



HAL
open science

**”Présentation et quelques réflexions sur les concurrences et complémentarités du juge des référés et du juge du fond”, Dossier : Le référé devant les juridictions administratives. Bilan de la loi du 30 juin 2000, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 30 juin 2021, C. Lantero (dir.)
Caroline Lantero**

► To cite this version:

Caroline Lantero. ”Présentation et quelques réflexions sur les concurrences et complémentarités du juge des référés et du juge du fond”, Dossier : Le référé devant les juridictions administratives. Bilan de la loi du 30 juin 2000, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 30 juin 2021, C. Lantero (dir.). *Revue française de droit administratif*, 2021, n° 4, pp. 639-648. halshs-03337858

HAL Id: halshs-03337858

<https://shs.hal.science/halshs-03337858v1>

Submitted on 1 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Présentation

...et quelques réflexions sur les concurrences et complémentarités du juge des référés et du juge du fond.

Caroline Lantero, MCF en droit public, HDR, Université Clermont Auvergne, CMH – EA4232

RFDA, 2021, pp. 639-648

Attendue, nécessaire, exemplaire, la réforme des référés administratif a eu une notoriété immédiate et a fait l'objet d'une promotion remarquable, notamment par ceux qui l'avaient vécue de l'intérieur¹. N'était-ce quelque doctrine plus dubitative – quoique très mesurée dans le doute et se bornant à soulever en réalité les défis notionnels qui ne manqueront pas de surgir (urgence, doute sérieux, liberté fondamentale)² – la réforme a été accueillie avec un enthousiasme rare. Grâce à une dynamique jurisprudentielle soutenue dès l'entrée en vigueur de la loi, les bilans plutôt laudatifs ont été précoces avec, dès 2002, les premières analyses de sa mise en œuvre³, suivies, pour les cinq ans de la réforme, d'un Colloque de la Conférence nationale des Présidents des juridictions administratives sur le thème « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif »⁴. L'anniversaire des dix ans de la réforme est en revanche « passé totalement inaperçu », selon le petit comité qui n'en a pas moins dignement célébré le versant consacré aux trois procédures d'urgence emblématiques et selon lequel « un tel silence illustr[ait] à quel point en dix ans, les référés se sont imposés dans le paysage juridictionnel, au point que leur existence finisse par paraître aussi naturelle que récente »⁵. On a pu entendre qu'il n'était pas facile d'avoir 20 ans en 2020. Ce fut particulièrement vrai pour le juge du référé-liberté, particulièrement mobilisé pendant la pandémie et sur lequel les doctrines, universitaire comme organique, se sont naturellement penchées⁶. L'anniversaire *stricto sensu* de la

1 B. Pacteau, « La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif – Vu de l'intérieur : la loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », RFDA 2000. 959 ; R. Vandermeeren, « Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », AJDA 2000. 706 ; « Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence », RFDA 2000. 941.

2 J.-L. Pissaloux, « Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures du référé administratif – 1re partie », Droit Adm. Oct. 2001, chron. 18 ; « La réforme du référé administratif. - Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures – 2e partie », Droit adm. Nov. 2001, chron. 21.

³ Dès son n° 2/2002, la RFDA a publié un dossier conséquent consacré aux procédures d'urgence et comprenant les contributions suivantes : Les procédures d'urgence : l'économie générale de la réforme, par Olivier Dugrip, p. 245 ; Le référé-suspension, par Roland Vandermeeren, p. 250 ; Le référé-liberté, par Gilles Bachelier, p. 261 ; L'instance de référé d'urgence, par Laurent Richer, p. 269 ; Les référés non subordonnés à la condition d'urgence, par Jean Barthélemy, p. 272. Le référé précontractuel, par Bernard Pujade, p. 279 ; Le référé-suspension et la condition d'urgence, par Valérie Ogier-Bernaud, p. 284 ; Les procédures d'urgence et le langage du droit, par Bernadette Le Baut-Ferrarèse, p. 296 ; Référé-suspension et recours administratif préalable obligatoire, par Pascale Fombeur, p. 315 ; Référé-liberté et droit à une vie familiale normale, par Isabelle de Silva, p. 324 ; La combinaison des recours contre les ordonnances de référé et contre les jugements au fond, par Emmanuelle Prada-Bordenave, p. 335.

⁴ Dont les actes ont été publiés dans le n° 1/2007 de la RFDA, avec les contributions suivantes : La notion d'urgence, par Patrice Chrétien, p. 38 ; L'examen de la légalité en référé-suspension et référé-liberté, par Paul Cassia, p. 45 ; L'atteinte grave à une liberté fondamentale, par Patrick Wachsmann, p. 58 ; L'instruction en référé, par Lucienne Erstein, p. 64 ; L'oralité dans la procédure de référé, par Geneviève Gondouin, p. 68 ; Les mesures ordonnées en référé, par Camille Broyelle, p. 73 ; Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé, par Benoît Plessix, p. 76 ; La perception par le barreau des nouveaux référés, par Jean-François Sestier, p. 80 ; Regards d'un privatiste sur le référé administratif, par Yves Strickler, p. 86 ; Rapport de synthèse. Vers la banalisation des procédures d'urgence, par Franck Moderne, p. 91.

⁵ A. Bretonneau et X. Domino, « Dix ans d'urgences », AJDA 2011. 1369.

⁶ B. Stirn, « Le référé et le virus », RFDA 2020. 634. ; P. Delvolvé, « Sur deux ordonnances de référé-liberté », RFDA 2020. 641 ; P. Caille, « Ce que la crise nous (re) dit du référé-liberté », Europa Civitas 2020. 149 ; C.

réforme des référés n'a pour autant pas été passé sous silence, ayant même les honneurs d'un colloque au Conseil d'État en novembre 2019 avant que n'éclate la pandémie⁷ et d'un dossier à l'AJDA en février 2020⁸. Les travaux qui nous ont réunis à Clermont-Ferrand le 30 juin 2021 et dont les actes sont accueillis dans la présente revue auraient dû se tenir le 30 juin 2020, et avaient également pour vocation de jeter une pluralité de regards sur cette réforme et sur ses influences. Peut-être ces regards auront-ils été légèrement éblouis (certainement pas aveuglés) par les événements de l'année 2020, mais pour mieux revenir à des questionnements initiaux : au-delà des solutions – sur lesquelles la lumière se concentre –, quelle place occupe le juge des référés dans le paysage du procès administratif ? Quels défis se dressent sur le chemin des praticiens ? Parmi les référés d'urgence, l'étoile du référé-liberté ne brille-t-elle pas trop fort ? Quelles ont été les influences de la loi sur les référés « réglementaires » (comme le référé provision) ou les référés spécifiques (comme en matière de contrats) ? La culture du référé permet-elle d'en penser de nouveaux ? Est-il opportun de le faire ?

En se nourrissant de ces questionnements, mais aussi des travaux et des échanges du 30 juin 2021, les lignes qui suivent proposent – à travers un regard porté sur les 20 ans du juge des référés – de s'intéresser aux liens qu'il entretient avec le juge du fond.

Les grands principes gouvernant l'office du juge des référés permettent *a priori* d'énoncer une vérité simple et de voir dans celui-ci un outil de complémentarité au soutien de l'efficacité et de la qualité de la justice, et non pas un concurrent. Le schéma directeur de l'office du juge des référés (de tous les référés et non pas seulement les référés d'urgence) est fixé à l'article L. 511-1 du code de justice administrative. En principe, « Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire », tandis que le juge du fond statue par des solutions qui ont vocation à être définitives. En principe, le juge des référés « n'est pas saisi du principal », il ne peut pas « faire jurisprudence », et ses décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée, tandis que c'est l'office même du juge du fond. En principe, le juge des référés « se prononce dans les meilleurs délais », tandis que le juge du fond n'est pas soumis à une telle exigence (bien qu'il le soit par la jurisprudence de la CEDH et par les injonctions managériales) et maîtrise le calendrier de l'instruction. En principe et sauf renvoi en formation collégiale, le juge statue seul et sans conclusions du rapporteur public (art. L. 522-1 du code de justice administrative), tandis que le juge du fond statue, en principe, et sauf si la loi en dispose autrement (ce qu'elle fait souvent), en formation collégiale (article L. 3 du code de justice administrative). En somme, la mission du juge des référés est de préserver une situation ou des droits, tandis que celle du juge du fond est de trancher un litige.

En outre, les chiffres montrent que le juge des référés intervient certes beaucoup, mais quantitativement moins que le juge du fond. Hors crise sanitaire⁹, environ 15% des affaires enregistrées dans les tribunaux administratifs sont des référés. Numériquement, l'augmentation des recours en référés est finalement corrélée avec l'augmentation des entrées dans l'entier contentieux administratif, et l'intervention du juge des référés est plutôt stable depuis plusieurs années. Il ne détrône ainsi pas du tout le juge du fond. Le juge des

Fardet, « Covid et référé : Brèves réflexions autour d'une justice administrative réactionnelle », *Europa Civitas* 2020. 117.

⁷ Les entretiens du contentieux du Conseil d'État, 4^e édition, *Le référé*, 29 nov. 2019.

⁸ L'AJDA, dans son numéro 24/2020, a publié un dossier intitulé « Vingt ans de référé », constitué des articles suivants : L'élaboration et la mise en place de la réforme, par D. Labetoulle, p. 1330 ; Les référés au fond de la loi du 30 juin 2000, par F. Blanco, p. 1336 ; - Vingt ans de référé-liberté, par O. Le Bot, p. 1342 ; Le référé-suspension à l'épreuve du temps, par D. Costa, p. 1348 ; Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire, par C. Broyelle, p. 1355.

⁹ On laissera de côté les chiffres pour l'année 2020, qui montrent une hausse absolument vertigineuse du recours en référé, notamment liberté, notamment devant le Conseil d'État (+ 2045%).

référés apparaît ainsi comme un véritable partenaire du juge du fond dans la recherche d'une meilleure qualité et d'une meilleure efficacité de la justice administrative, son office étant complémentaire de celui du second (I).

Au-delà de cette évidence, un autre constat s'impose : l'office du juge des référés s'est sensiblement étoffé, et que le nombre de litiges auxquels il est définitivement mis fin au stade du référé contribuent au succès de cet appel au juge si rapide. Ce qui avait vocation à combler un manque est venu créer un besoin : le besoin d'un juge mobilisable, rapide et agile et qui, si possible, est en mesure de mettre fin au litige. S'ajoute à cela un phénomène global de « besoin du juge », de réflexe judiciaire pour la résolution des conflits (en témoigne le succès tout relatif de la médiation)¹⁰.

L'émancipation du juge des référés et l'attraction qu'il exerce sur le justiciable conduise alors, parfois, à en faire un concurrent du juge du fond, et à s'interroger sur une éventuelle mutation de la justice administrative (II).

I. Le partenaire du juge du fond

Le juge des référés est devenu l'allié du juge au soutien de la qualité et de l'efficacité de la justice

A. Le juge du référé, soutien du juge du fond

Aux termes même de l'exposé des motifs de la loi du 30 juin 2000, le juge des référés avait non seulement vocation à venir au soutien d'un juge du fond dépassé et insuffisamment outillé pour les situations d'urgence, mais également à venir au soutien de la justice administrative dans son ensemble¹¹. Ainsi, et alors qu'aux termes du rapport du groupe de travail, la réforme des référés ne répondait qu'à un besoin impérieux de doter le juge administratif d'outils plus efficaces pour devenir un juge de l'urgence¹², c'est bien à double titre que le référé nouveau est venu au soutien du juge du fond et de la justice. L'époque était alors celle d'une justice administrative particulièrement décriée et condamnée par la CEDH pour sa lenteur¹³, celle d'un constat d'une totale inefficacité des trop exigeantes procédures d'urgence, et celle d'un détournement de plus en plus assumé de la théorie de la voie de fait pour invoquer l'aide du juge judiciaire. L'étincelle de 1997¹⁴ sera le catalyseur d'une réforme venant régler l'ensemble de ces problèmes. En dotant le juge administratif d'une véritable robe de juge des référés, la loi du 30 juin 2000 a contribué à une meilleure efficacité et à une meilleure qualité de la justice administrative.

¹⁰ Lors du colloque *Le référé : les 20 ans de la justice administrative de l'urgence*, Conseil d'État, 29 nov. 2019, Michèle de Montagner, présidente de tribunal administratif, évoquait avec émotion le rôle pacificateur de l'audience avec l'exemple de personnes âgées invoquant une atteinte à la liberté fondamentale de (propriété, droit d'accès au domicile) du fait de la fermeture par portail de leur voie, et à qui le maire avait expliqué, à l'audience, le fonctionnement du « bip » du mécanisme de fermeture pour leur permettre de sortir de chez eux. L'exemple fait sourire et la médiation à l'audience est intéressante, mais ces explications auraient en réalité dû être données en mairie, ou sur place.

¹¹ C'est ce qui ressort de l'exposé des motifs : E. Guigou, *Projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, Sénat n° 269, Session ordinaire de 1998-1999.

¹² Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence, RFDA 2000. 941.

¹³ CEDH 24 oct. 1989, req. n°10073/82, *H. c/ France*, série A, n° 162-A ; CEDH 31 mars 1992, req. n° 18020/91, *X. c/ France*, série A, n° 236 ; CEDH 26 avr. 1994, req. n° 22121/93, *Vallée c/ France*, série A, n° 289-A ; CEDH 26 avr. 1994, req. n° 22800/93, *Karakaya c/ France*, série A, n° 289-B.

¹⁴ TC, 12 mai 1997, n° 3056, *Préfet de Police c. TGI de Paris*, au sujet de la qualification (ou non) de voie de fait s'agissant de la consignation de demandeurs d'asile à bord d'un navire.

Meilleure efficacité d'abord en permettant de contrer la force d'inertie d'un triple mouvement d'augmentation des entrées, d'allongement des délais de jugements et d'accroissement du stock d'affaires. Des craintes avaient pu être émises sur un encombrement des juridictions avec un tel élargissement des référés. Et ces craintes ont notamment justifié, dès le projet de loi et conformément au rapport du groupe de travail, l'absence d'appel pour les référés d'urgence¹⁵, jusqu'à ce qu'il soit finalement réintroduit dans le débat en matière de référé-liberté, mais devant le Président de Section du Conseil d'État¹⁶ et non les cours administratives¹⁷, trop engorgées. Bien sûr, la réforme (législative comme réglementaire) des référés n'est pas le seul facteur de raccourcissement de délais de jugement ou d'accélération de l'instruction, et bien sûr, le juge des référés a été considérablement saisi. Mais il y a eu un phénomène de vases communicants avec un juge du fond moins saisi de situations pour lesquelles il ne pouvait rien, et un juge (unique) des référés épurant nécessairement les stocks, d'autant qu'il avait été doté d'un pouvoir de tri permettant de désencombrer son propre bureau lorsque « la demande ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée »¹⁸.

Meilleure qualité de la justice ensuite avec deux apports fondamentaux et unanimement salués : la réponse diligente et la garantie des libertés fondamentales.

La réponse diligente doit s'entendre au sens large, car elle n'est pas nécessairement une réponse d'urgence. C'est d'ailleurs dans l'énoncé du L. 511-1 du code de justice administrative qui concerne toutes les procédures de référé. Régis Fraisse, énonçait en 2005 en qualité de président de tribunal administratif que pour « les requérants dont la requête est manifestement fondée, l'écoulement du temps équivaut à de l'injustice »¹⁹. Cela est valable au-delà des situations d'urgence. Ainsi le référé-provision ne pose aucune condition d'urgence, mais répond plus rapidement qu'un recours de plein contentieux indemnitaire lorsque la créance n'est pas sérieusement contestable. Dans un litige indemnitaire dans lequel la responsabilité de l'administration n'est pas discutable, et face à préjudice lourd exigeant par exemple d'engager de nombreux frais personnels, la réponse d'un juge des référés accordant une provision vient nécessairement au soutien d'une justice de qualité. Quant aux situations d'urgence, et sans même entrer dans les nécessaires discussions sur les qualifications de l'urgence pour chaque référé²⁰, le bilan est celui d'une réponse qualitative parce qu'elle arrive avec célérité et règle, fût-ce à titre provisoire, une situation que ne peut pas attendre une réponse au fond. On pense au référé-liberté bien sûr, même si certaines ordonnances emblématiques ne viennent pas nécessairement au soutien du propos, soit au regard de la « qualité » de la solution (très discutée dans l'affaire *Dieudonné*), soit au regard de la rapidité de la réponse (très aménagée dans l'affaire *Vincent Lambert*). Mais lorsqu'un fonctionnaire évincé pour ses opinions doit être réintégré²¹, que des papiers d'identité sont retirés sans fondement²², qu'un étranger est menacé d'expulsion lorsque sa

¹⁵ F. Colombet, Rapport n° 2002 fait au nom de la commission des lois, JO AN, 8 déc. 1999.

¹⁶ R. Garrec, Rapport n° 210 (1999-2000), fait au nom de la commission des lois, JO Sénat, 9 fév. 2000.

¹⁷ Ce qui avait pourtant été voté en premier lecture devant l'Assemblée nationale : Texte n° 412 modifié par l'Assemblée nationale le 14 déc. 1999.

¹⁸ Art. L. 522-3 du CJA.

¹⁹ R. Fraisse, « Pour la création d'une procédure d'ordonnance simplifiée soumise à un droit d'opposition », JCP A 2005 (30-34), n°1293.

²⁰ P. Chrétien, « La notion d'urgence », RFDA 2007. 38 ; D. De Saint Marc, « Les procédures d'urgence : premier bilan », AJDA 2002. 1 ; V. Ogier-Bernaud, « Le référé suspension et la condition d'urgence », RFDA 2007. 284. ; A. Bretonneau et X. Domino, « Dix ans d'urgence », AJDA 2011. 1369

²¹ En l'espèce, tel n'était pas le cas, mais le Conseil d'État a fait émerger la liberté d'opinion comme liberté fondamentale : CE, Sect., 28 févr. 2001, n°229163, *Casanovas*.

²² CE, ord., 2 avr. 2001, n° 231965, *Min. de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*.

famille est en France²³, qu'un spectacle est interdit²⁴, ou que des conditions d'accueil de migrants sont inhumaines et dégradantes²⁵, c'est bien la rapidité de la réponse qui fait ici la qualité de la justice pour le justiciable. Enfin, la faculté donnée au juge de se mobiliser et de statuer en quelques jours, voire quelques heures n'est pas réservée au référé-liberté. Il existe des référés-suspension jugés très rapidement²⁶, et des référés mesures-utiles encore plus rapidement²⁷.

Enfin, en ce qui concerne la garantie des libertés fondamentales, l'apport du référé-liberté est indiscutable au regard de la situation qui prévalait antérieurement. Alors que le juge du fond était seulement gardien de phare de la légalité, même dans l'exercice de son fameux contrôle maximum (Benjamin 1933) ou dans sa fabrique des « principes généraux du droit », le juge des référés est devenu gardien des libertés fondamentales. Mieux encore, il est devenu faiseur de libertés fondamentales.

B. Le juge du référé, pilotine du juge du fond

La pilotine est l'autre nom du « bateau pilote », ce bateau réputé fiable, agile et rapide et mis au service des navires plus imposants, soit pour les aider dans leurs manœuvres, soit pour embarquer des passagers, soit pour embarquer le pilote lui-même, ce qui en fait une image intéressante lorsque l'on sait que la possibilité pour un juge ayant statué en référé de statuer au fond dépend de l'analyse menée sur la nature de « préjugement » du référé.

Certains référés sont des outils d'affinement des demandes au fond et forment une sorte de tremplin – qualitatif – vers le recours au fond, y compris parmi les référés assez péjorativement désignés « ordinaires » parce qu'ils sont déconnectés de la condition d'urgence (expertise, provision), alors que c'est ce qui fait toute leur valeur.

Les référés sans condition d'urgence - Hommage, pour commencer, au référé-expertise. Assez insignifiant d'un point de vue doctrinal²⁸ et étranger à la réforme de 2000 puisqu'il existe en sa forme actuelle depuis 1988 s'agissant de l'abandon de la condition d'urgence²⁹, et depuis 1996 s'agissant de l'abandon de l'interdiction de préjudicier au principal³⁰ –, il n'en demeure pas moins un référé très *utilisé*³¹ et surtout fondamentalement *utile*. Utile au litige, dont l'orientation peut être rectifiée très tôt si le juge des référés ne trouve pas de lien entre la demande d'expertise et le bien-fondé de la demande principale³². Utile aux parties dans leur réflexion quant à l'opportunité de poursuivre le litige devant le juge du fond, ou de rechercher une issue amiable. Utile au juge du fond puisque le rapport d'expertise devient

²³ CE, 30 oct. 2001, n° 238211, *Min. de l'intérieur c/ Tliba*: en l'espèce pas d'atteinte grave et manifestation illégale à la liberté fondamentale constituée par le droit de mener une vie familiale normale.

²⁴ CE, 6 févr. 2015, n° 387726, *Cne de Courmon d'Auvergne*

²⁵ CE, ord., 23 nov. 2015, n° 394540, 394568, *Min. de l'intérieur et Cne de Calais*.

²⁶ Gilles Hermitte confirmait pendant les échanges que certains recours peuvent être audiencés en 48h selon le degré d'urgence.

²⁷ TA, Ord., Clermont-Fd, 30 déc. 2014, n° 1402388, Syndicat VALTOM et Sté Vernea: demande d'expulsion du domaine public enregistré, audience et jugé en moins de 24 h.

²⁸ J. Raymond, « Les référés expertise », JCP A, 2005, n°28, 1262.

²⁹ Décret n° 88-907 du 2 sept. 1988 portant diverses mesures relatives à la procédure administrative contentieuse.

³⁰ Remplacée par l'interdiction d'ordonner à l'expert de se prononcer sur des questions de droit : CE, 11 mars 1996, n° 161112, *SCI du domaine des Figuières*.

³¹ Environ 3000 par an si on prend l'année 2019 comme référence, 2020 étant une année particulière avec une baisse des entrées de 9% dans l'ensemble de la juridiction administrative : Conseil d'État, Rapport Public 2020, La Documentation Française, juin 2021, 408 p.

³² CE, 11 févr. 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur*, n° 259290.

souvent la pièce maîtresse de son instruction. L'introduction d'un référé-expertise interrompt d'ailleurs le délai du recours en plein contentieux indemnitaire³³, alors qu'il n'a pas cet effet sur le délai de recours pour excès de pouvoir³⁴, preuve de son utilité tremplin dans le premier cas, et preuve, dans le second cas, qu'il n'est pas utile à l'annulation puisqu'il ne confie pas à l'expert le soin de se prononcer sur des questions de droit (la légalité d'une décision ne saurait dépendre des résultats d'une expertise). Même chose pour sa variante, le référé préventif³⁵, et pour le référé-constat³⁶ qui, bien que rares, permettent de prendre une photographie d'une situation, de préserver des preuves, et de s'en prévaloir le cas échéant dans une procédure au fond.

L'observation est également valable vis-à-vis du référé-provision, même s'il poursuit sa mutation vers un véritable jugement au fond par ordonnance (cf *infra*). Créé en 1988³⁷, il n'avait pas vocation à être modifié en 2000³⁸, mais le pouvoir réglementaire a finalement supprimé l'obligation d'un recours au fond³⁹. Et s'il est possible de liquider entièrement la créance dans le cadre d'un référé-provision, il reste de nombreuses situations contentieuses dans lesquelles, dans l'attente d'une évaluation des préjudices, une part seulement de l'obligation n'est pas contestable, et pour lesquelles la provision accordée prendra les traits d'une « avance sur le fond ». Une avance qui préjuge nécessairement la solution au fond quant à la responsabilité, même si des exceptions existent. D'ailleurs, le juge du référé provision peut être rapporteur public au fond⁴⁰, mais ne peut pas siéger dans la formation collégiale qui statuera au fond, si recours au fond il y a⁴¹.

Les référés urgents – Puisqu'il est énoncé à l'article L. 521-1 du code de justice administrative que le référé-suspension est obligatoirement assorti d'un recours en annulation ou en réformation, cette procédure est le tremplin par excellence vers le juge du fond. Ou, comme le formule plus justement le président Labetoulle, « le juge de la suspension est comme un détachement précurseur du juge de l'annulation »⁴². Le critère du « doute sérieux » est moins exigeant que celui de la légalité, et l'on sait que : le juge ne procède qu'à un « premier examen » de légalité pour les besoins duquel il faut d'ailleurs s'attacher à lui présenter les moyens choisis de nature à créer un doute sérieux⁴³ ; devant lui, la loi fait écran dans le contrôle de conventionnalité⁴⁴ ; il ne peut dégager des PGD⁴⁵ ; sa solution n'engage ni ne présage de celle du juge du fond ; il peut à ce titre endosser la robe

³³ CE, 13 mars 2009, n° 317567, *Vera*.

³⁴ CE, 28 sept. 2020, n° 425630, *Dabadie*.

³⁵ Prévu à l'alinéa 2 de l'article R. 532-1 du CJA : « Il peut notamment charger un expert de procéder, lors de l'exécution de travaux publics, à toutes constatations relatives à l'état des immeubles susceptibles d'être affectés par des dommages ainsi qu'aux causes et à l'étendue des dommages qui surviendraient effectivement pendant la durée de sa mission. »

³⁶ Art. R. 531-1 du CJA. Il s'agit d'une voie de constatation intéressante, utilisée par les détenus pour faire constater leurs conditions de détention, à condition que la mesure soit accordée à temps : CE, 13 mars 2019, n° 418101 et n° 418102, *A. P.*

³⁷ Décret n° 88-907 du 2 sept. 1988, préc.

³⁸ Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence, RFDA 2000. 941.

³⁹ Décret n° 2000-1115 du 22 nov. 2000 pris pour l'application de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et modifiant le code de justice administrative.

⁴⁰ CE 5 juill. 2017, n° 402481, *M. Menec*.

⁴¹ CE, 7 déc. 2006, *Mme Sene*, n° 294218.

⁴² D. Labetoulle, « L'élaboration et la mise en place de la réforme », AJDA 2020. 1330.

⁴³ CE, Ord., 9 août 2006, n° 294785, *Commune de Groslay*.

⁴⁴ CE 30 déc. 2002, n° 240430, *Min. de l'Aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati*.

⁴⁵ CE, ord., 21 oct. 2005, n° 285577, *Association Aides*.

de juge de référés puis de juge du fond⁴⁶. Toutefois, trois tempéraments doivent être relevés⁴⁷.

En premier lieu, le juge du référé-suspension est un juge de la recevabilité du recours au fond (dont dépend la recevabilité du recours en référé dont il est saisi⁴⁸) qu'il examine, au besoin d'office⁴⁹, chaussant alors les lunettes d'un juge du fond. D'ailleurs, si un juge des référés a rejeté le référé-suspension pour irrecevabilité en raison de l'irrecevabilité du recours au fond, il a nécessairement préjugé de l'issue du litige et ne pourra plus juger l'affaire au fond⁵⁰.

En deuxième lieu, son office s'étoffe perceptiblement. Il peut soulever des moyens de légalité d'office dès lors qu'ils ne nécessitent pas d'appréciation sur les faits⁵¹. Il peut opérer des substitutions⁵² et des neutralisations⁵³ de motifs, et il se prononce parfois sur un doute qui apparaît comme sérieux à l'issue d'un contrôle – rapide, mais approfondi – plutôt que sur un doute qui lui sauterait aux yeux. En somme, les moyens relatifs au doute sérieux ne sont pas toujours en superficie du dossier⁵⁴. De plus, le juge du référé-suspension semble être à la veille de pouvoir librement contrôler la conventionnalité des lois. La jurisprudence *Carminati*, qui avait été étendue aux référés-libertés⁵⁵, est tombée avec grand retentissement pour le juge des référés-libertés avec *Gonzales-Gomez*⁵⁶ et devrait tomber pareillement pour le juge du référé suspension. C'est en tout cas ce que les commentateurs les plus autorisés ne cessent de prédire⁵⁷, revenant fréquemment aux conclusions contraires de Mathias Guyomar sur *Carminati*. Enfin, le dispositif consistant finalement à présumer qu'un recours au fond a perdu son intérêt lorsque le juge du référé-suspension a rejeté la requête pour absence de doute sérieux n'est-il pas la preuve d'une porosité entre les deux niveaux de contrôle ?

En troisième et dernier lieu, si sa décision ne préjuge pas, elle présage bien souvent de la décision au fond. Gilles Hermitte évoque « un cheval de Troie de la procédure au fond » et la frustration du juge des référés à ne pas purger le litige ou convaincre les parties [surtout en cas de rejet donc] de la solution, sans sortir du rôle du référé en expliquant ce que ferait un juge du fond. Si l'exécution d'une décision est suspendue, la décision aura de bonnes chances statistiques d'être annulée. Si le référé-suspension est rejeté pour absence de doute sérieux, le recours au fond aura de bonnes chances statistiques d'être rejeté. Les exemples du contraire sont tellement rares qu'on cite d'ailleurs toujours le même⁵⁸. Et, lorsque la solution au fond au tribunal administratif diverge de celle du référé, il n'est pas rare

⁴⁶ CE, Sect., avis, 12 mai 2004, n° 265184, *Commune de Rogerville*.

⁴⁷ En 2007, quelques années seulement après la réforme, Paul Cassia relevait déjà des différences entre l'office du juge des référés sur le papier, et l'office du juge des référés dégagé des solutions jurisprudentielles : P. Cassia, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », RFDA 2007. 45.

⁴⁸ CE 11 mai 2001, n° 231802, *Commune de Loches c/ Consorts Gillard et CE*, ord., 14 nov. 2005, n° 286837, *Hoffer*.

⁴⁹ CE 1er mars 2004, n° 258505, *Socquet-Juglard*

⁵⁰ CE, 30 janv. 2017, n° 394206, *Colombol*

⁵¹ CE, Sect., 16 mai 2001, n°230631, *Epoux Duffaut*.

⁵² CE 15 mars 2004, n° 261130, *Commune de Villasavary c/ Société Orange France*.

⁵³ CE, ord., 12 mai 2005, n° 279011, *Zerbib*.

⁵⁴ Par exemple lorsque l'acte contesté « ne comporte pas de discrimination illégale » : CE, ord., 23 mai 2005, n° 279950, *Humblot*.

⁵⁵ CE 9 déc. 2005, n° 287777, *Allouache*.

⁵⁶ CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Gonzales-Gomez*.

⁵⁷ Dès la jurisprudence *Diakité* (CE 16 juin 2010, n° 340250) pour A. Bretonneau et X. Domino, « Dix ans d'urgence », AJDA 2011. 1369, et après la jurisprudence *Gonzales-Gomez* pour L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? » AJDA 2016. 1398.

⁵⁸ CE, Ord., 24 janv. 2002, n° 240717, *Hannoun*, dans laquelle le juge des référés suspend l'exécution d'une sanction du Conseil des marchés financiers, et CE, 19 mars 2003, n° 240718, *Hannoun*, dans laquelle le juge du fond rejette la requête.

que le Conseil d'État soit passé par là pour censurer l'ordonnance de référé, ce qui a nécessairement une influence sur la solution du juge du fond puisqu'au surplus, le contrôle de cassation est limité à l'erreur de droit et, même, à l'erreur de droit manifeste⁵⁹.

Finalement, la plus grande limite posée aux prérogatives du juge est celle de la portée de sa décision, qui doit être provisoire. Mais même pour ce référé qui, au sein des trois référés d'urgence, est celui auquel l'article L. 511-1 sied le mieux⁶⁰, l'effet tremplin vers le juge du fond est loin d'être toujours garanti⁶¹ et le récent désistement d'office menaçant le recours au fond⁶² a plutôt transformé le tremplin en chausse-trappe.

Le référé mesures-utiles a bien souvent une portée définitive et n'est guère un tremplin vers le fond. Le référé liberté en revanche, connaît régulièrement des suites au fond et, si l'autorité de la chose jugée « au provisoire » ne lie théoriquement pas le juge du fond⁶³, elle s'impose en pratique toujours lorsqu'il reconnaît une atteinte grave et manifestement illégale et le plus souvent lorsqu'il l'écarte⁶⁴, avec un juge des référés qui ne peut au demeurant pas statuer en formation collégiale⁶⁵.

C. Le juge des référés, inspiration pour le juge du fond

S'il est un domaine dans lequel la maturité du juge des référés lui permet d'être une source d'inspiration pour le juge du fond, c'est évidemment celui de l'oralité. Bien qu'un premier choc culturel eu lieu dans les tribunaux administratifs en 1990 avec le contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière⁶⁶ et, dans une moindre mesure, avec le référé précontractuel⁶⁷, la loi du 30 juin 2000 a radicalement bouleversé le dogme de l'écrit en introduisant à l'article L. 522-1 du code de justice administrative l'oralité dans le débat juridictionnel : « Le juge des référés statue au terme d'une procédure écrite ou orale ». Pensée et voulue pour les procédures d'urgence, l'oralité a d'abord été regardée comme consubstantielle à l'urgence⁶⁸, puis, à l'usage, unanimement saluée par les acteurs du procès administratif⁶⁹, avant d'apparaître comme une modalité de rationalisation du procès, au-delà des questions d'urgence. Certaines procédures au fond ont en effet été gagnées par

⁵⁹ CE, 29 nov. 2002, n°244727, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne-Métropole*.

⁶⁰ O. Le Bot, intervention lors du colloque *Le référé : les 20 ans de la justice administrative de l'urgence*, Conseil d'État, 29 nov. 2019

⁶¹ B. Plessix, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », RFDA 2007. 76.

⁶² Le désistement d'office organisé par le décret et codifié à l'article R. 612-5-2 du CJA.

⁶³ CE, 1^{er} mars 2001, n°230794, *M. P.*

⁶⁴ On connaît une exception notable avec les contentieux de la décision d'imposer des visas de transit aéroportuaires aux Tchétchènes. Le recours fut rejeté pour défaut d'urgence en référé liberté (CE, Ord., 1^{er} avr. 2008, n°313711.), mais la décision a été annulée au fond (CE, 25 juil. 2008, n° 313710).

⁶⁵ Par analogie : CE, 13 sept. 2019, n° 420514, *Pouliquen*.

⁶⁶ Loi n° 90-34 du 10 janv. 1990 modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

⁶⁷ Loi n° 92-10 du 4 janv. 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux ; Loi n° 93-1416 du 29 déc. 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

⁶⁸ J.-M. Sauvé, « La place de l'oralité : support délaissé ou renouvelé dans la juridiction administrative ? », in Gaboriau S. et Pauliat H. (dir.), *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?*, Presses Universitaires de Limoges, 2011.

⁶⁹ A. Lyon-Caen, « Vers une procédure de dialogue interactif du juge et du justiciable », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 585 ; M. Goyomar, « Le développement de l'oralité du point de vue du Conseiller d'État », in Teitgen-Colly C. (dir.), *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Mare et Martin, 2017, p. 121-124.

l'oralité : le contentieux du droit au logement opposable en 2008⁷⁰ et les contentieux sociaux en 2013⁷¹. Entre les deux, l'inversion de l'ordre de parole à l'audience en 2009 a permis au Rapporteur public d'envoyer des messages auxquels les parties ont enfin pu répondre.

Le constat de l'intérêt d'un dialogue interactif, même en dehors des référés⁷², a permis d'envisager l'oralité comme une modalité à part entière du procès « en général ». Mais ce sont bien les vingt ans d'oralité en référés d'urgence qui ont transformé les standards de l'audience. Encore très fort en 2000, le dogme de l'écrit faisait de la prise de parole de l'avocat une chose rare, sinon inconvenante, et la réforme des référés fut un choc pour les juges comme pour les avocats. Le constat est unanime : les référés urgents ont introduit dans la justice administrative une culture de l'oralité et, passé le choc et grâce à l'impulsion de personnalités du Conseil d'État⁷³, ont permis un grand saut culturel. C'est aussi une affaire de génération. Lors des entretiens du Conseil d'État tenus le 29 novembre 2019, le Président Labetoulle – grand acteur de la réforme, mais qui a finalement peu connu l'office du juge des référés – disait affectueusement de Mme Maud Vialettes (présidente de la 4^e chambre de la section du contentieux) qu'elle était un « bébé référé » parce qu'entrée au Conseil d'État en 2001. Quel que soit le degré de juridiction, ces enfants du référé ont, par capillarité entre leur office du juge des référés et leur office de juge du fond, finalisé l'acculturation du juge administratif à l'oralité. L'heure est ainsi venue aujourd'hui de s'inspirer de la procédure des référés pour changer les façons de juger au fond, et l'oralité fait son chemin dans la procédure au fond⁷⁴. Pour l'heure, devant le Conseil d'État et dans le cadre de l'instruction⁷⁵, à terme, peut-être devant toutes les juridictions avec une audience très interactive qui pourrait faire partie de l'instruction⁷⁶.

II. Le concurrent du juge du fond

Rappelons-le, l'office du juge des référés reste très différent de l'office du juge du fond, et le premier ne remplacera jamais le second. Mais en répondant présent au besoin accru de célérité exprimé par les justiciables, le juge des référés ne risque-t-il pas de rompre certains équilibres (y compris avec le juge judiciaire d'ailleurs⁷⁷) et de conduire à une mutation de la justice où tout serait urgent, tout serait jugé par ordonnance, voire, à trop répondre présent, tout serait administré par ordonnance ?

A. Vers une ère du tout urgent

Alors que juge du fond est devenu plus efficace (pouvoir d'injonction en 1995, accélération notable des délais de jugements), et qu'il présente toujours des garanties supplémentaires par rapport au juge des référés (collégialité, contradictoire), l'attraction du référé est grande pour des requérants à qui tout paraît urgent ou dont le juge des référés devient le seul

⁷⁰ Art. R. 778-5 créé par le décret n° 2008-1227 du 27 nov. 2008 relatif au contentieux du droit au logement opposable.

⁷¹ Décret n°2013-730 du 13 août 2013 portant modification du code de justice administrative.

⁷² A. Monod., « Le développement de l'oralité du point de vue d'un avocat aux Conseils », in Teitgen-Colly C. (dir.), *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, préc. p. 117-124.

⁷³ Et, pour les citer parce que le propos, bien qu'informel, est plein de gratitude : le président Bernard Stirn et sa culture de l'échange et du dialogue (y compris avec la doctrine, y compris la doctrine universitaire !) et Jean-Denis Combexelle et son pragmatisme finaliste sur l'office du juge.

⁷⁴ Nous nous permettons de renvoyer à une précédente étude : C. Lantero, « L'oralité devant les juridictions administratives », in O. Desaulnay (dir.), *La parole en droit public*, L'Épilogue, Lextenso, mai 2020, pp. 263-276.

⁷⁵ Décret n° 2020-1404 du 18 novembre 2020 portant expérimentation au Conseil d'État des procédures d'instruction orale et d'audience d'instruction et modifiant le code de justice administrative.

⁷⁶ Pour avoir tout pris du fonctionnement de la juridiction administrative française, le juge administratif luxembourgeois offre une innovation qui pourrait inspirer son modèle.

⁷⁷ O. Le Bot, « Vingt ans de référé-liberté », AJDA 2020. 1342.

interlocuteur face à une administration défaillante. Si le juge du référé reste vigilant sur son office et que les rejets pour défaut d'urgence sont encore légion, cela n'empêche pas les administrés de le saisir, en oubliant parfois de défendre cette urgence, comme si l'intervention rapide d'un juge était un principe cardinal de la justice.

Dès l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, l'attente sociale était forte après des années d'arriérés causés par la lenteur de la procédure au fond⁷⁸. Cette attente sociale demeure forte et le juge du référé – notamment le juge du référé-liberté et plus particulièrement le Conseil d'État – a tendance à l'alimenter, tout enorgueilli d'être sorti de l'ombre médiatique⁷⁹ et de l'ombre du juge judiciaire⁸⁰. Si le Conseil d'État est aujourd'hui bien mieux connu du grand public, c'est bien en qualité de juge d'appel du référé-liberté, avec un emballement très net depuis 2014 et les affaires *Dieudonné* et *Lambert* et 2016 avec le contentieux dit du *burkini*⁸¹. Emballement auquel il a d'ailleurs bien volontiers contribué⁸².

Mais le juge du référé-suspension n'est pas en reste. Jean-Denis Combrexelle évoquait une « cannibalisation des procédures du fond »⁸³ en prenant pour illustration le « décret des 80 km/h » qui n'a, il est vrai, retenu l'attention du grand public et de la presse qu'au stade du référé-suspension⁸⁴ et désintéressé tout le monde au stade du recours au fond⁸⁵.

Pas davantage que le référé mesures-utiles, actionné par les administrés lorsqu'un avis de la CADA, qui n'est qu'un avis, serait trop long à venir⁸⁶, ou qu'une situation ne saurait attendre une autorisation de l'administration⁸⁷, ou une intervention de l'autorité de police⁸⁸. On perçoit ici la bascule entre la volonté d'un administré de trouver une solution rapide, à l'impossibilité, pour ce même administré, de trouver un interlocuteur efficace en la personne de l'administration.

Il n'est pas question de dire ici que le juge des référés voit de l'urgence où il n'y en a pas et répond systématiquement à toutes les urgences ressenties. Il ne répond qu'aux urgences avérées et n'est d'ailleurs pas tenu par l'impossible⁸⁹, le référé « mesures-ultimes »⁹⁰

⁷⁸ Sur ce phénomène d'attente sociale et le scandale des arriérés judiciaires, v. F. OST, « L'accélération du temps juridique », in P. Gerard, F. Ost et M. Van De Kerchove (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2000, pp. 7-14.

⁷⁹ « De l'ombre du pouvoir à la lumière médiatique, la montée en puissance du Conseil d'État », *Le Point*, 8 sept. 2017.

⁸⁰ Ce qui a d'ailleurs agacé ledit juge judiciaire et conduit les chefs de chaque Haute juridiction à s'interpeller par voie de presse interposée. V. C. Tukov, « L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », *AJDA* 2016. 936 et T. Renault, « Du rififi chez les juges - Le juge administratif est-il le nouveau gardien des libertés publiques ? », *AJDA* 2016. 1671.

⁸¹ « Je n'ai jamais vu autant de journalistes – du monde entier – que lors de l'affaire du Burkini en 2016 » a rappelé Bernard Stirn le 30 juin 2021.

⁸² « Depuis décembre 2013 - date du début de la saga contentieuse relative aux interdictions des spectacles de Dieudonné -, plus de 60 % de la petite trentaine de communiqués de presse publiés par le Conseil d'État sur ses décisions contentieuses concernent les référés » : A. Bretonneau et J. Lessi, « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA* 2014. 1484.

⁸³ J.-D. Combrexelle, propos tenus lors du colloque *Le référé : les 20 ans de la justice administrative de l'urgence*, Conseil d'État, 29 nov. 2019

⁸⁴ La dépêche AFP du 25 juillet 2018, date de la décision CE, Ord., M.Z...A, n° 421704 a été reprise plus de dix fois.

⁸⁵ Pas un mot dans la presse à la date de la décision au fond (CE, 24 juil. 2019, n° 421603).

⁸⁶ CE 29 avr. 2002, n° 239466, *S^{te} Baggerbedrijf de Boer*.

⁸⁷ CE 5 mars 2018, n° 414859, *Levrel*, au sujet de la possibilité pour un détenu d'accéder à ses comptes de messagerie électronique afin de sauvegarder ses données à caractère personnel ou à ce qu'il lui soit permis de désigner un tiers qui procède à sa place.

⁸⁸ CE 8 mars 2010, n° 331115, *Djoudar*, en matière d'immeuble menaçant ruine et de travaux urgents à réaliser.

⁸⁹ CE, ord., 27 mars 2014, n° 376726, *Min. de l'intérieur c/ asso Falun Gong France* à propos de l'impossibilité matérielle de statuer sur un référé-liberté déposé en pleine nuit, mais seulement enregistré à 9h, pour une manifestation programmée à 10h30.

⁹⁰ Selon les termes d'une formidable coquille rencontrée dans une copie d'étudiant.

n'existant pas encore. Le « rôle essentiel de la condition d'urgence » fixé en 2000⁹¹ demeure aujourd'hui, et fait même l'objet de hiérarchisation au sein des référés⁹². L'attente des justiciables n'en est pas moins élevée et le juge des référés tend à lui faire écho, avec une « montée en puissance des présomptions d'urgence »⁹³, qu'il développe les unes après les autres en référé-suspension⁹⁴, ainsi, mais plus exceptionnellement, qu'en référé-liberté⁹⁵.

B. Vers une justice par ordonnance

Trois séries d'observations justifient que la question soit posée. La première est d'admettre qu'en dépit du principe contraire, le juge des référés fait tout de même jurisprudence. La deuxième est d'admettre – bien que le constat fasse déjà consensus – que de très nombreux litiges sont purgés en référé. La troisième, qui ne sera pas développée ici, est d'admettre qu'un glissement culturel est en train de se faire, de la collégialité de prétoire à la collégialité de couloir, avec une véritable acculturation des juges, comme des justiciables, à la décision juridictionnelle prise par un juge seul⁹⁶.

1. Faire ou ne pas faire jurisprudence

Les ordonnances de référé n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, il est constamment rappelé par la doctrine (notamment organique⁹⁷) qu'elles ne peuvent en principe pas faire jurisprudence. Pourtant, non seulement l'autorité provisoire de la chose jugée est forte⁹⁸, mais l'absence d'autorité générale de la chose jugée est théorique et il existe bel et bien une jurisprudence émanant du juge des référés. « Dans la réalité, leur portée juridique est très importante » confirmait le Président Stirn lors des travaux du 30 juin 2021, « elles définissent l'office du juge, elles définissent des notions, elles définissent la portée du pouvoir d'injonction ». C'est bien à partir des ordonnances du juge des référés, d'ailleurs publiées au Recueil Lebon sur décision de la Troïka, voire au GAJA pour l'affaire *Lambert*, qu'une véritable jurisprudence s'est construite. Naturellement, il n'est question que de la

⁹¹ R. Vandermeeren, « Le référé suspension », RFDA 2002. 250.

⁹² Notamment entre l'urgence au sens de l'article L. 521-1 et l'urgence au sens de l'article L. 521-2. Voir en ce sens : CE, Ord., 20 nov. 2019, n°435785, *Gerihanov*.

⁹³ B. Plessix, intervention lors du colloque *Le référé : les 20 ans de la justice administrative de l'urgence*, Conseil d'État, 29 nov. 2019.

⁹⁴ Pour la délivrance d'un permis de construire (CE, 7 juil. 2001 n° 230231, *Commune de Tulle*, et CE, 15 juin 2007, n° 300208, *Arnaud*), de décision préfectorale suspendant l'entrée en vigueur d'un PLU et demandant des modifications (CE, 30 déc. 2020, n° 441075, *Communauté de communes de la Ténarèze*), pour l'acquéreur évincé en matière de décision de préemption (CE, 29 juin 2020, n°435502, *SCI eaux douces*), le retrait ou le refus de renouvellement d'un titre de séjour (CE, sect., 14 mars 2001, n° 229773, *Min. de l'intérieur c/ Mme A.*, CE, Ord., 11 déc. 2002, n° 246524, *Chebbaki*), en matière d'expropriation, pour les arrêtés de cessibilité (CE, 5 déc. 2014, n° 369522, *Consorts Le Breton* et CE, 27 janv. 2021, n° 437237, 437293, *EPF de la Vendée*), pour les arrêtés modifiant la répartition des compétences des collectivités territoriales (CE, 30 déc. 2009 n° 328184, *SIVOM de gestion du centre social intercommunal rural*), la méconnaissance par la collectivité publique du caractère exécutoire de l'ordonnance du juge des référés précontractuels (CE, 6 mars 2009, n° 324064, *Sté Biomérieux*), le refus de l'aide sociale à l'enfance de poursuivre la prise en charge d'un jeune majeur (CE, 21 déc. 2018, n° 421323, *Diakhaby*), ou encore le placement à l'isolement des détenus (CE, 7 juin 2019, n° 426772, *Madani*).

⁹⁵ Reconnue en matière d'extradition : CE 29 juill. 2003, n° 258900, *Peqini*, en matière de réadmission d'un demandeur d'asile : CE 25 nov. 2003, n° 261913, *Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan*; et pour les assignations à résidence prises sur le fondement de la loi du 3 avr. 1955 relative à l'état d'urgence (CE, 11 déc. 2015, n° 395009, *Cédric D.*).

⁹⁶ Gilles Hermitte disait lors des travaux du 30 juin 2021 que 70% des décisions sortant du TA de Cergy-Pontoise étaient prises par un juge seul (ordonnances de tri, formation juge unique ou référé).

⁹⁷ Rapport du groupe de travail ; D. Labetoulle, « Le référé nouveau est arrivé, AJDA 2001. 211 ; J.-H. Stahl, « Le référé conservatoire, complément du référé suspension », RFDA 2004. 1170 ; D. Labetoulle, « L'élaboration et la mise en place de la réforme », AJDA 2020. 1330.

⁹⁸ CE, 5 nov. 2003, n° 259339, *Association convention vie et nature pour une écologie radicale*.

jurisprudence du Conseil d'État, les juges des référés du fond ne pouvant pas faire jurisprudence, et certainement pas contre celle du Conseil d'État⁹⁹.

En outre, le renvoi en formation collégiale, prévu à l'article R. 611-20 du code de justice administrative, a été beaucoup utilisé dans la première année d'application de la loi¹⁰⁰, précisément parce qu'il s'agissait de « faire jurisprudence », la collégialité étant l'outil de légitimation par excellence de la décision prise. Ce renvoi en formation collégiale n'a pas disparu avec la loi du 20 avril 2016 qui a créé la formation à trois juges des référés¹⁰¹, tant s'en faut. Postérieurement à avril 2016, on dénombre encore plusieurs centaines de décisions prises en formation collégiale avec conclusions du Rapporteur public : en cassation du Conseil d'État en référé-suspension (les plus nombreuses) et en référé mesures utiles (dont plusieurs dizaines mentionnées aux tables ou publiées au Recueil) et en appel en référé-liberté (dont nombreuses publiées au Recueil). En revanche, le recours à la « formation composée de trois juges des référés » est encore assez résiduel au Conseil d'État.

Parlons-nous seulement d'une « jurisprudence de référés » ? Cela est loin d'être certain. Ainsi le juge du référé-liberté tranche-t-il d'importantes notions dont on aurait pu penser qu'elles ne pouvaient être manipulées que par le juge du fond (ordre public, dignité)¹⁰². De même, lorsqu'il reconnaît une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, il fait jurisprudence et lie le juge du fond¹⁰³. Ou, mieux encore, lorsqu'il affirme que la décision d'arrêter les traitements ne peut « être tenue pour illégale »¹⁰⁴, et non pas « manifestement illégale », il agit en juge du fond. De manière générale, sur le très particulier¹⁰⁵ office du juge des référés au regard des décisions de limitation et d'arrêt des traitements, et dans l'éventualité d'un recours en responsabilité, la jurisprudence du Conseil d'État juge des référés fera nécessairement jurisprudence. De même, le juge du référé-suspension, et notamment le Conseil d'État juge de cassation, ne se prive pas non plus de faire jurisprudence lorsqu'il adopte des positions de principe, fichées à ce titre, sur des qualifications juridiques d'opérations d'urbanisme¹⁰⁶, sur la portée du refus de concours de la force publique¹⁰⁷, sur l'organisation des activités sportives professionnelles par une fédération délégataire¹⁰⁸, sur la portée du droit d'asile constitutionnel et l'absence de droit à la délivrance d'un visa en vue de déposer une demande d'asile en France¹⁰⁹, etc.

En tout état de cause, l'impossibilité théorique de faire jurisprudence est intimement liée au caractère provisoire des mesures ordonnées. Or, ce caractère prend lui aussi des aspects souvent théoriques.

2. Mettre un terme au litige

Le constat de ce que le juge des référés met bien souvent un terme au litige n'a pas attendu les anniversaires de la réforme. Très rapidement, « l'apparence du provisoire » a été

⁹⁹ CE, ord., 1^{er} septembre 2017, n° 413607, *Com. De Dannemarie*, recadrant la tentative du juge des référés de première instance de placer le principe d'égalité au rang des libertés fondamentales : TA Strasbourg, Ord., 9 août 2017, n° 1703922, *Asso. Les effronté-e-s*.

¹⁰⁰ D. Labetoulle, « L'élaboration et la mise en place de la réforme », AJDA 2020. 1330.

¹⁰¹ Art. L. 511-2 du CJA, modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avr. 2016.

¹⁰² J. Schmitz, « Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond », RFDA 2014. 502.

¹⁰³ Pour des illustrations, dès 2007, v. P. Cassia, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », RFDA 2007. 45.

¹⁰⁴ CE, Ass., 24 juin 2014, n°375081, *Lambert*.

¹⁰⁵ Si particulier (voir P. Delvolvé, « Glissements », RFDA 2014. 702) qu'il conviendrait presque de le sortir de l'analyse générale du référé-liberté.

¹⁰⁶ CE, 7 févr. 2005, n° 264315 264372, *Sté Soleil d'Or et Commune de Menton*.

¹⁰⁷ CE, 5 déc. 2005, n° 280050, *Min. de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Chataignier*.

¹⁰⁸ CE, 12 avr. 2017, n° 409537, *Ligue nationale de Rugby*.

¹⁰⁹ CE, 16 oct. 2017, n°408374, *M. K.*

confrontée à la « réalité du définitif »¹¹⁰ en particulier pour le référé-liberté, le référé mesures-utiles et le référé-provision. Ce constat ne sera jamais démenti.

Le référé-provision, dès lors qu'il venait d'être déconnecté du recours au fond par le décret de novembre 2000, n'a nourri aucune illusion sur sa nature de quasi-recours au fond¹¹¹, selon nous consacrée par l'obligation récente de liaison de contentieux¹¹². En effet, si on peut voir dans une telle règle l'expression d'une volonté du Conseil d'État de réorienter les justiciables vers un vrai recours au fond¹¹³, elle paraît bien davantage parachever la mutation du référé-provision en recours indemnitaire de droit commun. Preuve en est le succès du référé-provision en matière contractuelle mis en évidence par Charles-André Dubreuil dans le présent dossier, alors même qu'un tel recours est depuis longtemps précédé de démarches préalables obligatoires¹¹⁴. En outre, le remarquable assouplissement des règles gouvernant la demande préalable indemnitaire¹¹⁵ et la nécessaire préservation des délais contentieux qu'implique le dépôt d'un recours en référé¹¹⁶. Dès lors, ce « mini procès indemnitaire » initialement évoqué pour traiter des créances peu nombreuses et partielles est parfois¹¹⁷ véritablement transformé en « super procès indemnitaire »¹¹⁸ lorsque l'entière créance d'un lourd préjudice ou l'entière exécution d'un marché peut être liquidée¹¹⁹, sans collégialité, sans conclusions d'un rapporteur public, et même sans audience¹²⁰.

L'état se resserre un peu autour du juge des référés mesures-utiles¹²¹ qui avait peut-être pris trop de latitudes¹²², entrant trop en concurrence avec le référé-suspension¹²³, voire, précisément, avec le juge du fond. Il a donc été réaffirmé que le juge des référés mesures-utiles n'intervient qu'à titre subsidiaire¹²⁴, « qu'à des fins conservatoires ou à titre provisoire »¹²⁵, et qu'en urgence¹²⁶, voire qu'en présence d'un « danger immédiat »¹²⁷. Il n'en demeure pas moins que le référé mesures-utiles met fréquemment fin à une situation litigieuse (sinon au litige). Quoi de plus définitif que l'expulsion du domaine public, que l'injonction de communiquer un document, de réaliser des travaux, de mettre fin à un dommage de travaux publics ?

Il n'est guère utile d'insister sur l'office du juge du référé-liberté qui, plus que tous les autres est à l'origine du constat de ce que dans les domaines où tout se joue « à la fois rapidement

¹¹⁰ B. Plessix, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », RFDA 2007. 76.

¹¹¹ Ch.-A. Dubreuil, « Le référé-provision, référé administratif au fond ? », RFDA 2007. 1005 ; S. Platon, « Le référé-provision administratif : référé ou procédure de jugement rapide ? », Dr. adm. janv. 2008. 13.

¹¹² CE, 23 sept. 2019, n° 427923, *Garde des sceaux*.

¹¹³ Ce que suggère Alexandre Lallet dans ses conclusions sur CE, 23 sept. 2019, *Garde des sceaux*, n° 427923, publiées sur ArianeWeb.

¹¹⁴ Et en l'absence desquelles le référé-provision est irrecevable : CE, 10 juin 2009, n°322242, *Sté de cogénération et de production de Boe*.

¹¹⁵ CE, 19 fév. 2021, n° 439366, *Sanvoisin c. CHU Reims* et CE, 21 juin 2021, n° 437744, *Commune de Montigny les Metz*.

¹¹⁶ Par analogie avec le référé-expertise (CE, 13 mars 2009, n° 317567, *Vera*) et même si cela n'a pas encore été formellement dit.

¹¹⁷ Pour le maintien de la nuance, v. H. Belrhali, « Référé-provision : quand la responsabilité de l'administration est "non sérieusement contestable" », AJDA 2017. 1833.

¹¹⁸ A. Jacquemet-Gauché, « Responsabilité et référés, une confrontation féconde », AJDA 2017. 1816.

¹¹⁹ CE, 20 mars 2000, n° 199013, *Département des Hauts-de-Seine*.

¹²⁰ CE, 25 oct. 2002, n° 244729, *CH de Colson*.

¹²¹ Voir la contribution de Christophe Testard dans le présent dossier.

¹²² C. Landais et F. Lenica, « Le réveil du juge du référé conservatoire », AJDA 2006. 1839.

¹²³ A propos du référé mesures-utiles, J.-H. STAHL, « Le référé conservatoire, complément du référé suspension », RFDA 2004. 1170.

¹²⁴ CE, 5 fév. 2016, n° 393540, *Benabdellah*.

¹²⁵ CE 27 mars 2015, n° 385332, *Section française de l'OIP*; CE 23 oct. 2015, n° 383938, *SELARL Docteur Dominique Debray*.

¹²⁶ Donnant des pouvoirs d'injonction au juge du fond et ramenant le juge des référés mesures-utiles à l'urgence : CE, 6 déc. 2019, n° 417167, *Syndicat des copropriétaires du Monte-Carlo Hill*

¹²⁷ CE, 5 juin 2020, n° 435126, *Synd. intercommunal des eaux de la Vienne*.

et de manière irréversible, le centre de gravité du débat contentieux a tout naturellement tendance à se déplacer au stade du référé »¹²⁸. Le Conseil d'État a assez tôt concédé que le principe du caractère provisoire des mesures ordonnées en référé pouvait être assorti d'exceptions « lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte »¹²⁹. Quoi de plus irréversible que d'autoriser ou d'interdire la tenue d'un spectacle, d'une manifestation, de requérir des agents grévistes, et, bien sûr, de valider une décision médicale d'arrêt des traitements ? Le référé-liberté est, à de rares exceptions près¹³⁰, un recours de substitution au recours au fond.

Même le référé-suspension, qui semble résister aux glissements, devient l'un de ces dispositifs d'« assèchement du terrain litigieux et à une expiration du différend »¹³¹. Non pas tellement en raison d'un déplacement ou d'un élargissement de son office, encore que le pouvoir d'injonction dont il dispose¹³² mérite notamment de s'attarder sur cette question¹³³, mais plutôt en raison de sa portée pour les parties¹³⁴. Une décision dont l'exécution est suspendue sera presque certainement annulée, ce qui conduit parfois l'administration à retirer sa décision et/ou le requérant à se désintéresser de son recours au fond. Inversement, lorsque la requête en référé est rejetée pour absence de doute sérieux sur la légalité, le requérant, découragé par cet indice très fort, se désintéressera également de son recours au fond. C'est la raison pour laquelle le pouvoir réglementaire a introduit le « désistement d'office » en 2018¹³⁵. Ce désistement d'office, qui est un honorable succès statistique¹³⁶, conduit en pratique à trancher un litige et valider des décisions de l'administration, non pas parce qu'elles sont légales, mais parce qu'elles ne présentent pas d'élément permettant de faire sérieusement douter de leur légalité. Ce n'est pas tout à fait la même chose.

C. Vers une administration par ordonnance ?

Soit pour dire qu'il doit évidemment être administrateur, soit pour dire qu'il ne l'est pas, la surveillance dont le juge administratif fait l'objet à ce sujet est sans cesse renouvelée¹³⁷ et bien trop vaste pour être discutée dans ces lignes, lesquelles se borneront à une invitation à la vigilance quant à un glissement d'un juge-du-fond-administrateur vers un juge-des-référés-administrateur. Peut-on vraiment demander au juge des référés d'être co-auteur de l'acte administratif ? Peut-on lui demander d'être administrateur du pays ?

La première question correspond à l'idée de faire appel à un juge des référés en amont de l'édition de l'acte administratif avec un référé prédécisionnel¹³⁸ voire, au terme de la

¹²⁸ A. Bretonneau et J. Lessi, « Référé : l'irrésistible ascension », AJDA 2014. 1484

¹²⁹ CE 31 mai 2007, n° 298293, *Syndicat CFDT Interco 28*, en revirement de CE, 1^{er} mars 2011, n° 230794, *Paternel*.

¹³⁰ Sur l'interdiction d'ordonner des mesures structurelles à l'administration, voir infra.

¹³¹ F. Blanco, « Les référés au fond », AJDA 2020. 1336. A noter que l'auteur écarte néanmoins le référé-suspension de ces « authentiques procédés préventifs de résolution des litiges administratifs ».

¹³² CE, sect., 7 oct. 2016, n° 395211, *Commune de Bordeaux*.

¹³³ Voir D. Costa, « Le référé suspension à l'épreuve du temps – Bilan de 20 ans d'application de la loi du 30 juin 2000 », AJDA 2020. 1348.

¹³⁴ Voir la contribution de Vincent Gury dans ce dossier.

¹³⁵ Art. R. 612-5-2 du CJA.

¹³⁶ Environ 500 désistements par an depuis son entrée en vigueur.

¹³⁷ Objet de thèse, C. Charles, *Le juge administratif, juge-administrateur*, Thèse, Lille, 2003, 632 p. ; de journées d'étude (fussent-elles reportées) : *Le juge administratif, juge-administrateur ?*, sous la responsabilité scientifique de G. Eveillard et S. Philibert, Université de Rennes, 6 avr. 2020.

¹³⁸ Y. Aguila, « Vers un référé pré-décisionnel ? Pour un traitement préventif des « vices de procédures », tant qu'il est encore temps ? », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 7 ; T. Perroud, « Peut-on

contribution de Benjamin Pouchoux et de Thomas Perroud d'un référé de la procédure administrative préalable qui ferait intervenir un juge au stade de l'élaboration de l'acte administratif. Ce mécanisme pourrait, à l'instar du référé précontractuel dont il s'inspire et qui purge les irrégularités de la procédure avant que le contrat ne soit signé, empêcher les irrégularités de légalité externe avant que la décision ne soit prise. Différent du recours en appréciation de régularité, qui ne convainc pas¹³⁹, et intervient en tout état de cause après la décision en s'adressant à un juge du fond et sur certaines décisions seulement¹⁴⁰, le référé « procédure administrative préalable » pose une question essentielle : le juge administratif est-il prêt à se saisir, en référé et au nom de la légalité, du déclin des vices de légalité externe et à devenir, en pratique, co-auteur de l'acte administratif ? La pratique du référé précontractuel – que l'on propose au demeurant de repenser¹⁴¹ – peut-elle le convaincre ?.

La deuxième question est justifiée par le constat que le juge du référé est devenu un juge de régulation sociale au quotidien, intervenant de plus en plus en qualité de seul interlocuteur d'une administration défaillante. Si le juge du référé-liberté s'interdit d'ordonner des « mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique »¹⁴², y compris lorsque l'attente est aussi sociale que juridique¹⁴³, il est toutefois dans sa nature même d'être un peu administrateur et d'être un juge de la carence de l'administration¹⁴⁴. D'ailleurs, lorsque la défaillance de l'administration est majeure, il ordonne tout de même des mesures de type conjoncturel qui en disent long sur le structurel. Les injonctions prononcées sont peut-être bornées dans le temps et ne peuvent certes pas régler les problèmes profondément structurels liés à la surpopulation carcérale ou aux politiques d'immigration, mais elles n'en traitent pas moins d'une pure mission concrète de l'administration : dératiser une prison¹⁴⁵, nettoyer une maison d'arrêt¹⁴⁶, installer des points d'eau dans un camp de migrants¹⁴⁷. Le Président Stirn estime pudiquement que ce type d'injonctions « aident en réalité l'administration à bien remplir sa tâche »¹⁴⁸. Elles soulignent plutôt le caractère désespéré (et désespérant) d'un tel appel au juge. Même constat, pour le juge du référé mesures-utiles lorsqu'il est saisi pour obtenir un rendez-vous en préfecture¹⁴⁹ et qu'il ordonne précisément à l'administration de bien vouloir donner une date de rendez-vous à l'administré¹⁵⁰, ce qui peut certes être regardé comme un renouveau de l'utilité du L. 521-3, ou plutôt comme l'appel désespéré à un juge-administrateur, lorsque le juge devient le seul interlocuteur. La crise sanitaire et l'état d'urgence n'auront pas arrangé la situation, faisant du juge administratif « l'interlocuteur privilégié » de « ceux qui souhaitaient remettre en

sortir par le haut de l'arrêt Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT ? Pour un référé pré-décisionnel », *Recueil Dalloz*, 2019. 2241.

¹³⁹ F. Alhama, « Précisions sur la demande en appréciation de régularité », *AJDA* 2019. 330 ; B. Plessix, « Ce besoin animal de sécurité », *Dr. adm.*, n° 1, janv. 2018, repère 1. ; O. Mamoudy, « La demande en appréciation de régularité : une purge juridictionnelle à l'avenir incertain », *AJDA* 2018. 1821 ; O. Le Bot, « Le recours en appréciation de régularité respecte-t-il le droit à un recours juridictionnel effectif ? », *Constitutions*, 2019. 377.

¹⁴⁰ L. Janicot et J.-C. Rotouillié, « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », *RFDA* 2018. 821.

¹⁴¹ Voir la contribution de Sébastien Hourson dans le présent dossier.

¹⁴² CE, ord., 30 juil. 2015, n° 392043, *OIP et ordre des avocats au barreau de Nîmes*; CE 28 juil. 2017, n° 410677, *OIP-SF*; CE 19 oct. 2020, n° 439372, *Garde des sceaux c/ OIP*.

¹⁴³ CEDH, 30 janv. 2020, n° 9671/15, *J.M.B et autres c/ France*. Sur ce sujet, v. J. SCMITZ, « L'entêtement carcéral du juge du référé-liberté », *AJDA* 2021. 41 » et « Dialogue des juges en matière de conditions de détention provisoire - La sourde oreille du juge du référé-liberté », *AJDA* 2021. 694.

¹⁴⁴ C. Freidrich, « Le référé-liberté en carence de l'administration », *RDP* 2018. 1297.

¹⁴⁵ CE, 22 déc. 2012, n° 364584, *Section française de l'OIP*.

¹⁴⁶ CE, 30 juil. 2015, n° 392043, *Section française de l'OIP*.

¹⁴⁷ CE, 31 juil. 2017, n° 412125, *Ville de Calais et ministre de l'intérieur*,

¹⁴⁸ B. STIRN, « Le référé et le virus », *RFDA* 2020. 634.

¹⁴⁹ CE, 1^{er} juil. 2020, n° 436288, *Labassi*.

¹⁵⁰ Selon Pascale Rousselle, présidente du TA de Nice et membre du public ayant nourri les échanges de la journée du 30 juin 2021, il y a eu 3637 référés mesures-utiles en 2020 contre 6695 en 2021, « dont 90% de problèmes de rendez-vous en Préfecture ».

cause ou tester la conformité à la règle de droit de la gestion de la crise par le Gouvernement »¹⁵¹. Faisant surtout du juge le *seul* interlocuteur des administrés confrontés à une multiplication de mesures éminemment liberticides et le saisissant pour tout, et parfois pour n'importe quoi¹⁵², afin qu'il administre le pays. Selon les membres du Conseil d'État, même lorsque le juge des référés ne répondait pas aux attentes des administrés, y compris ceux dont les demandes n'étaient pas invraisemblables¹⁵³, il aurait guidé les pas de l'administration. Des « solutions et avancées concrètes ont été obtenues dans plus de 200 recours (...), même s'ils ont été formellement "rejetés" par le juge » nous dit un communiqué de presse du 21 juin 2021 publié sur le site du Conseil d'État. Ce qu'a confirmé le Président Stirn lors des travaux clermontois : « le juge des référés est un médiateur, un conciliateur, et même un peu, un administrateur » et d'ajouter, au sujet du contentieux de la crise sanitaire, « il y a eu un effet sur des mesures – rien que sur le débat – même si ce n'était pas vraiment suivi d'injonction ». Une difficulté inédite surgit avec une question que nous ne nous étions pas posée : nous dirigeons-nous vers une administration par négociation avec le juge des référés? Vers un juge-négociateur ?¹⁵⁴

¹⁵¹ Propos de Bruno Lasserre dans le bilan annuel d'activité 2020 du Conseil d'État, juin 2021, p. 5.

¹⁵² M. Guyomar, « Pendant la crise sanitaire, il a parfois été demandé au juge du référé-liberté de faire ce qu'il ne pouvait pas faire », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 2020, p. 11.

¹⁵³ Comme enjoindre au Gouvernement de saisir l'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé (ANSM) afin de permettre la prescription d'hydroxychloroquine (CE, ord., 28 mars 2020, n° 439765, *M. AA et a.*); de faire commander par un CHU des doses d'hydroxychloroquine et d'azythromycine (CE, Ord., 4 avr. 2020, n° 439904, 439905, *CHU de la Guadeloupe*), ou de publier une circulaire rappelant le cadre légal de l'utilisation du Rivotril (CE, Ord., 15 avr. 2020, n°439948, *Syndicat des jeunes médecins*).

¹⁵⁴ F. Poulet, « Le juge négociateur, nouvelle figure du juge administratif ? », *AJDA* 2021. 1233.