
Le juge administratif: juge des droits et des libertés (Annales ENM 2007)

La soumission de l'Administration à un Droit autonome et distinct du Droit civil (TC 8 février 1873, *Blanco*) se justifie par le souci de conférer à la puissance publique des prérogatives exorbitantes du droit commun, de nature à lui permettre d'accomplir sa mission de gestion des intérêts généraux de la collectivité face aux intérêts particularistes des individus. Dans ces conditions, le Droit administratif est longtemps apparu comme un «*Droit de privilèges*», protégeant d'une façon excessive les intérêts de l'Administration, ainsi qu'un «*Droit d'autorité*» accordant à l'Administration la possibilité d'agir par voie de décision exécutoire, assortie du «*privilège du préalable*» (CE 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*). Le Droit administratif se caractérisait dès lors par l'existence d'un rapport fondamentalement inégalitaire entre l'Administration et les administrés, rapport qui constituait la véritable source des privilèges administratifs. Le juge administratif devenait ce faisant l'acteur privilégié de cette asymétrie juridique peu respectueuse des situations individuelles.

Pourtant en raison de l'évolution des fonctions étatiques qui ne se limitent désormais plus au simple rôle d'un «*Etat-gendarme*» dans lequel les missions de l'Administration se cantonnent à des tâches de souveraineté, mais qui interviennent dorénavant dans les secteurs économiques et sociaux («*Etat-providence*»), de nouveaux rapports s'instaurent entre l'Administration et les administrés. La «*citoyenneté administrative*», prolongement de la citoyenneté politique, devient désormais un enjeu prégnant reposant sur un ensemble d'attentes successives de l'administré. Cette mutation administrative, et plus généralement étatique (il s'agit en l'espèce d'une application de la réforme globale de l'Etat), ébranle les canons de la puissance administrative traditionnelle et conduit le juge administratif à favoriser l'émergence des droits fondamentaux dans les relations entre les administrations et les administrés. Le recours pour excès de pouvoir s'érige alors, comme l'affirmait d'une manière visionnaire Gaston Gèze, comme «*l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés*».

Le juge administratif devient ainsi un protecteur des droits et des libertés en tant qu'il renforce l'exercice du contrôle de la légalité des actes administratifs (I) et qu'il abandonne sa mission ancestrale de serviteur de la loi (II).

I) La protection des libertés publiques par la rénovation du principe de légalité

Les actes administratifs sont désormais soumis à un contrôle plus étroit du respect du Droit. Le phénomène prend tout d'abord la forme d'une extension de la notion d'acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (A). Il se réalise ensuite par une extension du contrôle juridictionnel opéré (B).

A) L'extension de la notion d'acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir

Pareille extension concerne par exemple le domaine des actes de gouvernement (1) comme celui des mesures d'ordre interne (2).

1) La transformation des actes de gouvernement en actes détachables

Les actes de gouvernement bénéficient d'une immunité juridictionnelle (CE 9 mai 1867, *Duc d'Aumale* et CE 19 février 1875, *Prince Napoléon*) et sont donc insusceptibles de faire l'objet de recours devant tout juge. La tendance jurisprudentielle contemporaine évolue toutefois vers une limitation drastique de la catégorie des actes de gouvernement même si cette démarche ne saurait se réduire à une entreprise de suppression de ladite catégorie. Ceux exercés dans le cadre des relations diplomatiques sont *volens nolens* transformés en actes détachables (CE Sect. 14 mai 1993, *Ministre de la coopération c/ Bonn*, concernant les relations diplomatiques et plus précisément un accord de coopération culturelle et technique franco-zairois), c'est-à-dire en actes administratifs n'étant pas la conséquence directe, nécessaire et inéluctable du traité, donc susceptibles de recours juridictionnels. C'est tout particulièrement le cas de l'extradition d'abord considérée comme un acte de gouvernement (CE 2 juillet 1836, *Boidron*), puis comme un

acte détachable (CE Ass. 28 mai 1937, *Decerf*). L'évolution jurisprudentielle est comparable pour le refus d'extradition (CE Ass. 15 octobre 1993, *Gouverneur de Hong Kong - Royaume-Uni d'Angleterre et d'Irlande du Nord*) et le retrait d'extradition (CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*). Le Conseil d'Etat annule ainsi des décrets d'extradition au motif que le Droit en vigueur dans le pays requérant n'est pas conforme à «*l'ordre public français*» (CE Sect. 27 février 1987, *Fidan*, et CE 6 novembre 2000, *Nivette*), appréciant ce faisant le Droit et le comportement d'un Etat étranger.

On retrouve ces actes détachables dans le domaine des relations entre les pouvoirs publics français avec l'exemple du décret du Premier ministre portant nomination d'un parlementaire en mission (décision du Conseil constitutionnel du 7 novembre 1989 et CE Sect. 25 septembre 1998, *Mégret*: il s'agit d'une «*mesure détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif*»), le refus du Premier ministre de prendre un décret sur le fondement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution de 1958 destiné à abroger une disposition législative intervenue en matière réglementaire (CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*), ou encore la décision du Président de la République de faire fleurir la tombe du maréchal Pétain (CE 27 novembre 2000, *Association Comité tous frères*) et celle de convoquer le Congrès (CE 28 février 2005, *Joël Mekhantar*).

2) La transformation des mesures d'ordre interne en décisions faisant grief

En raison du souci prégnant d'amélioration des relations entre administrations et administrés, le nombre de mesures d'ordre interne décroît sensiblement. C'est le cas dans le domaine militaire concernant la notation (CE Sect. 22 avril 1977, *Pierron*) et les sanctions disciplinaires à l'armée (CE Ass. 17 février 1995, *Hardouin*). C'est aussi le cas dans le secteur pénitentiaire relativement aux sanctions de «*punition de cellule*» (CE Ass. 17 février 1995, *Marie*, repris par CE 8 décembre 2000, *M. Frérot*). Cette évolution avait d'ailleurs été lancée dès 1992 par le Conseil d'Etat dans le domaine scolaire (CE 2 novembre 1992, *Epoux Khérouaa*) relativement aux règlements intérieurs d'établissements scolaires infligeant des sanctions disciplinaires (exclusion définitive ou temporaire) aux collégiennes ou lycéennes portant le «*foulard islamique*». Elle s'étend d'ailleurs au-delà du seul cas des sanctions disciplinaires (CAA Versailles 17 février 2005, *M. et Mme José D.*, concernant la séparation de jumeaux dans des classes différentes; CE 11 février 1983, *Mathis*, concernant le refus de changement d'orientation, ou encore CE 26 janvier 2007, *Monnin*, concernant l'orientation).

B) La diffusion du contrôle maximum du juge administratif

L'analyse de ce subtil équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des parties auquel s'attache le juge rejoint en réalité l'autre innovation méthodologique consistant à emprunter la théorie du «*bilan*» longtemps réservée au seul contentieux de l'expropriation pour cause d'utilité publique (CE Ass. 28 mai 1971, *Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville nouvelle Est»*) pour la transposer dans d'autres secteurs. La diffusion de la théorie du «*bilan*» concerne en effet la police des étrangers (1) comme les différentes formes de référé ou encore l'intangibilité de l'ouvrage public (2).

1) La police des étrangers.

L'administration, au nom du maintien de l'ordre public et de la «*raison d'Etat*», a longtemps disposé d'un très large pouvoir discrétionnaire dans de nombreux domaines, pouvoir de nature à affecter les libertés publiques et individuelles. On retrouve encore des traces de cette suprématie en matière de reconduites à la frontière par exemple pour lesquelles le juge administratif se contente de vérifier si la mesure arrêtée à l'encontre de l'étranger n'est pas en mesure d'entraîner «*des conséquences d'une exceptionnelle gravité*» (CE Ass. 29 juin 1990, *Mme Olmos Quintero et Imanbaccus*). Pour autant, depuis une quinzaine d'années, sous l'impulsion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision du 13 août 1993) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 27 octobre 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*), la

tendance à l'omnipotence administrative affranchie de tout contrôle juridictionnel se trouve de plus en plus limitée. Pris dans cette dynamique de contrôle croissant, le Conseil d'Etat a accepté d'exercer un contrôle maximum (sur le fondement de l'article 6 de la CEDH) à propos d'une mesure d'expulsion en s'attachant à la proportionnalité de la mesure en question (CE Ass. 19 avril 1991, *Belgacem*: «la mesure d'expulsion prise à son encontre a, eu égard à la gravité de l'atteinte portée à sa vie familiale, excédé ce qui était nécessaire à la défense de l'ordre public», confirmé par CE 19 mars 2003, *M.S.*, et infirmant CE 3 février 1975, *Sieur Pardov*).

2) Les autres cas.

Relativement au «référé suspension» issu de la loi du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*, l'urgence objectivement appréciée par le juge des référés en fonction des circonstances de chaque affaire («*objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce*»: CE 28 février 2001, *Préfet des Alpes-maritimes et Société Sud-Est Assainissement*), l'amène à pondérer les différents intérêts en présence (CE 10 décembre 2001, *Commune de Saint-Jean-de-Luz*, et CE 24 janvier 2002, *M. Didier Hannoun*) dans le cadre d'une théorie du «bilan de l'urgence» consistant surtout à déterminer l'intérêt qu'il peut y avoir à ce que l'acte s'applique (parallèlement à mesurer l'ampleur du préjudice qui pourrait résulter pour le requérant de l'exécution immédiate) et l'intérêt à ce qu'il ne s'applique pas (parallèlement à mesurer l'ampleur du préjudice qui pourrait résulter pour le défendeur auteur de l'acte de la suspension). Selon l'observation des premières jurisprudences, l'urgence se détermine par la combinaison de plusieurs indices. C'est d'abord au requérant qu'il incombe de démontrer l'urgence puisque le juge des référés doit «*apprécier concrètement - compte tenu des justifications fournies par le requérant - si les effets de la décision litigieuse sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue*» (CE Sect. 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*). Le requérant doit aussi démontrer le caractère certain de l'urgence (CE 5 février 2004, *Ligue de protection des oiseaux et autres*). Par l'arrêt de Section du 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes, Société Sud-Est assainissement*, précité, le juge a d'ailleurs regroupé les deux étapes du raisonnement dégagé dans la jurisprudence d'Assemblée du 13 février 1976 *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame de Versailles*. C'est désormais au stade de l'appréciation de l'urgence que doit s'opérer la balance des intérêts en cause et non en aval, étant observé que la conduite du bilan ne sert pas ici à apprécier la légalité de l'acte mais à peser les conséquences pour les intérêts en présence d'une annulation.

La démarche suivie se révèle similaire avec le référé conservatoire. Saisi d'une demande d'expulsion d'un occupant sans titre du domaine public, il appartient au juge du référé conservatoire de rechercher si cette demande ne se heurte à aucune contestation sérieuse, l'existence de celle-ci étant appréciée compte tenu de la nature et du bien-fondé des moyens soulevés (CE Sect. 16 mai 2003, *S.A.R.L. Icomatex*). Le juge apprécie alors le rapport entre la protection du domaine public escomptée et les conséquences de l'expulsion sur l'occupant sans titre. Cette condition de recevabilité, totalement prétorienne, a été imposée en remplacement de la disparition d'une autre condition, en l'occurrence que l'ordonnance de référé ne préjudicie pas au principal.

Le juge administratif suprême utilise aussi la théorie du «bilan» en matière d'intangibilité d'un ouvrage public (CE Sect. 29 janvier 2003, *Syndicat interdépartemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans c/ Mme Gasiglia*; principe repris à propos des conséquences à saisir de l'annulation d'une décision de préemption: CE Sect. 26 février 2003, *Bour*). Pour ce juge, le principe de l'intangibilité de l'ouvrage public ne doit plus faire obstacle à l'exécution d'une décision de justice. La qualification d'ouvrage public confère néanmoins un statut protecteur se traduisant par l'obligation de rechercher une possibilité de régularisation avant toute destruction. Dans l'hypothèse où cette possibilité n'existerait pas, il reviendra au juge administratif le soin de procéder à une mise en balance des intérêts en jeu sans systématiquement faire prévaloir l'intérêt général et rejeter la démolition de l'ouvrage.

II) La protection des libertés publiques par la rénovation de l'office du juge administratif

Abandonnant sa mission première de protecteur de la loi, le juge administratif rejoint son collègue judiciaire (article 66 alinéa 2 de la Constitution de 1958) en devenant le protecteur des libertés (A). Au-delà de la finalité de l'office du juge administratif, les techniques procédurales nouvellement dévolues contribuent à cette mutation ambiante (B).

A) Une évolution finaliste

Le juge administratif assure désormais un contrôle de légalité renouvelé dont la finalité tend à se rapprocher du contrôle de constitutionnalité diligenté par le Conseil constitutionnel, offrant ainsi l'émergence d'un contrôle de «*fondamentalité*» (1). De légitimes interrogations se font toutefois jour devant une telle mutation (2).

1) Contrôle de légalité et contrôle de «*fondamentalité*».

Pour un certain nombre d'auteurs, tel le Professeur Olivier Cayla, le modèle européen d'une Cour constitutionnelle centralisant le contrôle de constitutionnalité des lois a vécu pour faire place à un système voisin du modèle américain où n'importe quel juge, à l'occasion de n'importe quel litige à propos de n'importe quelle loi déjà en vigueur, peut se prononcer sur la constitutionnalité matérielle de celle-ci. Si les droits conventionnels n'ont pas leur équivalent constitutionnel, en revanche tous les droits constitutionnels relatifs aux droits de l'homme ont leur équivalent conventionnel. De sorte que lorsque le juge administratif vérifie qu'une loi est conforme à une disposition conventionnelle, il la confronte à une norme dont le contenu est identique (ou presque) à celui de la norme constitutionnelle que le juge constitutionnel considère de son côté pour apprécier la validité de la même loi. Et de conclure, que le juge administratif et le juge constitutionnel «*s'adonnent au fond à la même tâche*». Le Professeur Etienne Picard estime à cet égard que ces deux catégories de juges exercent sur les lois, au-delà de la distinction théorique entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité, un identique «*contrôle de fondamentalité*». Le juge, qu'il soit constitutionnel ou ordinaire, devient un acteur de la loi et un garant des libertés se rapprochant en cela de la conception anglo-saxonne du juge en s'éloignant d'autant de la conception française traditionnelle (autrement dit révolutionnaire) en faisant un protecteur de la loi.

Avec la diffusion continue du contrôle de conventionnalité de la loi, le juge ordinaire devient le juge de la loi à l'instar du juge constitutionnel dans le cadre d'un contrôle d'espèce, de compatibilité, *a posteriori*, relatif et contingent, caractéristiques en tout point opposées à celles du contrôle de constitutionnalité. Contrôle de constitutionnalité opéré par le juge constitutionnel et contrôle de conventionnalité opéré par le juge ordinaire (l'un et l'autre encouragé par le juge supranational, notamment la Cour européenne des droits de l'homme) se rejoignent au sein d'un même contrôle de «*fondamentalité*» orienté vers la finalité suprême de protection des droits fondamentaux. Ce mouvement substantiel provoque des interrogations.

2) La «*subjectivisation*» du contentieux de l'excès de pouvoir

Le Droit administratif change de nature en intégrant de plus en plus les intérêts particuliers dans le cadre d'une dynamique de «*subjectivisation*». Ce Droit, traditionnellement «*droit spécial et autonome qui a ses règles propres exorbitantes du droit civil*» tend, au contact de réalités juridiques et sociétales nouvelles, à se désagréger, à perdre ses spécificités originelles pour au final se déliter et au final ne devenir qu'un *corpus* juridique dénaturé par des influences exogènes (Droit privé, Droit communautaire). L'intérêt général le sous-tendant est de proche en proche concurrencé, voire dépassé, par les intérêts subjectifs des administrés, à l'instar d'autres variétés de droits. Parallèlement aux droits subjectifs des particuliers émergent aujourd'hui les droits publics subjectifs de ceux-ci. Or, «*Le droit administratif français a essentiellement été bâti, depuis des décennies, sur des notions beaucoup plus communautaires qu'individuelles*» et «*est donc longtemps apparu, et apparaît encore aujourd'hui,*

comme un droit de la communauté plus que comme un droit de l'individu» avance le Professeur Stéphane Braconnier. L'idéologie de l'intérêt général légitime la plupart des privilèges que le Droit administratif reconnaît à l'administration et *«explique aussi, dans une certaine mesure, le caractère «objectif» du droit administratif, lequel n'appartient pas à «l'univers du sujet» ... mais constitue un monde particulier de normes anonymes et abstraites visant à faire prévaloir le bien commun, et de recours dits «objectifs» parce qu'ils posent au contentieux de pures questions de légalité au lieu de tendre à la reconnaissance d'un droit subjectif».*

Mais cette approche séculaire d'un Droit animé des ambitions les plus nobles et les plus éthérées, favorisant le général transcendant et éclairé sur le particulier égoïste et étriqué, ne paraît plus guère répondre aux attentes sociétales contemporaines. L'époque est à la valorisation, à l'exacerbation des revendications communautaires et des inclinations individualistes mues par des mobiles purement égotiques, opérant dès lors un passage de la *«version volontariste et rousseauiste»* de l'intérêt général à la *«version utilitariste et libérale»*. Ce droit devient dans ces conditions le résultat d'un équilibre entre les droits des particuliers et les nécessités de l'action administrative, non plus comme un droit exorbitant.

Outre cette finalité renouvelée, l'office du juge administratif en tant que protecteur des libertés et des droits se réalise par des procédures innovantes.

B) Une évolution procédurale

La protection procédurale de protection des libertés passe par la technique du «référé liberté» (1), par l'injonction et l'astreinte (2).

1) La technique du «référé liberté».

La loi du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives* prévoit dans son article 5 que *«Saisi d'une demande en ce sens justifié par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante huit heures»*. Le juge est ainsi doté des outils juridiques nécessaires à une véritable justice de l'urgence, le texte de la loi excluant de la procédure applicable au référé certaines caractéristiques essentielles de la procédure administrative traditionnelle (caractère écrit de la procédure contentieuse, collégialité, présence du commissaire du gouvernement) afin de privilégier l'efficacité et la rapidité sur les garanties dont bénéficiait jusque là le requérant (le principe du contradictoire demeure néanmoins).

Sans être l'équivalent de la voie de fait, le «référé liberté» s'en rapproche néanmoins dans sa finalité et son organisation. Outre l'urgence qui s'apprécie objectivement au regard du délai de quarante huit heures imparti au juge pour statuer (CE, référé, 28 février 2003, *Commune de Pertuis*), la procédure reçoit une autonomie en ce sens qu'elle n'a pas à se rattacher à une instance principale. Quant au comportement administratif de nature à déclencher une telle demande (décision, intervention, agissement ou inertie), il est caractérisé par la qualité de son auteur (*«une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public»*), par les effets en résultant (*«une atteinte»* à une liberté fondamentale, c'est-à-dire et de prime abord, l'ensemble des droits reconnus et protégés par l'Etat), enfin par sa nature même (*«une atteinte grave et manifestement illégale»* commise par l'administration *«dans l'exercice d'un de ses pouvoirs»*: CE, référé, 9 août 2001, *Medrina*).

Avec ce «référé liberté» le Professeur Hugues Moutouh estime que *«le publiciste ne sera plus tiraillé entre le nécessaire souci de l'efficacité et la légitime défense du droit exorbitant des personnes publiques»*, la voie de fait recouvrant sa fonction originelle destinée à sanctionner l'administration uniquement dans l'hypothèse d'actes gravement illégaux provoqués par celle-ci.

L'injonction consacrée diffère en conséquence de celle issue de la loi du 8 février 1995 qui n'intervient qu'en aval de la décision de justice afin d'imposer son exécution. Dans le

cas du «référé liberté», l'injonction interviendra avant toute décision juridictionnelle. Le dispositif établi par la loi trouve son origine dans l'incapacité chronique du juge administratif des référés à intervenir en urgence afin de faire cesser sans délai (voire de prévenir) les agissements irréguliers d'une administration (qu'il s'agisse d'actes administratifs pris, de comportements d'agents, d'abstention d'agir).

2) Le pouvoir d'injonction et d'astreinte.

Le juge administratif a longtemps été dépourvu du pouvoir d'injonction au nom du principe de la séparation des pouvoirs. La loi du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* met fin à cette retenue en lui octroyant un tel pouvoir dans le cadre d'une procédure spécifique. Cette même loi généralise le pouvoir d'astreinte.

Le juge administratif ne disposait d'un tel pouvoir d'injonction qu'à l'encontre des administrés (CE Ass. 10 mai 1974, *Barre et Honnet*) et non envers l'administration (CE Sect. 27 janvier 1933, *Le Loir*) au nom du respect du principe de la séparation des pouvoirs, alors même que le juge judiciaire en bénéficiait dans certaines circonstances envers l'administration comme en matière de voie de fait par exemple (TC 17 juin 1948, *Manufacture des velours et peluches*). La loi visée de 1995 a généralisé l'octroi du pouvoir d'injonction à tous les juges administratifs en soumettant toutefois son exercice à deux conditions. D'une part, le juge administratif ne peut enjoindre à l'administration de prendre une mesure que pour assurer l'exécution d'une décision dans un sens déterminé. D'autre part, lorsque la décision rendue au fond implique seulement que l'administration doit à nouveau se prononcer sur la demande, le juge administratif ne peut ordonner à l'administration de statuer qu'en fixant un délai déterminé.

La loi du 8 février 1995 généralise par ailleurs à l'ensemble des juges administratifs un dispositif existant jusqu'à cette date au seul bénéfice du Conseil d'Etat (loi du 16 juillet 1980), en l'occurrence le pouvoir d'astreinte. Il convient que le juge soit saisi de conclusions en ce sens (pas d'auto-saisine concevable car le juge administratif ne statue ni *infra* ni *ultra petita*, sauf le juge du référé précontractuel: CE 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*) et après que le juge administratif a imparti un délai à l'administration pour agir (CE Sect. 27 janvier 1995, *Mélot*: condamnation de l'Etat à mille francs d'astreinte collective journalière pour refus d'exécution). Chaque juge administratif, afin de veiller à l'exécution de ses propres décisions, peut désormais prononcer une astreinte à la demande du requérant soit en cas de jugement ou d'arrêt définitif contenant une injonction, soit lorsqu'une nouvelle décision de l'administration s'avère indispensable dans la mesure où le délai lui étant imparti pour agir arrive à expiration sans qu'aucune mesure n'ait été arrêtée (astreinte préventive). Le décret du 3 juillet 1995 pose comme principe l'écoulement d'un délai de six mois (devant le Conseil d'Etat) et de trois mois (devant les autres juges administratifs) avant la présentation d'une demande d'astreinte par les parties (sauf refus explicite d'exécution de la part de l'administration).

© Copyright ISP