de cette nature, une fois que nous serons sortis de l'état de guerre où nous sommes encore plongés, le Conseil d'Etat tiendra le devant de la scène. Autorité n'est pas arbitraire. Autorité n'est pas brutalité. Un régime rationnel d'autorité est un

21. Allocution prononcée devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 24 août 1940 à Royat.

22. Allocution prononcée devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 30 juin 1941 à Royat.

*régime de légalité forte, contrôlée et sanctionnée. Vous êtes l'instrument désigné de la légalité ainsi définie. [...] La mise en sommeil pour une période plus ou moins longue de ces rites traditionnels de la démocratie [...] doit avoir pour contrepartie le progrès des institutions administratives [qui] suppose la régularité de l'action des administrateurs, le respect de la loi, de formes protectrices, des intérêts légitimes*²³. De la juridiction administrative comme sou-pape de sûreté dans un régime autoritaire, en somme.

Ces paroles traduisent bien l'attitude générale du nouveau pouvoir à l'égard du droit et de l'organe chargé à la fois de concourir à l'élaboration des règles et de les appliquer. Le concept de légalité n'est nullement remis en cause, et le principe de légalité apparaît même comme un élément important de la légitimation du régime ; simplement, la législation a changé de contenu et de nature. Dans cette perspective, il incombe au Conseil d'Etat, dira Maurice Gabolde en octobre 1943, de *"donner un cadre juridique aux profondes transformations de l'Etat, et [d']assumer par là-même la double tâche de maintenir dans l'ordre et dans le droit les révolutions qu'imposent les faits, et de bannir ou de réprimer les excès qu'elles pourraient permettre"*²⁴.

On relève enfin l'insistance mise sur une autre fonction du Conseil d'Etat comme "pépinière de l'administration", comme "réservoir" dans lequel l'administration active viendra puiser son élite²⁵ : une fonction que déjà Napoléon avait voulu assigner à l'institution, et qui va connaître sous Vichy, comme on le dira plus loin, un développement important, concomitant de l'ascension des techniciens à des postes de responsabilité.

C) Les relations avec le pouvoir politique

La question des relations avec le pouvoir politique peut être appréhendée à deux niveaux, celui de l'institution en tant que telle et celui de ses membres à titre individuel : quelle a été la réaction de l'institution et celle de ses membres aux sollicitations dont ils étaient l'objet, jusqu'à quel point ont-ils fait allégeance au nouveau pouvoir et adhéré à l'idéologie officielle du régime ?

- En ce qui concerne l'Italie, nous disposons essentiellement, pour tenter de répondre à la question, de textes émanant de Santi Romano : sa réponse à Mussolini, lors de son installation comme président du Consiglio di Stato, puis les rapports bi-annuels ou quinquennaux qu'il adresse par la suite, en tant que président, au Duce. Ces textes apportent des indications précieuses sur la façon dont le Consiglio di Stato - ou du moins son président - conçoit sa place et son rôle dans l'architecture institutionnelle du nouveau régime. L'allégeance au régime et au Duce transparaît par ailleurs avec netteté dans le ton et

23. *ibid.*

24. Allocution prononcée devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 21 octobre 1943.

25. Allocution de Barthélémy le 30 juin 1941.

dans les termes employés. Il reste toutefois difficile de faire le départ, dans ces manifestations d'allégeance, entre les simples offres de services d'une institution habituée précisément à... servir le pouvoir, et qui entend profiter de l'occasion qui lui est donnée d'accroître son influence, et ce qui relève d'une adhésion véritable et plus profonde à l'idéologie fasciste.

Lors de son installation, en 1928, Santi Romano dresse un programme d'action pour le Consiglio di Stato qui se situe exactement dans la perspective tracée par Mussolini. La Révolution fasciste, relève-t-il, a créé un nouvel ordre juridique, entièrement et typiquement italien et déterminera à terme une forme neuve et originalissime d'État. Mais il est une conquête définitive que *"le génie du Duce a compris tout de suite qu'il convenait d'assurer de façon préliminaire"* : la réorganisation, le renforcement du pouvoir exécutif, qui a retrouvé la position prééminente que la sauvegarde de l'État réclamait de façon urgente. Dans la mesure où le Consiglio di Stato est une institution fondamentale du pouvoir exécutif, il participe et participera toujours plus au prestige et à la dignité majeurs de ce pouvoir dont il est partie intégrante et dont il doit être un auxiliaire permanent, rapide, efficace.

Une des caractéristiques essentielles du régime fasciste, grâce au Duce, poursuit-il, est la rapidité de la décision, la rapidité et l'énergie dans l'action. Cela n'empêche pas, et même requiert, que l'une et l'autre soient toujours bien réfléchies : à cette réflexion, le Consiglio di Stato est appelé à apporter sa contribution autorisée et éclairée, grâce aux avis qui lui sont demandés, sans que cette fonction consultative vienne ralentir ou empêcher l'oeuvre gouvernementale dans la mesure où le conseil est parfaitement conscient des limites de sa mission. Le Consiglio di Stato reste un organe de consultation technico-juridique, et sa mission n'interfère donc pas avec celle du Grand Conseil du Fascisme qui est l'organe consultatif ordinaire en matière politique.

L'accroissement des attributions juridictionnelles du Consiglio di Stato par la réforme de 1923 répond par ailleurs à la nécessité de renforcer l'activité de justice administrative dans un système où le pouvoir exécutif n'est plus soumis à des contrôles extérieurs. Santi Romano prend soin sur ce point de citer une phrase de Mussolini, prononcée quelques jours auparavant devant les députés et rappelant à quel point il est fondamental de réaliser la justice administrative, car *"la justice sans la force serait une parole privée de signification, mais la force sans la justice ne peut pas et ne doit pas être notre formule de gouvernement"*.

Les mêmes thèmes sont repris par la suite, avec des formulations qui sont autant d'éloges pour le régime fasciste et son chef. Dans le rapport d'activité pour 1929-1930, par exemple, Santi Romano insiste à nouveau sur le fait que le régime fasciste - régime d'autorité, d'ordre, d'harmonie - peut, plus que tout autre, démontrer avec des éléments concrets qu'il réalise la pleine légalité, fait régner la justice et assure le fonctionnement de chaque branche de l'administration publique dans le cadre de la loi et du droit.

Mais il s'attache surtout à démontrer le rôle essentiel qui revient dans ce régime au Consiglio di Stato. Ainsi, en matière législative, l'existence du régime parlementaire limitait nécessairement l'ampleur et l'importance de sa contribution à la rédaction des lois. Situation regrettable, dans la mesure où les membres du corps législatif n'ont pas l'aptitude suffisante sur le plan technico-juridique et ont besoin d'un organe capable, par sa composition et sa compétence, de revêtir de la forme juridique la plus appropriée la volonté du législateur, et qui explique que dans tous les Etats modernes on se lamente sur la qualité décadente de la législation. Le régime fasciste, lui, redonne au Consiglio di Stato la possibilité d'apporter une contribution utile et accrue à l'exercice de la fonction législative, dès lors qu'il a fait tomber les préjugés politiques qui avaient jusqu'à présent empêché de trouver une solution logique au problème de la confection de la loi et notamment le dogme de la souveraineté populaire.

Ce qui vaut pour les lois vaut aussi pour les règlements : leur nombre croissant ne permet que rarement au ministre de participer directement à la formulation des normes juridiques, et il ne peut porter son attention qu'à l'aspect politique des projets soumis à son examen, tandis que les fonctionnaires ne possèdent pas toujours la formation juridique nécessaire pour donner aux mesures une forme techniquement irréprochable. Le Consiglio di Stato, corps consultatif central à compétence illimitée, est donc le gardien naturel de la continuité et de l'uniformité de l'action administrative, capable de faire prévaloir dans chacun de ses avis le point de vue du droit et une vision générale de l'intérêt public.

Enfin, c'est au Consiglio di Stato que revient logiquement le soin de contrôler l'exécutif. Le prestige et l'autonomie du pouvoir exécutif requièrent en effet que ses actes soient soumis au contrôle d'organes constitués en son sein, sans que l'on en revienne pour autant au système du contentieux administratif. Il fallait donc accentuer le caractère juridictionnel de ce contrôle et donner aux organes qui l'exercent des garanties d'impartialité ; et il fallait trouver l'instance qui possède à la fois la formation juridique nécessaire et une connaissance sûre des exigences de l'administration publique, qui allie en somme la mentalité du juriste et celle de l'administrateur. Le Consiglio di Stato était donc à tous égards l'instance la mieux appropriée à cette fonction.

Par conséquent, conclut Santi Romano, la position du Consiglio di Stato a été clarifiée et renforcée par les récents changements de notre droit public. Il participe à la fonction législative, il participe à la fonction administrative, et il est doté de compétences juridictionnelles. Le fait qu'un même organe participe aux trois pouvoirs fondamentaux de l'Etat pouvait sembler inexplicable aux yeux de la doctrine lorsqu'elle adhérait à l'idée d'une séparation mécanique des pouvoirs. Mais aujourd'hui, où la doctrine politique et juridique enseigne que la séparation des pouvoirs ne représente qu'un moment idéal de la vie de l'Etat, qui doit être dans une phase ultérieure dépassé par la vision de l'unité indivisible de l'Etat, l'existence d'un tel organe apparaît comme le signe d'un perfectionnement accru de l'organisation étatique.

Dans la lettre qui accompagne le rapport d'activité couvrant les années 1931-1935, Santi Romano, après avoir indiqué que le Consiglio di Stato était conscient d'avoir accompli ses tâches institutionnelles "*avec ardeur, conscience et indépendance, en se conformant aux directives de Votre Excellence et en s'en tenant au respect rigoureux et intransigeant des lois*", suggère que ces tâches pourraient encore être accrues : "*Si Votre Excellence voulait confier à notre institution de plus amples fonctions, nous les assumerions avec esprit de responsabilité, avec une foi fervente, et avant tout avec l'orgueil de contribuer de toutes nos forces à l'accomplissement de la mission à laquelle la Patrie a été rendue par vous*". Dans le rapport lui-même, à propos des avis rendus en matière législative, on lit encore que "*les critères pour apprécier la valeur juridique des nouvelles normes ne consistent naturellement pas dans la conformité au droit existant, mais à un droit idéal, qui guide la transformation et l'évolution du droit positif*", et que le Consiglio di Stato a par conséquent étudié les textes qui lui étaient soumis et rendu ses avis, après avoir adhéré en pleine conscience et conviction à l'impulsion politique des réformes émanant de l'Etat fasciste.

Dans la mesure où les textes que nous avons cités émanent tous de Santi Romano, il est difficile d'en déduire que l'ensemble des membres du Consiglio di Stato ont adhéré de la même façon au régime. En ce qui concerne Santi Romano lui-même, au demeurant, son attitude a fait l'objet après la guerre de nombreuses analyses, sur lesquelles nous reviendrons plus loin, puisqu'elles relèvent de l'appréciation *a posteriori* du rôle joué par le Consiglio di Stato (voir infra, III). Disons simplement pour l'instant que si le rôle assigné au Consiglio di Stato dans la stratégie institutionnelle du Duce ne lui échappait pas - il semble même qu'il y adhérerait pleinement -, il a toujours mis en avant, ou plutôt il s'est toujours retranché derrière la nature purement "technico-juridique" de ce rôle, et c'est cette position qu'il a encore soutenue devant la commission d'épuration²⁶.

Sur l'attitude des membres du Consiglio di Stato, nous ne disposons en revanche d'aucun élément. Les seules informations dont nous disposons concernent l'attitude des juristes en général, et des universitaires en particulier²⁷. Peut-être permettent-elles quelques conclusions par analogie. On sait par exemple que les professeurs de droit public ont tous accepté de prêter serment au régime, conformément au décret-loi du 28 août 1931 qui faisait obli-

26. En ce sens Coccozza (F.), *op. cit.*

27. En ce qui concerne la magistrature, P. Milza et S. Berstein parlent de "ralliement massif", et citent des phrases significatives extraites de discours prononcés par les plus hautes instances de la magistrature : tel l'avocat général Appiani, à la rentrée solennelle de 1927, affirmant que "*le devoir du juge est d'appliquer les lois que l'Etat se donne, en les interprétant selon l'esprit qui a présidé à leur rédaction*" ou, l'année suivante, l'avocat général Santoro faisant l'apologie d'un régime "*qui inscrit des pages mémorables dans les livres de lois et qui a fait une révolution dans la conscience juridique nationale et dans l'ordre des principes et des institutions du droit public et de l'économie nationale*" (*op. cit.* p. 202). Le témoignage d'Alessandro Galante Garrone (*op. cit.*) incite toutefois à nuancer l'idée d'une adhésion unanime des magistrats au fascisme.

gation aux universitaires de prêter le serment suivant : “Je jure d’être fidèle au roi, à ses successeurs, et au régime fasciste, d’observer loyalement le statut et les autres lois de l’Etat, d’exercer la fonction d’enseignant et d’accomplir tous les devoirs académiques avec le but de former des citoyens laborieux, honnêtes et dévoués à la patrie et au régime fasciste. Je jure que je n’appartiens pas ni n’appartiendrai à des associations ou partis dont l’activité ne se concilie pas avec les devoirs de ma fonction”. Seul Vittorio Emanuele Orlando refusa de prêter serment et demanda sa retraite anticipée²⁸. Cette adhésion formelle au régime ne doit cependant pas être interprétée comme une adhésion véritable à l’idéologie fasciste : on peut penser qu’une majorité a accepté de prêter serment moins par conviction que par indifférence politique et/ou par crainte de perdre son emploi, ou encore, dans l’hypothèse la plus optimiste, pour éviter que son éviction ne permette que les postes ainsi libérés soient occupés par des enseignants improvisés venus des rangs du parti²⁹.

L’attitude des juristes italiens face au fascisme semble en fait avoir été très variable, et elle est donc difficile à apprécier globalement. Ainsi, lors du premier congrès juridique italien, en 1932, les juristes sont invités à construire une dogmatique nouvelle, exprimant la réalité issue de la révolution fasciste et s’inspirant des tendances et des fins du nouveau régime. Mais cette “dogmatique nouvelle” est restée l’aspiration d’un petit nombre de juristes, politiquement engagés, et la grande majorité des spécialistes du droit public n’y adhèrent pas³⁰. A tel point qu’on a pu, en sens inverse, faire grief à ceux-ci d’être restés aveugles, par myopie historique et par attachement à des schémas interprétatifs anciens et dépassés, aux transformations profondes et durables du droit qui se sont manifestés dès l’après-guerre et dans lesquelles ils ont vu à tort un phénomène transitoire, simple produit du fascisme³¹. Cela étant, cette absence d’affinité avec les conceptions juridiques fascistes, qu’elle soit due à leur conservatisme intellectuel ou à des convictions idéologiques plus profondes, n’a pas empêché les juristes de composer avec le régime. Et l’on peut faire la supposition que l’état d’esprit des membres du Consiglio di Stato reflétait plus ou moins l’état d’esprit des juristes en général, y compris dans ses divisions et dans ses contradictions.

28. Sur l’attitude des juristes universitaires, voir Gustapane (E.) “I manuali di diritto amministrativo (1928-1940)”, in *Materiali...*, précité. Selon Pierre Milza et Serge Berstein (*op. cit.*), sur 1200 professeurs d’université, toutes disciplines confondues, 13 seulement refusèrent de prêter serment et furent mis à la retraite ou suspendus de leurs fonctions avec indemnité.

29. Sur l’interprétation du serment, voir Gustapane (E.), *article précité*.

30. Nous nous référons ici encore à l’article de Gustapane (E.), *précité*. Voir, dans le même sens, Melis (G.), “Il diritto amministrativo tra le due guerre”, in *Materiali...*, *précité*, qui parle d’une fracture significative, dans les premières années du fascisme, entre les juristes qui offrent leur compétence technique au nouveau pouvoir, et la majorité, qui maintiennent une relative neutralité par rapport à la tendance politique dominante.

31. Voir par exemple Cassese (S.), “L’opera di Massimo Severo Giannini negli anni trenta”, in *Materiali...*, *op. cit.*, ou Melis (G.), *article précité*. Santi Romano serait dans ce contexte l’un des rares auteurs à avoir pressenti, dès le début des années 1900, la crise de l’Etat libéral. Voir Ruffilli (R.), “Santi Romano e la “crisi dello stato” agli inizi dell’età contemporanea”, *article précité*.

• En ce qui concerne le Conseil d'Etat, nous avons des indications non seulement sur l'attitude de l'institution, mais aussi sur l'attitude individuelle d'un certain nombre de ses membres

On a montré plus haut l'insistance mise par les gardes des sceaux successifs de Vichy sur la place qui devait revenir au Conseil d'Etat dans le nouveau régime en construction. Ces perspectives ne pouvaient trouver qu'un écho favorable auprès de la Haute assemblée, qui espère, à la faveur du changement de régime, retrouver un rôle à la hauteur de ses compétences.

La première allocution du vice-président Porcher, recevant Alibert à Royat, le 24 août 1940, constitue une offre de services non ambiguë : *“En notre nom à tous, au nom surtout de ceux à qui leur jeunesse permet d'espérer qu'ils seront jusqu'au bout les témoins de l'oeuvre immense de reconstruction du pays que, sous l'impulsion de son chef respecté, le gouvernement a entreprise, je vous dis : merci, nous sommes prêts [...]. Nous saurons, si on nous le demande, apporter d'utiles suggestions à ceux qui veulent reconstruire : nous saurons les aider à choisir les matériaux, à les grouper harmonieusement, à élever ainsi des monuments dignes de notre pays et à projeter la lumière dans le dédale où elle se perd ; nous saurons [...] veiller à la conservation de notre langue qui, elle du moins, constitue un élément de notre patrimoine qui ne peut nous être ravi [...]. Nous nous mettons donc, comme c'est notre élémentaire devoir, à la disposition du gouvernement ; mes prédécesseurs et moi-même n'avons cessé de le déclarer, au point que nous prenions la pénible apparence de gens qui s'obstient à offrir leurs services à qui est bien résolu à s'en passer. Ces temps sont-ils donc révolus ? Votre présence ici, Monsieur le garde des sceaux, nous invite pour la première fois à le croire ; le rétablissement dans notre sein d'une section de législation nous donne déjà une indication précieuse ; la désignation de secrétaires généraux de ministères en qualité de conseillers d'Etat en service extraordinaire nous est le gage d'une collaboration étroite, nous ne doutons pas que vous ne veuillez replacer notre corps dans l'Etat au rang dont il n'aurait jamais dû déchoir et donner à ses membres une situation conforme à l'importance de leur mission”*.

Un an plus tard, répondant cette fois à Barthélémy, le vice-président exprime les mêmes aspirations et les mêmes espoirs, fondés sur la mise en avant des mérites de l'institution : *“Nous constituons un grand atelier, où le travail se féconde par sa mise en commun [...], nos méthodes sont la source d'une sagesse collective [...], notre institution a vu se succéder bien des régimes : agissant, selon les occasions, comme un frein ou comme un animateur, elle incarne ces qualités d'ordre et de raison, sans lesquelles pas un gouvernement n'est digne de ce nom. [...] Le passé nous enseigne que c'est sous les régimes autoritaires que notre rôle a été le plus grand ; ces derniers mois nous ont apporté déjà un commencement de vérification de cette loi de l'histoire ; nous avons confiance que, sous votre haute impulsion, Monsieur le garde des sceaux, elle trouvera de jour en jour une application plus stricte : nous avons confiance que nous serons appelés enfin à prendre la part légitime qui nous*

revient dans la grande oeuvre entreprise par le Chef de l'Etat"³².

La haute idée que l'institution a d'elle-même est, on le voit, un trait commun à l'Italie et à la France. Mais le Conseil d'Etat, contrairement au Consiglio di Stato, ne verra pas ses espoirs se réaliser. Dans son allocution du 21 octobre 1943, le vice-président Porcher regrette publiquement, devant la garde des sceaux, que les ministres et secrétaires d'Etat, qui ont en principe place dans l'assemblée du Conseil d'Etat "n'aient pas appris ou aient oublié le chemin du Palais-Royal". Il dresse un bilan assez sombre de la place et de l'action du Conseil : bien que celui-ci se soit vu restituer en théorie un rôle important dans la préparation des lois, une seule fois, en trois ans, relève-t-il, un secrétaire d'Etat est venu prendre part à la discussion d'un projet de loi intéressant son département. "Le résultat, poursuit-il, le *Journal Officiel* nous en est témoin chaque jour : monuments informes, obscurs, incomplets, triomphe de l'erratum et du rectificatif". Autre grief : celui de vider le Conseil d'Etat de ses membres en les attirant vers des fonctions hors-cadre dans des organismes para-administratifs par une rémunération plus généreuse et un avancement plus rapide, au risque de le priver à terme de ses meilleurs éléments.

Les rapports entre l'institution et le pouvoir se sont donc dégradés, comme en témoigne le ton inhabituellement vif utilisé par le vice-président du Conseil d'Etat. La déception est à la mesure des espoirs initialement placés dans l'avènement d'un nouveau régime. Au temps des illusions a ainsi succédé le temps des désillusions³³.

Dans l'intervalle, les membres du Conseil d'Etat ont dû, comme tous les hauts fonctionnaires, prêter serment au Chef de l'Etat. L'acte constitutionnel n° 7 du 27 janvier 1941 prévoyait en effet que les fonctionnaires devraient prêter serment de fidélité au chef de l'Etat en prononçant la formule suivante : "Je jure fidélité à votre personne et je m'engage à exercer ma charge pour le bien de l'Etat, selon les lois de l'honneur et de la probité".

Le 19 août 1941 Pétain vient lui-même à Royat pour recevoir ce serment. Il est accueilli par Porché en ces termes : "Vous êtes ici en votre Conseil, vous restituez une tradition morte depuis le grand empereur [...] ; à un tel témoignage de confiance, comment ne répondrions-nous pas, non pas du bout des lèvres, mais du fond du coeur, par une promesse de fidélité ?". La signification que Pétain attache au serment est sans ambiguïté : "Il faut se prononcer. On est avec moi ou contre moi. Et cette pensée est surtout vraie pour les serviteurs de l'Etat et d'abord pour vous qui êtes les premiers. Telle est la portée du serment que je suis venu entendre. La gravité du péril intérieur et extérieur rend plus affirmative que jamais ma résolution de m'appuyer sur tous les éléments sains du pays, rassurés par ma volonté de mettre les autres hors d'état de nuire". En pratique, le serment fut prononcé par le vice-président,

32. Allocution du 30 juin 1941.

33. La formule est de Jean Marcou (*op. cit.*).

par les présidents de section, par le secrétaire général, puis tous les membres présents durent lever la main droite en disant : "je le jure" ; ceux qui n'étaient pas présents prêtèrent serment individuellement à la prochaine séance.

Tous les membres du Conseil d'Etat se plièrent à la formalité de la prestation de serment. Et cela à un moment où la politique de Vichy s'est durcie et où le régime ne bénéficie plus du même soutien quasi-unanime de la population qu'en 1940. Il paraît toutefois difficile d'en tirer des conclusions sur le degré d'adhésion au régime des membres de l'institution, dans la mesure où le refus de prêter serment avait pour conséquence inéluctable la radiation des cadres ; tout au plus peut-on faire remarquer que parmi ceux à qui la formalité a coûté - et on peut supposer qu'il y en a eu un certain nombre - aucun n'avait de convictions suffisamment fortes pour les faire passer avant le souci de conserver son emploi³⁴. A titre individuel, les membres du Conseil d'Etat ont entretenu avec le nouveau pouvoir des relations très variables. La plus grande partie d'entre eux n'ont pas eu d'engagement marquant, continuant à exercer leurs fonctions au sein du Conseil comme par le passé. Quelques individualités se sont mises au service de la Résistance, tout en continuant d'ailleurs à siéger au Conseil : Alexandre Parodi, désigné par De Gaulle comme représentant en France du Comité français de libération nationale, Michel Debré, Bernard Chenot, André Ségalat. D'autres encore, en nombre non négligeable, ont exercé des fonctions de responsabilité politiques ou administratives en dehors du Conseil : c'est essentiellement parmi eux que l'on trouve ceux qui ont fait le plus nettement allégeance au nouveau pouvoir³⁵. 20% des membres du Conseil d'Etat ont été frappés par des mesures d'épuration à la Libération, essentiellement parmi ceux qui avaient servi le pouvoir à l'extérieur de l'institution : ce chiffre suffit à attester qu'ils ont été nombreux à être étroitement associés, à titre individuel, à l'œuvre de Vichy.

En Italie comme en France, l'institution est donc non seulement acceptée par le régime, mais promue à une place plus importante que précédemment. Des liens relativement étroits existent entre le pouvoir politique et l'institution, qui entretiennent des rapports de confiance réciproque, en dépit des quelques manifestations d'amertume que l'on a signalées de la part du Conseil d'Etat. Mais le statut reconnu à - et revendiqué par - l'institution ne préjuge pas du rôle qu'elle a effectivement joué : s'est-elle comportée comme l'auxiliaire inconditionnel des autorités politiques, y compris dans leur œuvre

34. G. Maleville, le seul dont on ait le témoignage, explique que de toutes façons la sincérité était absente du cérémonial, et qu'il ne fallait pas tomber dans le piège tendu aux non-pétainistes en courant le risque d'être exclu, pourchassé, emprisonné (*op. cit.*). Chez les hauts fonctionnaires et les magistrats il y eut très peu de cas de refus (les sources font état de un à six cas).

35. Parmi les personnalités les plus en vue, on peut citer les noms de Font-Réaulx, Dayras, Ingrand, Monier qui ont participé à la rédaction des textes d'exception ou à la création des sections spéciales (voir les mémoires de Joseph-Barthélémy). On peut citer aussi le cas d'André Ripert, président de Section, qui a siégé au Conseil de justice politique créé en même temps que les sections spéciales, ou de Jean-Marie Roussel, également président de section, et qui a présidé la Commission de révision des naturalisations.

répressive, ou au contraire a-t-elle agi comme un frein face aux prétentions de transformation radicale de la société et aux excès de la répression ? La réponse, on s'en doute, est plus nuancée, l'attitude du Consiglio di Stato pas plus que celle du Conseil d'Etat ne se laissant enfermer dans une dichotomie aussi tranchée.

II - LE RÔLE JOUÉ PAR L'INSTITUTION

Avant de passer en revue la façon dont le Consiglio di Stato et le Conseil d'Etat ont réagi face aux réformes ou aux mesures les plus caractéristiques du fascisme et du régime de Vichy sur le plan politique ou idéologique - l'épuration de la fonction publique, la mise en place d'un système corporatiste³⁶, la politique antisémite -, on tentera préalablement d'évaluer l'importance du rôle joué par l'institution et donc l'influence réelle qu'elle était à même d'exercer. On s'efforcera notamment, dans cette perspective, d'examiner la façon dont s'exerce le contrôle juridictionnel de l'administration dans un système qui, tout en reniant à beaucoup d'égards les fondements mêmes de l'Etat de droit, en laisse subsister les formes extérieures, à commencer justement par le contrôle de la légalité de l'action administrative.

A) L'importance de ce rôle

Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'importance du rôle effectivement joué par le Consiglio di Stato d'un côté, le Conseil d'Etat de l'autre, on est immédiatement confronté à la différence de contexte. Le premier a exercé ses fonctions dans des circonstances "normales", au sens où il y a eu normalisation institutionnelle du fascisme et où, sur un laps de temps de vingt années, seules les dernières ont été marquées par la guerre ; pour le second, à l'inverse, la période de Vichy se confond avec la guerre et l'occupation, et ces circonstances troublées ont sérieusement entravé l'exercice de ses différentes missions, ne serait-ce que sur le plan purement matériel.

En septembre 1939, à la déclaration de la guerre, le Conseil d'Etat se replie sur Angers, avant de revenir à Paris en décembre ; il y demeure jusqu'au 9 juin 1940, date à laquelle, fuyant l'avance allemande, il rallie à nouveau Angers, puis Bordeaux, puis Monségur. En août 1940, le Conseil vient s'installer à Royat, à 60 km de Vichy. Cet éloignement le gêne dans l'accomplissement de sa tâche consultative, le Conseil d'Etat souffrant en outre de son isolement vis-à-vis de l'administration active, en majorité rentrée à Paris. En matière juridictionnelle, le jugement des affaires soulève de sérieux problèmes, notamment parce que la Cour de cassation ayant regagné Paris dès le mois d'août 1940, les avocats aux conseils y sont restés. Le retour

36. Nous avons finalement renoncé, faute d'éléments suffisamment significatifs, à consacrer un développement particulier à la réaction de l'institution face au corporatisme ; la question est abordée incidemment à propos de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

du Conseil d'Etat à Paris est néanmoins différé pendant un certain temps, parce qu'on estime qu'étant aussi le conseiller du gouvernement, il doit rester à proximité de ce dernier et ne pas en être séparé par la ligne de démarcation. Il reviendra finalement à Paris à la fin du mois de juin 1942, ce qui rend plus aisé l'exercice de sa mission juridictionnelle... mais non les contacts avec les ministres.

- Le Consiglio di Stato connaît, pendant la période du fascisme, une montée en puissance, dont il est cependant difficile d'affirmer avec certitude qu'elle n'aurait pas eu lieu de toutes façons, au moins en ce qui concerne ses fonctions de juge : on a vu, en effet, que l'accroissement des prérogatives juridictionnelles du Consiglio di Stato faisait partie des projets discutés de longue date. Ce qui n'est pas contesté, c'est que les rapports entre l'administration et le Consiglio di Stato sont restés jusqu'à la fin du régime empreints de respect mutuel et que les liens qui existaient traditionnellement entre eux se sont renforcés au cours de ces années.

Les chiffres figurant dans les rapports officiels permettent une estimation quantitative de l'activité juridictionnelle : 4116 recours jugés sur les deux années 1929-1930, 7877 pendant les cinq années 1931-1935, soit en moyenne 1700 affaires par an. La fonction publique donne lieu à un contentieux particulièrement abondant - qui fait désormais partie du champ de compétence exclusive du Consiglio di Stato -, de même que les contrats passés par les organismes publics, les ouvrages publics, l'expropriation, le recouvrement des impôts directs, etc...

En matière consultative Consiglio di Stato est obligatoirement saisi des normes juridiques émanant du gouvernement dans l'exercice de ses prérogatives institutionnelles ainsi que des projets de codification ("*testi unici*") ; son avis est seulement facultatif, en revanche, sur les projets de lois et les mesures émanant de l'exécutif mais revêtues de la même valeur que les lois (législation déléguée, décrets-lois). En pratique, sa contribution à l'œuvre de codification, et plus généralement à l'œuvre législative et réglementaire du fascisme semble avoir été importante, tant quantitativement que qualitativement, si l'on en croit la présentation qui en est donnée dans les rapports bi-annuels ou quinquennaux. En 1929-1930, le Consiglio di Stato a examiné 313 projets de lois ou de règlements. Pendant la période 1931-1935, il a examiné des projets de lois importants comme le livre premier du code civil ou le code maritime ; il s'est prononcé sur les projets de codification des lois relatives au cadastre, à la pêche, aux communes et provinces, à l'enseignement supérieur, à la comptabilité publique, à l'organisation de l'économie corporative, à l'organisation sanitaire. Pendant la période qui va de 1936 à 1940, il a examiné le code de procédure civile et les livres suivants du code civil ; il a également été consulté sur des projets de décrets ou de règlements concernant la fonction publique, les forces armées, les offices publics, l'éducation nationale, le travail et la prévoyance sociale, la pharmacie, l'économie...

- Dans le cas du Conseil d'Etat, la faiblesse quantitative de l'activité

contentieuse, désorganisée par la guerre, et la participation limitée de la haute assemblée au processus d'élaboration des lois et règlements sont compensées par l'importance des fonctions que ses membres sont appelés à exercer à l'extérieur du Conseil.

L'activité contentieuse a été particulièrement affectée par les événements de la guerre. Le nombre des affaires entrées et des affaires jugées diminue de façon très sensible : 300 décisions en 1940 - dont aucune entre juin et novembre -, moins de 400 en 1941 et 1942, un peu plus d'un millier en 1943 et 1944. L'heure, on s'en doute, n'est pas au contentieux, et la suspension générale des délais de procédure raréfie encore les recours. L'instruction et le jugement des affaires sont compliqués par les circonstances de la guerre et par l'occupation : les avocats sont à Paris, les requêtes sont adressées soit à Paris, soit à Royat, selon le domicile des requérants, les dossiers cheminent dans des conditions précaires, et doivent éventuellement franchir la ligne de démarcation³⁷.

En matière consultative, le Conseil d'Etat n'a pas été mis à même d'exercer pleinement le rôle qu'on lui avait promis et que la loi du 18 décembre 1940 lui conférait dans la confection des lois. *“Si les vœux de celui qui a l'honneur immense de porter chez vous le titre de président sont réalisés, avait déclaré le 30 juin 1941 Joseph Barthélémy, aucune fondation ne sera bâtie, aucune colonne ne sera dressée, aucune pierre d'angle ne sera posée sans que vous soyez appelés à faire connaître votre avis”*. Ces vœux ne se sont pas réalisés, ou plutôt, pas autant que l'aurait souhaité le Conseil d'Etat. Car plus de 150 projets de lois lui ont malgré tout été soumis entre 1940 et 1944, dont des projets importants concernant le régime de la nationalité, les ordres professionnels, le statut de la fonction publique, le droit de la famille, l'urbanisme, l'expropriation... Mais ceci ne représente que le dixième des lois promulguées pendant cette période, et le Conseil d'Etat n'a par exemple été saisi ni sur les textes permettant l'épuration de l'administration, ni sur les lois portant statut des juifs, ni sur les premiers grands textes d'inspiration corporatiste, ni sur aucun des actes constitutionnels³⁸. La réticence des ministères à consulter le Conseil d'Etat se manifeste du reste également en ce qui concerne les projets de textes réglementaires et de décisions individuelles pour lesquels son avis n'est pas obligatoire.

Les gardes des sceaux successifs s'attachent à combattre cette tendance qu'ils déplorent. Ainsi, dans une lettre adressée aux ministres et secrétaires d'Etat en 1941, Barthélémy appelle leur attention sur les nouvelles attributions du Conseil d'Etat : *“Les circonstances actuelles s'accompagnent dans tous les domaines de profondes transformations qui se traduisent par une œuvre législative abondante où le travail de mise au point et de coordination*

37. Ces indications sont extraites de l'ouvrage *Le Conseil d'Etat, 1799-1794, op. cit.*, p 810.

38. *ibid.* p. 806. Selon d'autres sources, cependant, le Conseil d'Etat avait bien été consulté sur le statut des Juifs et son avis figurerait dans des archives ministérielles.

s'avère aussi difficile que nécessaire, c'est ce travail que la loi du 18 décembre a entendu confier au Conseil d'Etat. Il est donc indispensable, pour répondre au vœu de la loi, que tous les textes de loi ou de décret qui ne présentent pas un caractère d'urgence exceptionnelle et qui ont trait à des réformes d'une certaine importance ou sont susceptibles de mettre en jeu des principes juridiques d'un caractère nouveau fassent l'objet d'un examen de la part du Conseil d'Etat". Dans une nouvelle circulaire de novembre 1943, le garde des sceaux constate que ses prescriptions "n'ont reçu application que dans des cas beaucoup trop rares. Il en est résulté que des lois et décrets importants ont été soumis à ma signature dans un état de préparation insuffisante"³⁹.

Cette collaboration limitée à l'œuvre législative fut d'une certaine façon la chance du Conseil d'Etat, puisqu'elle lui a évité d'être associé officiellement, en tant que corps, aux aspects les plus contestables de cette œuvre⁴⁰. A titre individuel, en revanche, ses membres ont été nombreux à accéder à des postes de responsabilité dans l'administration active ou auprès des dirigeants politiques. Une trentaine de membres furent placés hors cadres pendant cette période pour occuper des postes de secrétaire général de ministères, de préfets, de directeurs d'administration centrale, d'inspecteurs généraux, ou encore des emplois dans l'administration coloniale. De fait, c'est sous Vichy qu'a commencé à se développer la pratique du détachement des membres du Conseil pour l'exercice de fonctions extérieures au corps, qui connaîtra une extension plus importante encore sous la IV^e et la V^e Républiques, mais qui était encore peu fréquente à la fin de la III^e République : quatorze mises hors cadres en 1942, dix-neuf en 1943, alors qu'on en comptait entre deux à six par an avant la guerre. Sans compter tous ceux, plus nombreux encore, qui tout en restant dans les cadres remplirent des fonctions à temps partiel ou à temps complet dans les cabinets ou les services ministériels. Ce sont ces fonctions répétées sur l'effectif du Conseil d'Etat que critiquait, on l'a vu, le vice-président Porché dans son discours du 30 juin 1941.

L'importance des fonctions politico-administratives exercées hors du corps par les membres du Conseil d'Etat peuvent être interprétées à la fois comme l'illustration de leur compromission avec le régime - même si parmi les emplois occupés beaucoup n'étaient pas directement politiques - et comme la preuve de la "modernité" de Vichy, amorçant une osmose appelée ultérieurement à s'étendre entre la haute fonction publique et le personnel politique.

B) L'exercice de la fonction de contrôle de l'administration

Ce n'est pas le moindre des paradoxes que le Conseil d'Etat et le Consiglio

39. Cité dans *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.* p. 807.

40. Pas totalement cependant, dans la mesure où, comme on le verra plus loin, il était chargé de donner un avis sur les dérogations individuelles à l'application des lois raciales et xénophobes. Et sous réserve des éléments nouveaux que pourrait faire apparaître le dépouillement d'archives demeurées jusqu'ici à l'abri des investigations des chercheurs (voir note 38).

di Stato aient continué, sous des régimes autoritaires et guère respectueux des principes qui sont à la base de l'Etat de droit - la séparation des pouvoirs, la hiérarchie des normes, la non rétroactivité des lois, pour ne citer que ceux-là - à exercer normalement leur fonction de contrôle sur l'administration. On a évoqué plus haut les raisons de cet état de choses, qui renvoient à la fonction assignée à l'institution dans la stratégie de légitimation de ces régimes. Toujours est-il que ces périodes critiques voient même se produire des avancées jurisprudentielles, qui témoignent d'une certaine forme de continuité dans l'exercice de la mission de contrôle impartie aux deux institutions.

• On assiste, dans les années 30, au développement de l'activité juridictionnelle du Consiglio di Stato⁴¹. Malgré l'affirmation du primat du politique et de la subordination des intérêts individuels à ceux de l'Etat, malgré l'ampleur des pouvoirs normatifs reconnus à l'Exécutif, le Consiglio di Stato réussit à maintenir l'action administrative dans un cadre tel que les garanties de l'Etat de droit, au moins par rapport à la fonction juridictionnelle, restent en substance observées.

Il faut dire aussi qu'en contrôlant strictement l'exercice du pouvoir normatif par les ministres, le Consiglio di Stato défendait en fait à la fois les intérêts du gouvernement fasciste qui, comme on l'a dit plus haut, souhaitait diminuer l'autonomie des ministres et renforcer l'autorité du Duce, et ses intérêts propres, en l'occurrence ses prérogatives en tant qu'organe consultatif. Il se comporta par conséquent comme l'allié objectif du gouvernement en déclarant illégaux les règlements faits par décret royal sur proposition d'un seul ministre, sans que soit recueilli l'avis du Consiglio di Stato et sans délibération préalable du Conseil des ministres ; en déniaut au gouvernement le droit de se subdéléguer à lui-même l'édiction de normes complémentaires par rapport aux décrets législatifs délégués ; en refusant la possibilité de déléguer au ministre seul le pouvoir réglementaire attribué au gouvernement ; ou encore en déclarant illégaux les décrets législatifs délégués édictés sans délibération du Conseil des ministres⁴².

Reste que le renforcement du contrôle juridictionnel sur les administrations publiques, qui répond au renforcement des prérogatives des appareils administratifs, permet aussi d'assurer la protection des droits et intérêts individuels. Les auteurs semblent en effet s'accorder pour dire que la jurisprudence administrative a réussi, dans cette période autoritaire, à conserver une coloration libérale, et à faire la preuve de sa modernité en dessinant certaines

41. En ce sens, Piga (F.), "Cinquante anni di esperienza jurídica in Italia", *op. cit.*, auquel nous empruntons également l'analyse de l'évolution de la jurisprudence pendant cette période. Il faut peut-être faire la part de la solidarité de corps dans l'appréciation très positive portée sur cette jurisprudence par l'auteur, qui est lui-même un membre du Consiglio di Stato. On trouve toutefois une appréciation analogue chez Alberti (M. d'), "La giurisprudenza amministrativa negli anni trenta", *op. cit.*

42. Voir Cocozza (F.), *op. cit.*

orientations jurisprudentielles qui seront confirmées par la suite⁴³.

Ainsi, face à l'intention exprimée par le gouvernement d'exclure le recours juridictionnel dans certaines matières, l'assemblée générale, en 1930, réaffirme dans deux de ses avis que tous les actes administratifs sont assujettis à un contrôle juridictionnel de légalité [*legimità*], et que cette règle correspond à un principe fondamental de l'ordre juridique auquel on ne peut déroger⁴⁴.

Le refus d'accepter qu'il soit porté atteinte aux garanties juridictionnelles se retrouve également dans des décisions concernant la notion d'acte politique, et la portée qu'il convient d'attribuer à la disposition contenue dans les textes sur le Consiglio di Stato soustrayant "l'activité politique" au contrôle juridictionnel. La jurisprudence des trente années précédentes avait restreint sensiblement le champ d'application de la notion d'acte politique soustrait au contrôle du juge ; le Consiglio di Stato s'en est tenu dans les années 30 et 40 aux mêmes critères restrictifs, estimant par exemple que même si la loi sur la base de laquelle l'acte était pris était inspirée par une finalité politique suprême, les actes d'application n'étaient pas pour autant des actes politiques, mais conservaient la nature de mesures administratives⁴⁵.

On trouve aussi, dans la même lignée, d'importantes décisions rendues en matière d'excès de pouvoir, qui se situent dans le prolongement de la jurisprudence antérieure, affirmant la nécessité d'un contrôle interne du pouvoir discrétionnaire. La violation de l'esprit de la loi est retenue comme constitutif d'un excès de pouvoir dans de nombreuses espèces ; le contrôle des motifs se développe, passant du contrôle de l'existence des faits et de leur qualification, déjà admis au cours des années précédentes, au contrôle de la prise en compte par l'administration de l'ensemble des intérêts en cause. Au point qu'aux dires de certains, le contrôle exercé par le Consiglio di Stato serait devenu à cette époque plus poussé que le contrôle exercé par le Conseil d'Etat en France.

A l'excès de pouvoir est également rattachée la violation des garanties essentielles dérivant des principes généraux du droit, tel le défaut de discussion préalable des griefs dans la procédure disciplinaire (on reconnaît là l'équivalent de la décision du Conseil d'Etat français, du 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier, érigeant les droits de la défense en principe général du droit). De façon générale, c'est au cours de ces années que la jurisprudence va consacrer l'existence de principes généraux de l'ordre juridique étatique

43. En ce sens, Alberti (M. d'), *op. cit.*

44. Avis n. 57, du 6 mars 1930 et n. 450, du 23 mai 1930. Cités par Piga (F.), "Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia", *op. cit.*

45. Voir par exemple Sez. IV, 4 mars 1933, n. 78, 7 avril 1933, n. 123, et 16 mars 1935, n. 159. Citées par Alberti (M. d'), *op. cit.*

revêtus d'une valeur constitutionnelle, auxquels il est donc impossible de déroger⁴⁶.

• S'agissant du contrôle juridictionnel de l'administration sous Vichy, la brièveté de la période ne laisse guère le temps aux évolutions jurisprudentielles de se cristalliser. De cette époque datent pourtant certaines décisions annonciatrices d'un renforcement du contrôle sur les actes de l'administration.

Par le biais du contrôle des motifs, le juge affine son contrôle sur les décisions prises en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Dans un arrêt Piron, de 1942, le Conseil d'Etat rappelle que l'administration, lorsqu'elle est investie d'un pouvoir discrétionnaire, doit se livrer à l'examen individuel de chaque dossier et ne peut se borner à appliquer des normes générales⁴⁷ ; et dans cette même espèce, il s'autorise à contrôler l'usage que l'administration fait d'un pouvoir pourtant discrétionnaire en vérifiant que les motifs sur la base desquels elle s'est déterminée correspondent à ceux que le législateur avait lui-même en vue. Dans un arrêt ultérieur, il annule une décision refusant d'autoriser une mutation immobilière, comme la loi du 16 novembre 1940 en donnait le pouvoir au préfet et qui se fondait sur le fait qu'il convenait de réserver l'acquisition de ce genre de domaines à des agriculteurs de profession : un tel motif, déclare-t-il, en raison de sa généralité et en l'absence de toute appréciation des inconvénients particuliers que pouvait présenter, dans les circonstances de l'espèce, pour l'intérêt général, la réalisation de l'opération projetée, n'était pas au nombre de ceux qui pouvaient justifier légalement le refus de l'autorisation sollicitée⁴⁸.

Dans l'exercice de sa fonction de contrôle, le Conseil d'Etat va rencontrer les organismes corporatifs mise en place par Vichy. Ainsi, la loi du 16 août 1940, dictée il est vrai plus par la nécessité d'organiser la production dans un contexte de pénurie que par une visée idéologique précise, crée des comités d'organisation, composés de membres de la profession choisis par le gouvernement et dotés de prérogatives importantes en matière économique : recensement des entreprises et des moyens de production, fixation des programmes de production, répartition des matières premières, possibilité de prononcer des sanctions, etc... Saisi de litiges entre ces organismes corporatifs et leurs ressortissants, le Conseil d'Etat, tout en rappelant que ces comités personnifient des intérêts propres, distincts de ceux de l'Etat et qu'ils ne sont donc pas assimilables à des établissements publics, se reconnaît compétent, dans un arrêt Monpeurt rendu en 1942, pour statuer sur ces litiges. Un an plus tard, par un arrêt Bouguen, il étend les mêmes principes à l'Ordre des médecins récemment créé et doté lui aussi d'un pouvoir de réglementation, de surveillance et de

46. Ad. gen. 21 décembre 1923 ; sez. V, 28 septembre 1941, n. 531 ; sez. IV, 28 juillet 1943, n. 246. Cités par Pifa (F.), *op. cit.*

47. C.E. 24 juillet 1942, Piron, S. 1943.III.1, concl. Ségalat, note Mestre.

48. C.E. 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche, S. 1944.3.16, concl. Léonard.

sanction sur ses membres⁴⁹.

Les arrêts Monpeurt et Bouguen marquent une étape capitale dans l'évolution du droit administratif : d'une part parce qu'ils reconnaissent que des personnes privées peuvent, même en l'absence d'investiture contractuelle, gérer un service public ; d'autre part parce qu'ils manifestent la volonté du juge de ne pas laisser échapper à son contrôle l'action de ces organismes professionnels. *"Le pays qui a su soumettre la puissance publique elle-même au contrôle juridictionnel ne saurait tolérer qu'y échappent tels ou tels organismes investis du pouvoir de créer, d'appliquer ou de sanctionner des règlements sous le prétexte qu'on serait en présence d'un droit autonome, d'un droit "sui generis"*", déclarait le commissaire du gouvernement Lagrange dans ses conclusions sur l'affaire Bouguen. Le Conseil d'Etat va ainsi pouvoir contrôler les sanctions prises par ces organismes à l'égard de leurs membres, vérifier qu'elles ont été prises après une procédure contradictoire, et veiller de façon générale à ce que l'intervention des groupements corporatifs n'aboutisse pas à refuser l'autorisation de toute nouvelle création d'entreprise ou d'installation d'une profession libérale et donc à la négation du principe de la liberté économique⁵⁰.

Il convient enfin de rappeler que c'est à propos d'affaires nées pendant la période de Vichy que le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'énoncer un certain nombre de principes fondamentaux, auxquels il attribuera par la suite le qualificatif de "principes généraux du droit". C'est dans ses conclusions sur l'affaire Guieysse, du 4 février 1944⁵¹, que le commissaire du gouvernement Chenot énonce pour la première fois l'idée qu'il existe *"des principes fondamentaux de notre organisation politique qui, sans être inscrits dans aucun texte, ont pénétré depuis cent cinquante ans toutes nos institutions et ont dominé notre législation"*, et que la violation de ces principes, qui ont valeur de droit positif, constitue un excès de pouvoir. C'est dans l'arrêt Dame Veuve Trompier-Gravier, rendu le 5 mai 1944⁵² - un mois avant le débarquement - que le Conseil d'Etat énonce un principe général du droit promis à un grand avenir : le principe des droits de la défense. Enfin, c'est dans un arrêt Dame Lamotte, du 17 février 1950, rendu longtemps après la Libération mais à propos d'un litige régi par un texte de Vichy, que le Conseil d'Etat proclame que le recours pour excès de pouvoir a un caractère d'ordre public et qu'il est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, afin d'assurer conformément aux principes généraux du droit le respect de la légalité : *"le principe le plus important peut-être de notre droit public [qui] constitue la garantie essentielle des citoyens et de la cité, [et qui] s'impose au législateur lui-même*

49. C.E. 31 juillet 1942, Monpeurt, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, 9^e éd., 1990, p. 341 ; C.E. 2 avril 1943, Bouguen, *ibid.* p. 352.

50. Sur le contrôle du juge sur les organismes corporatifs, voir Marcou (J.), *op. cit.* p. 357 s.

51. RDP 1944.166, concl. Chenot

52. RDP 1944.256, concl. Chenot, note Jèze. Voir aussi *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.* p. 360.

parce qu'une loi qui le méconnaîtrait contiendrait en elle-même un principe de contradiction"⁵³. Le Conseil d'Etat en déduit en l'espèce que la loi du 23 mai 1943, qui disposait pourtant que les décisions prises n'étaient susceptibles d'aucun recours administratif ou judiciaire, n'avait pu avoir pour effet de supprimer le recours pour excès de pouvoir.

Mais ces décisions interviennent trop tardivement pour ne pas paraître bien ambiguës et ne pas laisser un fort sentiment de malaise : car si vraiment il existait des principes généraux du droit français s'imposant à l'Exécutif, même dans sa fonction de législateur, pourquoi le juge n'a-t-il pas estimé utile de les invoquer quelques années plus tôt, à l'encontre des mesures visant les Juifs, qui représentaient sans conteste la plus grave entorse qu'on puisse imaginer à ces principes ? On trouve une explication de ce comportement dans les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'affaire Dame Lamotte, estimant que le Conseil d'Etat ne pouvait pas aller plus loin à l'époque sans mettre en jeu sa propre existence et donc l'existence même d'un contrôle sur l'administration⁵⁴. Peu glorieuse pour l'institution, l'explication pourrait bien être encore exagérément optimiste : sommes-nous en effet si sûrs qu'en 1940 une majorité des membres du Conseil d'Etat eût été prête à refuser d'appliquer le statut des Juifs si elle n'avait pas craint les représailles du pouvoir, et que seule cette crainte l'en a dissuadée ?

C) L'attitude de l'institution face aux lois d'exception

1) La notion de législation d'exception

Quelques remarques terminologiques s'imposent ici préalablement.

• Si l'on prend l'expression au sens strict, le régime fasciste n'a pas connu de lois d'exception. La législation d'exception est celle qui entend déroger à des principes établis, soit pour un temps limité correspondant à des circonstances exceptionnelles, soit de façon ponctuelle dans un domaine déterminé. La validité de ces principes n'est donc pas globalement remise en cause : ils trouveront à nouveau à s'appliquer lorsque les circonstances exceptionnelles auront pris fin, comme ils continuent à s'appliquer en dehors des hypothèses où les textes y dérogent expressément. Or le fascisme n'a pas entendu déroger aux principes fondamentaux de l'ordre juridique de la démocratie libérale : la

53. Conclusions J. Delvolvé, RDP 1951.478. Voir aussi *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit. p. 433.

54. Evoquant les "dispositions législatives contraires aux principes les plus certains du droit moderne et, par exemple, celles qui établissent des discriminations raciales", il justifiait la position du Conseil d'Etat en ces termes : "Le contrôle aussi sévère que possible qui a été exercé sur les mesures d'application de cette législation n'a été limité que par la prudence indispensable à son maintien, c'est à dire par l'impossibilité où se trouvait le juge de l'excès de pouvoir de contredire les prescriptions expresses de cette législation sans entrer en conflit avec le gouvernement de l'époque et sans entraîner ainsi la suppression de ce qui pouvait subsister de contrôle et de garantie" (loc. cit.).

séparation des pouvoirs, la primauté de l'individu, la reconnaissance des droits subjectifs, mais bien les *abolir* définitivement pour mettre en place un ordre nouveau. On ne peut donc parler de législation d'exception à propos de la législation fasciste qu'en faisant prévaloir après coup des critères politiques ou moraux qui n'étaient pas ceux des acteurs de l'époque. Ajoutons que, d'un point de vue plus empirique, il paraît irréaliste de considérer comme des textes d'exception des textes qui sont restés en vigueur dix, quinze, voire vingt ans.

Il faut cependant mettre à part le cas des lois raciales : adoptées en 1938, à un moment où le régime fasciste se rapproche, politiquement et idéologiquement, de l'Allemagne nazie, il semble qu'elles aient été effectivement perçues par une partie des contemporains à la fois comme une législation d'exception, dérogeant à des principes politiques et juridiques communément admis, et comme le signe d'un tournant non seulement dans l'évolution du régime mais dans la conception même de l'ordre juridique. Si l'on en croit Alessandro Galante Garrone⁵⁵, entré dans la magistrature en 1932, il était encore possible, à cette époque, de faire prévaloir le principe de légalité contre les ingérences du pouvoir, de l'administration ou du parti, et il était relativement facile aux magistrats de faire leur devoir sans céder aux pressions du pouvoir politique et sans encourir pour autant de véritables risques, dans la mesure où le pouvoir fasciste, après avoir fait taire brutalement les opposants actifs, se contenta par la suite d'un consensus plus fictif que réel. A partir de 1933, cependant, sous l'influence de la conception national-socialiste du droit, la défense de la légalité tend à se transformer en une affirmation polémique. Et lorsque sont adoptées les lois raciales, qui n'ont de la loi que l'apparence extérieure et camouflent l'arbitraire pur et simple, c'est la confiance même du juriste dans la loi écrite qui est ébranlée.

• Dans le cas de la législation de Vichy, les choses sont plus complexes. On y trouve en effet des textes inspirés par les circonstances - la guerre, l'exode, l'occupation - qui sont conçus par leurs auteurs eux-mêmes comme des textes d'exception, devant cesser de trouver application lorsque les circonstances seront redevenues normales. Mais d'autres lois, que nous avons coutume, en fonction de critères politiques ou moraux, de qualifier de lois d'exception - celles qui entraînent l'exclusion de la fonction publique des communistes, des francs-maçons, ou des Français de la "première génération", ou de façon plus évidente encore le statut des Juifs -, loin d'avoir été conçues comme des lois faites pour des circonstances exceptionnelles, étaient conçues au contraire comme durables, dans la perspective de la Révolution nationale. Il n'empêche qu'à certains égards il s'agissait bien malgré tout de textes d'exception, en ce sens qu'ils dérogeaient à des principes que Vichy, contrairement au régime fasciste, n'avait pas entendu remettre globalement en cause : c'est le cas du principe d'égalité, par exemple, qui restait la règle pour tous ceux qui n'appartenaient pas à une catégorie d'exclus. Le juge et la doctrine ont d'ailleurs souvent invoqué le caractère d'exception de ces textes pour justifier

55. Voir son témoignage dans "La memoria dell'offesa", *op. cit.*

une interprétation restrictive de leurs dispositions.

Mais le Conseil d'Etat n'a pas cru pouvoir aller jusqu'à écarter l'application des "lois" de Vichy contraires aux principes fondamentaux qu'il avait contribué à élaborer. Ayant refusé de façon constante se prononcer sur la constitutionnalité des lois, il a maintenu cette position dans le cas où la loi n'émanait plus du législateur mais de l'exécutif : de sorte qu'il n'avait plus d'autre choix, face aux lois "d'exception", que de les appliquer⁵⁶.

2) L'épuration de la fonction publique

- En Italie, l'article 31 du statut de la fonction publique donne au gouvernement la faculté de licencier un fonctionnaire "pour incompatibilité avec les orientations du gouvernement". La question se posait de savoir si l'incompatibilité devait découler d'un comportement actuel ou futur de l'agent, ou si la mesure pouvait aussi se fonder sur un comportement passé. Le Consiglio di Stato, invoquant l'esprit et la finalité de la loi, opte pour cette seconde interprétation, la plus sévère, en faisant observer que l'article 31 permet le licenciement "*quand, en raison de manifestations ayant eu lieu dans le service ou en dehors du service, l'intéressé ne donne pas la garantie d'un fidèle accomplissement de ses devoirs*". Cette condition inclut donc à l'évidence, selon lui, l'ensemble des comportements adoptés par l'agent depuis l'origine, dans le service et hors du service, car il s'agit d'une question de confiance, sans laquelle il ne peut exister aucune relation de travail, publique ou privée. L'administration a donc ici une large marge d'appréciation : le contrôle du juge doit se limiter à vérifier si les faits dénoncés existent, ou s'ils sont en contradiction absolue avec la mesure contestée ; mais le juge ne peut se substituer à l'administration pour vérifier si l'agent méritait ou non la confiance de l'administration, appréciation qui suppose l'évaluation d'éléments disparates réunis dans un jugement synthétique et discrétionnaire⁵⁷.

- Pour le régime de Vichy, l'épuration de la fonction publique vise à en exclure tous ceux qui sont considérés comme indésirables : les juifs, les francs-maçons, les communistes, bien sûr, mais aussi ceux qui ne sont pas "français de souche", et ceux dont l'adhésion à la révolution nationale paraît trop tiède.

56. Le Conseil d'Etat explicite sa position, jusque là implicite, dans un arrêt Vincent du 22 mars 1944 (S. 1945.3.53, concl. Detton, note Charlier). Le commissaire du gouvernement justifiait le refus de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi dans les termes suivants : "*Le Conseil d'Etat s'est toujours refusé à se faire juge de la régularité des lois et notamment de leur constitutionnalité. Au temps où la loi émanait [du Parlement], il vous suffisait de constater l'existence formelle de la loi et vous vous refusiez à toute autre investigation. Aujourd'hui, les lois sont prises par décret en conseil des ministres, mais votre position doit rester la même. Vous devez vous refuser à admettre un recours dirigé contre un décret en conseil des ministres, dès lors que ce décret revêt la forme d'une loi, c'est à dire contient la formule : "le présent décret sera exécuté comme loi de l'Etat". Vous ne pouvez juger des actes législatifs, quelle que soit l'autorité qui exerce le pouvoir de faire les lois*".

57. *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-1935*, Vol. I

L'accès à la fonction publique, qui était déjà, depuis une loi de du 19 juillet 1934, interdit pendant dix ans aux naturalisés, est désormais interdit aussi par la loi du 3 avril 1941 aux Français de naissance nés d'un père étranger. Des dérogations sont cependant prévues, notamment au profit de ceux qui ont servi dans une unité combattante ; elles sont prononcées par décret rendu après avis conforme du Conseil d'Etat. D'après le témoignage d'un contemporain, la commission spéciale créée pour examiner les demandes de dérogation adopta une jurisprudence libérale pour les petits emplois, mais elle se montra impitoyable pour les emplois élevés, y compris pour un auditeur au Conseil d'Etat qui fut donc exclu de l'institution à ce titre⁵⁸.

Au contentieux, le Conseil d'Etat combina la loi du 3 avril 1941 et la loi du 19 juillet 1934 dans le sens le moins favorable aux intéressés, estimant que la loi postérieure n'avait pas abrogé la loi antérieure, de sorte que l'étranger naturalisé depuis moins de dix ans ne pouvait accéder à la fonction publique en se prévalant des dérogations consenties par la loi de 1941 à l'égard des anciens combattants⁵⁹.

La loi du 17 juillet 1940 permettait par ailleurs, pendant une période qui devait prendre fin le 31 octobre 1940, mais qui fut prolongée à plusieurs reprises et finalement jusqu'à la fin des hostilités, de relever de leurs fonctions les magistrats, fonctionnaires et agents civils ou militaires de l'Etat, par simple décret, sans autre formalité. Le texte conférait donc apparemment à l'administration un pouvoir discrétionnaire. Mais le Conseil d'Etat limita ce pouvoir en se fondant sur l'exposé des motifs d'une loi de prorogation ultérieure qui disposait que les relèvements de fonction avaient pour objet de "*renouveler les cadres des administrations publiques en écartant les éléments qui, en raison soit de leur origine, soit de leur activité antérieure, se montraient incapables de collaborer sincèrement et efficacement à l'oeuvre de rénovation nationale*". Il en déduisit que les dispositions de la loi avaient pour objet d'écartier des services les agents dont le maintien, en raison de leur comportement général, paraissait incompatible avec les exigences de l'intérêt public, et qu'elle ne pouvait être utilisée en vue, par exemple, d'un rajeunissement des cadres ou pour remplacer la répression disciplinaire.

Seuls certains motifs pouvaient par conséquent justifier légalement une mesure de relèvement de fonction. Le juge considéra comme légales les mesures frappant des fonctionnaires en raison de leur comportement général ou de leur moralité, de même que la mesure prise à l'encontre d'un gardien de la paix "ayant fait preuve d'un état d'esprit inconciliable avec les nécessités du service" ; mais il estima que le motif tiré de l'âge d'un fonctionnaire ne pouvait fonder légalement une mesure de relèvement⁶⁰, non plus que celui tiré

58. Malleville (G.), *op. cit.*

59. C.E. 19 décembre 1941, Sagave, *Dalloz critique* 1942.103, note M.M.

60. Ainsi, dans un arrêt Piron du 24 juillet 1942, il censura des mesures prises à l'égard de policiers dont il apparaissait qu'ils avaient été licenciés en raison du fait qu'ils avaient plus de 55 ans (S. 1943.III.1, concl. Ségalat, note Mestre). "*La loi ne permet de tenir compte de l'âge*

d'une infirmité quelconque : il y avait même dans ce cas détournement de pouvoir car on écartait ainsi les dispositions protectrices de la retraite pour invalidité. Les dispositions de la loi ne pouvaient pas servir non plus à sanctionner une faute disciplinaire, la procédure normale devant alors être respectée.

L'attitude relativement audacieuse dont a fait preuve le Conseil d'Etat dans ce domaine s'explique peut-être par la méfiance qu'il a gardée, à la suite des nombreuses épurations politiques du XIX^e siècle, à l'égard de toute tentative de politisation de la fonction publique. Elle aboutissait néanmoins, de façon paradoxale, à accepter que la loi s'applique aux fonctionnaires visés pour des raisons idéologiques, et non dans le cas où des fautes avaient été réellement commises.

3) *L'attitude face aux mesures antisémites*

• C'est à partir de 1938 que, sous l'influence du rapprochement avec l'Allemagne nazie, l'Italie mussolinienne adopte à son tour une législation raciste⁶¹. Le 14 juillet 1938 paraît le "manifeste de défense de la race", publié par un groupe de professeurs d'université spécialistes d'anthropologie, qui tente de démontrer que le peuple italien est un rameau de la race aryenne qu'il convient de protéger de tout risque de contamination. Le 6 octobre 1938 est promulguée par le Grand Conseil du Fascisme la "Charte de la race", qui se donne pour objectif d'améliorer quantitativement et qualitativement la race italienne, amélioration qui pourrait être gravement compromise par les mélanges et les abâtardissements. Les principales dispositions de la législation sur la race sont contenues dans le décret-loi royal du 17 novembre 1938 ; elles visent principalement quoique non exclusivement les Juifs, en donnant une définition du juif et en prévoyant une série de mesures d'exclusion et de discrimination à leur encontre. Les Juifs étrangers ne peuvent s'installer en Italie, et tous ceux qui y sont arrivés depuis 1919 doivent quitter le pays ; toutes les naturalisations accordées aux Juifs depuis cette date sont révoquées et les Juifs dénaturalisés doivent quitter le pays. Les Juifs italiens sont eux aussi frappés par la législation raciale : ils sont exclus de l'enseignement, des institutions ou associations scientifiques, artistiques et littéraires, de l'armée, de l'administration ; certaines professions leur sont interdites, dans la banque et les assurances notamment ; leur capacité civile est réduite et ils sont notamment privés du droit de propriété immobilière ; les Juifs ne peuvent être propriétaires ou gestionnaires d'entreprises de plus de 100 personnes, ni de terrains d'une valeur supérieure à 5.000 liras, leurs biens sont donc expropriés et vendus au bénéfice de l'Etat ; leurs enfants sont exclus des écoles fréquentées par les Italiens ; ils ne peuvent avoir à leur service de domestiques de race aryenne ; le mariage entre un Italien "aryen" et l'individu appartenant à

(suite note 60) que dans la mesure où il est un élément du comportement général de l'agent et, pour cela, l'autorité administrative doit procéder à un examen de la situation individuelle des intéressés", avait déclaré le commissaire du gouvernement dans ses conclusions.

61. Les ouvrages et articles que nous utilisons dans les développements qui suivent sont référencés *supra* dans la note 17.

une autre race est interdit ; un délit d'atteinte au prestige de la race réprime les rapports conjugaux entre citoyens italiens et indigènes d'Afrique orientale : le mariage entre un citoyen italien et un étranger doit être autorisé par le ministre de l'Intérieur.

Des exemptions sont toutefois prévues pour les familles de Juifs morts pendant les guerres ou pour la cause fasciste, pour les Juifs blessés, décorés ou mutilés pour faits de guerre, ou qui étaient adhérents au fascisme avant la marche sur Rome. Mais surtout, une loi du 13 juillet 1939 donne à Mussolini la faculté de déclarer, par une décision non motivée et non susceptible de recours, la non appartenance d'un individu à la race juive, sur avis conforme d'une commission composée par lui, et dénommée "tribunal de la race". La porte était ainsi ouverte, par le biais de la "discrimination" [les "*discriminati*" étaient les Juifs exemptés] et de l'"aryanisation", à des pratiques indignes, permettant certes à un certain nombre de Juifs d'échapper au sort commun, mais au prix d'une corruption sans limites, l'obtention des "discriminations" et les attestations de complaisance donnant lieu à un véritable trafic⁶².

Entre 1938 et 1943, la jurisprudence va avoir à se prononcer sur l'application des lois raciales⁶³. Tous les commentateurs s'accordent à dire que dans l'ensemble la magistrature turinoise et le Conseil d'Etat s'efforcèrent de donner de cette législation l'interprétation la plus restrictive, et donc la plus libérale, tandis que d'autres juridictions, dont la Cour de cassation et surtout la Cour des comptes, l'appliquèrent au contraire rigoureusement. L'orientation répressive se manifeste par exemple dans une décision selon laquelle l'interdiction d'avoir des domestiques aryens s'applique aussi dans l'hypothèse où la domestique "aryenne" est, dans un couple "mixte", au service de la femme "aryenne"⁶⁴ ; ou dans une décision qui refuse de prendre en compte la bonne foi de celui qui, depuis longtemps converti au catholicisme, pensait ne pas être tenu de se déclarer comme juif, car il s'agit là d'une ignorance inadmissible d'une loi de caractère pénal⁶⁵. L'orientation libérale des juridictions de Turin ressort à l'inverse de la décision de la Cour d'appel de Turin du 5 mai 1939, Rosso c. Artom⁶⁶, qui affirme que, s'agissant de normes qui apportent des restrictions à la capacité juridique des citoyens et qui dérogent aux lois qui ont reconnu aux non catholiques la pleine jouissance des droits civils et politiques, il convient de les interpréter, en dépit de leur caractère d'ordre public, de façon particulièrement stricte [*strictissimae interpretationis*]. On peut aussi citer une décision du tribunal de Turin du 3 mai 1940, Valabrega e Cerruti, qui estime que le délit de mariage "mixte" est un délit instantané, qui peut donc bénéficier d'une amnistie accordée après la célébration du mariage⁶⁷.

62. Voir Spinoza (A.), "Le persecuzioni razziali in Italia", *Il Ponte*, 1953, précité.

63. G. Fubini, dans son article précité dans *Il Ponte*, en 1978, relève qu'il n'y a plus eu aucune décision de justice à partir de septembre 1943.

64. Trieste, 21 mars 1939, *Foro it. Rep.* 1939, voce *Israelitici*, nn. 10-11.

65. Cass. 23 février 1940, *Foro it. Rep.* 1940, voce *Israelitici*, n. 18.

66. *Foro it.*, 1939.I.915.

67. Trib. Torino, 3 mai 1940, *Foro it.* 1941.II.62.

Le Consiglio di Stato, dans l'ensemble, se rallie à l'orientation libérale déjà exprimée par la Cour d'appel de Turin⁶⁸. En affirmant en premier lieu l'existence d'un contrôle juridictionnel sur les mesures prises en vertu de la législation antisémite. Ainsi, dans une décision du 11 juillet 1941, Falco c. Banco di Napoli, il prend le contrepied d'une décision de la Cour des comptes du 1er mars 1941 qui avait décliné sa propre compétence à propos d'un litige en matière de pensions concernant des agents de l'État licenciés parce qu'ils étaient juifs, estimant que seul le ministre de l'Intérieur était ici compétent, en vertu de l'article 26 du décret-loi du 17 novembre 1938. Ce texte, en effet, confiait au ministre de l'Intérieur la solution au cas par cas de toute question relative à l'application du décret et disposait que ses décisions n'étaient susceptibles d'aucun recours, ni administratif, ni juridictionnel. Face à ce texte, le Consiglio di Stato réaffirme que le recours aux organes juridictionnels constitue une garantie fondamentale pour tout sujet de droit, et que les normes supprimant des recours doivent être interprétées avec les plus extrêmes précautions ; l'article 26 doit donc s'entendre comme excluant tout recours uniquement en ce qui concerne la question relative à la détermination de la race d'un individu déterminé, et non les questions subséquentes, car on aboutirait sinon à la conséquence absurde que le ministre de l'Intérieur pourrait décider librement, sans aucune garantie de procédure et sans possibilité de contrôle juridictionnel ultérieur, de questions de nature civile (telles que la nullité du mariage ou la privation du droit de propriété), ou de nature pénale, relativement aux différents délits institués par la loi pour la défense de la race. En l'occurrence, les litiges relatifs aux pensions, et en général tous les litiges de caractère patrimonial nés du licenciement d'un agent public pour motifs raciaux sont soumis aux normes communes de compétence juridictionnelle⁶⁹.

C'est également sur cette base que, dans une décision du 29 juillet 1942, Marchese c. Ministero dell'Interno, il déclare recevable le recours contre la décision relative à l'autorisation de mariage entre un citoyen italien et une personne de nationalité étrangère. Dans une espèce ultérieure, Fubini c. Ministero dell'Interno, du 16 juin 1942, il décide que l'exclusion de tout recours contre la mesure prononçant la "discrimination" [au sens mentionné plus haut] ne s'étend pas à la mesure révoquant une discrimination déjà accordée, qui doit pouvoir être attaquée ; les décisions prises par le ministre de l'Intérieur concernant les citoyens de race juive, autres que les décisions relatives à la détermination de la race, n'ont pas le caractère d'actes du pouvoir politique ; il décide cependant que pour savoir si la discrimination peut ou non être révoquée, il faut savoir quelle est sa portée exacte et donc, s'agissant d'une question relative à l'état et la capacité des personnes, de saisir l'autorité judiciaire d'une question préjudicielle⁷⁰.

La volonté d'interpréter strictement la portée de la loi et de restreindre la

68. Voir notamment Caianiello (V.), "La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa", *op. cit.*

69. *Foro Ital.*, 1941.III.249, note A.C.Jemolo ; *Riv. di Dir. Pubbl.* 1941.II, n° 526.

70. *Foro ital.*, 1942.III.194, note Ugo Forti.

portée des exclusions qu'elle prévoit est également sensible dans d'autres décisions touchant aux questions de fond. Ainsi, dans deux décisions du 17 juin et du 24 septembre 1941, Forti ed altri, et Ascarelli ed altri c. M. dell'Educazione Nazionale⁷¹ le Consiglio di Stato reconnaît que les professeurs d'université ont la qualité de fonctionnaires inamovibles, et qu'ils ont donc droit, lorsqu'ils sont relevés de leurs fonctions en vertu du décret-loi du 17 novembre 1938, au traitement que la loi du 23 mai 1940 accorde dans cette hypothèse aux fonctionnaires inamovibles : en effet, dit-il, les garanties qui leur sont accordées par la loi - notamment l'impossibilité de les licencier discrétionnairement - trouvent leur raison d'être dans les exigences de la liberté de l'enseignement, laquelle suppose l'indépendance des professeurs ; c'est pourquoi ils ne sont pas soumis au même statut que les autres fonctionnaires et bénéficient d'une garantie de stabilité équivalente à l'inamovibilité. Dans une décision du 2 juin 1943, Thomas Dietrich c. Rettore Università di Bologna, le Consiglio di Stato annule une mesure du recteur de l'université de Bologne qui avait révoqué l'inscription d'un étudiant allemand, prenant pour motif le fait que, selon la législation raciale allemande, l'intéressé, de mère juive et de père "aryen", n'aurait pas pu fréquenter l'université dans son propre pays (!)⁷². S'agissant de la révocation des naturalisations accordées aux juifs après le 1er janvier 1919, le Consiglio di Stato estime que ne peuvent être remise en cause la citoyenneté italienne acquise par les Juifs du Haut Adige, de Trieste et de Dalmatie à la suite des traités de paix de 1919, et non à la suite de décisions individuelles de naturalisation, obligeant ainsi le ministre de l'Intérieur à annuler les décisions préfectorales les excluant de cette citoyenneté⁷³.

En sens inverse, il faut toutefois mentionner une décision du 31 juillet 1940, Jona c. M. della guerra, qui estime que les "discriminati" ne peuvent faire leur service militaire, la loi du 22 décembre 1938 qui règle de façon autonome l'application des normes sur la race dans le domaine militaire ne faisant pas à cet égard de distinction entre les Juifs discriminés ou non discriminés et ne prévoyant pas d'exception pour les premiers. En faisant prévaloir la loi spéciale sur la loi générale non seulement le Consiglio di Stato restreint les droits des "discriminati", mais il prend - et tel est le paradoxe ou l'ironie de cette décision - le contrepied du Grand Conseil du fascisme qui avait donné l'avis inverse. Pour justifier sa position, il profite de l'occasion pour préciser que les avis de celui-ci doivent être considérés comme des affirmations de principe invocables en cas de doute, mais pas lorsqu'existent des normes expresses non équivoques du droit positif⁷⁴.

• En France, la politique antisémite se concrétise dès l'automne 1940 par l'adoption d'une profusion de lois et décrets. La loi du 3 octobre 1940 "por-

71. *Rassegna*, 1942, p. 282, et *Riv. di dir. pubbl.* 1942, II, p. 476 ; *Rassegna di legislazione per i comuni*, 1942, Fasc. n. 20, commentaire de Ignazio Tamboro.

72. *Foro ital. Rep.* 1943-1945, voce *Israeliti*, n. 36.

73. Finocchiaro-Aprile (A.), "L'acquisto della cittadinanza per elezione secondo il trattato di San Germano in rapporto alle leggi per la difesa della razza", *Giuris. Ital.*, 1940.IV.18.

74. *Foro ital.*, 1940.III.18

tant statut des juifs" énumère les fonctions publiques et les professions interdites aux juifs dont la liste sera allongée par la loi du 2 juin 1941 qui abroge la précédente, la loi du 4 octobre 1940 permet l'internement d'office des "ressortissants étrangers de race juive" (y compris, par conséquent, des Juifs privés de la nationalité française à la suite de la révision des naturalisations intervenues depuis 1927), la loi du 29 mars 1941 crée un "commissariat général aux questions juives" (CGQJ), la loi du 2 juin 1941 prescrit le recensement des juifs, la loi du 22 juillet 1941 "relative aux entreprises, biens et valeurs appartenant aux juifs" entame le processus dit d'"aryanisation économique", que consacrent également la loi du 2 novembre 1941 "interdisant toute acquisition de fonds de commerce par les juifs sans autorisation" et la loi du 17 novembre 1941 "réglementant l'accès des juifs à la propriété foncière". L'ensemble est complété par une multitude de décrets d'applications, sans compter les arrêtés et les circulaires.

Des exemptions à l'application du statut sont prévues d'une part pour les anciens combattants et les titulaires de la Légion d'honneur ou de la médaille militaire pour faits de guerre, auxquels les emplois publics les plus importants restent toutefois interdits, d'autre part pour les ceux qui ont rendu des services exceptionnels et dont la famille est établie en France depuis cinq générations, qui peuvent être relevés de toutes les interdictions prévues par le statut. Les exemptions supposent toutefois l'intervention d'un décret individuel en Conseil d'Etat, et les témoignages des contemporains s'accordent pour dire que le Conseil d'Etat, consulté sur chacun des cas, se montra particulièrement rigoureux dans le traitement des dossiers qui lui étaient soumis. Ainsi, Henri du Moulin de Labarthète, directeur du cabinet civil de Pétain, note dans ses Mémoires : "*Nous nous irritions de la lenteur, parfois même de la parcimonie avec lesquelles le Conseil d'Etat, chargé de statuer sur des demandes de dérogation, se prêtait à cette oeuvre d'élémentaire réparation [sic]. Entendait-il renchérir sur les sévérités du gouvernement ou voulait-il compromettre son oeuvre ?*"⁷⁵. De même Jérôme Carcopino, ministre de l'Education nationale dans le gouvernement Darlan, raconte comment il fut amené à recourir aux procédures d'exemption en faveur de certaines personnalités israélites, et comment les problèmes les plus importants qu'il rencontra eurent pour origine la rigueur juridique de certains conseillers d'Etat : "*Examinant méticuleusement les dossiers qui leur étaient transmis, tantôt ils les écartaient pour un vice de forme, tantôt ils me les renvoyaient avec un avis négatif motivé par l'insuffisance des titres exceptionnels que les intéressés avaient fait valoir et que cautionnait ma signature*"⁷⁶. Même si les auteurs de ces témoignages ont un intérêt évident à accuser le Conseil d'Etat pour se dédouaner eux-mêmes, la rigueur qu'ils dénoncent semble bien correspondre à une réalité, comme l'atteste le fait que le Conseil d'Etat n'ait accepté aucune exemption en faveur de ses membres juifs révoqués.

75. *Le temps des illusions. Souvenirs*, Genève, 1946, p. 280, cité par Marcou (J.), *op. cit.* p. 234.

76. *Souvenirs de sept ans, 1937-1944*, Flammarion, 1953, p. 361, cité par Marcou (J.), *op. cit.* p. 235.

Sur les avis du Conseil d'Etat rendus à propos de textes législatifs ou réglementaires, on ne dispose que de très peu de données. Il semble, comme on l'a rappelé plus haut, qu'il n'ait pas été consulté sur les lois portant statut des Juifs. R. Paxton et M. Marrus citent toutefois un avis relatif à un projet de décret pris pour l'application de la loi du 2 juillet 1941 et tendant à inciter les juifs à s'orienter vers l'agriculture, dans lequel le Conseil exprime sa crainte *"que l'on n'aboutisse ainsi, malgré toutes les précautions prises et les armes qu'on se réserve, qu'à développer l'usure et les opérations clandestines dites "marché noir". En outre, poursuit-il, on risque de favoriser la diffusion dans les campagnes des doctrines extrémistes chères à de trop nombreux juifs venus de l'Europe orientale"...* Ceci est au moins la preuve que les membres du Conseil d'Etat partageaient largement les préjugés antisémites de leurs contemporains.

L'application des mesures antisémites donne par ailleurs naissance à un contentieux relativement abondant, surtout devant les tribunaux judiciaires, mais aussi devant le Conseil d'Etat : Vichy veille en effet à ce que les formes de l'Etat de droit soient respectées, et c'est donc aux tribunaux qu'il appartient de veiller à l'application "correcte" des lois antijuives, sur recours des intéressés. Entre 1942 et 1944, le Conseil d'Etat rend une trentaine d'arrêts, dont la plupart portent soit sur des affaires de spoliation (l'"aryanisation économique"), soit sur des interdictions professionnelles, ou encore sur le recensement obligatoire. Au total, on compte plus d'annulations que de rejets⁷⁷.

Il faut noter que lorsque le Conseil d'Etat rend ses premières décisions, en avril 1942, les tribunaux judiciaires ont déjà rendu de nombreuses décisions : les tribunaux correctionnels, devant lesquels sont poursuivies les personnes de "race juive" qui ont omis de se faire recenser ; et les tribunaux civils, appelés sur renvoi préjudiciel des premiers à dire si les personnes qui leur sont déférées sont ou non juives, puisqu'il s'agit là à leurs yeux d'un problème d'état des personnes de la compétence exclusive des juridictions civiles. On peut dire que dans l'ensemble les magistrats de l'ordre judiciaire ont appliqué la législation antisémite sans problème de conscience visible, mais sans témoigner non plus d'hostilité particulière vis-à-vis des Juifs : l'examen de la jurisprudence fait apparaître des solutions nuancées, reposant sur une interprétation des textes qui est loin d'être systématiquement favorable aux thèses de l'administration et du Commissariat général aux questions juives. C'est ainsi, par exemple, que, considérant l'omission de se faire recenser comme un délit intentionnel, ils estiment de leur devoir de rechercher si la personne poursuivie a pu de bonne foi considérer qu'elle n'était pas juive au regard de la loi et qu'elle n'était donc pas soumise à l'obligation de procéder à la déclaration⁷⁸. Par ailleurs, les juridictions judiciaires estiment que, conformément aux prin-

77. Jean Marcou donne les chiffres suivants : - en matière de spoliation, où les litiges portent sur les décisions du CGQJ : huit annulations, six rejets, quatre annulations partielles, - en matière d'interdictions professionnelles : 5 annulations et 2 rejets (*op. cit.* p. 207).

78. Trib. corr. Marseille, 25 février 1942, Dlle Weinthal (*JCP* 1942.II.1823) : solution confirmée par la Cour d'appel d'Aix, le 12 mai 1942.

cipes généraux qui régissent la charge de la preuve, c'est à l'administration qu'il appartient de faire la preuve que l'individu qu'elle poursuit est juif, et qu'une simple présomption - telle la consonance hébraïque du patronyme - ne suffit pas à renverser la charge de la preuve. D'une façon générale, on trouve à plusieurs reprises affirmée l'idée que les lois en question, comme toutes les lois pénales, doivent être interprétées restrictivement.

Lorsqu'il est saisi de recours déposés par des personnes qui, bien que ne s'estimant pas juives au regard de la loi, ont été victimes de mesures de recensement, d'interdictions professionnelles ou de mesures d'"aryanisation", le Conseil d'Etat s'estime compétent pour trancher ces questions : si les tribunaux judiciaires voient dans la législation antijuive une législation relative à l'état des personnes, lui la considère comme une législation de police⁷⁹.

Dans l'ensemble, le Conseil d'Etat s'est borné à faire une application littérale des textes, puisque aussi bien, comme on l'a rappelé plus haut, il s'interdisait de discuter la légalité de textes qui avaient à ses yeux valeur législative. Le seul problème que les textes laissaient en suspens était celui de la preuve. Or sur ce point le Conseil d'Etat, faisant application des règles habituelles en matière de recours pour excès de pouvoir, a estimé qu'il incombait au requérant, en tant que demandeur, de faire la preuve de l'illégalité de la décision administrative contestée et donc de démontrer l'inexactitude des faits sur lesquelles elle se fondait. Ceci revenait en pratique à lui imposer de faire la preuve qu'il n'était pas juif face à l'affirmation contraire de l'administration. C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'Etat a jugé, à propos du relèvement de fonctions d'un fonctionnaire, qu'en se fondant tant sur le nom patronymique des grands parents que sur la religion qu'ils pratiquaient, l'administration avait fondé sa décision sur des présomptions suffisantes dès l'instant où le requérant n'apportait pas la preuve de leur inexactitude⁸⁰. Les juridictions judiciaires, sur ce point, avaient adopté on l'a vu une position plus protectrice, laissant au ministère public la charge de la preuve et estimant insuffisantes des présomptions de nature analogue.

En ce qui concerne les modes de preuve, en revanche, le Conseil d'Etat a accepté une interprétation plus souple de la loi. La loi, en effet, prévoyait que l'individu qui avait deux grands parents juifs et deux grands parents non juifs était considéré comme juif s'il appartenait à la religion juive, la preuve de la non appartenance à la religion juive se faisant par la preuve de l'adhésion à l'une des autres confessions reconnues par l'Etat avant la loi du 9 décembre 1905 (autrement dit, la religion catholique ou la religion protestante). Le Conseil d'Etat admit en premier lieu que la preuve de l'adhésion au culte catholique pouvait résulter d'un simple certificat d'ondolement à la naissance,

79. Cette solution, implicite dans les premiers arrêts rendus, est explicitée à l'occasion de l'arrêt Kaan du 2 avril 1943, rendu contrairement à l'avis du commissaire du gouvernement qui concluait à l'incompétence du Conseil d'Etat (S. 1944.3.6, note A.B.).

80. C.E. 24 avril 1942, Bloch-Favier (*Gaz. Pal.* 13 novembre 1942). Dans le même sens, C.E. 2 avril 1943, Dame Maxudian (S. 1944.3.7).

sans qu'il soit nécessaire de produire un acte de baptême, le droit canon reconnaissant les mêmes effets sacramentels à l'un et à l'autre⁸¹. S'agissant de la religion protestante, où les critères d'adhésion sont plus flous, il considéra comme une preuve suffisante de l'adhésion à cette confession le fait de s'être marié à une protestante et d'avoir participé régulièrement à l'exercice du culte⁸², ou encore de s'être mariée à un protestant, d'avoir élevé ses enfants suivant les principes de l'Eglise réformée, et d'être effectivement considérée par la paroisse protestante de Passy comme l'un de ses membres⁸³. Dans une autre espèce, cependant, le Conseil d'Etat a fait preuve de beaucoup plus de rigueur, en considérant que le fait que les grands parents paternels de l'intéressée - Moïse et Sara Lang - aient reçu la bénédiction nuptiale dans une église du culte réformé ne suffisait pas (compte tenu sans doute de leur patronyme et de leurs prénoms...) à établir que ni l'un ni l'autre n'appartenaient à la religion juive⁸⁴.

Le Conseil d'Etat a admis en second lieu que l'intéressé puisse ne pas être considéré comme juif même s'il n'avait pas adhéré à l'une des deux religions reconnues, en dépit de la lettre du texte qui paraissait imposer une solution plus stricte. Il est vrai que cette solution aurait abouti à des situations absurdes, que la doctrine ne s'est pas faite faute de relever, en imposant par exemple de considérer comme juif l'individu converti à l'Islam, faute pour lui d'avoir adhéré au catholicisme ou au protestantisme ; et en l'occurrence, la prise de position du Conseil d'Etat lui a été facilitée par l'administration, qui lui avait elle-même demandé un avis sur le point de savoir "*si l'on doit considérer comme juif, au sens de l'article 1er de la loi du 2 juin 1941, l'individu issu de deux grands-parents juifs et de deux grands-parents aryens, dont le conjoint n'est pas juif, qui ne pratique pas la religion israélite et notamment n'est pas circoncis, mais qui ne peut prouver son adhésion à l'une des autres confessions reconnues*". Dans un avis du 11 décembre 1942, le Conseil d'Etat répond qu'"il ne résulte ni du texte de ladite disposition, ni de l'objet que se proposait la loi que le législateur ait entendu n'admettre que ce moyen de preuve à l'exclusion de tout autre", et qu'"il appartient à la juridiction compétente d'apprécier dans chaque cas d'espèce si l'intéressé apporte des éléments suffisants pour établir qu'il n'a jamais appartenu ou qu'il a cessé d'appartenir en fait à la communauté juive"⁸⁵. Cette position sera confirmée au contentieux, le juge se livrant dans chaque espèce à une appréciation cas par cas et annulant le cas échéant des mesures motivées par le seul fait qu'issus de deux grands-parents juifs les intéressés n'avaient pas adhéré à une autre confession⁸⁶.

81. C.E. 24 avril 1942, Lévy (*ibid.*). Voir aussi Dlle See, 30 avril 1943 (R p. 114).

82. C.E. 5 février 1943, Alekan (S. 1944.3.7).

83. C.E. 5 janvier 1944, Dame Touchon, R p. 2

84. C.E. 2 avril 1943 Dame Veuve Maxudian (S. 1944.3.6).

85. Avis du Conseil d'Etat du 11 décembre 1942 (Commission du statut des Juifs), *Gaz. Pal.* 1943, Lois et Décrets, p. 295

86. C.E. 2 avril 1943, Kaan, précité.

Il faut enfin dire un mot de l'arrêt Ferrand, du 9 juillet 1943, couramment présenté comme une décision à mettre à l'actif du Conseil d'Etat car prouvant son attachement au principe de la liberté de conscience : le Conseil censure en effet ici un arrêté préfectoral qui imposait aux voyageurs descendant à l'hôtel d'indiquer leur religion sur leur fiche de police. Une lecture plus attentive de l'arrêt en fait cependant ressortir l'ambiguïté du point de vue qui nous occupe ici, puisque, si le juge dit bien qu'en l'occurrence "*aucun motif tiré de l'intérêt du bon ordre et de la sûreté publique ne pouvait justifier l'obligation imposée aux voyageurs par l'arrêté attaqué de répondre à une question générale touchant leur religion*", il n'en reconnaît pas moins qu'il appartenait au préfet, afin d'assurer l'application de la législation sur les juifs, d'exiger des voyageurs qu'ils fassent connaître s'ils étaient ou non juifs ou même s'ils pratiquaient la religion juive⁸⁷.

III - LES CONTROVERSES ULTÉRIEURES SUR LE RÔLE JOUÉ PAR L'INSTITUTION

Il ne s'agit pas ici, on l'aura compris, de porter un jugement sur le rôle qu'ont joué le Consiglio di Stato sous le fascisme et le Conseil d'Etat sous Vichy, ni de dire s'ils se sont compromis avec ces régimes au point de pouvoir être tenus dans une certaine mesure pour responsables de la politique que ces régimes ont menée. Il s'agit seulement d'essayer de montrer comment, dans chaque pays, ces questions ont été - ou n'ont pas été - posées, et lorsqu'elles l'ont été, quelles réponses y ont été apportées.

Sur des questions aussi sensibles, dont les enjeux politiques et idéologiques sont encore vivaces tant d'années après, au point d'empêcher tout jugement neutre et *a fortiori* objectif sur la période considérée, il faut pouvoir le cas échéant dépasser une lecture des textes au premier degré et s'attacher au non-dit, à l'implicite, aux sous-entendus. C'est pourquoi, s'agissant de l'Italie, les remarques que nous livrons ici sont probablement susceptibles d'être contredites et en tous cas complétées par d'autres, mieux outillés que nous pour conclure sur ce point.

- Dans le cas de l'Italie, un premier constat semble s'imposer : on n'a pas tenu rigueur au Consiglio di Stato, après la chute du fascisme, d'avoir bénéficié des honneurs du régime déchu. Sans doute n'est-il pas étonnant - on constate exactement le même phénomène en France - que les membres de l'institution, quel qu'ait pu être leur sentiment vis-à-vis du régime, mettent en avant la continuité de l'œuvre accomplie : l'esprit de corps et le souci de préserver l'institution l'emportent sur les éventuelles divergences politiques. Toujours est-il que le premier président nommé après la Libération s'attacha

87. Dalloz, *Recueil critique*, 1944.160, note Carbonnier. L'annotateur ne semble pas lui non plus sensible à cet aspect de l'arrêt : le seul regret qu'il exprime est que le Conseil d'Etat n'ait pas profité de l'occasion pour réaffirmer plus explicitement encore le principe de la liberté de conscience.

à souligner que le Consiglio di Stato, au-dessus des partis et des tendances politiques, avait assuré le respect de la loi et l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire de l'Etat et des organismes publics ; et cette reconnaissance contribua, semble-t-il, à établir un climat particulièrement favorable à l'institution pendant la période de préparation des réformes constitutionnelles, qui aboutira à conférer un statut constitutionnel au Consiglio di Stato⁸⁸.

Une question plus controversée, et qui revient de façon récurrente dans les textes que nous avons lus, est celle du jugement qu'il convient de porter sur la façon dont la magistrature italienne a appliqué les lois antisémites. Les divergences, à vrai dire, ne portent pas tant sur le contenu des décisions rendues que sur ce qu'elles révèlent de la lâcheté ou du courage des juges pendant cette période. Autrement dit, il semble exister un consensus approximatif sur le constat dont nous avons rappelé plus haut les grandes lignes, à savoir : application restrictive des lois raciales par la magistrature turinoise, et dans une moindre mesure par le Consiglio di Stato ; application extensive, en revanche, par la Cour des comptes et, de façon moins systématique, par d'autres juridictions, dont la Cour de cassation.

Mais là où les appréciations divergent, c'est sur la latitude d'action dont disposaient les juges ; or c'est une question capitale, car elle conditionne le jugement que l'on peut porter sur l'application restrictive des lois raciales : marque de témérité, ou marque de timidité de la part du juge ? Alessandro Galante Garrone, qui était lui-même magistrat à cette époque, se montre sur ce point l'un des plus pessimistes et des plus sévères : sans nier qu'il y ait eu des tentatives pour "*contrer, avec les fragiles armes du droit, les effets révoltants de ces lois*", il estime qu'il s'est agi d'épisodes isolés, qui ne traduisaient même pas un courage téméraire dans la mesure où de tels gestes, au moins jusqu'en 1943, n'étaient pas trop risqués ; et là où Guido Fubini évoque le courage de ceux qui ont osé aller à contre-courant, il réplique que seule la vileté des autres pouvait faire apparaître comme courageux ce qui fut seulement un élémentaire respect de soi-même. En fait, dans la plupart des cas, dit-il, alors même qu'ils ne pouvaient pas ne pas ressentir un sentiment de dégoût, les juges ne trouvèrent pratiquement jamais le moyen de le traduire dans des décisions nettes et se réfugièrent dans des solutions de compromis évasif, dans des tentatives peu élégantes de ménager la chèvre et le chou.

Tous les auteurs se retrouvent néanmoins d'accord pour regretter l'insuffisance des recherches historiques existant sur cette question - ce qui semblerait montrer que, comme pour Vichy, le tabou n'est pas encore levé - ainsi que sur d'autres, comme celle qui concerne le personnage de Santi Romano.

Une bonne partie des interrogations tournent en effet autour de celui qui, professeur et savant de grand renom, accepta la charge de président du Consiglio di Stato pour laquelle Mussolini l'avait désigné et en assumait les fonctions jusqu'à l'extrême fin du régime, au-delà même de 1943. La première

88. En ce sens, Piga (F.), "Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia", *op. cit.*

question concerne les conditions de la nomination de Santi Romano en décembre 1928, à savoir les raisons qui ont conduit Mussolini à lui proposer ce poste, et celles qui l'ont incité à l'accepter. Cette nomination était en effet atypique, dans la mesure où il était exceptionnel de choisir un président hors de l'institution. Au-delà des raisons conjoncturelles qui ont poussé à ce choix - telle l'absence parmi les membres de l'institution pouvant prétendre à cette fonction d'un candidat acceptable par le pouvoir, se conjugant avec le jeu des réseaux de connaissance - des raisons idéologiques ont-elles pu également jouer ? Y avait-il consonance entre la doctrine scientifique de Santi Romano et la politique institutionnelle du fascisme ? Selon Francesco Coccozzo⁸⁹, il faut exclure une identification idéologico-juridique entre la doctrine de Santi Romano et celle du fascisme : il paraît difficile, dit-il, que le fascisme ait pu accepter la thèse romaniennne de la pluralité des ordres juridiques, même tempérée par la reconnaissance de la prééminence de l'Etat, tant le régime était imprégné de la statolâtrie la plus absolue ; et ce ne sont donc pas des raisons doctrinales qui ont poussé au choix de Santi Romano.

De la part de l'intéressé, l'acceptation de cette charge, même s'il semble acquis qu'il ne l'a pas sollicitée et qu'elle lui fut proposée de façon imprévue, a suscité encore plus d'interrogations. D'abord en raison de la contradiction apparente entre la vocation originelle de Santi Romano pour la science pure, et la décision d'accepter, à un âge relativement mûr, la charge qui lui était offerte, qui impliquait un certain degré d'engagement. Mais sur ce point, précisément, Santi Romano s'est toujours réclamé de la vision essentiellement technique qu'il avait des fonctions du Consiglio di Stato, y compris lorsqu'il a dû s'expliquer devant la commission d'épuration en 1944, y compris lorsqu'on lui a opposé les discours qu'il a prononcés en l'honneur des personnalités du régime ou d'évènements comme la célébration du dixième anniversaire de la révolution fasciste. Se retranchant derrière la "neutralité" de la science, derrière le bouclier de la "technicité" de son rôle, il pouvait, dit Francesco Coccozzo, offrir tranquillement sa collaboration au gouvernement fasciste, en bénéficiant de la pleine compréhension des juristes qui lui ont su gré d'avoir permis au Consiglio di Stato, selon la formule de M. Ruini qui en occupa la présidence après la guerre, de "*tempérer les obscurs réflexes de la dictature dans le champ de l'administration publique*". Et lorsque en octobre 1944 il fut suspendu et soumis à une procédure d'épuration, avant d'être mis à la retraite par un décret du 29 janvier 1945, il se créa autour de lui, dans les milieux de juristes, un climat de compréhension et de solidarité. Il ne s'agissait pas de leur part, dit l'auteur, de défendre ce qu'avait pu faire Santi Romano en tant que président du Consiglio di Stato du régime fasciste, mais d'absoudre le rôle "impartial" et "technique" du juriste, à quelque niveau qu'il se situe.

• L'épuration, en France, frappe environ 20% des membres du Conseil d'Etat, ce qui est beaucoup : vingt sont révoqués sans pension, cinq autres mis à la retraite d'office, six font l'objet d'un blâme. Mais les sanctions frappent

89. Voir "Santi Romano presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e spunti problematici", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1231.

surtout les membres qui ont servi le régime à l'extérieur du Conseil d'Etat, ce qui explique qu'il soit plus touché par l'épuration que la Cour des comptes et l'Inspection des Finances. Deux des cinq présidents de section sont admis à faire valoir leurs droits à la retraite, de même que le vice-président Porcher. Dans le cas de ce dernier, la mesure est présentée comme la conséquence de la fusion avec le Comité juridique de la France libre, dont le président, René Cassin, se voit confier la vice-présidence du Conseil d'Etat. À l'instar de son homologue italien Ruini, Cassin rendra lui aussi hommage à son prédécesseur *"qui, à la fin d'une carrière désintéressée, entièrement vouée à la pratique de la justice et au culte des lettres, a porté dans la tourmente le lourd fardeau de la présidence du Conseil"*⁹⁰.

Si ses membres sont touchés par l'épuration, l'institution, elle, n'est nullement remise en cause à la Libération. Les attaques, parfois vives, dont elle fait l'objet de la part de certains groupes et journaux issus de la Résistance visent beaucoup plus les représentants d'une caste accusée de défendre les intérêts de la bourgeoisie et des notables, que les membres d'une institution coupable de s'être compromise avec Vichy⁹¹. Ce n'est que beaucoup plus tard que se développeront les discussions sur le rôle joué par le Conseil d'Etat sous Vichy

À l'intérieur de l'institution, quelle que soit l'attitude que les uns et les autres ont adoptée pendant la guerre, tous s'en tiennent à la thèse officielle exprimée dès la Libération dans un article dû à la plume du président de la section du contentieux, Tony Bouffandeau : *"Sous le régime de Vichy et l'occupation ennemie, le Conseil d'Etat a continué à exercer son rôle de juge en pleine indépendance, et en assurant dans toute la mesure de ses moyens le maintien des principes de notre droit public, la protection des libertés individuelles, des garanties des fonctionnaires et des droits de la défense, il est demeuré fidèle à ses traditions et à la mission qu'il avait remplie sous le régime républicain"*⁹².

Cette thèse auto-justificatrice, qui présente de façon avantageuse l'activité juridictionnelle du Conseil d'Etat en général et l'application de la législation antisémite en particulier, en faisant l'impasse sur le rôle consultatif de l'institution et sur le rôle de ses membres dans des fonctions para-gouvernementale, ne commencera à être discutée que bien des années plus tard : encore ne s'agit-il que de discussions internes au monde des historiens ou des juristes, revêtant une ampleur très limitée. Robert Paxton met pour la première fois en lumière le rôle joué par certains membres du Conseil d'Etat auprès de

90. Cité dans *Le Conseil d'Etat, 1799-1974... op. cit.* p. 825.

91. Jean Massot, dans son rapport sur "Le Conseil d'Etat" dans *Vichy et les Français*, cite cependant le projet de Pierre Tissier, maître des requêtes au Conseil d'Etat ayant rejoint Londres, qui souhaitait à la Libération que soit dissoute une assemblée disqualifiée par sa complicité avec l'envahisseur.

92. "La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français...", *op. cit.*

Pétain, dans la mise en œuvre de la Révolution nationale⁹³. Mais les critiques les plus vives visent l'attitude jugée excessivement timorée du Conseil d'Etat face à l'application de la législation antisémite. Michaël Marrus et Robert Paxton, dans *Vichy et les Juifs*, paru en France en 1981, montrent comment le juge administratif, au même titre que le juge judiciaire, ont facilité la mise en œuvre de la politique antisémite de Vichy en lui apportant en somme une caution juridictionnelle. Olivier Dupeyroux s'est livré pour sa part, dans un article paru en 1983, à une critique point par point de la thèse de Bouffandeau, qu'il qualifie de "*légende reçue depuis lors comme une édifiante vérité*", où il fait entre autre valoir qu'en mettant la preuve à la charge du requérant la haute juridiction s'est montrée complice d'un pouvoir despotique, et qu'en s'inclinant devant les "lois" de Vichy, alors qu'elles bafouaient les principes les plus fondamentaux, de notre droit, et qu'elles n'émanaient pas du Parlement, le Conseil d'Etat, loin de respecter l'expression de la volonté générale, ne faisait rien d'autre que se soumettre aux fantaisies démentes du pouvoir⁹⁴. Cette thèse, à son tour, est sans doute excessive, et donc injuste. Mais la virulence même du propos montre à quel point la période de Vichy suscite encore, en France, des réactions très vives, qu'on ne retrouve pas en Italie à propos du fascisme.

Ce qu'on peut en tout cas souhaiter, c'est qu'en France comme en Italie, grâce à l'ouverture des archives, de nouvelles recherches historiques soient entreprises, de façon à ce qu'on soit mieux éclairé sur le rôle effectif que le Consiglio di Stato et le Conseil d'Etat ont joué, notamment dans leur fonction consultative, pendant une période sombre de l'histoire de ces deux pays.

93. Dans *La France de Vichy*, qui paraît en France en 1972.

94. Dupeyroux (O.), "L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux", *RDP* 1983.583.