

Le juge administratif : un gardien des libertés fondamentales face à l'action administrative dans le contentieux de l'urgence ?

Table des matières

Introduction.....	2
I- L'accroissement de la place du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales face à l'urgence.....	7
A- La refonte du contentieux de l'urgence en droit administratif.....	7
1) L'introduction du référé-liberté et du référé-suspension par la loi du 30 juin 2000.....	7
2) Quel bilan 20 ans après ?.....	9
3) Le juge du référé-conservatoire : un juge administrateur ?.....	9
B- Des procédures nouvelles modifiant en profondeur la portée de l'office du juge des référés.....	10
1) Une remise en cause du cadre traditionnel du contentieux administratif.....	10
2) Les exigences de célérité imposées par l'urgence : quelles conséquences sur les conditions du procès ?.....	11
3) Des pouvoirs largement accrus pour le juge des référés.....	12
II- Une nouvelle répartition du contentieux de l'urgence plus propice à la défense des libertés fondamentales ?.....	14
A) L'extinction progressive de la voie de fait : un rééquilibrage du contentieux de l'urgence au profit du juge administratif.....	15
1) Un avantage historique du juge judiciaire face aux lacunes de la juridiction administrative.....	15
2) L'offensive du juge judiciaire : une croissance déraisonnable du domaine d'application de la voie de fait.....	16
3) La refonte du contentieux de l'urgence pour le juge administratif : une « contre-attaque » de la jurisprudence du Conseil d'État.....	16
4) L'état d'urgence : un dangereux privilège de juridiction pour l'administration ?.....	18
B) Un dialogue des juges renouvelé : la recherche d'un nouvel équilibre entre célérité et protection du justiciable.....	19
1) Un recul quantitatif des questions préjudicielles posées au juge européen.....	19
2) Un nouvel équilibre des questions préjudicielles entre juge administratif et juge judiciaire au service de l'impératif de célérité.....	20
3) Une défense des libertés fondamentales constitutionnellement garanties : une limite au rôle de gardien des libertés du juge administratif ?.....	21
Conclusion :.....	22
Bibliographie :.....	24

***N.B :** Cet article de doctrine ayant été écrit au cours de la crise du Covid-19, le choix volontaire a été fait de ne pas traiter en fond la pratique que fait le Conseil d'État de ses pouvoirs de juge de l'urgence face à l'état d'urgence sanitaire récemment voté. Bien que très intéressante du point de vue du droit, le manque de recul face à une actualité jurisprudentielle si importante est manifeste, et cette actualité ne sera donc utilisée que factuellement. La question sera donc traitée du point de vue de la doctrine, sans se référer aux événements actuels qui feront probablement évoluer cette doctrine dans les mois à venir.*

Introduction

Face à l'urgence, le contentieux administratif est bouleversé. En témoigne la situation actuelle de crise sanitaire, où le Conseil d'État est massivement sollicité par de nombreux acteurs pour inciter le gouvernement à renforcer les mesures sanitaires prises depuis mars 2020, d'abord sur le fondement de la théorie des circonstances exceptionnelles¹ puis sur le fondement d'une loi d'urgence sanitaire adoptée dans l'urgence le 23 mars 2020². L'urgence a en effet dans la période récente caractérisé de nombreuses affaires qui ont marqué l'opinion publique et qui ont donné lieu à des procédures de référé devant le Conseil d'État. On peut aussi notamment penser à l'affaire Dieudonné ou à l'épopée médiatique qui a entouré la fin de vie de Vincent Lambert. L'ensemble de ces contentieux se caractérise par un objectif commun : faire cesser une atteinte manifeste de l'administration aux libertés fondamentales des requérants, une des missions centrales du juge administratif étant de garantir un droit à réparation face à toute atteinte de cette nature. Ce rôle de gardien des libertés publiques se retrouve aussi bien dans l'urgence que dans le contentieux de fond. Ainsi, en 1938, à la suite du très célèbre arrêt Benjamin de 1933, le Conseil d'État accepte de faire indemniser le préjudice subi par René Benjamin sur ce fondement.

Mais le juge administratif est-il pour autant un réel gardien des libertés ? Le dualisme juridictionnel issu des lois du 16 et 24 août 1790 a permis de répartir les compétences en matière de défense des libertés entre les deux ordres : le juge judiciaire est le gardien des libertés individuelles tandis que les magistrats administratifs protègent les libertés publiques des administrés face aux excès de l'administration. Afin d'accroître les pouvoirs de l'administration, les révolutionnaires ont donc consacré un privilège de juridiction pour celle-ci. La juridiction administrative s'est par la suite émancipée, notamment avec sa consécration en 1872 comme juge de droit commun³, l'abandon de sa doctrine ancienne qui consistait à ne pas connaître des actes pris par le gouvernement pour des motifs politiques⁴ et la fin de la théorie du ministre-juge consacrée par la

1 CE 28 juin 1918, *Heryès*, 63412

2 *Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, JORF n°0072 du 24 mars 2020

3 *Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État*

4 CE 19 février 1875, *Prince Napoléon*, 46707

jurisprudence⁵, et a élargi ses compétences, ce qui a mené à la création des TA et des CAA respectivement en 1953 et 1987. Ces nouvelles institutions consacrent la pluralité des échelons de juridiction et ainsi permettent une justice plus sûre pour les justiciables en garantissant des recours effectifs et consacrent le juge du Conseil d'État principalement comme juge de cassation. La notion de « juge administratif » englobe donc les magistrats de ces différentes juridictions, mais la jurisprudence essentielle en matière de libertés fondamentales est celle du Conseil d'État sur lequel cet article va majoritairement se concentrer.

La mise en œuvre du recours pour excès de pouvoir (REP) et son extension à la quasi totalité des actes administratifs à travers les évolutions jurisprudentielles aurait pu passer pour une volonté de faire du juge administratif un vrai gardien des libertés. Mais, pour Jacques Petit, « *Cet enthousiasme trahit pourtant une erreur de perspective. Dans sa conception classique, qui se met en place au début du XXème siècle, à l'époque de l'enracinement de la IIIe République, le recours pour excès de pouvoir n'est pas une institution libérale prioritairement destinée à défendre les libertés des individus mais constitue une voie de droit d'esprit républicain, mis à la disposition des citoyens pour la défense de la légalité. Ce n'est qu'indirectement et parce qu'à partir de la IIIème République surtout la loi a consacré les libertés que le recours pour excès de pouvoir procure une protection de celles-ci. Mais du fait même qu'il n'est pas d'abord conçu pour cela, il présente à cet égard, de notables insuffisances.* »⁶. Il convient ici de mentionner l'écart important de prérogatives entre le juge judiciaire et le juge administratif, qui ne dispose historiquement que d'un pouvoir d'injonction extrêmement limité et souffre de délais de jugement importants qui handicapent son efficacité, notamment face à l'urgence. Ainsi, dès 1962, dans son célèbre article « *Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* »⁷, le professeur Jean Rivero mettait en évidence la question de l'effectivité de la justice administrative en matière de REP.

L'arrêt interdisant la conférence de René Benjamin⁸, par exemple, a ainsi été annulé presque trois ans après son édicton, ce qui laisse planer un doute sérieux sur la capacité du juge administratif à répondre à l'impératif d'urgence. Toutefois, il a su à certaines occasions prendre l'initiative de rendre une ordonnance dans l'urgence, ce qui est notamment le cas dans la fameuse affaire de la mise à mort décidée par ordonnance présidentielle des sieurs Canal, Robin et Godot

5 CE 13 décembre 1889, *Cadot*, 66145

6 Jacques Petit, « *Les armes du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales*, Colloque: *La guerre des juges aura-t-elle lieu?* », RGD 2016, 23356

7 Jean Rivero « *Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* », D. 1962. Chron. 37.

8 CE 19 mai 1933, *Benjamin*, 17413

dans le cadre de la guerre d'Algérie, qui a été interdite la veille de l'exécution⁹. Mais cela relève du cas d'exception, caractérisé par une urgence extrême dans une affaire qui était, comme le dit l'adage, « *une question de vie ou de mort* ». L'office du juge administratif était ainsi caractérisé par la volonté de ne pas heurter les prérogatives de l'administration plutôt que de défendre les libertés.

De ce fait, le XX^{ème} siècle a été une période marquée par des insuffisances de la juridiction administrative dans le contentieux de la défense des libertés qui a amené le juge judiciaire à mener une offensive sur ce terrain et s'approprié la plupart des affaires. Il a en effet eu une interprétation très extensive de la notion de libertés individuelles, accentuée par sa consécration comme « *gardien des libertés individuelles* » à l'article 66 de la Constitution de 1958, qui, combinée avec la théorie de la voie de fait issue de l'arrêt du Tribunal des Conflits *Action Française* de 1935¹⁰, a consacré le juge judiciaire comme l'acteur central de la défense des libertés, qu'elles soient individuelles au sens large ou même parfois publiques à travers l'expansion du champ d'application de la voie de fait. Il s'est ainsi pendant longtemps imposé dans la pratique comme le réel défenseur des libertés des citoyens, au détriment d'un juge administratif qui voit une partie importante de son contentieux lui échapper.

Ainsi, du fait de ce déséquilibre majeur, notamment marqué par les insuffisances du juge administratif dans le contentieux de l'urgence, et sous l'influence du droit de l'UE et des exigences de la CEDH, le contentieux des libertés de ces vingt dernières années s'est profondément transformé et a fait pencher la balance en faveur du juge administratif. Avant la réforme de 2000, l'urgence était en effet très éloignée de l'office du juge administratif, qui voyait donc ce contentieux revenir au juge judiciaire dans un souci d'efficacité et de célérité.

Le but de cet article de doctrine sera donc de présenter les évolutions issues de la loi du 30 juin 2000¹¹ et les conséquences qu'elles ont eu sur le contentieux de l'urgence, en conduisant à une réforme en profondeur de l'office du juge administratif dans les procédures de référé, tout en menant au recul de la voie de fait et à un renouveau du dialogue entre les différents ordres juridictionnels, évitant ainsi la « guerre des juges » qui avait marqué la seconde moitié du XX^{ème} siècle. René Chapus écrivait ainsi : « *Le droit administratif évolue aujourd'hui plus nettement qu'hier vers un droit des libertés publiques [...] la juridiction administrative tend à répondre à la*

⁹ CE 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, 58502

¹⁰ TC 8 avril 1935, *Action Française*, 00822

¹¹ *Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, JORF n°151 du 1 juillet 2000, page 9948

*façon dont elle est communément conçue : une juridiction des droits de l'homme »*¹². Le juge administratif, dans l'urgence notamment, a été ainsi consacré comme l'acteur majeur d'un contrôle effectif de l'administration *a posteriori*, dont le fondement moderne avait été posé par l'adoption des procédures de déféré et surtout de déféré-liberté dès 1982. Doté de prérogatives accrues, nous verrons qu'il peut parfois sortir des frontières légales qui lui sont imposées, sous couvert de protection des libertés fondamentales.

Cette notion même de liberté fondamentale vient en effet remettre en cause le fondement même de la distinction entre les juridictions judiciaires et administratives gardiennes respectivement des libertés individuelles et des libertés publiques. Ainsi, dans l'urgence, les libertés fondamentales et les droits fondamentaux dépassent cette dichotomie individuel/public pour ouvrir plus largement les recours. Nous verrons ainsi que le juge administratif a eu une conception très étendue du concept de liberté fondamentale, que certains ont pu percevoir comme une « contre-attaque » sur le domaine de compétence du juge judiciaire. Mais il est indéniable que s'est développée depuis la loi du 30 juin 2000 une réelle culture de l'urgence et de défense des libertés fondamentales au sein du contentieux administratif.

Toutefois, la pratique de ces nouvelles prérogatives a pu remettre en question l'ensemble de ce volet théorique. En effet, sous couvert de protection des libertés fondamentales dans l'urgence, le Conseil d'État a pu avoir une pratique qu'une part de la doctrine juge « *liberticide* » à l'instar de Jack Lang, professeur de droit public, qui qualifie la validation de l'annulation du spectacle de Dieudonné par le Conseil d'État en 2014 de « *profonde régression* »¹³, considérant que le Conseil d'État s'attribue des prérogatives qu'il ne possède pas et va trop loin dans l'utilisation des pouvoirs que lui attribuent les procédures contentieuses de référé d'urgence, obligeant ainsi Jean-Marc Sauvé à défendre les choix du Conseil d'État dans les colonnes du Monde. Le juge administratif, dans sa mission de protection des libertés fondamentales face à l'urgence, répond ainsi à d'autres contraintes : le respect de l'ordre public -matériel ou immatériel, si tant est que cette distinction se justifie- et la nécessaire dissociation de l'autorité juridique et du pouvoir politique.

En effet, les pouvoirs accrus du juge administratif dans le cadre de l'état d'urgence (notamment en matière de contrôle des perquisitions), et aujourd'hui de l'état d'urgence sanitaire,

12 Bernard Stirn, Colloque « *Répartition des compétences juridictionnelles et protection des libertés fondamentales* », 18 janvier 2019, Université Toulouse 1, Institut Maurice Hauriou.

13 https://www.lemonde.fr/politique/article/2014/01/13/jack-lang-la-decision-du-conseil-d-etat-est-une-profonde-regression_4346841_823448.html

interrogent en faisant peser le risque d'une justice subjective, proche du pouvoir politique, qui ne se limiterait plus à son contrôle objectif de la légalité de l'action administrative. Dès 2018, un article de Médiapart titrait « *Un Bruno Lasserre affaibli, sous tutelle de l'Élysée, prend la tête du Conseil d'État* »¹⁴. Le rejet de la plupart des requêtes soumises au Conseil d'État dans le cadre de la crise du Covid-19 vient aujourd'hui relancer un débat ancien, mais désormais plus médiatique que juridique, sur la prétendue tutelle du pouvoir politique sur l'autorité juridique que représente le Conseil d'État. De plus, l'état d'urgence accorde des prérogatives importantes à l'administration sans contrôle préalable du juge (selon la célèbre formule de Romieu, « *quand la maison brûle, on n'attend pas l'autorisation du juge pour y envoyer les pompiers* »¹⁵) dont l'action rentre presque exclusivement sous le contrôle du juge administratif, rendant le risque d'une justice soumise au pouvoir politique extrêmement dangereux pour la République Française. Le juge administratif peut-il réellement assurer dans ce cadre à la fois une protection des libertés fondamentales dans le contentieux de l'urgence et un contrôle de la proportionnalité de l'action administrative. Ces deux objectifs sont-ils réellement conciliables ?

Ainsi, dans quelle mesure l'office du juge administratif dans le contentieux de l'urgence a-t-il évolué pour faire du juge administratif un gardien des libertés fondamentales ? Comment le contentieux de l'urgence a-t-il permis un nouvel équilibre entre le juge administratif et le juge judiciaire, ouvrant la voie à une collaboration entre les différents juges dans une volonté commune d'efficacité, de célérité et de qualité de la justice rendue dans l'urgence ?

L'évolution du rôle du juge administratif, bien qu'entamée notamment avec la loi du 8 février 1995, relève en majeure partie de la loi du 30 juin 2000 et des conséquences qu'elle a eu sur le contentieux de l'urgence en instaurant des procédures de référé efficaces et en dotant le juge administratif de pouvoirs importants pour assurer l'exécution de la chose jugée (I). Ceci a permis de rééquilibrer le contentieux de l'urgence au détriment d'un juge judiciaire qui avait abusé de la voie de fait pour se l'approprier de manière quasi-exclusive, et a ouvert la voie à un dialogue des juges renforcé, marquant le passage d'une « guerre des juges » à une réelle collaboration dans un but commun de protection des libertés fondamentales face aux impératifs de l'urgence (II).

14 <https://blogs.mediapart.fr/regisdesmarais/blog/290518/un-bruno-lasserre-affaibli-sous-tutelle-de-l-elysee-prend-la-tete-du-conseil-d-etat>

15 TC 2 décembre 1902, *Société Immobilière de Saint-Just*, 00543

I- L'accroissement de la place du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales face à l'urgence

Face au manque d'efficacité des procédures d'urgences au sein des juridictions administratives pointées par les rapports du Conseil d'État et la jurisprudence de la CEDH à la fin des années 1990 qui dénonce l'absence de « délai raisonnable » au sens de l'article 6-1 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁶, et face aux déséquilibres issus des abus de la voie de fait, le législateur français est venu consacrer plusieurs évolutions du droit public pour donner au juge administratif les armes nécessaires pour assumer pleinement son rôle de gardien des libertés publiques (A). La pratique jurisprudentielle de ce droit renouvelé va même amener le juge administratif à s'auto-consacrer comme défenseur des libertés au sens plus large à travers les notions de droits fondamentaux et de libertés fondamentales, et ce notamment à travers les pouvoirs nouveaux qui lui sont attribués dans le cadre des procédures d'urgence (B).

A- La refonte du contentieux de l'urgence en droit administratif

Avant les années 2000, il semblait injustifié que le juge administratif ne puisse agir efficacement face aux conséquences potentielles de certains actes administratifs sur les libertés des administrés. Cette impuissance était d'autant plus choquante si on la comparait avec les pouvoirs du juge judiciaire en la matière qui dispose depuis longtemps de pouvoirs d'intervention rapide : référés, délais réduits, pouvoir d'injonction, constat d'urgence... En effet, les lacunes de la juridiction administrative en matière d'urgence consistaient essentiellement en des procédures trop anciennes¹⁷, trop longues et inadaptées aux exigences temporelles de l'urgence. Si les évolutions législatives sont venues consacrer de nouvelles formes de référé au début des années 1990, notamment le référé précontractuel, ceux-ci n'étaient effectivement pas centrés sur la célérité et l'efficacité de la juridiction administrative. Une modernisation de la procédure contentieuse administrative s'imposait pour s'adapter aux situations de crise et donner de réels pouvoirs au juge de l'urgence.

1) L'introduction du référé-liberté et du référé-suspension par la loi du 30 juin 2000

C'est dans cette optique que le législateur a adopté la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives afin d'adapter le système juridictionnel aux exigences de l'urgence et afin de rééquilibrer le partage de compétences entre le juge judiciaire et le juge

¹⁶ CEDH 9 juin 1998, *Cazenave de la Roche contre France*, 25549/94

¹⁷ cf. *Loi n°55-1557 du 28 novembre 1955 instituant le référé administratif*, JORF du 1 décembre 1955, page 11646

administratif dans la défense des libertés fondamentales. Cette loi introduit notamment trois procédures dites de « référé d'urgence » qu'elle inscrit à l'article L.521 du Code de Justice Administrative (CJA). La portée de cette loi, effective au premier janvier 2001, a ensuite été précisée notamment par le décret du 22 novembre 2000 qui vient modifier la partie réglementaire du CJA.

La première avancée notable qu'il convient de distinguer est la création du référé-suspension (L.521-1 CJA) qui se substitue au sursis à exécuter, procédure datant de 1806 qui avait montré ses limites du fait de ses conditions d'attribution très restrictives. Le référé-suspension permet au juge des référés, lorsqu'une décision administrative fait l'objet d'un recours en annulation ou en réformation, d'« *ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* »¹⁸. Cette procédure est donc soumise à une double condition d'urgence et de doute sérieux sur la légalité de l'acte attaqué. Le changement majeur ici est le choix du critère d'urgence plutôt que les « *conséquences difficilement réparables* » qui prévalaient sous le régime du sursis à exécuter qui rendaient l'octroi de cette procédure très rare. Cette évolution a donc permis l'ouverture des procédures de suspension des actes administratifs illégaux dans l'urgence, témoignant d'une volonté de défense des intérêts des administrés. Toutefois, les mesures ordonnées par le juge des référés sont temporaires et restent subordonnées à la solution qui sera trouvée lorsque le juge de l'annulation ou de la réformation réglera le litige au fond.

Mais l'innovation majeure de cette loi du 30 juin 2000, qui va devenir l'élément central du rôle renouvelé du juge administratif dans la défense des libertés fondamentales est l'introduction de la procédure du référé-liberté (L.521-2 CJA). Ainsi, « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée 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.* »¹⁹. Cette procédure nouvelle témoigne d'une volonté forte du législateur de doter le juge administratif d'une compétence accrue en matière de défense des libertés fondamentales, notion qui va au-delà de la mission de défense des libertés publiques qui lui incombe traditionnellement. Le juge administratif se réapproprie ainsi un contentieux qui lui

¹⁸ L.521-1 CJA

¹⁹ L.521-2 CJA

échappait par l'utilisation massive de la voie de fait par les requérants qui se tournaient vers les juridictions judiciaires qui leur étaient plus favorables et proposaient des délais plus courts. Le juge administratif devient donc un garant des libertés à travers la notion (entendue assez largement) de « libertés fondamentales », ce qui vient nuancer la logique de l'article 66 de la Constitution.

2) Quel bilan 20 ans après ?

Cette évolution va subir les critiques par la CEDH qui considère que le référé-liberté ne serait pas un réel recours effectif au sens de l'article 13 CEDH dans l'optique où cette procédure ne comporterait pas de mesures suspensives de plein droit. Toutefois le succès et l'efficacité du référé-liberté sont manifestes lorsqu'on observe la pratique qui en est faite. Pour le Conseil d'État *« Quinze ans après, le succès de cette voie de recours est manifeste. Elle représente une part désormais significative de l'activité des tribunaux administratifs, du Conseil d'État et, dans une moindre mesure, des cours administratives d'appel. En 2014, le juge des référés du Conseil d'État a ainsi été saisi de 166 requêtes en premier et dernier ressort, de 146 requêtes en appel, ainsi que de 645 pourvois en cassation dirigés contre les ordonnances rendues par les juges des référés des tribunaux administratifs. Près de 10 % de l'activité du Conseil d'État statuant au contentieux est désormais consacrée aux procédures de référé »*²⁰.

En effet, la recevabilité des référés-liberté est assez largement admise, le juge des référés jouant sur les frontières des compétences qui lui sont imparties au nom de l'objectif de défense des libertés fondamentales. La notion même de liberté fondamentale est par ailleurs entendue de manière assez large par le juge administratif afin de garantir une protection effective aux libertés des administrés dans l'urgence. Elle concerne par exemple la liberté d'expression²¹, la liberté d'aller et venir²², le droit de propriété²³ ou encore la libre administration des collectivités territoriales²⁴.

3) Le juge du référé-conservatoire : un juge administrateur ?

Enfin, la dernière procédure d'urgence codifiée au sein du CJA par la loi du 30 juin 2000 est celle du référé-conservatoire (L.521-3 CJA) aussi appelé référé mesures utiles, qui préexistait à la loi : *« En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire*

20 <https://www.conseil-etat.fr>, dossier thématique du 7 janvier 2016 « *Le juge des référés* »

21 CE 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les production de la plume et M. M.*, 374508

22 CE 9 janvier 2001, *M. D.*, 228928

23 CE 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, 365262

24 CE 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et M. M.*, 229247

*obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative*²⁵. ». La seule condition ici est l'urgence. Cette procédure permet notamment la défense des libertés fondamentales par le juge administratif dans les cas où le risque d'atteinte à ces mêmes libertés ne découle pas d'une décision administrative mais plutôt de l'absence de décision administrative. Le référé mesures utiles permet donc d'élargir la protection des administrés garantie par l'article L.521-2 du CJA. Toutefois, dans une logique de séparation des pouvoirs, le juge des référés ne peut pas prendre des mesures de nature réglementaire²⁶ ni faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative²⁷, ce qui vient limiter la portée de cette procédure de référé d'urgence contrairement au référé-liberté où le juge des référés peut « *ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* ».

Dans l'ensemble, ces procédures d'urgence sont venues bouleverser le cadre traditionnel du contentieux administratif et ont accordé au juge des référés des pouvoirs importants, toujours dans un objectif de protection des libertés.

B- Des procédures nouvelles modifiant en profondeur la portée de l'office du juge des référés

Le contentieux administratif est en effet modifié dans ses fondements : le juge des référés prend des mesures temporaires, les ordonnances n'ont donc pas le caractère d'autorité de la chose jugée, et la théorie du privilège du préalable se voit remise en cause, ainsi que le principe du caractère non suspensif du recours.

1) Une remise en cause du cadre traditionnel du contentieux administratif

Les procédures contentieuses d'urgence résultant de la loi du 30 juin 2000 viennent remettre en cause le principe du privilège du préalable tel qu'énoncé par Maurice Hauriou, c'est à dire le fait que les actes administratifs sont exécutoires et produisent des effets de droit sans avoir recours à l'autorisation préalable du juge. Cela se manifeste traditionnellement au sein du contentieux administratif à travers l'impossibilité pour le juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration, et par le caractère non suspensif du recours en annulation ou en réformation. En introduisant un référé-suspension ouvert et efficace, l'article L.521-1 du code de justice administrative vient donc remettre en question ces principes de base du contentieux administratif. La volonté du législateur était de trouver « *un équilibre entre le besoin d'effectivité de l'action*

²⁵ L.521-3 CJA

²⁶ CE 27 mars 2015, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, 385332

²⁷ CE 26 octobre 2005, *Société des crématoriums de France*, 279441

*administrative et la nécessaire sauvegarde de la situation du justiciable jusqu'à son jugement »*²⁸. Ainsi, le pouvoir du juge administratif n'est pas non plus sans limites : en effet le référé-suspension n'est recevable que si la requête au fond est recevable, et si l'acte attaqué n'a pas déjà été pleinement exécuté.

Cependant, l'octroi du référé-suspension est manifestement plus large que celui de l'ancien sursis à exécuter. Il est notamment possible d'ouvrir une procédure en référé-suspension face à une décision négative de l'administration. La recevabilité est manifestement élargie par le critère de l'urgence qui remplace les « conséquences difficilement réparables » qui prévalaient sous le régime du sursis à exécuter. Le juge des référés peut aussi soulever d'office comme moyen d'ordre public toute élément « *de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêt attaché* »²⁹. Le juge conserve toutefois le pouvoir de ne pas accorder l'octroi d'un référé-suspension s'il estime « *qu'une condition d'intérêt général est de nature à justifier [qu'il] s'abstienne de prononcer la suspension demandée* »³⁰.

2) Les exigences de célérité imposées par l'urgence : quelles conséquences sur les conditions du procès ?

La défense des libertés fondamentales par le juge administratif est aussi accrue car les procédures contentieuses d'urgence permettent de pallier la critique traditionnelle du manque de célérité de la justice administrative. Ici, notamment dans le cas du référé-liberté, les délais de jugement sont particulièrement courts (moins de 48h) pour faire face à l'urgence et à la menace qu'elle représente pour les libertés. Un tel délai n'est pas précisé pour le référé-suspension, mais dans tous les cas l'ordonnance du juge des référés reste temporaire en attendant la décision au fond. Mais s'il prononce la suspension, « *il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais* »³¹. On observe donc une dissociation du juge des référés et du juge du fond, mais tous deux sont réunis par l'objectif de célérité du jugement imposé par l'urgence afin d'éviter qu'un acte administratif porte atteinte de manière durable aux droits et libertés des administrés. Cette volonté de célérité est complétée par le fait que, en cas de réponse défavorable ou de non-recevabilité, la plupart des référés d'urgence ne sont pas susceptibles d'appel, les litiges étant directement réglés en cassation par le juge des référés du Conseil d'État dans des délais similaires au recours en première instance pour faire face à l'urgence qui les caractérise.

²⁸ Pascal Caille, *Contentieux administratif*, 3ème édition, 2018

²⁹ CE 16 mai 2001, *Duffaut*, 230631

³⁰ CE 12 février 2001, *Association France Nature Environnement*, 229797

³¹ L.521-1 CJA

Par ailleurs, le juge des référés pré-cité, compétent dans ces procédures d'urgence, est en théorie le président de la juridiction saisie, mais dans la pratique celui-ci délègue souvent sa compétence à un magistrat qui répond à des critères spécifiques d'ancienneté et de grade. La qualité des magistrats en charge de la défense des libertés fondamentales dans l'urgence est donc supérieure au contentieux classique. Ce juge statue généralement seul afin de tenir les délais très courts qui souffriraient d'une instruction par plusieurs magistrats, mais il peut choisir dans certains cas un jugement collégial afin d'éviter la subjectivité. Les procédures de référé remettent donc en cause le principe classique de la collégialité des jugements.

En effet, l'avantage de la célérité des procédures d'urgence implique des modifications importantes dans la procédure contentieuse, notamment dans la mesure où « *le temps laissé aux parties pour préparer leur défense et organiser leur présence à l'audience doit être adapté aux nécessités de l'urgence* »³². Ainsi, la procédure contentieuse de l'urgence accorde une place bien plus importante à l'oralité³³, la réalisation d'observations écrites des parties dans un délai de moins de 48h semblant complexe. L'oralité de l'audition et des débats va donc impacter de manière significative le principe du contradictoire. De plus, si de nouveaux éléments sont apportés, l'article L.521-4 CJA permet au juge de modifier son ordonnance de référé après audition des parties : il n'est donc pas totalement lié par ce qu'il a ordonné en premier lieu, ce qui permet d'agir rapidement en cas d'apport d'éléments nouveaux. Les procédures de référé d'urgence cherchent donc à s'inscrire dans une logique de procès équitable, mais qui doit s'adapter aux impératifs matériels caractérisés par l'urgence.

3) Des pouvoirs largement accrus pour le juge des référés

Les procédures de référé d'urgence signifient aussi des pouvoirs accrus pour le juge administratif, notamment celui de formuler des injonctions envers l'administration. Cela contrevient au principe historique de l'impossibilité théorique pour le juge administratif d'adresser des injonctions. Ce pouvoir a en effet été longtemps cloisonné dans un objectif de respect de la séparation des pouvoirs et du principe du préalable, ce qui expliquait aussi notamment le peu de sursis à exécution accordés par le juge administratif. Justification peu convaincante pour Pascal Caille : « *Il était bien temps de faire évoluer l'état du droit, et la loi du 8 février 1995*³⁴ *l'a permis,*

³² CE 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, 365262

³³ CE 26 février 2003, *Société Les belles demeures du Cap Ferrat*, 249264

³⁴ *Loi n°95-125 du 8/02/1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, JORF n°0034 du 9 février 1995, p.2175

en reconnaissant au juge administratif un pouvoir d'injonction »³⁵. En effet, cette loi vient consacrer le pouvoir d'injonction du juge administratif lors des recours afin de garantir l'exécution de la chose jugée, pouvoir que l'on retrouve aujourd'hui aux articles L.911-1 et suivants du CJA : « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution. »³⁶.

Ce pouvoir d'injonction a été très largement renforcé dans le cadre de l'urgence par la loi du 30 juin 2000 et les textes précisant son application, et a ainsi garanti au juge des référés les moyens de faire exécuter ses décisions rapidement et de manière efficace pour préserver les libertés des administrés. Ce domaine de l'injonction, globalement limité en 1995, concerne désormais, dans le cadre du référé-liberté notamment, *« toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale »*, et prend donc une dimension très large qui a suscité le débat au sein de la doctrine, au point que certains auteurs évoquent les *« injonctions jurisprudentielles »³⁷* qui dépassent le cadre des *« injonctions légales »* sous couvert de protection des libertés fondamentales. Concrètement, ces injonctions peuvent se traduire par la suspension de l'exécution d'un acte administratif³⁸, mais aussi par des expertises, par la communication d'un document, par l'obligation de prendre un acte administratif, ou encore par *« l'injonction faite à l'autorité administrative de réexaminer la situation du requérant ou de délivrer une autorisation provisoire, jusqu'à ce qu'il soit statué au principal »³⁹*. En matière de référé-suspension, le juge des référés peut également enjoindre à l'administration de tirer les conséquences résultant de la suspension qu'il prononce. Le Conseil d'État rappelle que *« si le pouvoir d'injonction dont il dispose n'est pas aussi étendu que celui dont dispose le juge du référé-liberté, il peut conduire le juge à ordonner des mesures allant au-delà d'un simple réexamen de la demande dont l'administration était saisie »⁴⁰*.

Pour assurer l'exécution des mesures prises lors des ordonnances de référé, le juge des référés peut prononcer une astreinte^{41 42}. Il peut désormais à ce titre utiliser la voie de l'article L.

35 Pascal Caille, *Contentieux administratif*, 3ème édition, 2018

36 L.911-1 CJA

37 C. Broyelle, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur*, dr. adm. 2004, chron. n° 6.

38 CE 6 juin 2013, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, 368816

39 CE 28 févr. 2001, *Philippart et Lesage*, 230112

40 <https://www.conseil-etat.fr>, dossier thématique du 7 janvier 2016 « Le juge des référés »

41 CE 19 février 2009, *Syndicat autonome de la fonction publique territoriale de la Réunion*, 324864

42 L.911-3 CJA

521-4 CJA, qui lui permet de modifier ou de compléter les mesures ordonnées, à travers le prononcé d'une injonction ou d'une astreinte pour assurer l'exécution par l'administration des mesures qu'il avait ordonnées⁴³, ce que la loi de 1995 ne permettait pas explicitement.

Cependant, ces pouvoirs accrus font l'objet de limites afin de garantir la séparation des pouvoirs et d'éviter le « *gouvernement des juges* ». Les injonctions du référé-suspension notamment doivent toujours demeurer provisoires dans l'attente d'un jugement au fond. Enjoindre de titulariser un agent public de manière définitive est donc par exemple impossible⁴⁴. La distinction entre juge des référés et juge du fond empêche le juge du référé-suspension, même dans l'urgence, de prononcer l'annulation ou le retrait d'une décision administrative⁴⁵. Le juge du référé liberté ne peut pas non plus, en théorie, ordonner des mesures qui auraient des effets identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution d'une décision juridictionnelle d'annulation⁴⁶. De la même manière, les injonctions du référé mesures utiles ne sauraient servir de base juridique à long terme et doivent être traduites par des actes législatifs ou réglementaires. Ces mesures temporaires ne revêtent donc pas l'autorité de la chose jugée et peuvent être remises en cause lors du règlement du litige au fond. Cependant, les pouvoirs du juge du référé-liberté peuvent « *s'affranchir du caractère provisoire quand aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause* »⁴⁷.

L'impératif de défense des libertés fondamentales dans l'urgence, dont le contentieux a été en majeure partie réattribué aux juridictions administratives par la loi du 30 juin 2000, accorde donc des pouvoirs très importants au juge des référés en la matière. Ce rééquilibrage du contentieux et les évolutions qui l'ont suivi ont eu pour conséquence une modification des rapports entre le juge administratif et ses pairs de l'ordre judiciaire, mais aussi avec le juge constitutionnel ou européen.

II- Une nouvelle répartition du contentieux de l'urgence plus propice à la défense des libertés fondamentales ?

Deux points sont ici largement influencés par les réformes des années 1990/2000 : le recul progressif de la voie de fait (A) et les transformations du « dialogue des juges » (B) visant à garantir

43 CE 27 juillet 2015, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, 389007

44 CE 13 févr. 2006, *Commune de Fontenay-le-Comte c. Delage*, 285184

45 CE 3 juill. 2003, *Commune de Colioure*, 257971

46 CE 15 déc. 2005, *Marcon*, 288024

47 CE 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, 298293

une sécurité juridique accrue aux citoyens même dans l'urgence, mais qui peuvent se révéler dangereux pour les libertés fondamentales.

A) L'extinction progressive de la voie de fait : un rééquilibrage du contentieux de l'urgence au profit du juge administratif

L'évolution majeure marquée par le renforcement du juge administratif dans le contentieux de l'urgence est le net recul de la voie de fait qui accentue encore les pouvoirs du juge administratif en lui attribuant une partie du contentieux des libertés qui lui avait pendant longtemps échappé.

1) Un avantage historique du juge judiciaire face aux lacunes de la juridiction administrative

La notion de voie de fait est ancienne, et son application en droit administratif français est dégagée notamment par l'arrêt du Tribunal des Conflits *Action Française* de 1935⁴⁸. Cette théorie permet d'attribuer une part du contentieux relatif aux libertés au juge judiciaire dans deux cas : soit l'administration a procédé à l'exécution d'un acte qui ne relève pas de sa compétence et est donc illégal, soit la procédure d'exécution et en elle-même manifestement illégale. Dans les deux cas, l'administration doit, pour pouvoir utiliser la voie de fait, avoir porté une atteinte grave à une liberté individuelle ou au droit de propriété : ces actes sont alors d'une telle gravité, qu'elle va perdre le privilège de son juge spécifique. Sous la Vème République, elle trouve un fondement constitutionnel dans l'article 66 de la Constitution qui attribue explicitement la compétence du contentieux des libertés individuelles et de la propriété privée au juge judiciaire.

Mais cette théorie est probablement une des plus controversées au sein de la doctrine dans la mesure où le juge judiciaire s'attribue une grande partie du contentieux, même administratif, au nom de la protection des libertés. On notera ici la critique du célèbre professeur René Chapus qui décrit la voie de fait comme « *La Folle du Logis, présente là où on l'attend le moins, perturbatrice au-delà de l'acceptable* »⁴⁹. En effet, cette théorie vient remettre en cause le sacro-saint dualisme juridictionnel français qui résulte des lois du 16 et 24 août 1790. Cela impliquait donc logiquement des contreparties : le Conseil d'État devait être seul compétent pour constater et qualifier l'existence d'une voie de fait avant de renvoyer le litige devant le juge judiciaire.

48 TC 8 avril 1935, *Action Française*, 00822

49 R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15ème éd., 2001, p. 533

2) L'offensive du juge judiciaire : un élargissement déraisonnable du domaine d'application de la voie de fait

Mais en pratique, le juge judiciaire s'est approprié le pouvoir de constat de façon quasi-exclusive. Ce n'est qu'en 1966⁵⁰ que le Tribunal des conflits intervient pour établir une compétence partagée en la matière. Mais, et ce notamment à partir de 1984⁵¹, le juge judiciaire a continué l'utilisation extensive de la voie de fait en privilégiant abondamment l'illégalité et non le critère du non rattachement aux pouvoirs de l'administration qui constituait le fondement de cette théorie. Le juge judiciaire étant largement sorti de son champ de compétences traditionnel tenant aux libertés individuelles et au droit de propriété, le Tribunal des Conflits a dû rappeler à l'ordre les magistrats judiciaires⁵² en considérant qu'une voie de fait ne pouvait concerner que des actes administratifs qui n'étaient pas rattachables aux compétences de l'administration. La pratique de la voie de fait avait en effet dépouillé le juge administratif d'une part très importante du contentieux des libertés, même lorsque les libertés en cause étaient des libertés publiques et relevaient manifestement de la compétence du juge administratif lorsque l'administration y portait atteinte.

3) La contre-attaque de la jurisprudence du Conseil d'État

La réforme issue de la loi du 30 juin 2000 a ainsi permis au juge administratif de se réapproprier un contentieux qui lui avait échappé pendant presque soixante-dix ans. Notamment à travers le référé-liberté, il a pu connaître de situations « *à fort parfum de voie de fait* »⁵³. En effet, le choix de l'utilisation du terme « *libertés fondamentales* » dans l'article L.521-2 du CJA a donné une très large assise à cette procédure en englobant ainsi certaines libertés individuelles, permettant au juge des référés d'empiéter sur l'ensemble des libertés tant que « *la compétence n'échappe pas manifestement à la juridiction saisie* »⁵⁴. Il convient ici de citer deux jurisprudences majeures qui ont confirmé la réappropriation du contentieux de l'urgence et de la protection des libertés fondamentales.

L'ordonnance du Conseil d'État *Commune de Chirongui* de 2013⁵⁵ est venue confirmer l'extension des prérogatives du juge des référés en consacrant le droit de propriété comme une liberté fondamentale et donc en déclarant recevable un référé-liberté fondé sur une atteinte à la

50 TC 27 juin 1966, *Guignon c/ Armées*, 01889

51 Cass. civ. 1Re, 28 novembre 1984, *Bonnet, Buisson et Lisztman*, 83-14.046

52 TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris*, 03056

53 O. Le Bot, « *Maintenir la voie de fait ou la supprimer ? Considérations juridiques et d'opportunité* », RDLE, 2012, chron. n°2, p. 8.

54 CE 29 oct. 2001, *Raust*, 237132

55 CE 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, 365262

propriété par l'administration : « *Considérant que, sous réserve que la condition d'urgence soit remplie, il appartient au juge administratif des référés, saisi sur le fondement de l'article L.521-2 du code de justice administrative, d'enjoindre à l'administration de faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété, lequel a le caractère d'une liberté fondamentale, quand bien même cette atteinte aurait le caractère d'une voie de fait* ». Le juge des référés et donc de l'urgence marque ici une rupture nette avec le régime strict de la voie de fait qui prévalait au XXème siècle, utilisant pleinement les pouvoirs étendus qui lui ont été accordés par la loi du 30 juin 2000. Le Conseil d'État s'autorise ainsi à ne plus être obligé de renvoyer l'affaire devant le juge judiciaire en cas de voie de fait. C'est d'ailleurs l'intérêt majeur de cet arrêt, « *qu'en matière de référés, le critère du « non rattachement aux pouvoirs de l'administration » qui fondait la dérogation au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, n'existe plus.* »⁵⁶.

Ce nouvel équilibre au profit du juge administratif a ensuite été confirmé par le Tribunal des Conflits avec l'arrêt *Bergoend* ⁵⁷ en 2014 qui redéfinit la voie de fait dans un sens beaucoup plus restrictif que ce qui prévalait alors, afin de reconnaître le rôle du juge administratif dans ce type de contentieux. La voie de fait concernera désormais, selon la lettre de cet arrêt, « *les décisions, même régulières, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété qui sont manifestement insusceptibles d'être rattachées à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative* ». Le Tribunal des conflits poursuit ainsi sa jurisprudence de 1997 en adoptant une vision très restrictive de la voie de fait qui recentre la compétence du juge judiciaire sur son champ d'application traditionnel issu de l'article 66 de la Constitution. Il confirme ainsi les prérogatives accrues du juge administratif en matière de protection des libertés fondamentales en lui octroyant de droit une compétence sur l'ensemble du contentieux lié à l'action de l'administration.

La justification de ce revirement se trouve dans les origines de la voie de fait, qui avait été créée pour pallier les lacunes des juridictions administratives en matière d'urgence. Les pouvoirs du juge des référés ayant été largement accrus dans l'urgence par la loi du 30 juin 2000, la persistance de cette théorie et son exclusivité dans notre système juridictionnel actuel ne semblaient ainsi plus trouver de fondement. Le réel vainqueur de ce conflit entre juridictions est ici le citoyen, qui désormais bénéficie d'une répartition plus claire des compétences, ce qui permet d'éviter les pertes de temps liés à des requêtes non-recevables ou des renvois vers d'autres juridictions qui pouvaient avoir des conséquences importantes dans des procédures urgentes caractérisées par l'atteinte grave à

⁵⁶ « *La victoire du juge administratif: le nouvel équilibre de l'emprise et de la voie de fait* » in Colloque « *La guerre des juges aura-t-elle lieu?* », RGD 2016, 23362

⁵⁷ TC 17 juin 2013, *M. Bergoend c/ société ERDF Annecy Léman*, C3911

une liberté fondamentale. Ces deux jurisprudences ouvrent en effet les deux possibilités aux administrés, garantissant ainsi une sécurité juridique accrue dans l'urgence pour défendre leurs libertés. On peut donc penser, qu'à long terme, la voie de fait devrait finir par disparaître, dans la mesure où elle n'a aujourd'hui plus vraiment d'utilité pour les justiciables, hormis la dimension symbolique de voir l'administration déchu de son privilège de juridiction.

4) L'état d'urgence : un dangereux privilège de juridiction pour l'administration ?

Mais l'utilisation à long terme de l'état d'urgence, institué en 1955 pour faire face aux événements d'Algérie⁵⁸ de manière ponctuelle, entre 2015 et 2017 suites aux diverses attaques terroristes qui ont suivi les attentats de Charlie Hebdo de janvier 2015, vient remettre en question l'utilisation de la voie de fait dans le but de voir l'administration déchu de son privilège de juridiction. Dans cet état d'exception qui rentre, comme son nom l'indique, dans le cadre du contentieux de l'urgence, le juge des référés du Conseil d'État se voit en effet confier la quasi-totalité du contentieux issu des pratiques extraordinaires de l'administration⁵⁹ (perquisitions, assignations à résidence, fouilles, contrôles d'identité, couvre-feux...) au détriment du juge judiciaire, normalement compétent en matière de perquisitions et d'assignation à résidence, ces deux procédures ayant un impact direct sur le droit de propriété et les libertés individuelles.

Dans la mesure où les ordres de perquisition émanent du gouvernement et non pas du procureur de la République, le Conseil d'État est compétent en premier et dernier ressort pour les contentieux ayant trait à l'action administrative liée à l'état d'urgence. Des dizaines de référés d'urgence sont ainsi introduits devant le Conseil d'État, qui a pu donner satisfaction à certains requérants, mais reste lié par l'objectif d'efficacité de l'action administrative imposé par l'état d'urgence qui relève ici du domaine du politique⁶⁰, et a donc rejeté la plupart des requêtes, notamment celle de la Ligue des droits de l'Homme en janvier 2016 qui demandait la fin de l'État d'urgence⁶¹. Ainsi, le contentieux de l'urgence semble dans ce cas, après deux siècles de quasi-monopole du juge judiciaire, relever aujourd'hui en majeure partie du juge administratif. La question se pose alors d'une « contre-attaque » du juge administratif qui soit allée trop loin, créant un nouveau déséquilibre dans le contentieux des libertés fondamentales dans le cadre de l'urgence.

58 *Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie*, JORF n° 0085 du 7 avril 1955, page 3479

59 Article 14-1 Loi *supra*.

60 Dominique Raimbourg et Jean-François Poisson, *Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, 6 décembre 2016

61 CE 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'Homme et autres*, 396220

Ce nouvel « équilibre » fait l'objet d'un renouvellement du dialogue entre les juges qui, face aux impératifs de l'urgence, peut conduire à une meilleure administration de la justice, mais peut se révéler potentiellement source d'une compétition entre les ordres juridictionnels liés à des divergences jurisprudentielles.

B) Un dialogue des juges renouvelé : la recherche d'un nouvel équilibre entre célérité et protection du justiciable

L'amélioration des rapports entre les juges dans l'urgence et pour la protection des libertés fondamentales est marquée par une simplification procédurale visant à éviter les questions préjudicielles sous certaines conditions, une procédure réactualisée pour le dialogue entre les différents ordres juridiques, et enfin une amélioration notable de la portée de la collaboration des ordres juridictionnels avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

1) Un recul quantitatif des questions préjudicielles posées au juge européen

Les procédures d'urgence sont en effet marquées par une absence de questions préjudicielles « inutiles », afin d'éviter que le juge soit obligé de surseoir à statuer face à des questions relevant de la juridiction d'un autre ordre. Ce procédé, qui fonctionne aussi avec le juge européen sur la base de l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), occupe en effet une place importante dans le dialogue entre le juge administratif et le juge judiciaire au sein de l'ordre juridique interne. Ce mécanisme a été assoupli afin d'éviter les renvois systématiques des litiges, mais il persiste en cas de conflit de compétence ou d'incertitude importante. Face à un délai moyen de 19,3 mois pour obtenir à une réponse à un renvoie préjudiciel en 2007⁶², une procédure de question préjudicielle d'urgence devant la CJUE a été mise en place à partir de 2008⁶³. Une demande motivée du juge national qui doit agir dans l'urgence (comme par exemple le juge des référés) peut enclencher cette procédure accélérée qui se traduit par une réponse dans un délai bien inférieur aux deux mois théoriques, avec une audience rapide qui limite elle aussi la place des observations écrites pour gagner du temps en renforçant l'oralité. La refonte de ce mécanisme s'inscrit donc dans une recherche d'équilibre entre l'exigence d'une bonne administration de la justice et celle de la célérité des procédures. Le juge européen a ainsi dès son arrêt *ACNA c/ Commission* de 1972⁶⁴ puis avec le célèbre arrêt *CILFIT*⁶⁵ en 1982 montré une volonté de limiter le

62 Rapport annuel CJCE 2007, p.96

63 Rgt. proc. 3 déc. 2007, n°1558/07

64 CJCE 14 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali Acna c/ Commission*, Aff. 57-69

65 CJCE 6 octobre 1982, *SARL CILFIT*, Aff. 283/81

nombre de questions préjudicielles lorsque la jurisprudence est déjà bien établie et que le litige ne présente aucune difficulté sérieuse d'interprétation, logique reprise par le Conseil d'État dans son arrêt *KPMG* de 2006⁶⁶.

2) Un nouvel équilibre des questions préjudicielles entre juge administratif et juge judiciaire au service de l'impératif de célérité

Dans l'ordre juridique interne, on retrouve cette même logique dans la jurisprudence du Tribunal des Conflits qui, dans la décision de 2001 *SCEA du Chéneau*⁶⁷, revient sur sa célèbre jurisprudence *Septfonds*⁶⁸ de 1923 en reprenant la logique dégagée par le juge constitutionnel dès 1987⁶⁹. Il considère ainsi que le juge administratif ne dispose plus d'une compétence exclusive pour examiner la légalité des actes réglementaires au sein d'un litige relevant à titre principal de l'autorité judiciaire. Le juge judiciaire peut désormais apprécier seul le sens ou la légalité d'un acte administratif, mais uniquement dans le cas où le litige témoigne de l'existence d'une illégalité manifeste et fait l'objet d'une jurisprudence constante et claire de la part du juge administratif⁷⁰. La décision *SCEA du Chéneau* vient donc appliquer en quelque sorte la théorie de l'acte clair dégagée par le Conseil d'État en matière de conformité au droit européen à l'ordre juridique interne et aux éventuels conflits entre les deux ordres juridictionnels. Bien que critiquée par une partie de la doctrine, cette décision répond à des objectifs de célérité et de bonne administration de la justice qui, en étendant la solution dégagée par le tribunal des conflits, permet une sécurité juridique accrue pour les citoyens notamment lorsque la décision juridictionnelle est prise dans des conditions d'urgence. C'est l'interprétation que fait le Conseil d'État de la jurisprudence du Tribunal des Conflits dans son arrêt de 2012 *Fédération SUD Santé Sociaux*⁷¹ lorsqu'il interprète librement une convention collective (acte de droit privé) par voie d'exception lors d'un recours dirigé contre un arrêté du ministre du travail, dans la mesure où ici aucune difficulté sérieuse ne se présentait du fait d'une illégalité manifeste et d'une jurisprudence constante du juge judiciaire, ce qui autorise alors le juge de l'exception à interpréter l'acte.

66 CE 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, 288460

67 TC 17 octobre 2011, *Préfet de la Région Bretagne, Préfet d'Ille-et-Vilaine, SCEA du Chéneau c/Inaporc*, C3828

68 TC 16 juin 1923, *Septfonds*, 00732

69 DC n°86-224 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*

70 TC 12 décembre 2011, *Société Green Yellow et autres c/EDF*, C3841

71 CE 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, 331805

La loi du 16 février 2015⁷² est donc, dans cette logique, venue modifier la procédure de la question préjudicielle en autorisant le juge, et non pas les parties, à saisir les magistrats de l'autre ordre d'une question préjudicielle si la réponse à la question posée au juge de l'affaire ne dépend que du juge de l'autre ordre de juridiction et surtout, et on retrouve là une application directe de la jurisprudence *SCEA du Chêneau*, si la question soulève une difficulté sérieuse et est déterminante pour la solution du litige⁷³. On observe donc désormais une logique de réel dialogue des juges plutôt que de simple coexistence, et ce au bénéfice de la célérité des procédures et donc de la protection des libertés des citoyens dans le cadre des procès.

3) Une défense des libertés fondamentales constitutionnellement garanties : une limite au rôle de gardien des libertés du juge administratif ?

Ce souci de bonne administration de la justice est aussi renforcé par un dialogue accru entre le Conseil Constitutionnel et les juridictions administratives et judiciaires à travers l'évolution majeure qu'a représenté l'introduction de la QPC. Celle-ci rend possible un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et peut être soulevée lors de n'importe quelle procédure contentieuse. Elle permet au juge constitutionnel de décider de l'abrogation d'une loi qui serait contraire à la Constitution. L'intérêt ici est l'impact évident que cette procédure représente dans la protection des libertés fondamentales, dont beaucoup trouvent un fondement dans le Préambule de la Constitution de 1958. Le juge constitutionnel est donc consacré comme un gardien des libertés fondamentales constitutionnellement reconnues, complétant ainsi l'office des juges judiciaires et administratifs et leur jurisprudence relative à la protection des libertés dans l'urgence. En filtrant les QPC, les magistrats du Conseil d'État et de la Cour de Cassation participent à cette défense des libertés fondamentales.

Mais cette efficacité reste à nuancer : seules les parties au procès peuvent soulever une QPC, le juge des deux cours suprêmes ne peut donc pas poser directement de question préjudicielle au juge constitutionnel, ce qui limite la portée de sa protection. De plus, bien que la question soit « prioritaire » et gèle la procédure en cours, le délai de jugement théorique d'une QPC est de 3 mois, ce qui semble difficilement compatible avec les exigences des procédures d'urgence. Toutefois, à relativement court terme, la QPC permet une défense efficace des libertés fondamentales, la norme constitutionnelle étant, dans notre ordre juridique français, la norme

⁷² Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, JORF n°0040 du 17 février 2015 page 2961

⁷³ R.771-2 CJA

suprême même face aux engagements internationaux de la France^{74 75}. Cette limite s'applique aussi à la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, bien que compétente dans la défense des libertés fondamentales après épuisement des voies de recours internes, reconnaît les spécificités nationales inscrites dans les textes constitutionnels en matière de droits fondamentaux. Le juge de Luxembourg, historiquement hostile à la primauté des normes constitutionnelles sur le droit communautaire^{76 77}, a adopté une position « diplomatique » vis à vis de l'introduction de la QPC, reconnaissant partiellement la souveraineté constitutionnelle française⁷⁸ du fait des garanties apportées par l'article 54 de la Constitution de 1958.

La simplification des questions préjudicielles et le dialogue facilité entre les juges nationaux, qui entament une réelle ère de coopération à l'aune des réformes de la décennie précédente, au sein d'une hiérarchie des normes relativement claire (bien que critiquée par une partie de la doctrine) en matière de libertés fondamentales permet ainsi de garantir une protection en théorie efficace des libertés fondamentales des citoyens. La célérité des procédures, bien qu'imparfaite, semble aujourd'hui globalement correspondre aux exigences de l'urgence. L'apparition des procédures contentieuses d'urgence, et le rééquilibrage du contentieux entre le juge administratif et le juge judiciaire qui a suivi, ont consacré le juge administratif comme un gardien des libertés fondamentales doté de pouvoirs importants fondés sur une base législative et jurisprudentielle solide, dans une procédure contentieuse clarifiée.

Conclusion :

Les évolutions issues de la réforme du contentieux de l'urgence du 30 juin 2000 ont donc indéniablement modifié l'équilibre du contentieux des libertés fondamentales dans l'urgence au profit du juge administratif qui a su assumer pleinement son rôle nouveau de gardien des libertés fondamentales, retrouvant ainsi une partie du contentieux qui lui avait longtemps échappé au profit du juge judiciaire à travers une utilisation extensive de la théorie de la voie de fait. Dans la continuité de cette transformation s'est mis en place un dialogue des juges mieux adapté à l'urgence et propice à l'impératif de célérité qui s'impose dans les procédures contentieuses d'urgence.

Mais les pouvoirs importants accordés au juge des référés laissent planer un doute : n'est-on pas allés trop loin dans ce rééquilibrage, au point de donner un avantage important au juge

74 CE 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, 200286/200287

75 Cass. 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, RDP, 2000, p.1037

76 CJCE 17 décembre 1970, *Handelsgesellschaft*, Aff.11/70

77 CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff.106/77

78 CJCE 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, Aff. 188/10 et 189/10

administratif, rétablissant ainsi un déséquilibre dans la répartition du contentieux entre les ordres juridictionnels ? Sous couvert de protection des libertés fondamentales, le juge administratif a pu sortir de son champ traditionnel de compétence et user massivement de ses pouvoirs accrus pour garantir l'exécution de ses décisions, et ce sans être obligé de poser certaines questions préjudicielles qui pourraient limiter la portée de sa jurisprudence. Cette subjectivation du contentieux a ainsi mené le juge des référés à s'émanciper du simple contrôle de légalité qui lui incombe traditionnellement pour mener à bien sa mission de gardien des libertés fondamentales dans l'urgence face à l'action administrative, se rapprochant ainsi de l'office du juge judiciaire à l'égard des particuliers, ce qui conduit à s'interroger sur la pérennité du dualisme juridictionnel français. Il conserve de plus des prérogatives très importantes en matière d'état d'urgence qui laissent peser le risque d'un tandem gouvernement/Conseil d'État qui posséderait la quasi totalité du pouvoir dans l'urgence, ce qui pose de nombreux problèmes en terme d'indépendance et d'impartialité du juge administratif, expliquant ainsi sûrement l'échec de la constitutionnalisation de l'état d'urgence évoquée sous la présidence de François Hollande.

Le juge administratif est ainsi guidé par plusieurs objectifs, et doit concilier protection des libertés avec contrôle de légalité, garantie de l'ordre public et respect de la séparation des pouvoirs dans un État de droit, l'obligeant ainsi à des prises de position par essence subjectives en le forçant à hiérarchiser ses priorités au cas par cas, afin de déterminer la priorité des intérêts privés ou de l'intérêt public. Ainsi, certaines des ordonnances de référé rendues par le Conseil d'État ont pu être perçues comme liberticides au sein de l'opinion publique, ce qui prouve que le juge administratif ne peut agir de manière systématique comme un gardien des libertés fondamentales.

Il convient ainsi de s'interroger sur de potentielles évolutions du droit qui pourraient consacrer une défense des libertés fondamentales dans l'urgence tout en s'émancipant de tous les impératifs qui s'imposent au Conseil d'État. Sur ce point, il faudra très certainement se tourner vers la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dont le fonctionnement est aujourd'hui relativement peu adaptée à l'urgence, mais que la poursuite de l'intégration européenne pourrait mener à assumer pleinement ce rôle à l'échelle de l'UE.

Bibliographie :

1) Ouvrages généraux

René CHAPUS, « *Droit administratif général* », Montchrestien, 15ème édition, 2001

Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, « *Droit Administratif* », L.G.D.J, 11ème édition, 2017

Didier TRUCHET, « *Droit Administratif* », PUF, 8ème édition, 2019

2) Ouvrages spécialisés

Pascal CAILLE, « *Contentieux administratif* », 3ème édition, 2018

3) Articles

Thaïs AUGUSTIN, « *La victoire du juge administratif: le nouvel équilibre de l'emprise et de la voie de fait* » in. Colloque « *La guerre des juges aura-t-elle lieu ?* », RGD 2016

A. BOURREL, « *Le pouvoir d'injonction du juge des référés d'urgence* », RDP 2010, pp. 927 et s.

Camille BROUELLE, « *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur* », Dr. adm. 2004, étude 6, pp. 8-14

Camille BROUELLE, « *Les mesures ordonnées en référé* », RFDA 2007, pp. 73 et s.

Mélina ELSHOUD, « *État d'urgence et juge administratif* » in Journal du Droit Administratif (JDA), 2016, Art.48

G. GONDOUIN, « *L'oralité dans la procédure de référé* », RFDA 2007, pp. 68 et s.

Guillaume ODINET, « *Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'État d'urgence* », Les cahiers de la justice, 2017, n°2017-2, pp.275-280.

J. SCHMITZ, « *Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond* », RFDA 2014, pp. 502 et s.

4) Sites internet pertinents

Colloque « *La guerre des juges aura t-elle lieu ?* » organisé par l'université de Rennes 1 le vendredi 3 avril 2015 : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2016/02/02/>

Ressources du site du Conseil d'État sur les procédures d'urgence et l'office du juge des référés : <https://www.conseil-etat.fr/demarches-services/les-fiches-pratiques-de-la-justice-administrative/les-procedures-d-urgence> ; <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-des-referes> ; <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/colloque-universite-toulouse-1-capitole-institut-maurice-hauriou>