

Jean Massot
Président de section honoraire au Conseil d'État

LE JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX DROITS PROTÉGÉS PAR LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME

UDK: 342 (44)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 1.11.2011.

U povijesnom razvoju francuskog upravnog suca razlikuje se više vremenskih trenutaka. Prvo je razdoblje od 1974-1989. u kojem se sudske odluke vrlo rijetko temeljile na odredbama Konvencije. Drugo razdoblje započinje 20. listopada 1989. godine, presudom u predmetu *Nicolo*. Upravno je sudovanje prihvatilo, nakon spomenute presude, nadzirati usklađenost nacionalnog zakona s Konvencijom. Državni savjet se odvažio u početku oprezno, a poslije sve žestće, provoditi takava nadzor usklađenosti koji ga je doveo do toga da ne samo zabranjuje primjenu zakona zbog suprotnosti s Konvencijom, nego i da osudi državu za naknadu štete koja je proizašla iz takvog zakona, osobito kada je zakonodavac zanemario neke smjernice. U trećem razdoblju Državni savjet, nakon dugo opiranja, uskladio s pravnom praksom suda u Strasbourgu. S druge strane, čini se da ima znatno restriktivniju koncepciju obveze neovisnosti, nepristranosti i propisivanje obveze da sud mora biti reguliran zakonom, kako u sastavu tijela koji sud, kao i u vođenju spora od strane Europskog suda za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Ključne riječi: *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava, Državni savjet, upravni sudac*

Introduction

Lorsque je suis entré au Conseil d'État, il y a maintenant près de cinquante ans, on parlait beaucoup de droits de l'homme et de libertés, mais très peu de la Convention européenne de 1950¹ qui en assure la sauvegarde. A cela, il y avait une raison bien simple : la France qui avait pourtant joué un rôle non négligeable dans la rédaction de la Convention de Rome du 4 novembre 1950, qui, depuis la création en 1959 de la Cour européenne des droits de l'homme² hébergeait cette juridiction sur son territoire à Strasbourg et qui, en la personne du vice-président du Conseil d'État, René Cassin³, lui avait fourni un de ses « juges fondateurs », successivement vice-président de la Cour de 1959 à 1965, puis président jusqu'en 1968, n'avait toujours pas ratifié cet accord international, qui, de ce fait, n'était pas entré dans son ordre juridique interne.⁴ Ce ne sera chose faite que par un

¹ Ci-après la Convention

² Ci-après CEDH

³ Il a occupé cette fonction de novembre 1944 à octobre 1960

⁴ Sans doute en raison des craintes que lui inspiraient certaines stipulations de la Convention en regard

décret du 3 mars 1974.

Aujourd'hui, si j'en crois le vice-président Jean-Marc Sauvé, dans son allocution à la séance de rentrée de la CEDH en 2010, c'est un quart des décisions rendues par le Conseil d'État⁵ qui se prononcent sur la violation de droits garantis par la Convention. Le juge administratif français est ainsi passé d'un extrême à l'autre en un peu plus d'une génération. C'est un peu l'histoire de cette évolution que je voudrais retracer devant vous. Je précise, à titre liminaire, que mon exposé se limitera aux dispositions de fond de la Convention, puisque les dispositions plus procédurales concernant l'administration de la justice, le droit au procès équitable dans la terminologie de la Convention, qui font l'objet de son article 6, ont pris une place tellement importante qu'elles nous ont paru mériter une communication spécifique qui sera faite demain par le professeur Marc Gjidara. L'évolution du juge administratif français peut se décrire en trois étapes. Dans une première période qui va de 1974 à 1989, les décisions qui font application de la Convention sont rarissimes, limitées à la censure de décisions administratives et d'une rédaction très prudente. Puis, dans une deuxième phase qui commence avec l'arrêt Nicolò⁶ du 20 octobre 1989, la possibilité pour tout juge administratif de mettre en cause la conformité à la Convention, non seulement de décisions individuelles, voire réglementaires, mais aussi des lois sur le fondement desquelles ces décisions ou règlements ont été pris, ouvre aux requérants et aux juges des possibilités beaucoup plus vastes.

Enfin, dans une troisième phase à laquelle il est plus difficile de donner une date de départ et qui se poursuit aujourd'hui encore, le juge administratif national, sous l'impulsion de la jurisprudence très dynamique de la CEDH, à laquelle les requérants qui attaquent l'État français ont un accès individuel depuis 1981⁷, mais aussi de la création de nouvelles procédures en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, affine encore son contrôle.

1. Les réticences initiales dans la période 1974-1989

Pour avoir été commissaire du gouvernement dans cette période, je peux témoigner que l'entrée en vigueur de la Convention dans l'ordre juridique français par l'effet du décret déjà cité de mai 1974 n'a pas été acceptée de bon cœur par

des guerres coloniales dans lesquelles elle était impliquée et aussi par rapport aux textes d'exception tels que l'article 16 de sa Constitution de 1958

⁵ Plus précisément un quart des 3000 décisions qui ne résultent pas de procédures simplifiées (ordonnances ou sous-sections jugeant seules)

⁶ Par cette décision capitale, le Conseil d'Etat se reconnaît pour la première fois le droit d'écarter l'application d'une loi contraire à une convention internationale, même si la loi est postérieure à la convention

⁷ Jusqu'à l'entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1998 du protocole additionnel n°11 du 11 mai 1994, l'article 25 de la Convention ne donnait accès aux requérants individuels victimes d'une violation de ses droits par un État que si cet État avait fait une déclaration reconnaissant cette compétence. La France ne l'avait faite que le 2 octobre 1981.

tous les milieux politiques⁸ et juridiques français.

En ce qui concerne plus particulièrement le Conseil d'État, le sentiment souvent répandu était que cette ratification ne changerait rien, puisque les droits garantis par la Convention étaient depuis longtemps affirmés par des textes nationaux remontant à la Révolution tels que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par la jurisprudence administrative, telle qu'elle s'était développée à partir du dernier tiers du XIX^e siècle.

Deux affaires jugées dans cette période en apportent un témoignage très éclairant.

La première est un arrêt de section du 27 octobre 1978 *Debout*, aux conclusions du futur président de la section du contentieux, Daniel Labetoulle. Je ne l'évoquerai que brièvement car elle concerne l'application de l'article 6 de la Convention et plus précisément la publicité des audiences juridictionnelles. Elle est donc, sur le fond, dans le champ de l'exposé de M. Gjidarara. Elle me paraît néanmoins mériter d'être évoquée, dans la mesure où, tout en étant parfaitement consciente de la contradiction existant entre sa position et celle de la CEDH, la section du contentieux, suivant son commissaire du gouvernement, a directement affirmé que la règle de la publicité des audiences posée par l'article 6 § 1, qui concerne les procès en matière civile ou pénale, ne s'appliquait pas aux instances disciplinaires, sans même demander au ministère des affaires étrangères, ce qu'elle devait faire à l'époque en cas de doute, une interprétation de l'accord international en cause. Il faudra près de vingt ans pour que le Conseil accepte, après de nombreuses condamnations de la France par la CEDH, de se rallier à la position de la Cour dans un arrêt de l'assemblée du contentieux du 14 février 1996 *Maubleu*.

L'autre exemple est un souvenir plus personnel, car j'étais le commissaire du gouvernement dans cette affaire qui a donné lieu à la décision de l'assemblée du contentieux du 8 avril 1987 *ministre de l'intérieur et de la décentralisation contre Peltier*. Il s'agissait de la légalité du refus de délivrer un passeport à ce M. Peltier par le motif qu'il avait été condamné cinq ans auparavant pour infraction à la législation sur les stupéfiants. L'illégalité ne faisait pas de doute, dans la mesure où, si des textes donnaient au juge pénal la possibilité de prononcer la peine complémentaire du retrait de passeport, ce qu'il n'avait pas fait en l'espèce, aucun texte ne paraissait donner un pouvoir analogue à l'administration. L'administration invoquait un très vieux texte, un décret législatif de la Convention du 7 décembre 1792, qui, à l'époque où il avait été pris, était destiné à lutter contre l'émigration des aristocrates hostiles à la Révolution en limitant très sévèrement les cas où un passeport pouvait être délivré et dont effectivement, faute de mieux, le Conseil d'État avait déjà, dans le passé, tiré une base légale aux refus administratifs de passeport, tout en réservant son application de manière très prétorienne aux hypothèses où les déplacements de l'intéressé à l'étranger étaient de nature à

⁸ Politiquement, il est assez important de souligner que la ratification a été l'œuvre, au lendemain de la mort du président Pompidou, d'un Président de la République par intérim, Alain Poher, n'appartenant pas à la famille gaulliste

compromettre la sécurité nationale ou la sûreté publique. J'avais eu l'audace de soutenir que l'entrée en vigueur de la Convention rendait impossible de se fonder sur ce texte dans la mesure où l'article 2 § 2 du Protocole n°4 ratifié en même temps que la Convention affirme que « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien », dès lors aussi que le § 3 suivant, pour admettre des restrictions à la liberté de circulation exigeait, dans une rédaction applicable à bien d'autres droits, qu'elles fussent « nécessaires dans une société démocratique à la sécurité nationale ou à la sûreté publique » et que ces restrictions fussent « prévues par la loi » et enfin parce que le texte de 1792 se bornait à prévoir, non les exceptions à l'octroi, mais les exceptions au refus qui constituait le droit commun⁹. Le Conseil d'État a refusé de me suivre et a maintenu avec fermeté que le texte de 1792 était bien celui que requérait la Convention. Pour faire bonne mesure, il a ajouté une référence à la déclaration des droits de 1789 qui est parfaitement muette sur le sujet, tout en s'abstenant, et pour cause, d'en citer l'article pertinent et a écrit, de manière très révélatrice de son état d'esprit, que ce texte inexistant avait été simplement « confirmé par l'article 2 § 2 du protocole n°4 ». Je crois que c'est le plus bel exemple des réticences de certains membres du Conseil, majoritaires à l'époque, pour admettre que la Convention européenne pouvait apporter quelque chose de nouveau à l'ordre juridique français. Je précise que, sur le fond, cela n'a rien changé à la solution, dans la mesure où le Conseil a admis que la sécurité publique n'était pas menacée par les déplacements d'un simple consommateur de drogues dont il n'était pas soutenu qu'il était un trafiquant.¹⁰

Mais, au-delà de ces réticences, le Conseil se heurtait à cette époque à un obstacle beaucoup plus redoutable pour contrôler la conformité des décisions administratives attaquées à des accords internationaux. Chaque fois que les décisions contestées se bornaient à faire une application correcte d'une loi française, et, en matière de libertés publiques, ce devait normalement être le cas¹¹, jouait ce que l'on appelait l'« écran législatif », puisque le juge administratif, s'il admettait que l'entrée en vigueur d'un traité abrogeait les dispositions contraires des lois antérieures,¹² s'interdisait d'être le juge de la loi postérieure au traité, par le raisonnement que le législateur souverain était censé l'avoir décidé en connaissance de cause et que la séparation des pouvoirs obligeait le juge à respecter la volonté du législateur. Cette solution, dégagée à propos de lois dont il était soutenu qu'elles contredisaient le traité de Rome ou le droit communautaire dérivé (Ass. 1^{er} mars 1968 Syndicat des fabricants de semoules de France, 22 octobre 1979 Union démocratique du travail) n'aurait pas manqué d'être opposée

⁹ Ce décret législatif de la Convention donne aux représentants de l'État le pouvoir de délivrer des passeports « s'ils jugent les causes légitimes et suffisamment vérifiées »

¹⁰ Je signale que le texte actuellement en vigueur pour la délivrance des passeports en France est un décret du 26 février 2001 qui vise le décret de 1792 qui en constitue la base législative, comme le constate une décision du Conseil d'État commune de Versailles du 5 janvier 2005 et qui n'apporte pas d'autres précisions sur les cas de refus administratifs.

¹¹ L'article 34 de la Constitution de 1858 réserve au législateur la fixation des règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques

¹² Ce que, de manière orthodoxe, j'avais proposé dans l'affaire Peltier

aux requérants qui se seraient plaints d'une décision conforme à une loi dont ils auraient soutenu qu'elle était contraire à la Convention de sauvegarde, ce qui, à ma connaissance, ne s'est pas produit.

Tout allait changer avec la jurisprudence *Nicolo* qui allait faire sauter ce verrou.

2. Les changements entraînés par la jurisprudence *Nicolo*

Depuis cette décision de l'assemblée du contentieux du 20 octobre 1989, le juge administratif se reconnaît le pouvoir de contrôler si les dispositions d'une loi intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur d'un traité dans l'ordre juridique français ne sont pas *incompatibles* avec les stipulations de ce traité. Si elles le sont, il les écarte en vertu de l'article 55 de la Constitution selon lequel « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ».

Très vite, les requérants ont vu le parti qu'ils pouvaient tirer de ce revirement de jurisprudence en ce qui concernait la compatibilité de dispositions législatives avec la Convention de sauvegarde. On verra, certes, que la plupart de ces lois ont finalement été jugées conformes aux exigences de la protection des libertés fondamentales, ce qui, dans une certaine mesure, donne raison à ceux qui pensaient que la France n'avait pas attendu la Convention de sauvegarde pour établir un « État de droit ».

Commençons tout de suite par un domaine où, très rapidement, le juge administratif a écarté des lois nationales pour contrariété avec la Convention, mais qui échappe un peu à notre sujet, car il concerne l'article 6 et le droit au procès équitable dont vous parlera M. Gjidara. C'est celui de ce qu'il est convenu d'appeler les lois de validation, par lesquelles le législateur croit pouvoir faire échec à des décisions contentieuses qui gênent l'action des pouvoirs publics ou entraînent des conséquences fâcheuses¹³. La jurisprudence de la CEDH n'admet de telles immixtions du législateur dans le fonctionnement de la justice qu'en cas d'impérieux motif d'intérêt général¹⁴. La première décision du juge administratif écartant l'application d'une telle loi, dès lors que le motif invoqué par l'administration n'était pas d'intérêt général, est venue deux mois après l'arrêt *Nicolo* de la Cour administrative de Nantes dans un arrêt du 30 décembre 1989. Le Conseil d'État a adopté la même position dans une décision du 22 juillet 2000 *Tête*, qui d'ailleurs, après avoir écarté la loi de validation, n'en donne pas moins tort au requérant. Depuis lors, les solutions qui, cette fois, accueillent les conclusions des plaignants sur ce terrain se sont multipliées et peu de lois de validation échappent à la censure du juge administratif.

¹³ Par exemple en cas d'annulation d'un concours de recrutement d'agents publics plusieurs années après l'entrée en fonctions des candidats reçus ou lorsque sont remises en cause des impositions perçues depuis longtemps

¹⁴ Comme d'ailleurs, dans une formulation un peu moins exigeante, le Conseil constitutionnel français depuis une décision du 22 juillet 1980

Si l'on passe maintenant aux décisions qui statuent sur la compatibilité de législations nationales avec les autres droits garantis par la Convention, ceux que, par opposition aux droits procéduraux de l'article 6, on peut appeler des droits de fond, le « tableau de chasse » est plus limité. On peut reprendre rapidement les articles de la Convention et de ses protocoles, pour constater que le juge administratif n'écarte qu'avec parcimonie des dispositions législatives nationales qui leur seraient contraires.

L'article 2 qui proclame le droit à la vie a été très rapidement invoqué par les adversaires des lois légalisant l'interruption volontaire de grossesse. Le Conseil d'État a estimé qu'il n'y avait pas de contrariété par une décision d'assemblée du 21 décembre 1990 Confédération nationale des associations familiales catholiques, d'ailleurs concordante avec la jurisprudence de la CEDH et confirmée depuis. L'article 3 qui prohibe la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants a été souvent invoqué en matière de droits de la police et de l'administration pénitentiaire et le Conseil d'État a ainsi été amené à admettre la compatibilité avec cet article de la Convention et d'ailleurs de plusieurs autres de la loi du 25 février 2008 instituant la « rétention de sûreté » pour les personnes sorties de prison et souffrant de graves troubles de la personnalité faisant craindre une récidive, en rappelant les précautions dont cette procédure serait, selon lui, entourées (26 novembre 2010 Lavie et section française de l'observatoire international des prisons)¹⁵. Mais il est vrai qu'ici, ce sont plus souvent des dispositions réglementaires dont l'incompatibilité avec la Convention est invoquée, voyez par exemple pour un arrêté réglementant l'usage par la police de pistolets à décharge électrique « Taser » une décision du 2 septembre 2009 Association réseau d'alerte

L'article 4 qui prohibe l'esclavage et le travail forcé n'est évoqué ici qu'à titre anecdotique, tant le législateur français peut penser être depuis longtemps à l'abri de reproches sur ce terrain. Le Conseil d'État a dû ainsi juger que la loi du 30 juin 2004 qui instituait une journée nationale de solidarité non rémunérée en faveur de la prise en charge des personnes âgées ou handicapées (c'est la fameuse suppression du lundi de Pentecôte comme jour férié) créait une obligation civique normale et non un travail forcé. L'article 5 sur le droit à la liberté et à la sûreté est souvent invoqué pour contester les conditions de placement d'office des personnes souffrant de troubles mentaux. Le Conseil a été conduit à préciser que les dispositions législatives en cause n'étaient pas contraires aux stipulations de l'article 5 tel qu'interprété par la CEDH : section 9 juin 2010 Lavallé.

Je passe directement à l'article 7 pour ne pas reparler de l'article 6. Pendant longtemps cet article qui consacre le principe « nulla poena sine lege » ou « pas de peine sans loi », a été regardé par le Conseil d'État comme ne concernant que les sanctions pénales au sens strict. Mais depuis que le juge administratif s'est rallié à la jurisprudence européenne et admet l'application de la Convention

¹⁵ Le Conseil d'État n'a peut-être pas voulu se dissocier du Conseil constitutionnel qui venait d'admettre la conformité de la loi aux principes constitutionnels

aux sanctions administratives, il a eu l'occasion de déclarer conformes à ces stipulations de nombreuses dispositions qui, même si elles ne sont pas des lois au sens formel d'actes du Parlement, respectent la répartition entre loi et règlement de la Constitution française. Par exemple 16 décembre 2005 Pelé.

L'article 8, quant à lui sur le respect de la vie privée et familiale, ne donne pas lieu à moins de 10 000 entrées dans le fichier de jurisprudence administrative, à propos surtout de décisions réglementaires ou individuelles concernant le droit de certains étrangers à ne pas être expulsés ou à faire venir leur famille. L'un des meilleurs connaisseurs de la jurisprudence de la CEDH, le professeur Sudre¹⁶, n'hésite pas à estimer que la jurisprudence administrative française dans ce domaine est plutôt en avance sur celle de Strasbourg. Il existe aussi quelques exemples d'examen de décisions législatives au regard de l'article 8 sur d'autres aspects concernant la vie privée, par exemple le droit au mariage, d'ailleurs également protégé par l'article 12 de la Convention. Le Conseil d'État a ainsi jugé que l'article 14 de la loi du 14 juillet 1972 sur le statut des militaires qui soumet leur mariage avec un conjoint non-français à une autorisation du ministre de la défense n'était compatible avec cet article 8 que si on l'interprétait restrictivement et a, en l'espèce, annulé un refus qui ne lui a pas paru fondé sur des motifs suffisants au regard des nécessités invoquées de la protection du secret défense. (15 décembre 2000 Nerzic). Les articles 9 et 10 sur la liberté de pensée et la liberté d'expression ont donné lieu à une abondante jurisprudence concernant des mesures individuelles ou réglementaires, par exemple sur l'interdiction du port du foulard par des écolières de religion musulmane ou sur le régime restrictif applicable aux écrits de provenance étrangère. A ma connaissance, le seul exemple d'examen de la compatibilité d'une loi avec ces articles est fourni par la décision de section du 2 juin 1999 Meyet qui admet la compatibilité de la loi du 19 juillet 1977 prohibant la publication des sondages d'opinion dans la semaine qui précède une élection. Cet exemple est malheureux, car la Cour de cassation, saisie du même problème a pris la décision inverse et le législateur a dû alors réduire la période d'interdiction au jour et à la veille du scrutin.

Sans avoir le temps de passer en revue toutes les stipulations des protocoles additionnels, il faut tout de même évoquer l'article 1^{er} du protocole n°1 qui affirme que toute personne a droit au respect de ses biens. Il a, en effet, très souvent été invoqué pour contester des dispositions de ces lois de validation dont j'ai déjà parlé à propos de l'article 6. Dès le 5 décembre 1997, à propos du montant des subventions publiques aux écoles libres sous contrat, l'assemblée du contentieux a accepté de se prononcer au regard de cette stipulation sur la conventionnalité d'une loi de validation, pour conclure à l'absence de contrariété.

Finalement, l'article de la Convention qui a donné lieu aux décisions les plus importantes constatant une incompatibilité entre une loi nationale et la Convention est sans doute l'article 14 qui prohibe, de manière un peu « horizontale », toute

¹⁶ J'ai beaucoup utilisé son ouvrage classique « Droit européen et international des droits de l'homme » Presses universitaires de France, 10^e éd. 2011

discrimination pour la jouissance des droits reconnus dans la Convention. Dans une affaire où était en cause à nouveau l'application de l'article 1^{er} du Protocole n°1, à propos de ces « biens » que constituent les droits à pension d'anciens militaires, l'assemblée du contentieux a écarté une disposition législative qui permettait de bloquer la revalorisation du niveau des pensions des militaires ressortissants d'anciennes colonies et devenus étrangers du fait de l'accession de leur pays à l'indépendance dans les années soixante. Cette décision du 30 novembre 2001 ministre de la défense c/Diop est intervenue au terme d'un très long contentieux sur ce que l'on appelait la « cristallisation » des pensions. L'affaire ne s'est d'ailleurs pas arrêtée là, puisque le législateur a alors fixé un régime différent, non plus en fonction de la nationalité, mais du lieu de résidence, ce que le Conseil d'État a, cette fois, estimé compatible avec l'article 14, interprété comme permettant des distinctions fondées sur une différence objective de situation, en l'espèce la différence de coût de la vie en France et par exemple au Sénégal. (18 juillet 2006 Ka et Gisti). Un nouveau rebondissement est intervenu avec une loi du 21 décembre 2006¹⁷ qui a procédé à un alignement complet pour les pensions militaires d'invalidité et les retraites du combattant, ce que l'on appelle les « pensions du feu », mais non pour les simples pensions de retraite. Ce texte et celui de 2002, ont à leur tour été contestés par la voie de la nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité sur laquelle je reviendrai dans un instant. Une telle question ayant été posée par le Conseil d'État a donné lieu à la première décision du Conseil constitutionnel sur ces QPC le 28 mai 2010. D'où une nouvelle disposition législative dans la loi de finances pour 2011 qui va encore un peu plus loin dans l'assimilation.

Le moment est donc venu pour moi d'aborder le troisième point de mon exposé qui a trait à l'approfondissement du contrôle exercé par le juge administratif sur le respect des droits garantis par la Convention, notamment en raison de ces nouvelles procédures.

3. L'approfondissement du contrôle exercé par le juge administratif

Cinq évolutions jurisprudentielles récentes me paraissent caractéristiques de cette évolution.

La première est, pour les textes réglementaires, ce que l'on peut appeler un contrôle de proportionnalité. Chaque fois, en effet que l'article pertinent de la Convention, permet, après avoir proclamé un droit, d'y apporter des limitations sous certaines conditions, le juge administratif regarde de très près si les restrictions apportées par le texte national remplissent bien les conditions ainsi posées. Je citerai ici deux exemples. Le premier est la décision déjà évoquée du 2 septembre 2009 Association réseau d'alerte, à propos de l'usage par la police du pistolet électrique TASER. Examinant de très près les circulaires relatives aux conditions

¹⁷ suscitée par l'émotion provoquée chez les plus hautes autorités de l'Etat par un film « Indigènes » stigmatisant cette différence de traitement entre d'anciens soldats ayant contribué à la libération de la France en 1944-45

de sa mise en œuvre, le Conseil d'État a été conduit à approuver ce qui concernait la police nationale, mais à juger contraire aux stipulations de la Convention et de ses protocoles le décret qui concernait les polices municipales et qui ne précisait pas suffisamment les limites mises à l'emploi de cette arme dangereuse. Le même examen minutieux a été fait par le Conseil d'État à propos des circulaires relatives aux expulsions de ressortissants des communautés « Rom ». Par une décision de cette année, il a jugé que l'une de ces circulaires était illégale et que l'autre n'était légale que sous la réserve expresse qu'elle soit appliquée après un examen individuel de chaque cas (7 avril 2011 Association SOS Racisme).

La deuxième évolution concerne un domaine voisin, celui des décisions individuelles, avec ce qu'il est convenu d'appeler l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Dans les années initiales marquées par une grande prudence, le Conseil d'État préférait se borner à un contrôle limité, celui que l'on appelle le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Caractéristiques à cet égard étaient les conclusions du commissaire du gouvernement sur une décision relative à l'autorisation du mariage des diplomates avec un conjoint étranger qui devait d'ailleurs être annulée par la décision de l'assemblée du contentieux du 18 janvier 1980 Bargain, mais non pour un motif tiré de la Convention, mais parce qu'il aurait fallu une loi et qu'aucune n'existait en la matière : au cas où le Conseil se serait fondé sur des textes internationaux, le commissaire proposait de réserver un pouvoir discrétionnaire à l'administration et donc de n'exercer qu'un contrôle minimum. En 2000, dans la décision Nerzic que j'ai citée à propos cette fois du mariage des militaires, le Conseil d'État a exercé au contraire un plein contrôle, en jugeant que la seule circonstance que la future conjointe de cet officier affecté dans une école militaire en France fût de nationalité éthiopienne ne justifiait pas un refus d'autorisation.

La troisième évolution notable a été la reconnaissance par le Conseil d'État de la responsabilité de l'État français dans le cas où une loi nationale méconnaîtrait les engagements internationaux de la France (Ass. 8 février 2007 Gardedieu). Dans cette affaire était en cause la contrariété avec l'article 6 de la Convention d'une de ces lois de validation dont j'ai déjà plusieurs fois parlé. Cette loi ne satisfaisait pas aux exigences de « motif impérieux d'intérêt général » imposées par la jurisprudence de la CEDH, le Conseil d'État a indemnisé le requérant qui, du fait de son intervention, avait été privé du bénéfice d'une précédente décision du juge administratif. La doctrine s'est d'ailleurs interrogée sur le fondement juridique de cette responsabilité que l'arrêt ne précise pas, sans doute pour éviter d'aller jusqu'à parler de « faute du législateur ». Par la généralité de ses termes, elle serait, en tout cas, applicable à la méconnaissance d'autres articles de la CEDH, comme d'autres conventions internationales.

La quatrième évolution est liée à une jurisprudence complexe rendue à propos de la transposition des directives communautaires, que je ne peux ici qu'évoquer et qui vient de la décision de l'assemblée du contentieux du 8 février 2007 société Arcelor atlantique. Cette jurisprudence articule de manière très subtile le contrôle

des juridictions nationales et de la Cour de justice de l'Union européenne au cas où il est soutenu qu'un texte réglementaire de transposition de dispositions « claires et inconditionnelles » d'une directive méconnaît un principe constitutionnel français et où ce qui est, en réalité, contesté, c'est la conformité à ces principes de la directive que le texte national attaqué se borne à recopier. Cette jurisprudence a été appliquée au cas où ce qui est invoqué est la méconnaissance, non d'un principe constitutionnel, mais d'une stipulation d'un accord international, en l'espèce l'article 8 de la Convention de sauvegarde, interprété comme protégeant le secret professionnel des avocats et applicable en droit communautaire en vertu de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union (Section 10 avril 2008 Caisse nationale des barreaux)

Enfin, la dernière évolution a déjà été évoquée, c'est celle qui conduit à combiner ce contrôle de conventionnalité avec le contrôle de constitutionnalité organisé par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 avec la procédure des questions prioritaires de constitutionnalité. Vous savez que, traditionnellement, le juge administratif, comme d'ailleurs le juge judiciaire, se refusait à contrôler la constitutionnalité des lois dont il était fait application dans le litige qui leur était soumis. Cette tradition s'était trouvée renforcée par la création dans la Constitution de 1958 d'un Conseil constitutionnel chargé de ce contrôle, mais seulement « a priori », c'est à dire au moment de l'adoption de la loi par le Parlement et avant sa promulgation par le Président de la République et, seulement s'il était saisi, c'est à dire en pratique seulement depuis qu'à partir d'une révision constitutionnelle de 1974, les parlementaires de l'opposition avaient la possibilité de faire un tel recours¹⁸. Il en résultait qu'un certain nombre de lois antérieures à 1974 n'avaient jamais été soumises à un contrôle de constitutionnalité. Cela avait d'ailleurs donné tout son essor au contrôle de conventionnalité, les droits garantis par les accords internationaux, notamment la Convention de sauvegarde, étant bien souvent les mêmes que les droits garantis par la Constitution française.

La révision de 2008 permet désormais aux requérants d'invoquer devant les juges des deux ordres de juridiction l'inconstitutionnalité de la loi appliquée dans le litige afin que ce juge saisisse le Conseil constitutionnel, via le Conseil d'État ou la Cour de cassation, dès lors que ce juge constitutionnel ne s'est pas déjà prononcé sur la question. La particularité de cette procédure est que la question de constitutionnalité devient prioritaire, c'est à dire que si, pour une même disposition législative, il est soutenu qu'elle est contraire à la Constitution française et à un accord international, le juge doit d'abord examiner la première question. On voit tout de suite que cela pourrait entraîner, selon la stratégie des requérants, une diminution des cas où le juge aurait à se prononcer sur des questions de droits garantis par la Convention, dès lors qu'il aurait été soutenu que la loi méconnaît aussi des droits garantis par la Constitution, dont je rappelle qu'elle se réfère à la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et au Préambule de la Constitution

¹⁸ Auparavant, la saisine n'était ouverte qu'aux présidents de la République et des deux assemblées parlementaires et au Premier ministre

de 1946. C'est ce qui s'est produit, comme je l'ai dit, pour la question des pensions militaires. Nul doute que cela se reproduira. L'avenir dira si ce risque se concrétise numériquement, mais il est encore trop tôt pour le savoir. En tout cas, de nombreuses décisions tranchant des questions de conventionnalité et que j'ai citées dans mon exposé sont postérieures à l'entrée en vigueur de la procédure de QPC le 1^{er} mars 2010.

Conclusion

J'espère que cet exposé ne vous aura pas effrayés par la complexité des procédures auxquelles le contrôle des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a pu conduire en France. Il est clair que la place du juge administratif dans ce contrôle dépend de circonstances propres à chaque pays. Ainsi, pour la France est-elle inséparable de la Constitution qui se réfère à de très anciennes déclarations de ces droits, qui impartit un domaine déterminé à la loi, qui affirme la supériorité des traités régulièrement publiés et ratifiés sur les textes législatifs et qui crée des procédures particulières pour le contrôle de la constitutionnalité des lois. Elle dépend aussi largement des traditions anciennes de ce juge administratif en ce qui concerne la protection des droits de l'homme bien avant que la Convention ne devienne applicable dans l'ordre juridique français, mais aussi de l'évolution de sa jurisprudence sur l'étendue de ce contrôle.

Je ne prétends donc pas que l'expérience française soit directement transposable dans d'autres pays de système juridique différent. J'espère cependant qu'elle vous aura montré que l'on n'a jamais assez d'instruments pour assurer cette protection des droits de l'homme et que la situation de ces droits en France est plutôt meilleure aujourd'hui qu'elle ne l'était avant l'entrée en vigueur de la Convention de 1950.

THE ADMINISTRATIVE JUDGE AND EUROPEAN CONVENTION GUARANTEED RIGHTS FOR HUMAN RIGHTS PROTECTION

In the historical development of the French administrative judge several moments in time have been differentiated. The first period was from 1947-1989 where court decisions were very rarely based on Convention provisions. The second period started October 20, 1989 with the court decision in the Nicolo case. Administrative adjudication process accepted, after the above mentioned decision, to supervise the harmonisation of national law with the Convention. The Government Council carefully dared at the beginning and later more frequently to implement such supervision of harmonisation. This brought about not just forbidding the application of the law due to contrariness to the Convention, but to also to suing the state for damages which occurred from such law, particularly when the legislator ignored some directions. In the third period the Government Council, after much resistance, harmonised with Strasbourg Court legal practise. On the other hand, it seems that it has a significantly more restrictive concept of the obligation of independence, impartiality, and prescribing obligations that the court has to be legally regulated both in system of bodies and in dispute settlement by the European Court for the protection of human rights and fundamental freedoms.

Key words: *European Convention of Human Rights, State Council, administrative judge*