

La théorie du Préfet juge

par

Gilles J. GUGLIELMI

Professeur de droit public

“ Il expliqua que tout l’art du maître consistait à dévier l’attention de l’apprenti des questions principales ”,

C. Castañeda, *Histoires de pouvoir*, 1974, Folio, p. 314.

Introduction

Pendant quelques siècles, dans les sciences dites naturelles, de nombreux chercheurs ont espéré trouver dans les filiations entre l’amibe et l’Homme, le fameux “ chaînon manquant ”. Bien que ce genre de préoccupations paraisse aujourd’hui bien dépassé par les théories de l’évolution, la théorie du préfet-juge est de la même nature.

Il n’existe pas en effet de théorie du préfet-juge, mais son absence, plus que toute recherche dans ce qu’on pourrait nommer la “ jurisprudence administrative ” de l’époque post-révolutionnaire, est révélatrice des ambiguïtés persistantes qu’entretient l’analyse juridique avec les énoncés législatifs issus de projets politiques. Car autant il a été possible de mettre en évidence, avec beaucoup de prudences successives, une théorie du ministre-juge¹, autant aucun juriste ne s’est attaché à montrer l’existence logique et juridique d’une théorie constituée du préfet-juge².

Or, il aurait été logique de la constater tout simplement en raison de l’évolution de la justice administrative de 1790 à 1889. Les lois révolutionnaires n’ont pas désigné un juge spécial pour le contentieux administratif. Seulement, après que la loi des 16-24 août 1790 eut exclu la compétence du juge judiciaire, ces lois remirent aux administrateurs le soin de se juger eux-mêmes. Ainsi, la loi des 7-11 septembre 1790 fait des directoires de districts et de départements, conseils exécutifs de ces collectivités, les juges des affaires locales, et la loi des 27 avril-25 mai 1791 attribue les autres litiges au conseil des ministres présidé par le roi, ce qui aboutira finalement, en application de

¹ CHEVALLIER (J.), *L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active*, LGDJ, 1970

² Si ce n’est peut-être Macarel, qui en livre une analyse théorique, et l’insère dans cette logique de continuité, précisément parce qu’il est fermement opposé à la “ juridiction ministérielle ”, MACAREL (L.-A.), *Des Tribunaux administratifs*, Paris, Roret, 1828, p. 101 et suiv.

la Constitution de l'an III, à les transférer aux ministres pris chacun en ce qui les concerne. Dès lors, l'avènement de la loi du 28 pluviôse an VIII, affirmant la volonté de rompre avec ce système au niveau local, et le souvenir laissé par les Intendants, juges du contentieux administratif à charge d'appel devant le Conseil du Roi, auraient dû mener à une réflexion particulière sur le rôle juridictionnel conféré au préfet. Cela n'a pas vraiment été le cas.

La question du " préfet-juge " a été uniquement évoquée par les juristes du début du 19^{ème} siècle, et elle l'a été sous deux angles différents. Le premier est, dès l'étape des débats de la loi du 28 pluviôse an VIII, celui de l'appartenance organique du préfet au bureau de jugement du conseil de préfecture (I). Le second angle d'approche, privilégié par les auteurs les plus pragmatiques et les plus proches du contentieux, est relatif à la nature des actes accomplis par le préfet lorsqu'il se prononce sur les droits des particuliers. Il est de prime abord guidé par un critère formel : s'agit-il d'un acte produit par le préfet seul ou l'est-il en conseil de préfecture ? Mais le fond de la question mise en avant par les théoriciens du droit, est purement matériel et concerne la nature même, juridictionnelle ou non, de l'acte (II). De ces deux angles et de leur appréhension par les juristes de l'époque, résulte un point d'équilibre du système d'administration de l'an VIII dont, finalement, la théorie non avenue du préfet-juge est un indice (III).

I. L'appartenance organique du préfet au conseil de préfecture

Le projet qui deviendra la loi du 28 pluviôse an VIII comportait dès l'origine la disposition selon laquelle " lorsque le préfet assistera au conseil de préfecture, il présidera ; en cas de partage, il aura voix prépondérante " (art. 5).

La Commission spéciale chargée par le Tribunat d'examiner le projet de loi, présidée par Daunou, reconnaissait implicitement les conseils de préfecture comme des juridictions. Dès lors, elle ne manqua pas de contester la place du préfet dans les conseils. Elle stigmatisa ainsi sa participation au "bureau du contentieux", et regretta toute "influence quelconque attribuée au préfet dans le jugement d'une contestation entre les administrés et l'administration, dont ce même préfet est seul chargé. Comment serait-il à la fois partie et juge prépondérant³" ?

Un orateur dont l'opinion ne fut pas exprimée au cours des débats, mais qui est reproduite aux Archives parlementaires⁴, réfute l'objection en soulignant que " la presque totalité des réclamations qui seront portées à ces conseils n'auront point leur origine " dans les actes des préfets, qui n'auront point d'intérêt personnel aux contestations diverses. Selon lui, la présence du préfet parmi quatre juges impartiaux est plutôt une amélioration par rapport au jugement réalisé par les administrateurs de département. Roederer reprendra d'ailleurs pour le compte du Gouvernement cette idée d'amélioration du système des administrateurs-juges. Mais il entend de surcroît dépasser

³ Rapport de Daunou, *Arch. Parl.*, série II, t. I, p. 183.

⁴ Desmousseaux, *Arch. Parl.*, série II, t. I, p. 213.

l'argument, qui semble suffisant à d'autres orateurs⁵, selon lequel : “ la loi a présumé que, comme l'administrateur est homme public dans ses actions administratives, rien ne l'empêche d'être impartial dans ses jugements entre l'intérêt public et l'intérêt particulier ”⁶. Déjà à cette époque, Røederer souligne que la compétence technique et l'honnêteté de l'homme investi de fonctions publiques ne sont pas le fil directeur de la solution. Car l'expérience d'une dizaine d'années a montré que, indépendamment de tout intérêt privé, un fonctionnaire d'autorité pouvait, en toute bonne foi, se laisser aveugler par sa conception personnelle de l'intérêt public. Une des variétés contemporaines du détournement de pouvoir, d'ailleurs, en rend compte encore aujourd'hui. L'orateur du gouvernement fait de la présence du préfet au sein du Conseil de préfecture un élément d'équilibre entre une justice qui se ferait un esprit opposé aux besoins de la fonction administrative et un administrateur qui porterait un attachement excessif à sa propre appréciation de l'intérêt général.

Il n'est pas inutile de remarquer ici combien l'idée selon laquelle, même s'ils forment une juridiction, les juges administratifs doivent entendre d'une manière spéciale un fonctionnaire leur présenter l'intérêt public, est ancrée dans les esprits de l'époque, bien avant l'institution d'un commissaire du Gouvernement en 1831 et en 1862. Røederer dans son rapport définissait en effet le rôle du préfet à peu près dans les mêmes termes : "pouvoir se faire entendre, se faire écouter des juges, leur proposer les raisons d'intérêt public qu'il peut avoir, et coopérer lui-même au jugement"⁷, que ceux utilisés aujourd'hui pour justifier la position particulière du commissaire du gouvernement⁸.

La réforme de l'an VIII n'a donc pas fait directement du préfet un juge. Elle a cependant inventé un modèle hybride de règlement des litiges, qu'on pourrait qualifier de juridiction consultative. Dans la logique du système, les conseils de préfecture ne sont pas des tribunaux administratifs, et les préfets ne sont pas des juges non plus. La solution trouvée par le législateur est avant tout pragmatique. Elle est faite pour régler avant tout l'attribution du pouvoir de décision au niveau local et pour en tempérer secondairement les effets radicaux en donnant des garanties aux particuliers. Il n'est nullement question d'affronter en 1800 les questions de contentieux administratif, de juridiction administrative ou de répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire, qui n'avaient pas été résolues en 1790-1791.

Cette ligne de conduite “ officielle ” est bien représentée par la conclusion de Chaptal en tant qu'orateur du Gouvernement qui prend soin de n'évoquer que les attributions administratives du préfet et l'unité du système d'administration, laquelle

⁵ Delpierre, examinant les attributions prévues par l'article 4 ne trouve nulle part, “ en toutes ces matières, la cause personnelle du préfet ”, *Arch. Parl.*, série II, t. I, p. 228.

⁶ *Arch. Parl.*, série II, t. I, p. 221.

⁷ C'est pourquoi le préfet doit pouvoir présider le conseil de préfecture. “ Les juges le ramèneront à l'intérêt des particuliers ; il ramènera les juges à l'intérêt public, et la justice sortira de ce rapprochement ”, *ibid.*

⁸ CE, 29 juillet 1998, Esclatine, *Rec.*320, concl. Chauvaux, *AJDA* 1998, p. 69, note Rolin ; *JCP* 1999.I.128, chron. J. Petit ; *Rev. gén. proc.* 1999.192, chron. Debouy. Formulation reprise par la CJCE en ce qui concerne l'institution de l'avocat général : CJCE, Ord. 4 février 2000, Emesa Sugar (Free Zone) NV, aff. C-17/98.

“ en assurant la prompte exécution de la loi, ne laisse rien à l’arbitraire du préfet : car à côté de lui sont placés des conseils qui garantissent l’administré de toute injustice et veillent essentiellement à ses intérêts ”⁹.

II. - La distinction entre préfet statuant seul ou en conseil de préfecture

Les premiers contentieux qui se sont élevés sur les actes administratifs pris dans les cadres institutionnels de la loi du 28 pluviôse an VIII ont permis au Conseil d’État de développer une jurisprudence précise et nombreuse, mais dont on ne peut pas assurer, avec les yeux de l’analyste juridique du 20^{ème} siècle, qu’elle soit totalement cohérente. Il faut y ajouter que la présentation qu’en livrent les juristes “ casuistes ” de l’époque n’est pas non plus d’une grande clarté, parce qu’elle révèle une tentative de régler par une distinction formelle une question en réalité matérielle.

D’une distinction formelle...

Le premier professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Paris, de Gérando, distingue nettement les attributions et les actes du préfet en posant que le préfet agit et prononce ou seul, ou en conseil de préfecture¹⁰.

Mais il n’en tire pas que les attributions exercées seul soient celles d’un juge. En effet, le préfet est avant tout décrit comme administrant seul : il agit sans autorité (à titre gracieux), aussi bien qu’en tant qu’autorité de tutelle, de commandement, de nomination. Parmi ces fonctions d’administration, la dernière est que “ le préfet défère au conseil de préfecture les questions du contentieux administratif ”.

Par ailleurs, il existe des attributions du préfet, exercées en conseil de préfecture, qui n’ont rien de contentieux. Il en est ainsi des autorisations diverses concernant les chemins communaux (tant en ce qui concerne la domanialité que les travaux, loi du 28 juillet 1824, art. 10). Le préfet arrête aussi en conseil de préfecture, les comptes des receveurs des hospices et établissements de charité, définit l’étendue des plantations de tabac (loi du 28 avril 1816, art. 186), détermine l’adjudicataire de travaux publics après ouverture des plis en séance (Décret du 19 ventôse an XI).

Il arrive enfin que le préfet soit présenté comme “ prononçant, en conseil de préfecture ”, sur des “ réclamations ”, “ contestations ” ou “ recours ”. Néanmoins, dans ces hypothèses, les théoriciens du droit ne qualifient pas le préfet expressément comme un juge, même s’ils lui reconnaissent parfois de manière plus vague une “ juridiction ”.

Cormenin donne l’exemple d’une position ambiguë par rapport à la qualification du préfet comme juge. Dans la subdivision consacrée à cette autorité, il examine d’abord “ la nature et le caractère général de la juridiction des préfets ”, pour énoncer immédiatement le principe que “ les préfets ne font que des actes d’administration et

⁹ *Arch. Parl.*, série II, t. I, p. 230.

¹⁰ DE GERANDO (J.-M.), *Institutes du droit administratif*, Nève, 1829, t. I, p. 138, n° 131.

qu'ils n'ont point, à proprement parler, de juridiction"¹¹. Pourtant, dans les développements qui suivent, Cormenin admet aisément que "toutefois, [cette règle] n'est pas tellement générale qu'elle ne souffre aucune dérogation". Il reprend alors la distinction de Gérando entre les actes du préfet statuant seul ou en conseil de préfecture. Un auteur contemporain a de toutes façons remarqué que les différents auteurs, tels Foucart, Vivien, Macarel, Chauveau, la concèdent "le plus souvent à contrecœur"¹² en insistant sur "son caractère exceptionnel".

... à une question matérielle.

Il est cependant souhaitable d'aller plus loin. Malgré le vocabulaire législatif et doctrinal et au bénéfice d'une analyse juridique rigoureuse, il est possible de soutenir que ces attributions ne sont pas matériellement juridictionnelles.

La première raison est que les compétences qui entreraient dans l'office du préfet juge ne sont pas clairement identifiées. Certains juristes trouvent neuf cas où, en tant que juge, le préfet statuerait seul, alors que d'autres n'en voient que trois ; quant au nombre de situations où le préfet jugerait en conseil de préfecture, elles varient de deux à dix. Cela n'est pas étonnant si on se souvient que les conseils de préfecture n'étaient pas eux-mêmes à l'époque clairement reconnus comme juridictions.

La deuxième raison peut être donnée par l'étude des attributions telles que les relève par exemple de Gérando. Quels sont ces cas ? Le préfet prononce d'abord sur les recours contre les décisions des sous-préfets en diverses matières (décret du 8 prairial an XI : octroi ; ord. du 17 juillet 1816, art. 32 : recensement pour la garde nationale). Il s'agit donc là de ce que le droit administratif contemporain appelle recours administratif hiérarchique.

Il statue ensuite sur des réclamations concernant le cadastre (loi du 15 septembre 1807, art. 26), la liste des jurés (loi du 2 mai 1827) ou les listes électorales (loi du 2 juillet 1828). En cette hypothèse, il dispose en réalité d'une compétence administrative de rectification d'erreurs matérielles et sa compétence est liée.

Enfin, le préfet prononce sur des contestations qui s'élèvent, en matière d'octroi, entre les communes et les régisseurs ou fermiers (décret du 17 mai 1809) ou, en matière de débits de boisson, sur des recours contre les décisions des maires (loi du 8 avril 1816). Néanmoins, dans ces deux cas, le préfet peut être considéré comme exerçant son pouvoir de tutelle.

Par ailleurs, que dirait-on aujourd'hui de la classification opérée par Cormenin, pourtant fondateur de l'ordonnance sur les conflits, qui considère comme juridictionnelle la compétence du préfet dans cette procédure ?

¹¹ CORMENIN (L.-M.), *Droit administratif*, Pagnerre-Thorel, 1840, t. I, p. 168.

¹² CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, p. 146.

Ainsi, l'examen de la liste des attributions du préfet dans sa prétendue juridiction ne permet pas de conclure, en bonne logique juridique, à l'existence d'un ensemble cohérent de compétences juridictionnelles qui permettraient de lui conférer la qualité de juge. Il n'en demeure pas moins que, à bien chercher, peuvent apparaître quelques compétences isolées et spécialement attribuées par la loi qui ne peuvent pas être réduites à l'exercice de la fonction administrative et présentent des caractéristiques juridictionnelles. Mais ces étrangetés ne sont pas propres aux préfets, puisque certains auteurs ont détecté leur présence exceptionnelle au profit également du sous-préfet. Ce dernier est parfois présenté comme investi d'une autorité juridictionnelle. " Pour ordonner au provisoire et d'urgence, la réparation de toute détérioration survenue dans les travaux de routes et ponts ; même en matière de police de roulage, il peut condamner les voituriers délinquants à des indemnités pour la réparation du dommage causé " (loi du 29 floréal an X, et du 7 ventôse an XII)¹³. Il s'agit d'une compétence générale en matière de contravention de grande voirie. Mais en réalité, si un premier recours peut être adressé au préfet, il est ensuite " statué définitivement " en conseil de préfecture, ce qui permet toutes les interprétations ultérieures, tenant à la logique générale du système.

III. - L'équilibre du système d'administration de l'an VIII

Un système législatif qui donne lieu à des interprétations subtiles dans l'attente de son application et de la jurisprudence qui le précise finit en général par s'imposer par ses dimensions les plus tranchées, les plus simples et les plus emblématiques. Avec le recul du temps, la plupart des commentateurs qui le décrivent le simplifient et dans une certaine mesure, le fortifient. Rodolphe Dareste¹⁴ est un de ceux-là, qui présente pour nous l'avantage de considérer le système de l'an VIII dans l'ensemble que forme la justice administrative, et de livrer ses observations juste avant les premières réformes de procédure des années 1860. Or, à cette époque, Dareste n'a plus de doute. Lorsqu'il étudie la logique du système de juridiction issu de la loi du 28 pluviôse, il semble poser comme une erreur, une méprise, une évidente incohérence la théorie du préfet juge. Selon lui, "d'autres [attributions contentieuses] furent confiées aux préfets *en Conseil de préfecture* ; mais cette juridiction nouvelle n'est que le résultat d'une inadvertance commise dans la rédaction de certaines lois"¹⁵. Dareste tient ici pour évidente une erreur dans les lois postérieures à celle du 28 pluviôse, qui continuaient à attribuer nominalement au préfet des attributions de ce type, notamment dans l'organisation des marches de l'Empire (D. du 18 octobre 1810 en Hollande ; D. du 15 avril 1811 en Illyrie).

Pour quelle raison ?

C'est que la juridiction préfectorale a été balayée par l'évolution de celle des conseils de préfecture. Certes, les théoriciens du droit de la Restauration et de la

¹³ COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics ou Traité théorique et pratique de la législation et de la jurisprudence administrative et civile*, Carilian-Goeury, t. I, 1835, p. 42.

¹⁴ Rodolphe DARESTE, Conseiller à la Cour de cassation, fut vice-président du Tribunal des Conflits.

¹⁵ DARESTE (R.), *La justice administrative en France*, Larose, 1898, p. 167.

Monarchie de Juillet avaient commencé une réflexion sur le préfet-juge. Certes, ils avaient distingué les actes du préfet statuant seul et les actes du préfet en conseil de préfecture. Mais la “ jurisprudence ” du Conseil d’Etat et la culture juridique eurent tôt fait de rechercher les fonctions juridictionnelles là où il était le plus habituel de les trouver, c’est-à-dire dans des organismes collégiaux chargés de donner des garanties aux particuliers et de compenser autant que faire se peut les inconvénients, pour les intérêts privés, de l’action des autorités exécutives, qui privilégie l’intérêt général.

Le débat de théorie juridique et les enjeux de la jurisprudence se sont donc portés sur la nature juridictionnelle et la compétence de premier ressort des conseils de préfecture¹⁶. L'apparition progressive de la nature juridictionnelle des conseils de préfecture est le fait du Conseil d'État, qui la déduit non pas d'une opposition à la fonction préfectorale "active" ou de la lettre de la loi du 28 pluviôse an VIII, mais bien de l'exercice d'une voie de recours qui n'est inscrite dans aucun texte : l'appel¹⁷. La question a été réglée par une stratégie institutionnelle et contentieuse assez simple. De cette distinction entre les deux types d'actes : ceux du préfet en conseil de préfecture et ceux des conseils de préfecture, la jurisprudence s'est employée à annihiler les conséquences. De façon générale, le principe avait été très vite posé, même s'il n'était pas toujours respecté, que les recours contre les arrêtés préfectoraux ne pouvaient pas être jugés par le conseil de préfecture¹⁸ : ils remontèrent donc au Conseil d'État. Il en est résulté, par analogie, que le recours contre les arrêtés des préfets en Conseil de préfecture avait la nature d'un appel porté devant le Conseil d'État¹⁹. Cela concernait peut-être peu de matières (comptabilité des communes et des hôpitaux, cadastre, octroi, garde nationale, droits indirects sur les boissons, autorisations relatives au domaine public communal), mais de la sorte fut dessiné le schéma d'ensemble des voies de recours dans la juridiction administrative. Les deux types d'actes se trouvaient ainsi réunis et mis à égalité par leur attraction dans une compétence d'appel que le Conseil d'État ne détenait d'ailleurs pas expressément.

En revanche le Conseil d'État a, dès l'Empire, une vision très claire de la fonction juridictionnelle des conseils de préfecture et de la fonction administrative du préfet. Il ne manque pas de faire respecter les sphères de compétence respectives du préfet et des ces conseils. Les actes purement administratifs relèvent du préfet, les actes appartenant aux matières contentieuses relèvent des conseils de préfecture. Cette ligne de partage était déjà constante du début à la fin du régime napoléonien et c'est en ce sens que doit être comprise la publication au Bulletin des lois de l'arrêt Leseigneur du 6 décembre 1813²⁰.

¹⁶ Cf. GUGLIELMI (G. J.), “ L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII : une erreur de plume au fondement du droit administratif ? ”, CURAPP, *La loi du 28 pluviôse an VIII*, PUF, 2000, p. 53 et suiv.

¹⁷ GUGLIELMI (G.-J.), "Reflets de l'appel en droit administratif", in *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, THIREAU (J.-L.) (dir.), P.U.F., août 1995, pp. 65-76.

¹⁸ D. du 25 ventôse an XIII, ord. du 30 août 1814 Barreau, cités par CORMENIN (L.-M.), *Droit administratif*, Thorel-Pagnerre, 1840, t. I, p. 193.

¹⁹ MACAREL (L.-A.), *Cours d'administration et de droit administratif*, Plon, 1852, t. II, p. 608.

²⁰ BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif*, PUF (Thémis), 1995, p. 82.

La question posée par la juridiction “ préfectorale ” est ainsi influencée par la conception que l’on peut avoir à l’époque de l’unité et de l’équilibre du système d’administration locale. A la question de savoir si on doit donner aux Conseils de préfecture une compétence de droit commun au premier degré, Boulatignier, dans son célèbre rapport²¹, répond ainsi : "c'est précisément parce que déjà les conseils de préfecture prononcent, dans des cas assez nombreux, sur les arrêtés des préfets qu'il importe de ne pas étendre en ce sens leur juridiction, sous peine d'altérer les rapports que la loi a voulu établir entre les deux autorités"²². Le Conseil d'État ne tarda pas à fixer au contentieux la position ainsi élaborée²³. Les théoriciens du droit s'y conformèrent, même si quelques irréductibles tinrent à maintenir fermement l'idée que les conseils de préfecture eussent dû, en bonne logique juridique, être les tribunaux de droit commun au premier degré²⁴. Ce point d'équilibre finalement atteint n'est pas une nécessité logique résultant comme naturellement de la loi du 28 pluviôse an VIII, mais une interaction du Conseil d'État et de la doctrine, le premier ménageant sa position vis-à-vis du pouvoir d'État, la seconde défendant les constantes théoriques et traditionnelles de toute organisation juridictionnelle. C'est en raison de ce double mouvement qu'on peut suivre l'affirmation de François Burdeau selon laquelle "de même que l'institution du Conseil d'État a pour cause la restauration d'un pouvoir de nature monarchique, [de même] l'établissement de tribunaux administratifs départementaux est le fruit de la concentration des responsabilités administratives entre les mains d'une seule autorité : le préfet"²⁵. Mais précisément, pour qu'il y ait concentration des responsabilités administratives au profit du préfet et constitution progressive d'une juridiction administrative locale, il fallait que la juridiction préfectorale, si elle avait jamais existé, disparût.

²¹ Il fera l'objet d'une publication durable : BOULATIGNIER, "Rapport présenté au Conseil d'État en 1851", *Répertoire Dalloz*, V^o Compétence administrative.

²² Rapport fait au Conseil d'État par BOULATIGNIER, adopté le 9 avril 1851, cité par DUFOUR (G.), *Traité général de droit administratif appliqué*, Cotillon, t. II, 1854, p. 23.

²³ CE, 6 avril 1854, de Tocqueville.

²⁴ FOUCART (E.-V.), *Eléments de droit public et administratif*, Marescq et Dujardin, 1856, t. III, p. 713.

²⁵ BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif*, PUF (Thémis), 1995, p. 69.