

## **Colloque Justice administrative et Constitution de 1958**

**Université Paris II Panthéon Assas**

**Jeudi 10 janvier 2019**

### **Le Conseil d'Etat, juge des référés administratifs et la Constitution**

**par Bernard Stirn, président de section au Conseil d'Etat**

Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2001, de la loi du 30 juin 2000, les référés occupent une place importante dans l'activité du Conseil d'Etat. Ils sont présents d'une triple manière. En premier lieu, les juges des référés du Conseil d'Etat traitent des référés suspension qui portent sur des actes dont le contentieux relève du Conseil d'Etat en premier ressort. Ils connaissent, en deuxième lieu, des référés libertés qui se rattachent à un des ces actes et ils statuent en appel des référés libertés pour lesquels le juge de première instance a tenu une audience. Le Conseil d'Etat est enfin juge de cassation des autres décisions de référé prises par les tribunaux administratifs. En 2017, les juges des référés du Conseil d'Etat ont ainsi rendu 419 ordonnances, dont 138 au titre du référé suspension, 44 en référé liberté de premier ressort, 213 en appel de référé liberté. S'y ajoutent 21 référés divers. En cassation, le Conseil d'Etat a été saisi de 662 pourvois dirigés contre des ordonnances de référé. Au total plus de 1 000 affaires sur les 9 800 enregistrées par le Conseil d'Etat étaient donc des référés.

Dans son activité de juge des référés, comme dans ses autres attributions, le Conseil d'Etat est appelé à faire application de la Constitution. En référé suspension, il suspend un acte réglementaire qui empiète sur le domaine de la loi ou méconnaît un droit protégé par la Constitution. En référé liberté, il intervient en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et contribue ainsi à définir et à protéger les droits et libertés garantis par la Constitution. Parce qu'elle intervient rapidement, souvent sur des sujets à forte intensité politique et médiatique, la décision qu'il prend en référé revêt une dimension constitutionnelle peut-être plus immédiatement perceptible que les arrêts qu'il rend au fond selon une procédure collégiale. Juge des référés, le Conseil d'Etat définit son office au regard de la Constitution et il se prononce sur des débats d'ordre constitutionnel.

#### **La Constitution et l'office du juge des référés**

Le référé contribue à satisfaire l'exigence constitutionnelle de recours effectif devant un juge. Dans la définition de son office, le juge des référés a été conduit à s'interroger au regard de la constitution particulièrement sur deux questions, la définition de la liberté fondamentale et l'articulation du référé avec la question prioritaire de constitutionnalité.

#### **Liberté fondamentale et Constitution**

En l'absence de précision législative, il est revenu à la jurisprudence de définir la liberté fondamentale que le référé liberté a vocation à garantir. Le Conseil d'Etat a retenu une approche large et autonome de la liberté fondamentale. La Constitution n'est pas sa seule source de référence. Les conventions internationales garanties des droits fondamentaux, et d'abord la Convention européenne des droits de l'homme, sont aussi des repères. Au-delà des textes, la jurisprudence a sa part d'autonomie, par exemple pour affirmer que le droit pour un patient en état d'exprimer sa volonté de consentir à un traitement médical a le caractère d'une liberté fondamentale (16 août 2002, Mme Feuillatey).

Pour définir la liberté fondamentale, la Constitution n'en occupe pas moins une place de premier plan, au point qu'une certaine analogie peut être faite entre la liberté fondamentale au sens du référé liberté et les droits et libertés garantis par la Constitution au sens de la question prioritaire de constitutionnalité.

Dès les premières décisions par lesquelles il trace les contours de la liberté fondamentale, le Conseil d'Etat est attentif au cadre constitutionnel et il s'y réfère expressément. Ainsi le juge des référés du Conseil d'Etat qualifie de liberté fondamentale « le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié » (12 janvier 2001, Mme Hyacinthe). Quelques jours plus tard, le Conseil d'Etat juge que « le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution est au nombre des libertés fondamentales » auxquelles le législateur a entendu accorder la protection juridictionnelle particulière que constitue le référé liberté (18 janvier 2001, commune de Venelles). L'influence constitutionnelle est ici immédiatement perceptible.

De manière générale, les grandes libertés protégées au niveau constitutionnel ont le caractère de liberté fondamentale pour la mise en œuvre du référé liberté. Il en va ainsi de la liberté d'aller et de venir (9 janvier 2001, Deperthes), des libertés de conscience et de culte, des libertés de réunion et d'association, de la liberté de manifestation, de la liberté d'entreprendre, de la libre expression du suffrage ou du respect du caractère pluraliste des courants de pensée et d'opinion (24 février 2001, Tibéri), de la liberté de se marier (9 juillet 2014, M. Mbaye). Plus significative encore de l'incidence constitutionnelle, des droits garantis par la Constitution, qui ne sont pas formellement des libertés, sont regardés comme des libertés fondamentales pour l'application du référé liberté. Il en va ainsi pour le droit de propriété (21 novembre 2002, GDF), le droit de grève (9 décembre 2003, Mme Aguillon), le droit syndical (31 mai 2007, syndicat CFDT Interco), le droit de mener une vie familiale normale (30 octobre 2001, ministre de l'intérieur c/ Mme Tliba). Des notions qui ont une source constitutionnelle sont aussi qualifiées de liberté fondamentale. Tel est le cas de la présomption d'innocence, affirmée par la Déclaration des droits de l'homme (14 mars 2005, Gollnisch).

Pour définir l'office du juge du référé liberté, la Constitution est ainsi une source sinon exclusive en tout cas de première importance et de grande portée.

### **Question prioritaire de constitutionnalité et juge des référés**

Après l'introduction, par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, de la question prioritaire de constitutionnalité, son articulation avec le référé a été précisée.

Le juge des référés est compétent pour traiter une question prioritaire de constitutionnalité. Le juge des référés du tribunal administratif peut saisir le Conseil d'Etat d'une telle question et le juge des référés du Conseil d'Etat peut la transmettre au Conseil constitutionnel.

En référé suspension, le juge des référés a la possibilité, y compris lorsqu'une QPC est posée devant lui, de rejeter la demande de suspension pour incompétence de la juridiction administrative, irrecevabilité de la demande d'annulation ou défaut d'urgence. Dans un tel cas, il n'y a pas lieu pour lui de statuer sur la QPC (21 octobre 2010, Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux ; 19 novembre 2010, Benzoni). Mais il peut aussi estimer que la QPC fait naître un doute sérieux sur la légalité de la décision contestée et suspendre alors l'exécution de cette décision. La suspension prend dans ce cas effet jusqu'à ce qu'il soit statué sur la QPC.

En référé liberté, une QPC peut également être formulée, y compris pour la première fois en appel. Comme le juge du référé suspension, le juge du référé liberté peut rejeter la requête qui lui est soumise pour incompétence de la juridiction administrative, irrecevabilité ou défaut d'urgence, sans se prononcer alors sur la QPC. S'il ne rejette pas la requête pour un de ces motifs, il lui appartient de se prononcer, en l'état de l'instruction, pour le juge des référés du tribunal administratif, sur la transmission de la question au Conseil d'Etat et, pour le juge des référés du Conseil d'Etat, sur son renvoi au Conseil constitutionnel. Le sort réservé à la QPC est alors indépendant de l'issue du référé liberté. Le juge des référés qui transmet la QPC peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires mais il peut aussi estimer que les conditions mises à l'intervention de telles mesures ne sont pas remplies (11 décembre 2015, Cédric Domenjoud).

Cette jurisprudence a, en particulier, trouvé à s'appliquer durant l'état d'urgence. Mis en vigueur au lendemain des attentats du 13 novembre 2015, l'état d'urgence, prorogé à six reprises par le Parlement, s'est appliqué durant près de deux ans, jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2017. Dès la première loi de prorogation comme à l'occasion des prorogations ultérieures, le législateur a modifié la loi du 3 avril 1955, dans le souci à la fois de la rendre conforme aux exigences constitutionnelles et conventionnelles d'aujourd'hui et de l'adapter aux techniques actuelles, en particulier informatiques. Aucune de ces lois de prorogation n'a été déférée au Conseil constitutionnel par une saisine directe. En revanche leur application a donné lieu à 7 questions prioritaires de constitutionnalité posées devant le juge des référés et qui ont toutes été transmises au Conseil constitutionnel. Pour l'essentiel, le dispositif législatif rénové a été validé, avec quelques réserves d'interprétation. Des censures ponctuelles ont également été prononcées, qui ont notamment conduit à subordonner au contrôle du juge administratif des référés l'exploitation des données informatiques saisies lors d'une perquisition administrative (décision QPC du 19 février 2016). Confirmant que les mesures de police administrative prises au titre de l'état d'urgence, qui sont restrictives mais non privatives de liberté, relèvent du contrôle du juge administratif, le Conseil constitutionnel a insisté sur l'exercice par celui-ci d'un entier contrôle de proportionnalité.

Les QPC posées en référé durant l'état d'urgence ont ainsi permis au Conseil constitutionnel de préciser le cadre constitutionnel de l'état d'urgence et de souligner l'importance, dans la conciliation des nécessités de la lutte contre le terrorisme avec les principes de l'état de droit, du contrôle du juge administratif, spécialement en référé. Durant cette période, les juges des référés des tribunaux administratifs et du Conseil d'Etat ont été saisis de nombreuses requêtes, relatives en particulier à des mesures d'assignation à résidence et à l'exploitation des données saisies lors des perquisitions. Un contrôle rapide et approfondi s'est exercé grâce aux débats oraux et au travers de l'exigence de proportionnalité.

La sortie de l'état d'urgence s'est accompagnée de l'adoption de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Deux QPC portant sur cette loi ont été transmises au Conseil constitutionnel par le juge des référés du Conseil d'Etat. Elles ont donné lieu à des décisions du 16 février et du 29 mars 2018, qui, dans le prolongement de la jurisprudence relative à l'état d'urgence, précisent le cadre dans lequel le juge administratif assure, notamment en référé, un contrôle effectif des nouvelles mesures individuelles de contrôle administratif, de définition des périmètres de protection et de fermeture des lieux de culte. Tout en jugeant la loi pour l'essentiel conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel l'a censurée partiellement en raison de quelques insuffisances dans le dispositif retenu pour assurer la pleine effectivité du contrôle du juge des référés. Durant l'état d'urgence comme après la sortie de celui-ci, l'ensemble de cette jurisprudence a fortement mis en relief le lien entre les référés administratifs et le respect des exigences constitutionnelles.

## **La Constitution et les débats devant le juge des référés**

Dans l'ensemble de ses missions, consultatives comme contentieuses, le Conseil d'Etat fait régulièrement application de la Constitution. En raison de l'urgence de certaines questions, il est également conduit à examiner en référé des débats qui revêtent une forte dimension constitutionnelle, qu'ils intéressent la vie politique ou portent sur la mise en œuvre des impératifs constitutionnels.

### **Le juge des référés et la vie politique**

Des épisodes de la vie politique locale ou nationale donnent lieu à des décisions du juge administratif des référés, qui intervient soit directement, soit au travers d'une QPC. Quelques ordonnances du juge des référés du Conseil d'Etat sont à cet égard particulièrement significatives.

Par une ordonnance du 19 août 2002, Front national, le juge des référés du Conseil d'Etat a rappelé que les partis politiques légalement constitués ont le droit de tenir des réunions publiques et que seules des nécessités d'ordre public peuvent en restreindre l'exercice. En l'absence de telles nécessités, il a enjoint au maire d'Annecy de ne pas faire obstacle à ce que l'université d'été de ce parti se déroule dans la commune. Cette décision est d'autant plus marquante qu'elle est intervenue dans le contexte politique qui était celui de la présence, quelques mois plus tôt et pour la première fois, du candidat du Front national au second tour de l'élection présidentielle. Si, au plan jurisprudentiel, elle n'ajoute rien aux principes issus de l'arrêt Benjamin du 19 mai 1933, elle montre l'intérêt du référé pour la protection effective des libertés : alors que l'arrêt Benjamin était intervenu plusieurs années après l'interdiction de la conférence de René Benjamin par le maire de Nevers, l'ordonnance du 19 août 2002 a permis à l'université d'été du Front national de se tenir à Annecy dans les jours qui ont suivi.

Un arrêté municipal qui, pendant la période de campagne électorale, prohibe de manière générale toute propagande électorale au moyen de véhicules équipés de haut-parleurs ou de porte-voix, sans aucune distinction selon l'heure de la journée porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'expression et à la liberté de communication des idées et des opinions (11 juin 2012, commune de l'Etang salé).

Après l'élection présidentielle de 2017, la répartition du temps d'antenne pour les élections législatives arrêtée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel a été contestée devant le juge des référés du Conseil d'Etat par l'Association en Marche ! qui se plaignait de ne pas disposer d'une durée d'émission correspondant à la place qui était devenue la sienne dans la vie politique. Le CSA avait en effet appliqué les critères fixés par l'article L. 167-1 du code électoral, qui privilégient les partis représentés par un groupe parlementaire dans l'assemblée sortante. Par une décision du 29 mai 2017, le juge des référés a transmis au Conseil constitutionnel la QPC formée par En Marche ! contre ces dispositions législatives. Statuant en raison de l'urgence avec une grande célérité, le Conseil constitutionnel a jugé deux jours plus tard, par une décision du 31 mai, que, faute de prendre en compte les évolutions de la représentativité des courants d'idées ou d'opinions depuis la dernière élection législative, les dispositions contestées pouvaient conduire à des temps d'antenne manifestement hors de proportion avec la participation des certains partis à la vie démocratique. Il a en conséquence constaté qu'elles n'étaient pas conformes à la Constitution et il a donné au CSA, dans l'attente d'une modification de la loi, un mode d'emploi permettant de répartir le temps d'antenne de manière appropriée.

### **Le juge des référés garant des impératifs constitutionnels**

Par la nature des débats qui lui sont soumis, le juge des référés est conduit à donner toute leur portée concrète aux principes constitutionnels. De multiples exemples montrent que le référé liberté s'apparente à un recours d'amparo, destiné à assurer la garantie effective d'impératifs d'ordre constitutionnel, égalité et non-discrimination, liberté individuelle et liberté d'expression, droit à la vie et respect de la vie privée et familiale, dignité de la personne humaine, laïcité et port de signes religieux dans l'espace public, en particulier.

Si le principe d'égalité n'a pas, par lui-même, le caractère d'une liberté fondamentale (1<sup>er</sup> septembre 2017, commune de Dannemarie), certaines discriminations peuvent constituer une atteinte à une telle liberté. Organiser la distribution pour des personnes démunies d'une soupe aux cochons, avec l'intention de mettre à l'écart ceux auxquels les préceptes religieux interdisent de manger du porc, revêt ainsi un caractère discriminatoire. Le juge du référé liberté admet en conséquence une mesure d'interdiction de cette activité (5 janvier 2007, ministre de l'intérieur c/ l'association « solidarité des français ». Parce qu'il est garanti par le treizième alinéa du préambule de la constitution de 1946, l'égal accès à l'instruction, y compris pour les enfants atteints d'un handicap, et une liberté fondamentale (15 décembre 2010, ministre de l'éducation nationale c/ M. et Mme Peyrilhé).

Parce qu'il portait, en raison des propos racistes et antisémites qu'il diffusait, atteinte à la dignité de la personne humaine, un spectacle de Dieudonné a pu légalement être interdit (9 janvier 2014, ministre de l'intérieur c/ société les productions de la plume et Dieudonné M'Bala M'Bala). En revanche, l'interdiction d'un spectacle ultérieur du même interprète, qui ne comportait plus de tels propos, porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'expression (6 février 2015, commune de Cournon d'Auvergne).

Le respect de la dignité de la personne humaine a inspiré les décisions par lesquelles le juge des référés a ordonné des mesures d'urgence, susceptibles d'être mises en œuvre à bref délai, et destinées à dératifier une prison (22 décembre 2012, section française de l'Observatoire international des prisons) ou permettant d'assurer un minimum d'hygiène dans les camps d'accueil des migrants (31 juillet 2017, ville de Calais).

Impératif constitutionnel et conventionnel, le droit au respect de la vie a le caractère d'une liberté fondamentale (16 novembre 2011, ville de Paris et société d'économie mixte ParisSeine). Le juge des référés a eu à examiner à son regard de douloureuses affaires de fin de vie, dont il a tracé le cadre par les deux décisions du 14 février et du 24 juin 2014, rendues dans l'affaire Vincent Lambert. Au regard des incertitudes juridiques et des enjeux humains, le juge des référés, après avoir tenu une première audience, a renvoyé le dossier devant l'assemblée du contentieux, qui a ordonné une expertise et sollicité des contributions d'amicus curiae. Statuant ensuite comme juge des référés, elle a souligné la singularité de chaque cas et précisé les conditions de l'arrêt au traitement, qui doit, en particulier, tenir compte, de ce que l'intéressé aurait lui-même souhaité. Par un arrêt du 5 juin 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la solution adoptée par le Conseil d'Etat, sur une question qui, laisse aux Etats une grande marge d'appréciation, avait été prise au terme « d'un examen approfondi où tous les points de vue ont pu s'exprimer et tous les aspects avaient été mûrement pesés, au vu tant d'une expertise médicale détaillée que d'observations générales des plus hautes instances médicales et éthiques ».

Le choix fait par la loi française d'interdire l'insémination post mortem ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle ni conventionnelle. Mais, dans des circonstances particulières, son application mécanique est susceptible de porter une atteinte excessive au droit à respect de la vie privée. C'est ce qu'a estimé le juge des référés du Conseil d'Etat, saisi d'une affaire dans laquelle un

couple avait conçu un projet parental, qui n'avait pu être mené à son terme avant le décès du mari. Sa veuve, de nationalité espagnole, était retournée dans son pays et avait demandé l'envoi des gamètes recueillies en France pour procéder, comme la loi espagnole le permet, à une insémination artificielle dans l'année qui suit le décès. Refuser dans une telle hypothèse de faire droit à sa demande porte une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée et familiale (31 mai 2016, Mme Gonzalez Gomez).

Si la plupart des débats relatifs à la laïcité et au port de signes religieux dans l'espace public ont été tranchés par des décisions rendues au fond, le juge des référés du Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la question du « burkini » qui avait donné lieu à de vives polémiques au cours du mois d'août 2016. Par une ordonnance du 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres, il a rappelé que les mesures de police prises par les maires des communes du littoral en vue de réglementer l'accès à la plage doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Seuls des risques avérés de troubles à l'ordre public peuvent justifier des restrictions aux libertés et, en l'absence de tels risques, le maire excède ses pouvoirs de police en réglementant les tenues sur les plages. Les principes ainsi appliqués sont ceux que le Conseil d'Etat avait affirmés, à propos de la possibilité pour un prêtre d'accompagner sur la voie publique, en tenue sacerdotale, un convoi funéraire, par la décision abbé Olivier du 19 février 1909. Un siècle plus tard, et dans le contexte de la France d'aujourd'hui, ils ont permis d'éteindre une querelle dont l'écho estival avait pris une ampleur sans doute démesurée.

Familier de la Constitution tant dans ses activités consultatives que dans ses missions juridictionnelles, le Conseil d'Etat a trouvé, au travers du référé, de nouvelles occasions d'appliquer les principes constitutionnels. Par la rapidité de son intervention comme par la nature des questions soulevées devant lui, le juge des référés contribue à une application effective des droits et libertés garantis par la Constitution. Son action s'inscrit ainsi dans la perspective, qui est aussi celle de la question prioritaire de constitutionnalité, d'une présence quotidienne des impératifs constitutionnels.