

**LES MOYENS DONT DISPOSE
L'ADMINISTRATION AU PRISME DE
L'EFFECTIVITÉ DES DROITS
ET LIBERTÉS**

Lola CERQUEIRA

Mémoire
Master II Droit public fondamental

*Sous la direction de Christophe ROUX
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 34

Université Jean Moulin Lyon 3

Faculté de droit

Année universitaire 2022-2023

Les moyens dont dispose l'Administration au prisme de l'effectivité des droits et libertés

Mémoire de recherche présenté
dans le cadre du Master 2 Droit public fondamental par

Lola CERQUEIRA

Sous la direction de

Monsieur le professeur Christophe ROUX
Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Directeur de l'Équipe de droit public de Lyon

« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent mémoire. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier infiniment Monsieur le professeur Christophe Roux pour avoir accepté de prendre la direction de ce mémoire. Sa confiance, son accompagnement et ses précieux conseils m'ont été essentiels.

Mes remerciements s'adressent également à Madame le professeur Caroline Chamard-Heim pour avoir accepté de juger ce travail, ainsi que pour m'avoir offert la possibilité d'intégrer le Master 2 Droit public fondamental. À ce titre, je remercie également l'ensemble de l'équipe pédagogique du Master 2 pour la qualité et la richesse de leurs enseignements.

Qu'il me soit également permis de remercier particulièrement mes parents, Margaux et Lilian, dont le soutien inconditionnel et la confiance inébranlable m'ont été indispensables.

Enfin, je souhaite adresser des remerciements à mes chers camarades de promotion, Émilien V. et Vincent B. pour leur amitié et leur jovialité quotidienne.

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
INTRODUCTION	12
<u>Partie 1 : L'approche substantielle de la logique de moyen : une logique éparse et protéiforme</u>	23
<u>Chapitre 1 : Le caractère hétéroclite et diffus de la logique de moyen</u>	23
Section 1 : Logique de moyen et hétérogénéité des moyens	23
Section 2 : Logique de moyen et hétérogénéité des droits concernés	38
<u>Chapitre 2 : La profusion des manifestations de la logique de moyen : une logique transcendant les antagonismes</u>	53
Section 1 : Les manifestations de la logique de moyen s'agissant de la conduite de l'Administration	53
Section 2 : Les manifestations de la logique de moyen s'agissant des sujétions administratives	65
<u>Partie 2 : L'approche fonctionnelle de la logique de moyen : un instrument de mesure du comportement de l'Administration et des obligations pesant sur elle</u>	80
<u>Chapitre 1 : <i>Nul n'est tenu à l'impossible, y compris l'Administration</i></u>	80
Section 1 : La recherche d'un équilibre par l'impératif d'exigences raisonnables	80
Section 2 : La recherche d'un équilibre impulsée par l'europeanisation du droit	94
<u>Chapitre 2 : <i>Chacun est tenu de faire tout son possible, en particulier l'Administration</i></u>	109
Section 1 : Obligation de moyens et suffisance des moyens mobilisés	109
Section 2 : Obligation de moyens et adéquation des moyens mobilisés	121
CONCLUSION GÉNÉRALE	136
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	139
TABLE DES MATIÈRES	150

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
art. préc.	article précité
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
CAA	cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
coll.	collection
comm.	commentaire
cons.	considérant
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
DC	Décision rendue par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle <i>a priori</i>
dir.	sous la direction scientifique de
<i>Dr. adm.</i>	<i>Droit administratif</i>
éd.	édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
gr. ch.	grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Id.	<i>Idem</i>
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
<i>JCP</i>	<i>La semaine juridique</i>
<i>JCP A</i>	<i>La semaine juridique Administration et collectivité territoriales</i>

<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique Édition générale</i>
<i>JCP S</i>	<i>La semaine juridique sociale</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	numéro
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ord.	ordonnance
p.	page(s)
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RJJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
s.	suivant(e)s
Section	Section du contentieux du Conseil d'État
t.	tome
TA	tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
th.	thèse
vol.	volume
§	paragraphe

INTRODUCTION

« Face à une attente de plus en plus exigeante des administrés, la question des moyens mis à la disposition de l'administration s'avère le véritable point dur. Qu'est-on en droit d'exiger des pouvoirs publics ? »¹. Telle est l'interrogation soulevée par Mehdi Yazı-Roman dans une note sous un arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles de 2010, relatif à la carence d'un maire à faire respecter une interdiction de stationnement. Précisément, il était reproché au maire, en l'espèce, de ne pas avoir mobilisé les moyens suffisants pour garantir l'accès du requérant à sa propriété. Ces propos, et l'arrêt qu'ils commentent, sont exemplaires du rapport existant entre la protection effective des droits et libertés des administrés, d'une part, les moyens dont dispose l'Administration, d'autre part. Or, à l'endroit de la référence aux moyens à la disposition de l'Administration, résonne l'existence d'une logique de moyens au sein du droit administratif.

L'on remarque en effet que les références aux moyens dont dispose l'Administration sont nombreuses, particulièrement dans la jurisprudence administrative. Ainsi, c'est au regard « *des moyens humains et financiers dont disposent* »² les collectivités publiques qu'il convient d'apprécier la faculté de ces dernières de modifier les modalités d'organisation et de fonctionnement d'un service public, et ainsi de mettre fin à la distribution de menus de substitution dans les cantines scolaires. C'est encore « *compte tenu des moyens dont disposait le Centre hospitalier* »³ que le juge du plein contentieux entérine la faute de l'Administration à raison du suicide d'un patient. La référence aux moyens dont dispose l'Administration s'épanouit encore dans des jurisprudences relatives à la carence de l'Administration s'agissant des conditions de détention des détenus⁴, de la mise à disposition d'un hébergement d'urgence pour les personnes sans-abri ou en détresse⁵, de l'affectation d'un auxiliaire de vie scolaire à un enfant handicapé⁶, ou, encore, de la carence de l'État en matière de protection de la qualité de l'air⁷. Pourtant, malgré la diversité des références aux moyens de l'Administration en droit administratif, l'on s'étonnera de constater que le sujet n'a guère éveillé

¹ M. YAZI-ROMAN, Note sous l'arrêt CAA Versailles, 9 fév. 2010, n°07VE01197, *Hardouin*, *JCP-A*, 10 mai 2010, p. 18.

² CE, 3ème et 8ème chambres réunies, 11 déc. 2020, n°426483.

³ CE, Sect., 5 janv. 1966, n°58623, *Sieur Hawezack*.

⁴ Voir par exemple CE, ord., 30 juil. 2015, n°392043, *Section française de l'Observatoire international des prisons et ordre des avocats au barreau de Nîmes*.

⁵ Voir par exemple CE, ord., 10 fév. 2012, n°356456, *Fofana*.

⁶ Voir par exemple CE, ord., 15 déc. 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Vie associative contre Peyrilhe*.

⁷ CE, 6ème et 1ère chambres réunies, 12 juil. 2017, n°394254.

l'intérêt de la doctrine. La logique de moyens en droit administratif semble en effet constituer un angle-mort doctrinal. Si l'on observe que cette thématique a pu retenir ponctuellement son attention lors de commentaires d'arrêts comportant la référence, la logique de moyens demeure globalement⁸ un « *impensé du droit administratif* »⁹. La difficulté à la concevoir en droit administratif s'explique certainement par la prééminence d'autres logiques.

Historiquement, le droit administratif est régi par une logique de fins qui lui est intrinsèque. Il s'est construit comme un droit autonome par rapport au droit civil¹⁰. Cette autonomie a été justifiée par la spécificité de l'action de l'Administration, toute entière tournée vers la satisfaction de l'intérêt général. Ainsi, dans leur *Traité de droit administratif*, les professeurs Paul Duez et Guy Debeyre définissent-ils le droit administratif comme « *un droit spécial et autonome qui a ses règles propres exorbitantes du droit civil* ». Et les auteurs d'ajouter que « *les intérêts en présence ne sont plus de même nature. À situations différentes, il faut un régime juridique différent* »¹¹. Au fondement du droit administratif, il y a donc la conviction que l'activité administrative n'est pas placée dans la même configuration juridique que celle que le droit privé a dessinée pour les particuliers. « *L'exigence de règles juridiques autonomes et l'intervention d'une juridiction spécifique sont fondées, non sur les privilèges dont jouit l'administration, mais sur la mission qui lui est assignée dans la société* »¹², à savoir la poursuite de l'intérêt général. Il constitue en ce sens « *l'arc-boutant de la cathédrale du droit administratif* »¹³. L'action administrative est ainsi « *entièrement orientée et assujettie, par le droit positif, à la satisfaction d'un but, d'un objectif, d'une fin incontournable et indépassable* »¹⁴. L'on comprend que la finalité poursuivie par l'Administration a pour fonction d'asseoir sa légitimité et en particulier de justifier ses prérogatives exorbitantes. Ainsi, apparaît la dialectique de la fin et des moyens.

⁸ On notera quelques exceptions, notamment : C. ROUX, « Les moyens dont dispose l'Administration : ébauche et débauche d'un assouplissant », *Dr. adm.*, avr. 2021, n°4, p. 3-4 ; B. PLESSIX, « Les fins et les moyens », in C. PIERUCCI (dir.), *Les impensés du droit administratif. Hommage à Jacques Caillosse*, LGDJ, coll. « Droit et société. Recherches et travaux », t. 35, 2022, p. 21-42.

⁹ Par référence au titre de l'ouvrage de C. PIERUCCI (dir.), *Les impensés du droit administratif. Hommage à Jacques Caillosse, op. cit.*

¹⁰ Voir notamment les conclusions du commissaire du gouvernement David sous la décision TC, 8 fév. 1873, n°00012, *Blanco*.

¹¹ P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, p. 4.

¹² J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979, p. 12.

¹³ M. DEGUERGUE, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, juin 2015, p. 133.

¹⁴ Rapport annuel du Conseil d'État, *L'intérêt général*, EDCE, 1999, n°50, p. 20.

L'on constate en effet que cette dernière n'est pas absente en droit administratif. Comme le souligne le professeur Benoît Plessix, « *en droit administratif moderne, les fins l'emportent assurément sur les moyens* »¹⁵. La poursuite de l'intérêt général justifie que l'Administration dispose de moyens exorbitants, dénommés prérogatives de puissance publique. Ces dernières sont au service des finalités particulières poursuivies de l'Administration et ne s'expliquent que par elles¹⁶. En vue de la poursuite de l'intérêt général, l'Administration peut ainsi exproprier¹⁷, émettre des titres exécutoires ou, encore, prélever l'impôt¹⁸. Mieux, dispose-t-elle du privilège du préalable, c'est-à-dire du pouvoir de prendre de manière unilatérale une décision administrative influant sur le patrimoine juridique des administrés, et ce sans leur consentement¹⁹. En matière contractuelle encore, l'Administration dispose-t-elle d'un pouvoir de contrôle²⁰ ainsi que des pouvoirs de modification²¹ et de résiliation²² unilatérales. Les exemples peuvent être multipliés. L'on aperçoit d'emblée que le droit administratif ménage une certaine place à la logique de moyens, dans la mesure où la spécificité des fins de l'action administrative est intrinsèquement liée à la spécificité des pouvoirs qui lui ont été accordés. En droit administratif, les moyens particuliers de l'Administration sont donc justifiés par les fins particulières qu'elle poursuit.

Justifiés certes, mais sont-ils suffisants ? La dialectique des fins et des moyens qui découle de la conception fonctionnelle du droit administratif se révèle en réalité fortement restreinte. Elle conduit à réduire la logique de moyens aux seules prérogatives de puissance publique. Il faut obstinément s'écarter d'une telle conception. Si l'action de l'Administration est orientée vers un but, celui-ci ne peut être accompli que par la mobilisation de moyens. Pour autant, la nature particulière de ce but n'implique pas *ipso facto* une nature particulière des moyens mobilisés pour l'accomplir. Ainsi, la poursuite de l'intérêt général n'appelle pas nécessairement l'intervention de prérogatives de puissance publique. Les moyens de l'Administration ne se confondent pas avec ces dernières. En tant que « *modalités employées pour rendre possible, réelle, effective la réalisation de ces buts* »²³, les moyens

¹⁵ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 647.

¹⁶ On citera notamment le rapport annuel du Conseil d'État précité, p. 47 : « *L'intérêt général est l'unique justification de l'action publique. Seule, en effet, la poursuite d'un but d'intérêt général peut rendre acceptable le monopole étatique de la contrainte légitime* ».

¹⁷ Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; article L. 1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

¹⁸ Article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; article L. 252 A du Livre des procédures fiscales ; article 28 du décret du 7 nov. 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

¹⁹ CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*.

²⁰ Voir notamment sur ce point A. ROBLOT-TROIZIER, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, 2007, p. 990 et ss.

²¹ CE, 2ème et 6ème sous-sections réunies, 2 fév. 1983, n°34027, *Union des transports urbains et régionaux*.

²² Pour un motif d'intérêt général : CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*.

²³ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 624.

mobilisés par l'Administration dans l'accomplissement de ses fins sont « *soit des moyens hors du commun, exorbitants donc, soit des moyens à la portée de tous, ordinaires donc* »²⁴.

Le « moyen » doit donc s'entendre largement. Ce terme se décline au singulier et au pluriel ; sa signification faisant l'objet de subtiles nuances en fonction de sa déclinaison. Au singulier, le moyen est « *ce qui permet de réaliser le but que l'on vise* »²⁵. Il n'est ainsi pas anodin de constater que le terme est fréquemment suivi de la particule « de » précisant le but. Mais le terme est davantage utilisé au pluriel. Décliné comme tel, il « *désigne [...] des équipements, des procédés, des techniques et parfois des hommes qui les mettent en œuvre* »²⁶. Le terme pluriel de « moyens » est donc éminemment protéiforme. Dans une troisième acception, il peut être entendu comme un synonyme de « *ressources financières* »²⁷. Enfin, il peut renvoyer aux « *facultés naturelles (physiques, morales ou intellectuelles) d'une personne* »²⁸.

Les moyens de l'Administration renvoient donc plus largement à ses moyens de droit commun. Ces derniers seront naturellement pluriels dans la mesure où l'Administration elle-même ne renvoie pas à une réalité uniforme. Le terme d'« Administration » est en effet équivoque. « *Étymologiquement, [le mot « administration »] vient du mot latin *administrare* qui signifie "servir" (racine *minus*)* »²⁹. Ainsi, « *d'un point de vue matériel, l'Administration est l'ensemble des activités ou fonctions exercées, éventuellement en mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, en vue de satisfaire les besoins de la collectivité [...]* » alors que d'un « *point de vue organique, elle est l'ensemble des organes et agents chargés d'assurer les missions administratives des personnes publiques* »³⁰. Précisons dès-à-présent que la présente étude se référera à l'Administration comprise à la fois dans son sens matériel qu'organique. L'usage du terme au singulier ne devra pas tromper : s'il s'agira de renvoyer à la fonction de satisfaction des intérêts de la collectivité, le choix du singulier n'impliquera pas une vision uniforme de l'Administration et renverra également aux réalités organiques plurielles recouvertes par le terme, dans la mesure où il sera fait référence, par exemple, aux moyens d'un établissement pénitentiaire, d'un centre hospitalier universitaire, d'une commune ou, encore, des services déconcentrés de l'État.

²⁴ J.-C. RICCI et F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Sirey, Dalloz, 2018, p. 7.

²⁵ P. IMBS (dir.), *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle (1789 à 1960)*, CNRS, t. 11, p. 1187.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Idem.*, p. 1188.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ J. PETIT et P.-L. FRIER, *Droit administratif*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 15^e éd., 2021-2022, p. 15.

³⁰ A. VAN LANG, G. GONDOUIN et V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, Dalloz, 8^e éd., 2021, p. 26-27.

Partant, en tant que « *fonction* au service d'une mission et [...] *organisation* qui la prend en charge »³¹, l'Administration mobilise concrètement des moyens humains, matériels, financiers, et formels. Administrer, servir, c'est concrètement dépêcher des agents, qu'il s'agisse de personnel médical³², d'agents administratifs³³ ou, encore, d'auxiliaires de vie scolaire³⁴. C'est encore mettre à disposition des biens mobiliers, tels que des lits d'hospitalisation³⁵ ou des matelas et des couvertures pour les personnes gardées à vue³⁶, de même que des biens immobiliers, tels que des établissements scolaires pour assurer le service public de l'Éducation nationale et des palais de justice pour assurer le service public de la justice³⁷. C'est également prendre un acte administratif unilatéral, qu'il s'agisse d'un arrêté de police pour prévenir les troubles à l'ordre public ou d'une déclaration d'utilité publique³⁸. C'est encore conclure un contrat avec un prestataire de services pour assurer la dératation et la désinfection d'un établissement pénitentiaire³⁹.

L'action administrative nécessite ainsi une diversité de moyens, notamment pour garantir les droits des administrés. L'on remarque en effet dans les exemples qui viennent d'être cités, que la mobilisation de moyens constitue généralement le revers d'un droit de l'administré, qu'il s'agisse du droit de scolarisation des enfants souffrant d'un handicap ou, encore, de la dignité humaine des personnes gardées à vue. L'enjeu des droits des administrés réside en effet dans leur concrétisation. Celle-ci ne peut s'effectuer précisément que par la mobilisation des moyens de l'Administration. La logique de moyens permet en ce sens de transformer des droits formels en droits réels. Cette dialectique a été initialement développée par le courant marxiste pour critiquer le discours des droits de l'Homme⁴⁰, proclamés dans diverses déclarations, qualifiés de « libertés formelles ». Par cet épithète, Marx « *dénonce la dimension purement négative des droits garantis par les textes révolutionnaires, soulignant la nécessité de pouvoir jouir effectivement, en pratique, des libertés reconnues, ce qui suppose l'intervention de l'État* »⁴¹. De fait, le concept de droits formels ou libertés formelles est généralement mobilisé en doctrine dans un sens péjoratif, afin de souligner l'absence de

³¹ J. PETIT et P.-L. FRIER, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 15.

³² Par exemple, pour assurer la surveillance de patients hospitalisés pour dépression : CE, 5ème et 1ère sous-sections réunies, 31 mars 1971, n°80082, *Hospice de Magny-en-Vexin*.

³³ S'agissant par exemple des agents chargés du contrôle de légalité dans les services préfectoraux : CE, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 6 oct. 2000, n°205959, *Ministre de l'Intérieur contre Commune de Saint-Florent*.

³⁴ Par exemple, pour assurer la scolarisation d'un enfant handicapé : CE, 8 avr. 2009, n°311434, *Laruelle*.

³⁵ CAA Lyon, 3 déc. 2009, n°07LY00469.

³⁶ TA Nice, ord., 18 avr. 2023, n°2301388, *Ordre des avocats du barreau de Nice*.

³⁷ CE, 23 oct. 1968, n°73249, *Consort Brun*.

³⁸ CE, 5ème sous-section, 14 fév. 1975, n°93132, 93133.

³⁹ CE, ord., 22 déc. 2012, n°364584.

⁴⁰ Voir notamment K. MARX, *La question juive* [1843], Union générale d'éditions, 1968.

⁴¹ L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2021, p. 32.

réalisation des droits et, ce faisant, l'absence de *véritables* droits⁴². L'effectivité des droits ne résulte pas de la simple consécration formelle de droits et libertés. Elle nécessite le déploiement de moyens par l'Administration. Effectivité et moyens sont ainsi intimement liés. Partant, il nous a semblé judicieux d'aborder l'étude des moyens de l'Administration par le prisme de l'effectivité des droits et libertés.

Il y a lieu à ce stade de procéder à une précision terminologique de la notion d'« effectivité ». Celle-ci fait en effet l'objet de divergences définitoires subtiles. Le caractère effectif d'une norme est souvent juxtaposé à son caractère concret ; l'effectivité serait ainsi l'état de quelque chose qui existe en fait. Partant, l'effectivité d'un droit peut être définie comme le « *caractère réel et concret d'un droit, au-delà de sa reconnaissance abstraite par les textes de loi* »⁴³. En ce sens, l'effectivité renvoie à la « *capacité d'un droit à être appliqué dans la réalité* »⁴⁴. À l'image de nombreux juristes, Mireille Lehot affirme que « *l'effectivité caractérise ce qui est suivi d'effet, autrement dit ce qui est appliqué dans les faits : elle relève donc du domaine du fait, de ce qui est, alors que la juridicité détermine ce qui doit être* »⁴⁵. Le professeur Alix Perrin estime qu'il faut au contraire privilégier une conception plus large de l'effectivité fondée sur son étymologie. Le terme vient du latin *effectus* qui signifie *réalisation, accomplissement, effet*. S'intéresser à l'effectivité d'un droit, c'est donc s'attacher à sa réalisation⁴⁶. La difficulté de s'accorder sur une définition unique de l'effectivité résulte aussi probablement du fait qu'elle doit être distinguée de deux notions voisines : l'efficacité et l'efficience. Si l'efficacité renvoie à « *l'adéquation entre les effets constatés et les buts poursuivis* »⁴⁷, autrement dit se focalise sur les résultats, l'efficience « *interroge la rentabilité "économique" de la norme* »⁴⁸. Or, certaines définitions de l'effectivité alimentent la confusion avec l'efficacité. Ainsi, l'effectivité est-elle définie comme le « *caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* » dans le *Vocabulaire juridique*⁴⁹.

⁴² Ainsi, le Doyen Favoreu écrivait-il, s'agissant de la liberté d'enseignement qui constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République ainsi qu'un principe à valeur constitutionnelle, dont découle la liberté de choisir la forme d'enseignement (public ou privé), que « *par son aide, l'État transforme cette liberté formelle en liberté réelle* » (L. FAVOREU, « Les collectivités publiques et l'école », Note sous la décision CC, 23 nov. 1977, *Loi relative à la liberté d'enseignement*, n°77-87 DC, *RFDA*, 1985, p. 597.).

⁴³ T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, Dalloz, 30^e éd., 2022.

⁴⁴ M. DEFFAIRI, « Le juge administratif et l'effectivité du droit au logement opposable », in S. BRIMO et C. PAUTI (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 77.

⁴⁵ M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ*, 2003, p. 2343. Citée par A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, th., Éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 361.

⁴⁶ A. PERRIN, *op. cit.*, p. 359.

⁴⁷ C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 40, 1998, n°1, p. 132.

⁴⁸ art. préc.

⁴⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd. mise à jour, 2020.

Précisons ici que l'objet du présent mémoire n'est pas l'étude de l'effectivité des droits et libertés. Cette dernière ne constitue qu'un prisme, un angle de vue choisi pour aborder le vaste sujet de la logique de moyens en droit administratif. L'effectivité n'étant qu'accessoire dans notre étude, il convient de se rapporter à la définition la plus largement partagée de l'effectivité en tant que « *capacité d'un droit à être appliqué dans la réalité* »⁵⁰. À l'instigation de Julien Bétaille, nous délaisserons une lecture binaire de la notion d'effectivité, pour privilégier « *l'idée de "degrés" d'effectivité* »⁵¹, en ce sens qu'« [un droit] *n'est pas effecti[f] ou ineffecti[f], [il] est plus ou moins effecti[f]* »⁵².

Le choix de ce prisme est particulièrement conforté par l'analyse du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après Convention européenne des droits de l'Homme), et, notamment, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour met en effet en évidence le lien existant entre la logique de moyens et l'effectivité des droits et libertés. Dans une formulation de principe, elle affirme que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »⁵³. La protection des droits et libertés conventionnellement garantis doit donc viser leur effectivité. Pour la Cour, il est nécessaire de dépasser la simple proclamation formelle des droits et libertés, mais il faut assurer leur concrétisation, leur réalisation, en bref, leur effectivité. Or, selon elle, leur transformation en droits réels implique de mettre à la charge des États, non seulement des obligations de s'abstenir (autrement dit de ne pas porter atteinte), mais également des obligations d'agir. Il s'agit de la technique des obligations positives. Ces obligations supposent généralement de l'État qu'il déploie ses moyens. Ainsi, le droit de ne pas subir des peines ou traitements inhumains ou dégradants⁵⁴ met à la charge de l'État une obligation de fournir des « *soins médicaux adaptés à l'état de santé d'un détenu* »⁵⁵. De même, la Cour considère que le droit à la vie⁵⁶ implique l'obligation procédurale de mener une enquête effective lorsque l'action des agents de l'État a entraîné la mort⁵⁷. Il en résulte que la technique des obligations positives met clairement en évidence le lien de corrélation existant entre le déploiement des moyens de l'État et l'effectivité des droits et libertés, à travers une logique de sujétions.

⁵⁰ M. DEFFAIRI, art. préc., p. 77.

⁵¹ J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, th., Limoges, 2012, p. 15.

⁵² J. BÉTAILLE, *op. cit.*, p. 16.

⁵³ Cour EDH, 9 oct. 1979, n°6289/73, *Airey contre Irlande*, §24.

⁵⁴ Article 3 de la CEDH.

⁵⁵ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « On nous change notre... référé-liberté », *RDLF*, 2020, chron. n°12. À propos de l'arrêt Cour EDH, 7 nov. 2006, n°30649/05, *Holomiov contre Moldavie*.

⁵⁶ Article 2 de la CEDH.

⁵⁷ Cour EDH, 4 mai 2001, n°28883/95, *McKerr contre Royaume-Uni*.

Mais l'État a-t-il vraiment les moyens d'agir ? A-t-il les moyens de faire ? Dans quelle mesure peut-il être contraint à agir ? Si l'enjeu est effectivement de concrétiser les droits et libertés des administrés, il convient préalablement de se demander si l'État dispose réellement des moyens de cette concrétisation. Plus encore, l'État a-t-il ne serait-ce que les moyens d'avoir des moyens, c'est-à-dire des ressources financières ? Les moyens financiers déterminent en effet l'ampleur des moyens matériels et humains de l'État, et, ce faisant, déterminent plus largement ses capacités d'action. Or, la situation de déficit permanent dans laquelle se trouvent les administrations publiques constitue un sérieux frein à leurs possibilités d'action. Selon l'Institut national de la statistique et des études économiques, le déficit public s'établit en 2022 en France à 124,5 milliards d'euros, soit 4,7 % du produit intérieur brut (ci-après PIB). La dette publique a atteint la même année 111,8 % du PIB⁵⁸. Les forts niveaux de déficit et d'endettement publics réduisent nécessairement les marges de manœuvre des administrations publiques. En outre, pour assurer la soutenabilité des finances publiques, les textes internes comme externes ont imposé une maîtrise budgétaire. L'adoption de la Loi organique relative aux lois de finances en 2001⁵⁹ a ainsi soumis les finances de l'État à une contrainte budgétaire stricte, en mettant notamment l'accent sur leur efficacité à travers une logique de performance. Cette contrainte se trouve renforcée par l'appartenance de la France à la zone euro. Les normes européennes soumettent en effet les finances publiques à une discipline budgétaire rigoureuse en vue d'assurer une maîtrise de la dépense publique. Qu'il suffise de citer le Pacte de stabilité et de croissance de 1997 qui encadre la politique budgétaire des États en fixant des seuils de déficit excessif (3% du PIB) et de dette excessive (60% du PIB) qu'ils ne doivent pas dépasser. Partant, le contexte de « *crise majeure des finances publiques* » et de maîtrise budgétaire renforcée dicte de toute évidence que « *les personnes publiques ne peuvent pas tout* »⁶⁰.

Aussi, n'est-il pas étonnant de constater fréquemment des pénuries, telles que le manque de personnels suffisamment qualifiés dans les services préfectoraux⁶¹, le manque de places disponibles en institut médico-éducatif⁶², ou, encore, l'« *insuffisance de moyens techniques* » d'un établissement hospitalier⁶³. D'emblée l'on comprend que l'accroissement des exigences pesant sur l'État, en particulier par les obligations d'agir qui lui incombent, se heurte à une diminution de ses moyens d'action. Apparaît ainsi un hiatus entre la protection effective des droits et libertés, qui

⁵⁸ INSEE, Statistiques et études, 28 mars 2023, n°75, en ligne : <https://www.insee.fr>.

⁵⁹ Loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

⁶⁰ P.-É. DU CRAY, « L'insuffisance de moyens dans le droit de la responsabilité administrative », *Dr. adm.*, mai 2014, n°5, étude 9.

⁶¹ Voir notamment Cour des comptes, *Rapport relatif au contrôle de légalité et contrôle des actes budgétaires en préfecture*, 21 nov. 2022.

⁶² CE, ord., 27 nov. 2013, n°373300.

⁶³ CAA Marseille, 3^{ème} chambre, 6 déc. 2007, n°05MA00054.

implique la mobilisation de moyens, et la réalité des possibilités d'action de l'Administration. Mais alors, le juge doit-il contraindre l'Administration à réaliser ce qu'elle n'est pas en mesure de faire ? Exiger l'impossible est-il profitable à l'effectivité des droits et libertés ? Une réponse négative semble s'imposer au regard de la position retenue de la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci n'ignore pas la pénurie de moyens, notamment financiers, qui touche les États, et considère, à ce titre, que les obligations positives doivent être interprétées de manière à ne pas « *imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* »⁶⁴.

La notion de fardeau excessif révèle à cet égard l'un des enjeux majeurs soulevés par l'étude et l'analyse de la logique de moyens. Cette notion interroge l'intensité des obligations qu'il convient de faire peser sur l'Administration. Or, le constat généralisé de l'insuffisance des moyens semble plaider en faveur d'obligations relatives plutôt qu'absolues, et conduit ainsi à s'intéresser à la distinction classique entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. Ce faisant, sous le prisme de l'intensité des obligations, l'on s'aperçoit que les références implicites à la logique de moyens sont aussi – si ce n'est davantage – nombreuses que les références explicites. Ainsi, les notions d'accommodement *raisonnable*⁶⁵, de défaut d'entretien *normal*⁶⁶ ou, encore, la théorie des formalités *impossibles*⁶⁷ devront être analysées.

Si l'on perçoit la difficulté à exiger de l'État une « *perfection que ses moyens matériels et humains ne lui permettraient pas d'atteindre* »⁶⁸, en-va-t-il de même pour tous ses moyens ? Le raisonnement qui conduit le juge à considérer un manque de moyens avéré, et, par conséquent, la difficulté de mobiliser des moyens matériels, humains et financiers insuffisants, n'est semble-t-il pas applicable s'agissant des moyens formels. Le juge sera de toute évidence plus enclin à ordonner à l'Administration de mobiliser ses moyens formels dans la mesure où cette action est dépourvue de toute complexité et, *a priori*, de coût. De même, si les moyens financiers conditionnent les autres moyens de l'Administration, une prise en compte systématique de leur insuffisance par le juge ne serait-elle pas un argument trop commode pour justifier l'inaction de l'Administration ? Il semble que la logique de moyens ne se prête pas à une réalité uniforme et souffre de gradations.

⁶⁴ Cour EDH, gr. ch., 28 oct. 1998, n°23452/94, *Osman contre Royaume-Uni*, §116.

⁶⁵ Par exemple, s'agissant des aménagements garantissant l'accessibilité des bâtiments publics aux personnes handicapées : CE, Ass, 22 oct. 2010, n°301572, *Marianne B.*

⁶⁶ Par exemple, s'agissant des mesures de signalisations du danger sur une route nationale : CE, 2ème et 6ème sous-sections réunies, 3 nov. 1972, n°83338.

⁶⁷ Par exemple, s'agissant d'impossibilités matérielles : CE, Sect., 12 oct. 1956, n°94720, *Sieur Baillet*.

⁶⁸ M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, th., LGDJ, 1980, p. 157.

Finalement, le juge lui-même est-il en mesure de contraindre l'Administration à l'action ? A-t-il les moyens de l'obliger à agir ?

L'analyse de la jurisprudence tant administrative qu'euro-péenne tend à montrer que la logique de moyens n'est pas – et ne peut être – saisie de la même manière en fonction de la structure du contentieux. Cette différence tient vraisemblablement aux différents offices des juges, qu'il s'agisse des juges des référés, du juge de l'excès de pouvoir, du juge du plein contentieux que de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, si le référé-liberté établit expressément le lien entre la logique de moyens et l'effectivité des moyens, il en démontre également les limites par l'impossibilité d'enjoindre des mesures d'ordre structurel, dès lors qu'elles s'inscrivent nécessairement dans un temps long qui n'est pas celui de l'intervention du juge des référés. Pourtant, la protection de la dignité humaine des détenus n'exige-t-elle pas de mettre fin rapidement à la surpopulation carcérale ? Tel est le reproche adressé au référé-liberté par la Cour européenne dans l'arrêt *J.M.B. et autre contre France*⁶⁹. En lui refusant la qualification de recours préventif effectif contre la surpopulation carcérale, la Cour met implicitement en exergue un paradoxe. L'impossibilité pour le juge du référé-liberté de prononcer des mesures d'ordre structurel afin de garantir l'effectivité des droits des administrés s'inscrit *a priori* en contradiction avec la rapidité de son intervention qui constitue un vecteur primordial d'effectivité des droits et libertés. À l'inverse, les juges du fond sont les mieux outillés pour enjoindre la mobilisation de moyens alors qu'ils interviennent des mois voire des années après la survenance de la situation litigieuse. Ce faisant, l'on décèle aisément le fait que la mesure de la contrainte ne sera pas la même en fonction de la structure du contentieux.

Une autre limite tient plus largement à l'impossibilité du juge administratif de se faire administrateur. En effet, il ne revient pas au juge de gérer la pénurie à laquelle fait face l'Administration. Ainsi, en contraignant l'Administration à l'action, le risque est de procéder, à la place de celle-ci, à l'affectation prioritaire de ses moyens. Est-ce véritablement le rôle du juge administratif que de préciser à l'Administration de quelle manière elle doit dépêcher ses agents, organiser ses services, ou déployer ses moyens matériels ? Relevons en outre que la limite du juge administrateur peut se présenter sous un autre versant. En anticipant les difficultés que l'Administration pourrait rencontrer, en les « *intérioris[ant]* »⁷⁰ d'une certaine manière pour amoindrir l'intensité de ses obligations, le juge ne fait-il pas acte d'administrateur ?

Tels sont les enjeux soulevés par l'étude de la logique de moyens que le présent mémoire entend mener. Il s'agira de démontrer et d'analyser dans quelle mesure la logique de moyens régit le droit administratif, sous l'angle de l'effectivité des droits et libertés des administrés. Si cette étude se

⁶⁹ Cour EDH, 30 janv. 2020, n°9671/15, *J. M. B. contre France*.

⁷⁰ C. FRIEDRICH, « Le référé-liberté en carence de l'Administration », *RDP*, 1^{er} sept. 2018, n°5, p. 1297.

fonde d'abord sur la jurisprudence administrative, des éléments de comparaison extérieurs permettront de l'éclairer. Le droit privé et le droit européen, particulièrement le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, viendront enrichir, de manière plus ou moins ponctuelle, l'analyse de notre sujet.

Ainsi, le présent mémoire entend démontrer qu'il existe une logique de moyens en droit administratif, particulièrement protéiforme, et qu'elle irrigue l'ensemble de ses notions structurantes car elle est, selon nous, un élément intrinsèque de sa double finalité, à savoir la conciliation entre les intérêts de l'Administration et les droits des administrés. La logique de moyens occupe en ce sens une fonction d'équilibre. Si elle témoigne d'un pragmatisme nécessaire à l'effectivité des droits et libertés, l'on remarque que la manière dont le juge administratif s'en saisit, en fonction des contentieux, détermine le niveau d'équilibre entre les intérêts de l'Administration et les droits des administrés, et ce faisant le degré d'effectivité de ces derniers.

Aussi, il conviendra d'identifier plus en détail les moyens mobilisés par l'Administration qui traduisent l'existence d'une logique de moyens en droit administratif, de même que les droits et libertés concernés par la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration. L'on observera alors des gradations de cette logique notamment en fonction des droits considérés. L'identification des marques explicites comme implicites de la logique de moyens révélera ensuite qu'elle imprègne le droit administratif et transcende ses antagonismes, avec des degrés variables. Du fait de son caractère épars, l'approche substantielle de la logique de moyens (**Partie 1**) devra être complétée.

Il conviendra ainsi de procéder à une approche fonctionnelle de la logique de moyens, qui conduira à constater qu'elle constitue un instrument de mesure du comportement de l'Administration et de modulation des obligations pesant sur elle. Nous observerons qu'elle vise à déterminer le niveau d'exigences qu'il est raisonnable de faire peser sur l'Administration, tant d'un point de vue maximal, que d'un point de vue minimal. Ainsi, si l'Administration ne peut être tenue à l'impossible, nous constaterons que les obligations de moyens mises à sa charge sont généralement sous-estimées et qu'il convient de retenir une conception exigeante de celles-ci. En contraignant l'Administration à faire tout son possible, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, par référence à un modèle de bonne administration, l'obligation de moyens s'inscrit dans le sens d'une effectivité plus grande des droits et libertés des administrés (**Partie 2**).

Partie 1 : L'approche substantielle de la logique de moyens : une logique éparsée et protéiforme

Démontrer que le droit administratif est régi par une logique de moyens implique nécessairement de l'identifier et d'en déterminer le contenu. L'identification substantielle de cette logique revient à s'intéresser à ses composantes, les moyens, et plus largement à identifier les droits et libertés qu'elle concerne. L'on constate ainsi une importante diffusion et disparité de la logique de moyens, en fonction des moyens et des droits concernés (**Chapitre 1**). À plus forte raison, l'étendue de cette dernière en droit administratif se mesure à la variété de ses manifestations, dépassant les clivages du droit administratif (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le caractère hétéroclite et diffus de la logique de moyens

Les manifestations de la logique de moyens en droit administratif transparaissent dans la diversité des moyens dont dispose l'Administration pour mettre en œuvre son action (**Section 1**), qui sont intégrés dans l'appréciation du respect ou de l'atteinte de nombreux droits et libertés des administrés (**Section 2**).

Section 1 : Logique de moyens et hétérogénéité des moyens

L'hétérogénéité des moyens mobilisés par l'Administration dans le cadre de son action renseigne sur le caractère particulièrement hétéroclite de la logique de moyens en droit administratif. Le terme de *moyens* est en effet polysémique ; les moyens de l'Administration pouvant être matériels comme immatériels, concrets comme abstraits. Il est possible de distinguer d'une part, les moyens de l'Administration entendus strictement (**I**), et, d'autre part, ses moyens entendus largement (**II**).

I. Les moyens *stricto sensu*

Au sens strict du terme, les moyens dont dispose l'Administration s'entendent comme ses moyens d'ordre matériel (**A**) et d'ordre normatif (**B**).

A. Les moyens d'ordre matériel

En évoquant les moyens dont dispose l'Administration, l'on songe assez instinctivement à ses moyens ordinaires, à savoir ses moyens humains (**1**), matériels (**2**) et financiers (**3**).

1. Les moyens humains

Que serait l'Administration sans agents publics pour la faire fonctionner ? Nul ne peut en effet ignorer que l'Administration, en tant que concept abstrait, nécessite d'être concrétisée par des fonctionnaires pour agir, plus généralement par des agents publics. Ces agents publics constituent la cheville ouvrière de l'Administration. Ce sont eux qui, chaque jour, mettent en œuvre l'action administrative. Il n'est donc pas étonnant de constater que le juge administratif prend en compte les moyens humains dont dispose l'Administration pour apprécier sa conduite.

La référence aux moyens humains dont dispose l'Administration est souvent implicite. Ainsi, dans un arrêt du 13 novembre 2020, le Conseil d'État a validé le refus de l'Administration de communiquer « *la liste des magistrats en fonction dans les services rattachés au ministère de la justice, juridictions comprises, notamment celles de la région de Bordeaux, mentionnant le poste occupé et le cursus professionnel* », qui n'existait pas en l'état, et dont la communication nécessitait « *l'extraction de ces informations des bases de données disponibles, leur assemblage en un seul document et l'occultation de certaines d'entre elles pour garantir le respect du secret de la vie privée des magistrats concernés* »⁷¹. Si le Conseil d'État a jugé légal ce refus de communication d'un document administratif, c'est en raison de la « *charge de travail déraisonnable* » qu'elle faisait peser sur l'Administration, en réalité, sur ses agents. Par la référence à la « *charge de travail raisonnable* », l'on comprend en creux qu'il s'agit de prendre en compte que l'Administration ne dispose pas de moyens en personnel illimités, si bien qu'en affectant, pendant des heures, du personnel à extraire des informations pour les assembler en un document unique, sans oublier d'en occulter les informations protégées, les autres tâches qui incombent normalement aux agents ne seront pas effectuées, ni par eux, ni par d'autres. Ce faisant, ils doivent être affectés prioritairement aux tâches les plus essentielles.

Parfois, la référence aux moyens humains est explicite. Ainsi, la mise en place de menus de substitution, conformément aux convictions religieuses de certains usagers du service public de restauration scolaire ou pénitentiaire, trouve notamment une limite dans les « *moyens humains* » dont il dispose⁷². Par conséquent, « *le service peut [...] tirer argument [...] des difficultés d'organisation ou de fonctionnement, qu'induirait le développement de menus confessionnels, pour refuser d'en servir, ou pour cesser de le faire* »⁷³. Il s'agit de prendre en compte les difficultés que rencontreraient

⁷¹ CE, 10ème et 9ème chambres réunies, 13 nov. 2020, n°432832. Voir également l'arrêt CE, 10ème et 9ème chambres réunies, 17 mars 2022, n°452034 qui fait référence à une « *charge de travail manifestement disproportionnée* ».

⁷² CE, 3ème et 8ème chambres réunies, 11 déc. 2020, n°426483, *Commune de Chalon-sur-Saône*.

⁷³ G. ÉVEILLARD, « La licéité des menus de substitution dans les cantines scolaires », Note sous l'arrêt CE, 11 déc. 2020, n°426483, *Commune Chalon-sur-Saône, Dr. adm.*, mars 2021, n°3, p. 45.

les agents chargés de la préparation des repas, en ce que la préparation de tels menus impliquerait notamment un « *circuit [...] de préparation séparé des autres* »⁷⁴, et, ce faisant, des agents spécialement affectés à cette tâche.

L'on remarque ainsi que la prise en compte des moyens humains consiste généralement à considérer leur caractère limité voire insuffisant. À ce titre, l'insuffisance des forces de police destinées à assurer l'ordre public en marge de manifestations ou de réunions publiques a pu justifier l'interdiction de telles manifestations ou réunions⁷⁵. En matière de police administrative également, le juge administratif a pu se référer aux « *très faibles moyens de maintien de l'ordre* »⁷⁶ ainsi qu'à la « *limitation des effectifs de police* »⁷⁷ pour écarter la responsabilité des autorités de police.

À plus forte raison, le juge administratif tient régulièrement compte du manque de personnel qualifié. C'est ainsi qu'il prend en considération la « *faiblesse des moyens en personnel qualifié* »⁷⁸ au sein des préfectures pour effectuer le contrôle de légalité^{79,80}. De même, le juge du référé-liberté considère le manque d'auxiliaires de vie scolaire, en charge d'accompagner les enfants souffrant d'un handicap en milieu scolaire classique, dans l'appréciation de la carence de l'Administration⁸¹. De même, il apprécie la carence de l'Administration dans la prise en charge effective, pluridisciplinaire et adaptée d'un enfant souffrant de troubles autistiques, eu égard au manque de places disponibles en institut médico-éducatif⁸². La saturation des capacités d'accueil de ces établissements est en réalité liée à un personnel compétent et qualifié insuffisant. En effet, dans la mesure où ce dernier ne peut

⁷⁴ X. BIOY, « Dans toute la mesure du possible... À propos de l'alimentation halal en détention », Note sous l'arrêt CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929, *AJDA*, 2016, p. 1127.

⁷⁵ Cela ressort notamment d'une lecture *a contrario* de l'arrêt CE, 5ème et 3ème sous-sections réunies, 29 déc. 1997, n°164299 : « *il ne ressort pas des pièces du dossier que cette réunion ait été de nature à menacer l'ordre public dans des conditions telles qu'il ne pouvait être paré à tout danger par des mesures de police appropriées* ». Voir également l'arrêt CAA Paris, 7 mars 2000, n°97PA00133 : « *il ne ressort pas des pièces versées au dossier que, eu égard à son caractère limité et alors qu'il n'est ni démontré, ni d'ailleurs allégué le caractère insuffisant du service d'ordre, ladite manifestation ait été de nature à menacer l'ordre public dans des conditions telles qu'il ne pouvait être paré à tout danger dans le quartier considéré par des mesures de police appropriées* ». Sur les limites apportées à la liberté de réunion et de manifestation par la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration, voir notamment C. ROUX, « La liberté de réunion et de manifestation », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, CRFPA 2023, p. 426.

⁷⁶ CE, 4ème et 1ère sous-sections réunies, 18 juin 1975, n°90263, n°90264.

⁷⁷ CE, 10ème et 8ème sous-sections réunies, 10 fév. 1982, n°16137.

⁷⁸ M.-C. ROUAULT, « Responsabilité pour faute lourde de l'État pour carence dans le contrôle de légalité », *JCP-G*, 25 avr. 2001, n°17.

⁷⁹ Voir par exemple CE, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 6 oct. 2000, n°205959, *Ministre de l'Intérieur contre Commune de Saint-Florent*.

⁸⁰ Selon le sénateur Marc-Philippe Daubresse, « *le tampon préfectoral n'a jamais garanti la légalité de l'acte compte tenu de la multiplication des actes locaux et de la faiblesse relative des moyens des préfectures et sous-préfectures ; l'idée d'une autorité de contrôle omnisciente et infaillible se heurte au principe de réalité* », A.N. n°1435, p. 372. Cité par B. DELAUNAY, M. LE CLAINCHE, H. RIHAL et L. ROUBAN, « Chronique de l'administration », *Revue française d'administration publique*, 2004, n°112, p. 798.

⁸¹ Voir en référé-liberté : CE, ord., 15 déc. 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Vie associative contre Peyrilhe* ; TA Marseille, ord., 19 nov. 2010, n°1007392 ; TA Marseille, ord., 21 déc. 2020, n°1008137 ; TA Montpellier, ord., 12 janv. 2011, n°1100063.

⁸² CE, ord., 27 nov. 2013, n°373300.

prendre en charge qu'un nombre limité d'enfants, la capacité d'accueil d'un institut médico-éducatif s'en trouve subséquemment limitée. Aussi, en matière de responsabilité hospitalière, si « *le service public [est tenu de] mettre à la disposition des patients le personnel qualifié nécessaire, compétent et bien formé* »⁸³, le juge du plein contentieux apprécie la faute d'un établissement hospitalier en tenant compte notamment « *du personnel médical* »⁸⁴ dont il dispose.

Relevons qu'à la prise en compte de l'insuffisance des moyens humains, s'ajoute fréquemment l'insuffisance des moyens matériels et techniques de l'Administration.

2. Les moyens techniques et matériels

Outre un personnel suffisant et qualifié, le fonctionnement de l'Administration nécessite des moyens matériels et techniques. Ces derniers dépendent du contexte de l'action administrative. Ainsi, dans le contexte d'urgence de la crise sanitaire, le juge du référé-liberté a pu écarter la carence de l'Administration eu égard à l'état d'indisponibilité des masques, des tests de dépistage ainsi que du gel hydroalcoolique⁸⁵. Mais c'est davantage au regard de la nature de l'action administrative que les moyens matériels pris en compte vont varier. Les moyens matériels nécessaires à la mise en œuvre de l'action administrative peuvent effectivement revêtir diverses formes, qu'il s'agisse notamment de meubles, de produits alimentaires, de matériel informatique voire plus largement de capacités d'accueil.

Ainsi, la responsabilité d'un établissement hospitalier s'apprécie eu égard aux « *moyens techniques* »⁸⁶, aux « *équipements* »⁸⁷ ou au nombre de « *lits d'hospitalisation* »⁸⁸ dont il dispose. Outre le milieu hospitalier, les capacités d'accueil de l'Administration sont prises en compte en matière de restauration scolaire⁸⁹, de scolarisation en institut médico-éducatif⁹⁰ ainsi qu'en matière d'hébergement d'urgence des personnes sans abri ou en détresse⁹¹ et d'hébergement des demandeurs d'asile. À cet égard, en matière d'expulsion d'occupants sans titre du domaine public, s'agissant de foyers d'hébergement de demandeurs d'asile, le juge du référé mesures-utiles apprécie l'urgence à

⁸³ CE, 21 juil. 1939, *Sieur Lemaire*. Arrêt cité par L. MARION et C. MAUGÜÉ, *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2^e éd., 2019, p. 75.

⁸⁴ CAA Nantes, 24 nov. 2011, n°09NT01644.

⁸⁵ Voir par exemple : CE, ord., formation collégiale, 22 mars 2020, n°439674 ; CE, ord., 17 avr. 2020, n°440057 ; CE, ord., 7 mai 2020, n°440151.

⁸⁶ CAA Marseille, 6 déc. 2007, n°05MA00054.

⁸⁷ CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, 13 nov. 1981, n°19851.

⁸⁸ CAA Lyon, 3 déc. 2009, n°07LY00469.

⁸⁹ CE, 4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies, 22 mars 2021, n°429361, *Commune de Besançon*.

⁹⁰ CE, ord., 1^{er} août 2018, n°422614.

⁹¹ CE, ord., 10 fév. 2012, n°356456, *Fofana*.

ordonner la libération des lieux à un étranger, dont la demande d'asile a été rejetée, « eu égard aux besoins d'accueil des demandeurs d'asile et au nombre de places disponibles dans les lieux d'hébergement pour demandeurs d'asile »⁹².

En matière de restauration pénitentiaire, le juge administratif prend en considération les contraintes d'approvisionnement en viande *halal* pour valider l'absence de mise à disposition quotidienne des détenus de confession musulmane de repas conformes aux prescriptions alimentaires qui découlent de leurs convictions⁹³. Il s'agit de prendre en considération les contraintes matérielles d'organisation du service, dès lors que la distribution de menus confessionnels implique, d'une part, un « circuit d'approvisionnement [...] séparé des autres »⁹⁴, et, d'autre part, des « capacités de stockage permettant de conserver ces produits à part des autres aliments »⁹⁵.

Si le juge prend en compte l'insuffisance de moyens matériels et techniques à la disposition de l'Administration, il peut également lui ordonner de mobiliser un certain nombre de moyens matériels. Par exemple, en droit de la fonction publique, l'Administration est tenue de mettre des locaux à disposition des syndicats⁹⁶. En outre, afin de protéger la vie des détenus, l'Administration est tenue de leur mettre à disposition des « matelas revêtus d'une housse ignifugée »⁹⁷, de même qu'elle est tenue, d'assurer des conditions matérielles d'accueil décentes aux demandeurs d'asile, ce qui implique notamment la mise en place de points d'eau, de latrines et de douche en nombre suffisant⁹⁸.

Cependant, afin de mobiliser l'ensemble de ces moyens matériels, l'Administration doit disposer de moyens financiers.

3. Les moyens financiers

Les moyens financiers de l'Administration constituent en quelque sorte les « moyens de ses moyens ». Ce sont en effet ses crédits budgétaires qui déterminent ses moyens en personnel et ses moyens matériels. Ainsi, le doyen Hauriou considérerait-il que les finances publiques sont « l'élément

⁹² CE, 2ème et 7ème chambres réunies, 21 avr. 2017, n°405164, *Ministère de l'Intérieur contre Gjeta*.

⁹³ CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929.

⁹⁴ X. BIOY, « Dans toute la mesure du possible... À propos de l'alimentation halal en détention », art. préc., p. 1127.

⁹⁵ A. BRETONNEAU, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929.

⁹⁶ Voir par exemple en matière de fonction publique territoriale : article L. 213-2 du Code général de la fonction publique ; CE, ord., 1ère et 6ème sous-sections réunies, 31 mai 2007, n°298293, *Syndicat CFDT Interco 28*.

⁹⁷ CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 17 déc. 2008, n°305594.

⁹⁸ CE, ord., 23 nov. 2015, n°394540 ; CE, 6ème chambre, 31 juil. 2017, n°412125.

le plus important de la chose publique »⁹⁹. La logique de moyens transparait dans la prise en compte des ressources financières de l'Administration dans le cadre d'« activités et opérations réalisées dans un but non financier »¹⁰⁰. L'intégration du coût financier de l'action administrative est parfois directement commandée par la loi, à l'image du droit de séjour des ressortissants européens soumis à la condition que ces derniers ne deviennent pas une « charge pour le système d'assistance sociale »¹⁰¹. C'est également au regard des travaux préparatoires de l'article L. 131-13 du Code de l'éducation¹⁰², que le rapporteur public de l'arrêt *Commune de Besançon* interprète le droit d'accès au service public de la restauration scolaire dans un sens restrictif, qu'il tempère par le nombre de places disponibles, en relevant l'opposition des sénateurs à « la création d'une obligation pour les communes dotées d'un service de restauration scolaire d'y accueillir tous les élèves en faisant la demande »¹⁰³, notamment du fait du « manque de moyens financiers »¹⁰⁴ de ces dernières.

Plus fréquemment encore, le juge administratif intègre les contraintes budgétaires de l'Administration en l'absence de références textuelles. Sa jurisprudence fait état de la prise en compte des moyens financiers de l'Administration en matière de mesures d'aménagement pour les personnes handicapées¹⁰⁵, d'expropriation¹⁰⁶, de prévention des risques d'avalanche¹⁰⁷ ou, encore, en matière de restauration pour justifier le refus de distribuer des menus de substitution¹⁰⁸ ou des menus confessionnels¹⁰⁹.

Néanmoins, l'on remarque une tendance générale au sein de la jurisprudence administrative visant à écarter le moyen tiré du manque de ressources financières, bien davantage que ceux tirés du

⁹⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 8^e éd., 1914, p. 854.

¹⁰⁰ F. ALHAMA, *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, th., Dalloz, 2018, p. 96.

¹⁰¹ Article L. 233-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

¹⁰² En vertu duquel « L'inscription à la cantine des écoles primaires, lorsque ce service existe, est un droit pour tous les enfants scolarisés. Il ne peut être établi aucune discrimination selon leur situation ou celle de leur famille ».

¹⁰³ R. CHAMBON, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 4^eme et 1^{ère} chambres réunies, 22 mars 2021, n°429361, *Commune de Besançon*.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Sur l'aménagement du poste de travail des personnes handicapées : CAA Marseille, 9^eme chambre, 21 déc. 2018, n°18MA02711 ; sur l'accès des personnes handicapées aux bâtiments publics : CE, Ass., 22 oct. 2010, n°301572, *Marianne B.* Dans cet arrêt d'Assemblée, le Conseil d'État écarte la responsabilité pour faute de l'Administration en intégrant l'« effort financier notable » que les travaux d'aménagement demandent à l'Administration et qui justifie « l'étalement des travaux de réalisation de l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux des palais de justice ».

¹⁰⁶ CE, Sect., 26 oct. 1973, n°83261, *Grassin* : un coût financier excessif est de nature à faire obstacle à la déclaration d'utilité publique d'une opération.

¹⁰⁷ CE, 10^eme et 9^eme sous-sections réunies, 16 juin 1989, n°59552 : « bien que les ouvrages ainsi construits n'aient pas été suffisamment efficaces pour parer entièrement au danger d'avalanche, la municipalité, en n'entretenant pas des travaux plus importants qui auraient été hors de proportion avec ses ressources, n'a pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de la commune dans la prescription des mesures de police destinées à prévenir les accidents naturels tels que les avalanches ».

¹⁰⁸ CE, 3^eme et 8^eme chambres réunies, 11 déc. 2020, n°426483.

¹⁰⁹ CE, 10^eme et 9^eme sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929. Il convient de noter la référence aux « surcoûts engendrés par l'achat de viande certifiée halal » dans les conclusions du rapporteur public Aurélie Bretonneau.

manque de moyens non financiers qui sont généralement accueillis. Dans le contentieux du fond comme de l'urgence, l'on constate en effet, « *s'agissant d'activités ou d'opérations réalisées dans un but non financier* », que les considérations budgétaires « n'occupent *in fine* qu'une place de second rang »¹¹⁰. Que l'on songe par exemple à la jurisprudence *Giraud* de 1988, par laquelle le Conseil d'État a jugé que le ministère de l'Éducation nationale ne pouvait s'exonérer du respect de « *l'obligation légale d'assurer l'enseignement de toutes les matières obligatoires inscrites aux programmes d'enseignement tels qu'ils sont définis par les dispositions législatives et réglementaires* » en invoquant un « *manque de crédits budgétaires* ». C'est semble-t-il la nature de la mission confiée à l'Administration qui a déterminé la solution du litige, dans la mesure où il s'agit d'une mission d'intérêt général réglementée. De même, dans un arrêt de Section du 25 septembre 1970, le Conseil d'État a jugé que « *la modicité des ressources de la commune* »¹¹¹ n'était pas de nature à absoudre cette dernière de sa responsabilité s'agissant du décès accidentel d'un collaborateur occasionnel du service public. Il est en effet bienheureux de constater que la prise en compte des contraintes budgétaires de l'Administration ne soit pas systématique, dès lors que tout est affaire de ressources financières et qu'elles s'avèrent bien souvent – si ce n'est toujours – insuffisantes. Au vu de la situation déficitaire permanente de l'État français, dont le budget alimente les budgets de nombreuses administrations – si ce n'est toutes –, il s'agirait d'un argument en faveur de l'inaction administrative bien trop commode¹¹². La jurisprudence administrative s'inscrit à ce titre dans la lignée de celle de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, si la Cour interprète les obligations positives pesant sur les États notamment en tenant compte « *des choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources* »¹¹³, il résulte de sa jurisprudence constante qu'une « *autorité de l'État ne peut prétexter du manque de fonds ou d'autres ressources pour ne pas honorer une dette fondée sur une décision de justice* »¹¹⁴.

Outre les moyens d'ordre matériel, les moyens de l'Administration au sens strict du terme peuvent renvoyer à ses moyens formels.

¹¹⁰ F. ALHAMA, *op. cit.*, p. 188.

¹¹¹ CE, Sect., 25 sept. 1970, n°73707, 73727, *Commune de Batz-sur-Mer*.

¹¹² Voir sur ce point la thèse de F. ALHAMA (précitée), spécialement les pages 893-894 : « *il serait proprement absurde, compte tenu de la finalité ultime assignée aux personnes publiques - satisfaire les besoins essentiels de la population -, que ces personnes puissent accorder à leurs intérêts financiers une importance telle qu'il en résulte in fine plus d'inconvénients que d'avantages pour la population. Ce serait sacrifier la fin sur l'autel des moyens. Il est par conséquent parfaitement justifié (et même éminemment souhaitable) de refuser de regarder la prise en considération ou la poursuite de son intérêt financier par une personne publique comme étant d'intérêt général lorsque, dans telles ou telles circonstances déterminées, cette prise en considération ou cette poursuite emporterait des inconvénients jugés excessifs pour d'autres intérêts publics, voire pour certains intérêts privés au respect desquels l'administration doit veiller - le droit de propriété, par exemple* ».

¹¹³ Cour EDH, gr. ch., 24 oct. 2002, *Mastromatteo contre Italie*, n°37703/97, §68.

¹¹⁴ Cour EDH, 9 avr. 2015, *Tchokontio contre France*, n°65829/12, §50.

B. Les moyens d'ordre formel

Afin de mettre en œuvre les activités administratives, l'Administration dispose de deux instruments juridiques. En fonction de sa méthode d'action, l'Administration pourra recourir soit à l'acte administratif unilatéral (1), soit au contrat administratif (2).

1. Les moyens unilatéraux

L'Administration est habilitée à édicter des actes administratifs unilatéraux. Le qualificatif « unilatéraux » révèle que le choix d'un tel instrument n'est pas motivé par une volonté consensuelle. L'acte administratif unilatéral se définit en effet comme un acte adopté sans le consentement de son ou ses destinataire(s), pourvu d'un caractère normatif¹¹⁵, participant à la fonction administrative¹¹⁶ et témoignant de l'exercice de prérogatives de puissance publique¹¹⁷. Il constitue l'expression des prérogatives de puissance publique en ce qu'il permet à l'Administration de « *décider unilatéralement et [d'] imposer aux administrés des décisions ou les autoriser à agir en fonction des exigences de l'intérêt général* »¹¹⁸. Le recours aux instruments unilatéraux est indispensable à l'Administration, l'unilatéralisme étant « *inhérent à la forme étatique elle-même et au pouvoir de commandement qui lui est consubstantiel* »¹¹⁹. Ainsi, l'édition d'actes administratifs unilatéraux est-elle particulièrement utilisée par l'Administration dans le cadre de ses missions de police administrative¹²⁰.

À l'inverse, le contrat administratif est classiquement présenté comme un moyen administratif procédant d'un accord de volontés.

¹¹⁵ Voir notamment sur les circulaires : CE, Sect., 18 déc. 2002, n°233618, *Duvignères* ; sur les mesures d'ordre intérieur : CE, Ass., 17 fév. 1995, n°107766, *Hardouin* ; CE, Ass., 17 fév. 1995, n°97754, *Marie* ; CE, Sect., 25 sept. 2015, n°372624, *Bourjolly* ; sur les actes de droit souple : CE, Sect., 12 juin 2020, n°418142, *GISTI*.

¹¹⁶ Voir notamment sur la fonction législative : CE, ord., 28 mars 2011, n°347869, *Maxime* ; sur la fonction judiciaire : TC, 27 nov. 1952, n°01420, *Préfet de la Guyane* ; sur la fonction gouvernementale : CE, 19 fév. 1875, n°46707, *Prince Napoléon*.

¹¹⁷ Voir notamment CE, Ass., 31 juil. 1942, n°71398, *Monpeurt* ; TC, 15 janv. 1968, n°01908, *Époux Barbier* ; TC, 22 nov. 2010, n°10-03.764, *Société Brasserie du Théâtre*.

¹¹⁸ J. PETIT et P.-L. FRIER, *op. cit.*, p. 371.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Précisons que de plus amples exemples seront mobilisés par la suite lorsqu'il serait question de traiter de la compétence liée de l'Administration. Voir nos développements *infra*, p. 78.

2. Les moyens contractuels

Se distinguant de l'acte administratif unilatéral par son régime juridique, le contrat administratif constitue la seconde option de l'Administration en matière de moyens formels. L'Administration peut en effet choisir d'agir au moyen de cet instrument qui témoigne d'une méthode d'action administrative négociée et consensuelle. Le contrat administratif est avant tout un « contrat » au sens du droit privé, autrement dit « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »¹²¹. Néanmoins, le contrat administratif, en ce qu'il est au service de l'action administrative, demeure marqué par un déséquilibre au profit de l'Administration, qui peut à ce titre le réviser de manière unilatérale¹²². L'instrument contractuel permet en particulier d'externaliser la gestion des missions administratives, notamment la délégation de services publics. L'on assiste à ce titre à un phénomène de contractualisation de l'action publique, qui s'explique par la pénurie de moyens humains¹²³, techniques et principalement financiers de l'Administration pour remplir ses missions en interne. Le contrat est donc devenu un instrument privilégié de l'action administrative, de telle manière que le juge administratif n'hésite pas à enjoindre à l'Administration de mobiliser ses instruments contractuels afin de protéger les droits et libertés des administrés. À ce titre, le juge du référé-liberté a pu prononcer des « *injonctions relatives à la dératisation et à la désinfection de la prison des Baumettes à Marseille, qui, notamment, prédéterminent la teneur du nouveau contrat à passer avec un prestataire de services* »¹²⁴.

L'on constate que le juge administratif est plus enclin à ordonner à l'Administration de conclure un contrat, plus largement de recourir à ses instruments formels, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une mobilisation difficile. Le raisonnement du juge administratif n'est en effet pas de même nature s'agissant des moyens d'ordre matériel que d'ordre formel de l'Administration. Dans le premier cas, sa jurisprudence fait montre de nombreuses références à l'insuffisance des moyens

¹²¹ Article 1101 du Code civil.

¹²² Article L. 6 du Code de la commande publique ; CE, 2ème et 6ème sous-sections réunies, 2 fév. 1983 n°34027, *Union des transports publics urbains et régionaux*.

¹²³ La contractualisation de l'action publique trouve un écho en droit de la fonction publique à travers le recours de plus en plus accru aux agents contractuels.

¹²⁴ J. PETIT, « Les armes du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales - Colloque : La guerre des juges aura-t-elle lieu ? », *Revue générale du droit*, 2016, n°23356. À propos de Conseil d'État, ord., 22 déc. 2012, n°364584 : « [...] que ces mesures doivent, en premier lieu, permettre la réalisation, au vu de la situation actuelle, d'un diagnostic des prestations appropriées à la lutte contre les animaux nuisibles, dans la perspective de la définition d'un nouveau cahier des charges pour la conclusion d'un nouveau contrat, après l'expiration, en mars 2013, de celui actuellement en vigueur ; qu'en effet, ce contrat devra prévoir des modalités et une fréquence des interventions préventives comme curatives adéquates à la situation effectivement observée au sein de l'établissement des Baumettes ; que ces mesures doivent, en second lieu, permettre d'identifier une solution de court terme proportionnée à l'ampleur des difficultés constatées, sans attendre la définition du nouveau cahier des charges et sans préjudice des interventions devant être effectuées dans le cadre du contrat actuellement en vigueur [...] ».

matériels, humains et financiers. Cette pénurie rend logiquement difficile toute injonction d’agir, de recourir à ces moyens. En revanche, la mobilisation des moyens formels ne se heurte, par définition, à aucune difficulté de même nature. Pour le dire autrement, s’il est possible de constater et donc de considérer le manque de moyens matériels, humains ou financiers de l’Administration, il ne peut être question du manque de moyens formels à la disposition de l’Administration. Ces derniers sont par nature à la pleine disposition de l’Administration, en ce sens que leur déploiement est toujours possible. Ce faisant, le droit administratif et précisément le juge administratif sont particulièrement enclins à mettre à la charge de l’Administration des obligations d’agir par ses moyens formels. Ainsi, comme nous le verrons dans les prochains développements, l’Administration est tenue d’édicter, de transposer, d’abroger, ou, encore, d’appliquer¹²⁵.

Si les moyens de l’Administration renvoient de manière assez intuitive à ses moyens d’ordre matériel et formel, il faut assurément se garder de se limiter à une conception si réduite. Les moyens de l’Administration doivent effectivement s’entendre dans un sens bien plus large, renvoyant aux possibilités d’action de cette dernière.

II. Les moyens *lato sensu*

Les moyens dont dispose l’Administration peuvent également s’entendre au sens large du terme comme la « *capacité générale d’agir* »¹²⁶ de l’Administration, ce qui renvoie, d’une part, aux connaissances et aux informations dont elle dispose (A), qui sont le préalable nécessaire à son action, et, d’autre part, à ses marges de manœuvre (B).

A. Les connaissances et les informations de l’Administration

L’Administration ne peut être omnisciente. Cette considération d’ordre réaliste, qui relève *a priori* de l’extra-juridique, trouve une traduction juridique dans la jurisprudence administrative. Le juge administratif prend en effet en considération l’état des connaissances et des informations de l’Administration « *pour apprécier la suffisance de l’adaptation de l’action administrative* »¹²⁷.

À cet égard, le contentieux de la responsabilité du fait des activités de contrôle de l’Administration est particulièrement exemplaire. À titre d’exemple, c’est « *au vu des bilans et des*

¹²⁵ Voir nos développements *infra*, p. 78.

¹²⁶ P. PARINET, *La carence de l’Administration*, th., Tours, 2017, p. 173.

¹²⁷ *Ibid.*

situations périodiques qui [...] étaient remis et au moyen des renseignements qui [...] étaient fournis »¹²⁸ à la Commission de contrôle des banques, que le juge administratif écarte la faute au titre de sa mission administrative de surveillance. De même, a-t-il jugé dans un arrêt en date du 18 décembre 2020 que la carence des inspecteurs du travail dans leur mission de contrôle s'apprécie en fonction « *des indications dont ils disposent sur la situation particulière de chaque entreprise, au regard notamment de la survenance d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou de l'existence de signalements effectués notamment par les représentants du personnel* »¹²⁹. C'est d'ailleurs au titre des difficultés de l'Administration à disposer d'informations suffisantes, que le rapporteur public de l'affaire invitait la formation de jugement à exiger une faute lourde pour engager la responsabilité de l'État en raison de l'absence de contrôle de l'inspection du travail. Cette solution se justifiait selon lui par « *l'idée que l'activité de contrôle est un exercice structurellement difficile, dans la mesure où elle suppose pour l'administration de surveiller les agissements d'un tiers, par rapport auquel elle est souvent dans une situation d'asymétrie d'information* »¹³⁰. L'état des connaissances et des informations de l'Administration permet ainsi de distinguer l'inaction due à « *une sorte de fatalité statistique* » de l'inaction résultant d' « *un aveuglement coupable* »¹³¹.

À l'image du contentieux des activités de contrôle, la prise en compte des connaissances et des informations dont dispose l'Administration ressort fréquemment de l'appréciation des activités administratives jugées difficiles. La prévention des attentats relève à l'évidence de cette catégorie. Ainsi, le juge administratif a pu écarter la faute du préfet de la Corse pour n'avoir pas pris les mesures de nature à empêcher l'attentat survenu dans la nuit du 21 au 22 mars 1974 à l'Aéroport de Bastia-Poretta, « *eu égard tant au nombre des attentats par explosifs qui avaient été perpétrés dans le département de la Corse dans la période de troubles commencée en 1973 qu'à la difficulté de prévoir la nature, la date, le lieu et les objectifs de ces actes de sabotage* »¹³². L'on constate alors qu'à l'endroit de la prise en compte de la difficulté de certaines activités administratives, résonne la prise en compte de l'imprévisibilité des dommages. Le juge considère que l'Administration n'est pas en mesure d'anticiper des dommages par nature imprévisibles. Cela ressort également d'un arrêt du 25 octobre 1985 relatif à la prévention des risques d'avalanche. En l'espèce, le requérant dont le chalet construit en montagne « *loin de toute habitation* »¹³³ a été détruit par une avalanche, engage la responsabilité de l'État et de la commune pour lui avoir délivrer un permis de construire. Le Conseil

¹²⁸ CE, Ass., 29 déc. 1978, n°96004, *Puech*.

¹²⁹ CE, 1ère et 4ème chambres réunies, 18 déc. 2020, n°437314.

¹³⁰ V. VILLETTE, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt Conseil d'État, 1ère et 4ème chambres réunies, 18 déc. 2020, n°437314.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² CE, 10ème et 8ème sous-sections réunies, 10 fév. 1982, n°16137.

¹³³ CE, 10ème et 1ère sous-sections réunies, 25 oct. 1985, n°39288, *Poinsignon*.

d'État rejette la requête au motif que l'« *avalanche était difficilement prévisible, puisque sans précédent sur ce site* »^{134,135}.

A fortiori, le juge administratif se garde d'exiger de l'Administration qu'elle anticipe la réalisation de dommages lorsque ces derniers résultent du comportement humain, qui est par nature imprévisible. Le contentieux de la responsabilité des hôpitaux en matière de garde en constitue un exemple topique. La jurisprudence *Hawezack*¹³⁶ établit à ce titre le lien entre la difficulté des tâches qui incombent à un établissement hospitalier en matière de surveillance des patients et l'imprévisibilité du comportement de ces derniers. L'exclusion de la responsabilité de l'établissement prend sa source, selon l'un des commentateurs de l'arrêt, le professeur Franck Moderne, dans la prise en considération de l'idée que « *les établissements psychiatriques assumaient une tâche particulièrement difficile, et qu'on ne pouvait leur imputer à charge les impulsions subites et irraisonnées des malades* »¹³⁷. Dans la lignée de cette jurisprudence, l'appréciation de la carence de l'Administration en matière d'activités de police tient compte de la difficulté que représente l'exercice de telles activités, en particulier du fait de l'imprévisibilité du comportement humain¹³⁸.

L'on s'aperçoit alors que la prise en compte des informations et des connaissances dont dispose l'Administration, à travers la question de la prévisibilité des dommages, « *[s'étend] encore aux circonstances* »¹³⁹ de l'action de l'Administration. Celle-ci n'est pas en mesure d'anticiper des situations d'urgence, à l'image de la crise sanitaire de 2020. À cet égard, le manque de masques, de tests de dépistage et de gel hydroalcoolique peut trouver une explication dans l'absence de connaissances et d'informations de l'Administration. D'une part, en ce que le Covid-19 constituait un nouveau virus, inconnu du monde médical et scientifique. Il fallait donc déterminer de quelles manières le virus se transmettait, par quels moyens éviter la contamination, de même qu'il fallait mettre au point des tests de dépistage adaptés. D'autre part, l'apparition subite et l'ampleur inédite de l'épidémie, au demeurant rebaptisée *pandémie*, empêchent de reprocher à l'Administration de n'avoir

¹³⁴ P.-É. DU CRAY, art. préc., §10.

¹³⁵ CE, 10ème et 1ère sous-sections réunies, 25 oct. 1985, n°39288, *Poinsignon* : « *Considérant que le terrain sur lequel M. X... a construit son chalet est situé à 7 km du village et loin de toute habitation ; que s'il se trouve au pied d'une forte pente et dans une zone très enneigée, il ne résulte pas de l'instruction qu'il ait été, avant 1969, atteint par des avalanches* ».

¹³⁶ CE, Sect., 5 janv. 1966, *Sieur Hawezack*, n°58623.

¹³⁷ F. MODERNE, Note sous l'arrêt CE, Sect., 5 janv. 1966, n°58623, *Sieur Hawezack*, *Recueil Dalloz Sirey*, 1966, n°317, p. 318.

¹³⁸ Cour EDH, gr. ch., 28 oct. 1998, n°23452/94, *Osman contre Royaume-Uni*. La Cour interprète l'obligation positive de l'État de prendre préventivement des mesures concrètes afin de protéger l'individu dont la vie est menacée d'agissements criminels d'autrui « *sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni l'imprévisibilité du comportement humain ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, [...] de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* ».

¹³⁹ P. PARINET, *La carence de l'Administration*, op. cit., p. 173.

pas anticipé la pandémie et, ce faisant, disposer des moyens adaptés et suffisants pour y faire face. Cela transparaît notamment d'ordonnances du juge du référé-liberté, rendues au début de l'épidémie, par lesquelles le Conseil d'État était amené à statuer sur des conclusions visant à enjoindre au Gouvernement de mettre à la disposition notamment des soignants, des détenus et du personnel pénitentiaire des moyens de protection. Ainsi, le Conseil d'État a pu valider les affectations prioritaires établies par le Ministre des Solidarités et de la Santé « *dans l'état des connaissances et des ressources disponibles* »¹⁴⁰.

Outre les connaissances et les informations dont dispose l'Administration, prendre en compte la capacité générale d'action de l'Administration c'est également considérer les marges de manœuvre dont elle dispose.

B. Les marges de manœuvre de l'Administration

L'action ou l'inaction de l'Administration s'apprécie en tenant compte de sa marge de manœuvre qui renvoie à « *ses possibilités d'action, c'est-à-dire ce qu'elle est en mesure de faire d'un point de vue matériel, financier et juridique* »¹⁴¹. Les moyens concrets de l'Administration, qu'ils soient formels, matériels, financiers ou humains, dépendent eux-mêmes des marges de manœuvre de l'Administration, qui peuvent être plus ou moins grandes ou plus ou moins restreintes¹⁴². Ainsi, la marge de manœuvre de l'Administration est restreinte si la prise de décision ne lui appartient pas totalement. En matière pénitentiaire par exemple, « *le nombre de détenus dans une cellule ne dépend pas seulement de l'administration pénitentiaire. Elle dépend également du Législateur, qui détermine les sommes allouées, et de l'autorité judiciaire, qui décide du placement sous écrou* ». Il en résulte que « *l'Administration [est] tenue d'accueillir toutes les personnes placées quelques soient les places dont elle dispose* »¹⁴³. Autrement dit, la surpopulation carcérale ne peut être entièrement imputée à l'Administration, et cette absence de marge de manœuvre sera prise en considération par le juge administratif lors de litiges relatifs à la dignité des détenus¹⁴⁴.

¹⁴⁰ CE, ord., 15 avr. 2020, n°440002.

¹⁴¹ O. LE BOT, *Le Guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif 2018-2019*, Dalloz, coll. « Guides Dalloz », nov. 2017, 2^e éd., p. 375.

¹⁴² La prise en compte des marges de manœuvre dont dispose l'Administration recouvre ainsi les hypothèses précédemment développées, à savoir les capacités d'accueil dépassées de l'Administration s'agissant de la scolarisation d'enfants handicapés ou, encore, la saturation des structures d'hébergement d'urgence et d'hébergement des demandeurs d'asile.

¹⁴³ O. LE BOT, *Le Guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif 2018-2019*, op. cit., p. 375.

¹⁴⁴ Voir par exemple CE, 10^eme et 9^eme chambres réunies, 28 juil. 2017, n°410677, *Section française de l'Observatoire international des prisons* : « *le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a, dans*

De même, la marge de manœuvre de l'administration est nécessairement réduite en cas de survenance subite de nouvelles circonstances, particulièrement dans un contexte d'urgence. Ainsi, pour écarter la faute d'un établissement hospitalier dans le transfert tardif d'un patient, le juge administratif a considéré l'« *insuffisance de moyens techniques permettant de faire face à deux situations d'urgence simultanées* »¹⁴⁵. Du fait de la survenance simultanée de deux situations d'urgence, l'établissement hospitalier n'était pas en mesure de mobiliser des moyens techniques en nombre suffisant. Autrement dit, le juge administratif prend en considération le fait que les marges de manœuvre, les capacités d'action de l'Administration se sont trouvées restreintes par les circonstances particulières de l'espèce¹⁴⁶. Cela transparait également dans les ordonnances du juge du référé-liberté relatives à la crise sanitaire. L'état des « *stocks disponibles* »¹⁴⁷ en matériels de protection au commencement de la crise sanitaire n'était pas de nature à faire face à l'ampleur de l'épidémie. Partant, les marges de manœuvre de l'Administration dans la distribution de masques, de gants, de tests de dépistage ou, encore, de gel hydroalcoolique étaient nécessairement restreintes, et elles ont justifiées la mise en œuvre de politiques de distribution prioritaire (initialement pour les seuls personnels de santé présentant des symptômes). L'on peut lire en creux que la prise en compte de la marge de manœuvre de l'Administration, par le juge administratif, se prolonge dans le respect de son pouvoir d'appréciation des priorités fixées par l'Administration. Ne pas considérer la marge d'appréciation de l'Administration « *provoquerait des effets d'éviction au stade de l'exécution de l'ordonnance du juge du référé-liberté* »¹⁴⁸, dès lors qu'il s'agirait pour le juge administratif « *d'arbitrer entre diverses priorités* »¹⁴⁹. En respectant les choix établis par l'Administration en termes de priorités, le juge considère la marge d'appréciation dont elle dispose. Pour reprendre l'exemple du contentieux relatif à la crise sanitaire, le juge du référé-liberté a écarté la « *carence*

ce cadre, déjà prises. Or, d'une part, alors même que le décret du 4 mai 2017 modifiant le code de procédure pénale a prévu que l'administration pénitentiaire informe l'autorité judiciaire de la capacité d'accueil et du taux d'occupation des maisons d'arrêt, l'administration pénitentiaire ne dispose d'aucun pouvoir de décision en matière de mises sous écrou, lesquelles relèvent exclusivement de l'autorité judiciaire. Une maison d'arrêt est ainsi tenue d'accueillir, quel que soit l'espace disponible dont elle dispose, la totalité des personnes mises sous écrou ».

¹⁴⁵ CAA Marseille, 3ème chambre, 6 déc. 2007, n°05MA00054.

¹⁴⁶ La prise en compte des marges de manœuvre dont dispose l'Administration par le juge du référé-liberté consiste à prendre en compte sa « *capacité réelle à mettre en œuvre les mesures qu'il lui imposerait* » (G. ÉVEILLARD, « L'office du juge du référé-liberté et la Convention européenne des droits de l'homme », Note sous l'arrêt CE, 19 oct. 2020, n°439372, *Ministère de la Justice et Section française de l'Observatoire international des prisons, Dr. adm.*, fév. 2021, n°2, comm. 7), autrement dit elle intervient notamment au stade de l'injonction.

¹⁴⁷ CE, ord., 9 avr. 2020, n°439895.

¹⁴⁸ C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « Le référé en liberté », *AJDA*, 15 juin 2020, n°21, p. 1162.

¹⁴⁹ *Ibid.*

manifestement illégale »¹⁵⁰ de l'Administration « *compte tenu du pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités pour définir les mesures de protection* »^{151,152}.

La prise en compte des marges de manœuvre dont dispose l'Administration transparaît ainsi plus largement dans le respect du choix des moyens mobilisés par l'Administration. Il s'agit tant de respecter le pouvoir discrétionnaire de l'Administration en contentieux de l'excès de pouvoir (voir nos développements *infra*, p. 75), que de respecter la marge nationale d'appréciation reconnue aux États dans la jurisprudence strasbourgeoise (voir nos développements *infra*, p. 116). Ces notions renvoient à l'idée que l'Administration dispose, dans certains cas de figure, d'une certaine latitude, d'une certaine marge d'appréciation dans le choix des mesures à prendre, dans le choix des actions possibles et plus largement dans le choix des moyens à utiliser. Le principe de mutabilité du service public intègre à ce titre une logique de moyens. Il implique notamment l'absence de droit des usagers au maintien d'un service public, dans la mesure où il reconnaît à l'Administration un pouvoir d'adapter le service public à de nouvelles circonstances. Partant, cette dernière « *dispose d'une grande marge de manœuvre quant au choix des évolutions nécessaires* »¹⁵³.

Le choix des moyens renvoie également au choix des méthodes d'action. La prise en compte des marges de manœuvre dont dispose l'Administration transparaît en effet dans la prise en considération des méthodes qu'elle choisit pour accomplir ses missions. Que l'on songe notamment à la jurisprudence *Thouzellier*¹⁵⁴, où le choix de méthodes libérales de rééducation, qui constituent des méthodes risquées pour les tiers mais bénéfiques pour la société, a justifié l'absence de faute et l'engagement de la responsabilité de l'Administration sur le terrain de la responsabilité sans faute. En responsabilité hospitalière également, l'absence de surveillance particulière d'un patient « *hospitalisé*

¹⁵⁰ O. LE BOT, « Crise du coronavirus : le "pragmatisme" du juge du référé-liberté », *JCP-G*, 6 avr. 2020, n°14, p. 713.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² L'intégration des choix effectués en termes de priorités par l'Administration trouve d'autres illustrations dans la jurisprudence administrative. À titre d'exemple, dans une affaire relative aux travaux d'aménagement des bâtiments publics en vue de les rendre accessibles aux personnes handicapées à mobilité réduite, le rapporteur public soulignait la nécessité d'apprécier le critère de l'aménagement raisonnable en intégrant « *les sacrifices d'autres priorités budgétaires qu'impliquerait l'accélération du programme* » de travaux d'aménagement (C. ROGER-LACAN, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, Ass., 22 oct. 2010, n°301572, *Marianne B.*). Cette jurisprudence s'inscrit dans la lignée de celle de la Cour européenne des droits de l'Homme qui intègre les « *choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources* » pour interpréter les obligations positives des États (Cour EDH, gr. ch., 28 oct. 1998, n°23452/94, *Osman contre Royaume-Uni*).

¹⁵³ J. PETIT et P.-L. FRIER, *op. cit.*, p. 324. Les auteurs citent à titre d'exemple l'arrêt CE, 10ème et 4ème sous-sections réunies, 19 juil. 1991, n°115294, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*. En l'espèce, le juge administratif a considéré que les requérants n'étaient pas fondés à demander l'annulation de la décision portant modification des modalités de transport du trafic de marchandises assuré par la société nationale des chemins de fer français, compte tenu de l'« *autonomie de gestion [dont elle dispose et] dans le cadre de laquelle elle apprécie la nécessité des prestations à fournir en fonction de leurs coûts et des besoins des usagers* ».

¹⁵⁴ CE, Sect., 3 fév. 1956, *Ministre de la Justice contre Thouzellier*.

pour dépression nerveuse »¹⁵⁵ dans un hôpital psychiatrique a pu être considérée comme n'étant pas constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité « *compte tenu des méthodes thérapeutiques employées dans le service libre* »¹⁵⁶.

À l'inverse de ces hypothèses, le fait que l'Administration dispose d'une certaine marge de manœuvre est également prise en compte pour apprécier son inaction. À titre d'exemple, le constat que « *le maire disposait d'un minimum de moyens disponibles (constater les infractions ou alerter le préfet) qu'il n'a pas utilisé* »¹⁵⁷ a conduit le juge administratif, dans la jurisprudence *Doublet* de 1962¹⁵⁸, à retenir la carence du maire. La référence au « *minimum de moyens disponibles* » traduit, selon nous, la prise en compte de la marge de manœuvre dont disposait l'Administration pour agir.

La diversité des moyens de l'Administration révèle ainsi le caractère hétéroclite de la logique de moyens, et l'on constate que la référence à ces moyens apparaît notamment lorsque sont en jeu des droits des administrés. Ce faisant, l'étude des droits concernés par la logique de moyens nous renseigne sur la diffusion de cette logique en droit administratif.

Section 2 : Logique de moyens et hétérogénéité des droits concernés

À l'image des moyens à la disposition de l'Administration, l'on constate qu'une grande variété de droits des administrés sont concernés par la logique de moyens. Elle se présente comme une logique transversale, de telle sorte qu'elle semble généralisée à l'ensemble des droits (I). Cette généralisation doit toutefois être relativisée (II).

I. Une logique généralisée à l'ensemble des droits

La jurisprudence interne comme européenne offre de nombreuses illustrations de la logique de moyens alors que des droits et libertés sont en jeu. Elle se manifeste alors comme une logique transversale, dépassant les classifications doctrinales puisqu'on la retrouve tant s'agissant des droits-libertés et des droits-créances (A), que des droits relatifs et des droits absolus (B).

¹⁵⁵ F. MODERNE, Note sous l'arrêt CE, Sect., 5 janv. 1966, n°58623, *Sieur Hawezack*, note précitée, p. 320.

¹⁵⁶ CE, Sect., 14 juin 1963, *Dame Veuve Delecluse*, cité par F. MODERNE, Note sous l'arrêt CE, Sect., 5 janv. 1966, *Sieur Hawezack*, note précitée, p. 320.

¹⁵⁷ P. PARINET, *La carence de l'Administration*, op. cit., p. 184.

¹⁵⁸ CE, 14 déc. 1962, *Doublet*, *Recueil Dalloz*, 1963, p. 117.

A. Le dépassement de la distinction entre droits-libertés et droits-créances

La multitude des droits consacrés par les instruments tant internationaux que nationaux a conduit la doctrine à opérer des catégorisations de droits, réunissant au sein d'une même catégorie des droits présentant des caractéristiques communes. Partant, est apparue la distinction des droits-libertés et des droits-créances, fondée sur la nature du rapport entre l'exercice du droit et la conduite attendue de l'État, autrement dit sur son « *mode de réalisation* »¹⁵⁹. Cette distinction trouve un prolongement dans celle qui oppose les droits dits de première génération, qui correspondent aux droits-libertés, et les droits dits de seconde génération, qui correspondent aux droits-créances. Comme le souligne Pauline Parinet, « *cette opposition s'est appuyée sur le droit international des droits de l'homme, qui a distingué les droits civils et politiques des droits économiques et sociaux* »¹⁶⁰.

Les droits-libertés ou droits de première génération, renvoient essentiellement en droit interne aux droits civils et politiques consacrés par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Ces droits ont pour trait caractéristique le fait qu'ils supposent une abstention de l'État. Cette catégorie de droits, souvent qualifiés de classiques, « *correspond à un ensemble de libertés protégeant la sphère d'autonomie de l'individu et s'imposant comme des limites au pouvoir qu'exerce l'État ou, plus généralement, l'ensemble des autorités publiques* »¹⁶¹. Selon le professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, il s'agit de consentir juridiquement « *à des bénéficiaires des permissions de faire* »¹⁶². L'individu se trouve ainsi permis d'exercer en toute autonomie un droit qui lui est reconnu, et cet exercice est conditionné par l'inaction de l'État. Il s'agit ainsi de droits caractérisés par leur « *dimension négative* »¹⁶³. Les droits-libertés correspondent en ce sens à des « *droits de* » : droit de propriété, liberté de réunion, liberté d'expression, etc.

À l'inverse, les droits-créances correspondent à des « *droits à* » en ce qu'ils appellent une action de l'État. En ce sens, ils seraient la manifestation de l'État-Providence. Ces droits dits de seconde génération, qui figurent notamment dans le Préambule de la Constitution de 1946 en droit interne, correspondent essentiellement à des droits sociaux et économiques : droit à la santé, droit à l'instruction, droit au travail, droit au logement, etc. Leur jouissance suppose ainsi une prestation de

¹⁵⁹ O. LE BOT, *Le Guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif 2023-2024*, Dalloz, coll. « Guides Dalloz », 3^e éd., fév. 2023, p. 314.

¹⁶⁰ P. PARINET, *La carence de l'Administration*, op. cit., p. 79.

¹⁶¹ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Mémentos », juin 2021, n°4, p. 6.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2021, p. 35.

l'État. Par exemple, le droit à l'instruction nécessite l'organisation du service public de l'Éducation nationale, ce qui implique la construction d'établissements scolaires, le recrutement d'enseignants, etc. Ils correspondent ainsi à des « *droits de statut positif* » selon Jellinek¹⁶⁴. Ainsi, pour George Burdeau les droits-créances correspondent à « *la prétention légitime à obtenir [de la collectivité] les interventions requises pour que soit possible l'exercice de la liberté* »¹⁶⁵. L'individu bénéficie d'un « *pouvoir d'exiger* »¹⁶⁶ de l'État une action positive. Il s'ensuit que l'individu possède une « *dette positive* »¹⁶⁷ à l'adresse de l'État, qui est placé en position de débiteur.

Il résulte de cette classification que les droits-créances se prêteraient *a priori* davantage que les droits-libertés à une logique de moyens, comprise comme la mobilisation nécessaire des moyens dont dispose l'Administration afin d'assurer leur satisfaction. Le droit d'exiger de l'Administration des prestations matérielles traduit effectivement une logique de moyens. Mais alors comment comprendre l'ordonnance *Syndicat CFDT Interco 28* du juge des référés du Conseil d'État¹⁶⁸, qui met à la charge de l'Administration l'obligation de mettre à disposition des syndicats des locaux afin de garantir la liberté syndicale de ses agents ? Si la satisfaction de la liberté syndicale interdit en principe à l'État de s'ingérer dans son exercice¹⁶⁹, il n'en demeure pas moins qu'elle peut également lui imposer la délivrance de prestations matérielles, autrement dit la mobilisation des moyens dont dispose l'Administration. Il serait donc préconçu de considérer que seuls les droits-créances seraient de nature à se prêter à une logique de moyens, entendue ici comme la mobilisation par l'Administration de ses moyens.

La logique de moyens met ainsi en évidence les limites de la distinction entre droits-libertés et droits-créances. Dès lors que la garantie des droits-libertés est susceptible d'exiger de l'Administration de mobiliser ses moyens, l'État n'est pas simplement astreint à une obligation négative de non-ingérence, d'abstention, d'inaction, mais il est tout autant astreint à une obligation positive de mobiliser ses moyens pour leur garantir un exercice effectif. En d'autres termes, l'intervention de l'État par la mobilisation de ses moyens, peut s'avérer nécessaire à la réalisation des droits-libertés. Cela s'explique, selon nous, par le « *besoin d'effectivité* »¹⁷⁰ commun à tous les droits,

¹⁶⁴ G. JELLINEK cité par L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX et G. SCOFFONI, *op. cit.*, p. 512.

¹⁶⁵ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, LGDJ, 1961, p. 21. Cité par L. GAY, « La notion de "droits-créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n°16.

¹⁶⁶ L. GAY, « La notion de « droits-créances » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », art. préc.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ CE, ord., 1ère et 6ème sous-sections réunies, 31 mai 2007, n°298293, *Syndicat CFDT Interco 28*.

¹⁶⁹ La liberté syndicale trouve à l'évidence sa paternité dans la liberté d'expression mais elle s'en détache en ce qu'elle est caractérisée par une dimension à la fois individuelle et collective. Elle constitue un droit de la personne en société.

¹⁷⁰ A. PERRIN, *op. cit.*, p. 377.

en dépit de leur classification. Comme le souligne le professeur Véronique Champeil-Desplats, « l'effectivité de toute liberté et de tout droit (y compris des droits dits "créances") suppose, certes dans une proportion variable pour chacun d'eux, une part d'abstention des pouvoirs publics ou privés et une part d'intervention de ces derniers »¹⁷¹. De fait, les droits des administrés doivent être concrétisés par la mise en œuvre des moyens dont dispose l'Administration, qu'il s'agisse de mobiliser des moyens normatifs afin d'assurer la protection de ces droits (légiférer, réglementer) ou qu'il s'agisse de mobiliser des moyens matériels, humains et financiers pour garantir leur réalisation. Ces constatations ont conduit certains auteurs à considérer que de nombreux droits seraient en réalité de « nature "mixte" »¹⁷², en ce qu'ils revêtiraient « une double dimension, à la fois droits-libertés et droits-créances »¹⁷³. L'absence de « cloison étanche »¹⁷⁴ entre les droits-libertés et les droits-créances trouve ainsi son origine dans la transversalité de la logique de moyens ; et cette transversalité est autorisée, assurée voire amplifiée par la jurisprudence européenne, par le biais de la technique des obligations positives.

Le dépassement de cette distinction classique par la logique de moyens est impulsée par la technique des obligations positives développée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans le cadre de sa jurisprudence¹⁷⁵. Si la Convention européenne des droits de l'Homme constitue en premier lieu un instrument international de protection des droits civils et politiques, qui n'appellent pas, *a priori*, nous l'avons dit, d'action positive de l'État, le développement de la technique des obligations positives dans le cadre de la protection des droits-libertés atteste que « l'attitude active de l'État ne [caractérise] pas les seuls droits-créances »¹⁷⁶. Ce faisant, la notion d'obligations positives « invite à dépasser le clivage artificiel »¹⁷⁷ entre les droits-libertés et les droits-créances en mettant « à la charge de l'État certaines obligations d'action »¹⁷⁸.

¹⁷¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité des droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, p. 25.

¹⁷² F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2021, p. 30.

¹⁷³ P. PARINET, *La carence de l'Administration*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁴ Cour EDH, 9 oct. 1979, n°6289/73, *Airey contre Irlande* : « La Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances. D'un autre côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (arrêt Marckx précité, p. 19, par. 41), et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu (paragraphe 24 ci-dessus). Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention » (§26).

¹⁷⁵ Voir nos développements *infra*, notamment p. 66.

¹⁷⁶ L. GAY, « La notion de « droits-créances » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », art. préc.

¹⁷⁷ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁸ L. FAVOREU, A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 36.

Il convient également de relever que le dépassement de la distinction classique entre droits-libertés et droits-créances a également pour origine l'avènement de catégories plus englobantes, à l'image de la catégorie des libertés fondamentales au sens du référé-liberté. Aux termes de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, le référé-liberté a pour objet la « *sauvegarde d'une liberté fondamentale* ». Pour autant, cet article n'en dresse aucune liste. Ce faisant, le juge du référé-liberté a développé une conception autonome de la liberté fondamentale, incluant notamment les libertés publiques, les droits et libertés conventionnels, et plus généralement les droits-libertés. Si initialement seuls des droits-libertés avaient pu être qualifiés de libertés fondamentales, la nature de droit-créance n'a jamais été érigée en critère exclusif de la qualification de liberté fondamentale. Déjà en 2001 dans les conclusions d'Isabelle de Silva sous l'arrêt de Section du Conseil d'État *Ministre de l'Intérieur contre Tliba*, le rapporteur public proposait une approche des libertés fondamentales ne se fondant « *pas sur une opposition entre "droits" et "libertés", et pas davantage sur une exclusion par principe des droits qualifiés de "droits-créances"* »¹⁷⁹. Néanmoins, il a fallu attendre 2009 pour que le premier droit-créance soit qualifié de liberté fondamentale par le juge des référés du Conseil d'État, à savoir le droit d'un demandeur d'asile à bénéficier de conditions matérielles d'accueil décentes¹⁸⁰. Par la suite, ont été qualifiés de libertés fondamentales, le « *droit à l'éducation des enfants handicapés dont les parents ont sollicité une prise en charge éducative* »¹⁸¹, le droit à un hébergement d'urgence des personnes sans-abri en situation de détresse¹⁸² ou, encore, le droit des personnes autistes à une prise en charge adaptée¹⁸³. Toutefois, si les libertés fondamentales au sens du référé-liberté peuvent correspondre à des droits-créances, tous les droits-créances ne sont pas qualifiés de libertés fondamentales. Pour revêtir l'appellation de liberté fondamentale, le droit-créance doit être suffisamment précis, en ce sens qu'il doit exister « *une norme juridique directement opposable à l'administration* »¹⁸⁴. Le juge du référé-liberté a ainsi refusé de qualifier de liberté fondamentale le droit au logement du fait de son caractère trop général¹⁸⁵.

Si la distinction entre droits-libertés et les droits-créances s'efface au profit de la notion de liberté fondamentale en référé-liberté, son dépassement est autorisé par la logique de moyens qui se manifeste au stade de l'appréciation de l'atteinte grave et manifestement illégale de la liberté

¹⁷⁹ I. DE SILVA, Conclusions du rapporteur public sous CE, Sect., 30 oct. 2001, n°238211, *Ministre de l'Intérieur contre Tliba*. Elle affirme également que « *le concept de "droit-créance", ou la distinction entre les « droits de » et les « droits à », ne [lui] paraît pas très opératoire pour écarter des droits du champ du référé-liberté* ».

¹⁸⁰ CE, ord., 17 sept. 2009, n°331950, *Ministre de l'immigration contre Salah*.

¹⁸¹ CE, ord., 15 déc. 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Vie associative contre Peyrilhe*.

¹⁸² CE, ord., 10 fév. 2012, n°356456, *Fofana*.

¹⁸³ CE, ord., 27 nov. 2013, n°373300.

¹⁸⁴ J. SCHMITZ, « *Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond* », *RFDA*, mai-juin 2004, n°3, p. 504.

¹⁸⁵ CE, ord., 3 mai 2002, n°245697, *Association de réinsertion sociale du Limousin*.

fondamentale. Elle prend la forme de la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration pour caractériser l'illégalité de l'atteinte à la liberté fondamentale. Ce mode d'appréciation a d'abord été dégagé s'agissant des droits-créances, le juge du référé-liberté affirmant que « *le caractère grave et manifestement illégal d'une telle atteinte s'apprécie en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente* »¹⁸⁶. Il a ensuite été étendu, en dehors des droits-créances, au droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants¹⁸⁷, avant d'être généralisé aux autres droits-libertés, autrement dit à l'ensemble des libertés fondamentales¹⁸⁸.

Outre le clivage entre droits-libertés et droits-créances, la logique de moyens se retrouve tant en matière de droits relatifs que de droits absolus.

B. Le dépassement de la distinction entre droits relatifs et droits absolus

Une autre classification des droits oppose les droits relatifs aux droits absolus. Les droits relatifs sont par définition des droits pouvant faire l'objet de limitations. Ce sont des droits limités. Le caractère relatif d'un droit autorise sa mise en balance avec d'autres droits et libertés, là où son caractère absolu l'interdit. Un droit relatif peut donc être limité par la protection d'autres droits avec lesquels il entre en conflit dans une situation donnée, voire au nom de l'intérêt général, sous certaines conditions. À l'inverse, un droit absolu ne souffre d'aucune limite, il est indépendant des circonstances. Un droit absolu ne saurait être conditionné.

Ce clivage entre droits relatifs et droits absolus se retrouve dans de nombreux instruments internationaux de droits de l'Homme, à l'image de la Convention européenne des droits de l'Homme où il semble se prolonger à travers la distinction entre droits conditionnels et droits intangibles. Cette distinction, qui prend également la forme de l'opposition entre droits dérogeables et droits indérogeables, conduit à garantir à certains droits une protection absolue. Les droits qualifiés d'indérogeables sont énoncés au deuxième paragraphe de l'article 15 de la Convention qui permet aux États parties de déroger aux dispositions de la Convention en cas d'état d'urgence, sous certaines conditions. En revanche, cet article stipule que le droit à la vie¹⁸⁹, le droit de ne pas subir la torture et

¹⁸⁶ CE, ord., 13 août 2010, n°342330 : à propos du droit d'un demandeur d'asile à bénéficier de conditions matérielles d'accueil décentes.

¹⁸⁷ CE, ord., 30 juil. 2015, n°392043, *Section française de l'Observatoire international des prisons et ordre des avocats au barreau de Nîmes*.

¹⁸⁸ CE, ord., 27 mars 2020, n°439720, *GISTI et autres* : la référence aux moyens dont dispose l'Administration est utilisée pour apprécier l'atteinte au droit au respect de la vie, au droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, au droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé, à la liberté d'aller et venir et au droit de chacun au respect de sa liberté personnelle.

¹⁸⁹ Article 2 de la CEDH.

des peines ou traitements inhumains et dégradants¹⁹⁰, le droit de ne pas être tenu en esclavage ni en servitude¹⁹¹, le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale¹⁹², le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois¹⁹³ ainsi que le droit de ne pas être condamné à la peine de mort ni exécuté¹⁹⁴ ne peuvent faire l'objet de dérogation. Ainsi, des circonstances exceptionnelles ne peuvent justifier une dérogation à ces droits qui constituent en quelque sorte le « *noyau dur* »¹⁹⁵ de la Convention. Ils doivent être respectés et garantis en toutes circonstances par les États parties.

L'on constate que les droits qualifiés d'indérogeables par le droit européen des droits de l'Homme renvoient pour l'essentiel aux droits les plus essentiels de l'être humain, dont le droit à la vie est probablement l'un des plus emblématiques, en ce sens qu'il s'agit de protéger l'intégrité physique et morale des individus contre les crimes les plus odieux, telles que la peine de mort et la torture. Ils ont pour trait commun de s'attacher en définitive à la protection de la dignité humaine qui est au fondement du droit européen des droits de l'Homme¹⁹⁶. Dès lors qu'ils « *constituent les attributs inaliénables de la personne humaine* »¹⁹⁷, ils « *concourent plus que tout autre au respect de la dignité de la personne humaine* »¹⁹⁸. Il convient néanmoins de relever que le caractère « absolu » de ces droits semble se comprendre davantage dans son acception philosophique, qui établit une forme de hiérarchie en termes de valeur. Ces droits sont davantage absolus sur le plan des principes, qu'ils ne le sont en droit positif dans la mesure où ils connaissent certaines limites. Pour le dire autrement, un droit indérogeable au sens de l'article 15 de la Convention n'est pas nécessairement absolu au sens qu'il ne connaît aucune limite en droit positif. Comme le souligne Mustapha Afroukh, l'indérogeabilité « *n'a pas d'implications sur le régime juridique propre aux droits qualifiés d'indérogeables, de sorte qu'un droit insusceptible de dérogation peut très bien faire l'objet de limitations en temps ordinaire* »¹⁹⁹. Pour ne prendre qu'un seul exemple, si le droit à la vie constitue un droit indérogeable au sens de l'article 15§2 de la Convention, l'article 2§2 dispose que ne constitue pas une atteinte du droit à la vie l'hypothèse dans laquelle la mort « *résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire* ». Ainsi, « *en qualifiant le droit à la vie de droit absolu, la Cour*

¹⁹⁰ Article 3 de la CEDH.

¹⁹¹ Article 4§1 de la CEDH.

¹⁹² Article 7 de la CEDH.

¹⁹³ Article 4 du Protocole n°7 à la CEDH.

¹⁹⁴ Article 1^{er} du Protocole n°6 à la CEDH (s'agissant de l'abolition de la peine de mort en temps de paix) ; article 1^{er} du Protocole n°13 à la CEDH (s'agissant de l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances).

¹⁹⁵ M. AFROUKH, « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen », *RDLF*, 2019, chron. n°43.

¹⁹⁶ Cour EDH, 31 juil. 2001, n°41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, *Refah Partisi contre Turquie*, §43 : « *les droits de l'homme constituent un système intégré visant à protéger la dignité de l'être humain* ». La dignité humaine constitue selon la Cour « *l'essence même de la Convention* » (Cour EDH, 22 nov. 1995, n°20166/92, *S.W. contre Royaume-Uni*).

¹⁹⁷ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 31.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ M. AFROUKH, art. préc.

entretient d'ailleurs cette confusion »²⁰⁰. Pour autant, la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle la prohibition absolue des actes de torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, notamment dans l'arrêt *Gäfgen contre Allemagne* dans lequel elle affirme que « *le principe philosophique qui sous-tend le caractère absolu de ce droit ne souffre d'aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts quelque soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction qui pourrait lui être reproché* »²⁰¹.

Or, s'il existe bien une différence de régime juridique entre les droits relatifs et les droits absolus, ou entre les droits conditionnels et les droits intangibles, l'on constate qu'indépendamment de leur nature, leur garantie nécessite le déploiement de moyens. À titre d'exemple, l'Administration pénitentiaire est tenue de mobiliser les moyens dont elle dispose pour protéger le droit à la vie des détenus, en mettant à leur disposition des matelas ininflammables²⁰², de même qu'elle est tenue, dans toute la mesure du possible, de fournir des menus conformes aux « *prescriptions alimentaires résultant des croyances et pratiques religieuses* »²⁰³ des détenus. L'on constate alors, qu'il s'agisse respectivement d'un droit absolu – le droit à la vie – et d'un droit relatif – la liberté religieuse –, que la logique de moyens constitue un dénominateur commun en ce que l'Administration est tenue de mobiliser des moyens de nature à garantir les droits des administrés. La logique de moyens se manifeste également par la prise en compte, par le juge administratif, de l'insuffisance des moyens dont dispose l'Administration pour écarter l'atteinte aux droits, relatifs comme absolus. Ainsi, comme il a été dit plus haut, le juge administratif a pu prendre en considération les contraintes matérielles d'organisation du service pour écarter l'atteinte à la liberté religieuse des détenus du fait de l'absence de fourniture de repas confessionnels quotidiens²⁰⁴, l'insuffisance des forces de police pour écarter l'atteinte à la liberté de manifestation résultant de l'annulation de celle-ci²⁰⁵, ainsi que la pénurie de masques et de tests de dépistage pour écarter l'atteinte au droit à la vie et au droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants des détenus pendant l'état d'urgence sanitaire²⁰⁶.

La logique de moyens transcende donc la différence de régime juridique instituée par l'opposition entre droits relatifs et droits absolus, de telle sorte qu'il n'est pas étonnant de la retrouver s'agissant de la distinction entre droits dits de premier rang et droits de second rang. L'on doit cette

²⁰⁰ M. AFROUKH, art. préc.

²⁰¹ Cour EDH, gr. ch., 1^{er} juin 2010, n°22978/05, *Gäfgen contre Allemagne*.

²⁰² CE, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 17 déc. 2008, n°305594.

²⁰³ CE, 10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929.

²⁰⁴ CE, 10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929.

²⁰⁵ CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, 29 déc. 1997, n°164299.

²⁰⁶ CE, ord., 8 avr. 2020, n°439827.

classification au professeur Louis Favoreu. Refusant la distinction entre les droits absolus et les droits relatifs²⁰⁷, le doyen Favoreu a mis en évidence, à l'occasion de l'étude de la jurisprudence constitutionnelle, que certains droits bénéficient d'une protection accrue – il les qualifie de droits de premier rang – tandis que d'autres ne font l'objet d'aucune protection particulière – les droits de second rang. L'on constate en effet dans la jurisprudence constitutionnelle que le Conseil constitutionnel soumet la restriction à certains droits, à l'image de la liberté de manifestation²⁰⁸ et de la liberté de réunion²⁰⁹ – toutes deux garanties par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, à l'exigence de la poursuite d'un objectif de valeur constitutionnelle et opère le triple test de proportionnalité en vérifiant l'adaptation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu* de la restriction par rapport à l'objectif poursuivi. En revanche, pour d'autres droits, qui seront donc qualifiés de second rang, les restrictions peuvent être simplement justifiées par un motif d'intérêt général et le Conseil constitutionnel se limite au contrôle de l'adéquation et de la proportionnalité *stricto sensu* de la restriction. Tel est le contrôle opéré par le Conseil s'agissant du principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation garanti par le Préambule de la Constitution de 1946²¹⁰. Or, indépendamment de leur rang, ces droits – dignité humaine et libertés de réunion et de manifestation – ont pu être soumis à une logique de moyens dans les arrêts cités précédemment²¹¹.

Dépassant les classifications traditionnelles, la logique de moyens semble généralisée à l'ensemble des droits, tant dans son acception positive – en vertu de laquelle la mobilisation de moyens par l'Administration est nécessaire à la garantie des droits des administrés –, que dans son acception négative – qui consiste à prendre en considération l'insuffisance des moyens dont dispose

²⁰⁷ Il considère en effet qu'« aucune liberté fondamentale n'a de caractère absolu, en ce sens qu'elles sont toutes susceptibles d'être conciliées avec une autre liberté fondamentale, ou avec des principes ou objectifs de valeur constitutionnelle. Au sein de ces libertés, cependant, certaines bénéficient incontestablement d'une protection constitutionnelle plus forte que les autres, à tel point que nous avons pu les appeler "libertés de premier rang", sans que cela implique pour nous une quelconque hiérarchie entre libertés et notamment une prévalence des libertés de premier rang sur les autres » (L. FAVOREU, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF, 1989, p. 138).

²⁰⁸ CC, 4 avr. 2019, n°2019-780 DC, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations* : le Conseil constitutionnel précise que les atteintes portées à la liberté de manifestation doivent être « nécessaires, adaptées et proportionnées » (§8) à l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public poursuivi en l'espèce par le législateur.

²⁰⁹ CC, 9 juil. 2020, n°2020-803 DC, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire* : le Conseil constitutionnel précise que les atteintes portées à la liberté de réunion doivent être « nécessaires, adaptées et proportionnées » (§20) à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé en l'espèce poursuivi par le Législateur.

²¹⁰ CC, 27 juil. 1994, n°94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* ; CC, 2 juin 2017, n°2017-632 QPC, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés*.

²¹¹ Voir par exemple s'agissant de la dignité humaine des demandeurs d'asile : CE, ord., 23 nov. 2015, n°394540 ; CE, 6ème chambre, 31 juil. 2017, n°412125 ; voir s'agissant des libertés de réunion et de manifestation : CE, 5ème et 3ème sous-sections réunies, 29 déc. 1997, n°164299 (liberté de réunion) ; CAA Paris, 7 mars 2000, n°97PA00133 (liberté de manifestation).

l'Administration pour écarter l'atteinte aux droits des administrés. Néanmoins, cette généralisation doit être relativisée en ce qu'elle ne saurait être et n'est pas uniforme.

II. Une généralisation discutable

Si la logique de moyens semble généralisée à l'ensemble des droits indépendamment de leur nature, les classifications basées sur la nature des droits demeurent déterminantes du degré d'application pertinent de la logique de moyens (A), de telle sorte que l'on constate que certains droits se prêtent davantage que d'autres à la logique de moyens (B).

A. Des différenciations souhaitables

Si tous les droits ont un besoin d'effectivité commun, justifiant à la fois « *une part d'abstention des pouvoirs publics ou privés et une part d'intervention de ces derniers* »²¹², il n'en demeure pas moins que certains requièrent, du fait de leur nature, une part plus importante d'intervention de l'Administration. Que l'on songe ici aux droits-créances. Comme il a été exposé plus haut, les droits-créances nécessitent par essence la mobilisation de moyens par l'Administration afin de garantir leur réalisation, de les concrétiser, sans quoi ils « *demeure[nt] virtuel[s]* »²¹³. Partant, la prise en considération en référé-liberté de l'insuffisance des moyens dont dispose l'Administration pour écarter l'atteinte grave et manifestement illégale à un droit-créance qualifié de liberté fondamentale paraît déroutante. L'acceptation négative de la logique de moyens en référé-liberté semble en effet incompatible avec l'essence même des droits-créances dès lors que « *tant que l'État n'a pas réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de son obligation, le droit du créancier ne peut s'exercer* »²¹⁴. Relevons à ce titre que la reconnaissance de certains droits-créances en libertés fondamentales a permis au juge du référé-liberté de connaître de la carence de l'Administration²¹⁵. Or, la référence aux moyens dont dispose l'Administration conduit fréquemment le juge du référé-liberté à écarter la caractérisation de la carence de l'Administration²¹⁶. À plus forte raison, la référence

²¹² V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité des droits de l'homme : approche théorique », art. préc.

²¹³ J. RIVERO, *Les libertés publiques*, t.1, in *Les droits de l'homme*, PUF, coll. « Thémis », 1995, p. 100. Cité par L. GAY, « La notion de « droits-créances » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », art. préc.

²¹⁴ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, PUF, coll. « Thémis », tome 1, 9^e éd., 2003, p. 100. Cité par P. PARINET, *La carence de l'Administration*, op. cit., p. 203.

²¹⁵ Voir notamment P. PARINET, *La carence de l'Administration*, op. cit., p. 424 : « Lorsque le juge administratif a accepté d'apposer le label de libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 à des droits-créances, alors qu'on aurait pu les croire exclus par principe du champ du référé-liberté, il a implicitement ouvert la voie de cette procédure à la carence administrative ».

²¹⁶ Voir par exemple : CE, ord., 13 août 2010, n°342330 à propos du droit des demandeurs d'asile à bénéficier de conditions matérielles d'accueil décentes ; CE, ord., 15 déc. 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Vie associative contre Peyrilhe* : à propos de l'égal accès à l'instruction d'un enfant handicapé.

aux moyens dont dispose l'Administration peut être regardée comme la prise en considération par le juge du « *coût financier de l'effectivité* » des droits-créances alors que ces derniers constituent nécessairement une charge financière pour l'Administration dans la mesure où elle en est débitrice. La prise en compte du manque de moyens de l'Administration est donc difficilement conciliable, *sur le plan des principes*, avec l'essence des droits-créances, même si, nous le verrons, elle s'explique en réalité dans le cadre très particulier du référé-liberté par sa fonction (voir nos développements *infra*, p. 96).

De même, l'essence des droits qualifiés d'absolus ou d'indérogeables s'accommode mal avec l'acceptation négative de la logique de moyens. Les ordonnances de référé-liberté offrent de nombreuses illustrations de la prise en compte de l'insuffisance des moyens dont dispose l'Administration pour écarter l'atteinte à un droit qualifié d'absolu, en particulier en matière de contentieux pénitentiaire. Ainsi, certains auteurs, à l'image de Pierre-Olivier Rigau, considèrent qu'il est « *choquant, sur le plan des principes, de faire dépendre la légalité d'une atteinte grave à une liberté fondamentale des moyens dont dispose l'administration surtout au sujet d'un droit, la prohibition des traitements inhumains et dégradants, qui contrairement au raisonnement général tenu en matière de libertés publiques, ne peut être mis en balance avec d'autres considérations* »²¹⁷. De même, Julia Schmitz considère que le caractère absolu des droits à la vie et à la dignité « [empêche] *en principe les autorités publiques de se réfugier derrière l'insuffisance de leurs moyens pour ne pas remplir leurs obligations positives* »²¹⁸. Même si, comme nous l'avons vu précédemment, un droit n'est jamais véritablement absolu en droit positif, il n'en demeure pas moins que la mise en balance de droits aussi fondamentaux que la dignité humaine avec des considérations d'ordre matériel ou financière s'avère regrettable. À cet égard, il convient de relever qu'aux termes de la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme « *l'État est donc tenu, nonobstant les problèmes logistiques et financiers, d'organiser son système pénitentiaire de façon à assurer aux détenus le respect de leur dignité humaine* »²¹⁹. La Cour exclut ainsi toute prise en compte de considérations d'ordre matériel en matière d'appréciation de l'atteinte à la dignité humaine, contrairement au juge interne qui a pu écarter, par exemple, l'atteinte à la dignité humaine « *compte tenu de l'ampleur des problèmes de même nature que doit traiter l'administration* »²²⁰.

²¹⁷ P.-O. RIGAUEAU, « Les juridictions suprêmes face à la surpopulation carcérale en France », *RDP*, 1^{er} juil. 2021, n°4, p. 987.

²¹⁸ J. SCHMITZ, « Le juge administratif des référés dans l'urgence sanitaire des prisons. Exercice d'un droit de retrait ou démission ? », *AJDA*, juin 2020, n°23, p. 1305.

²¹⁹ Cour EDH, 27 mars 2008, n°63955/00, *Choukhovoi contre Russie*, §31 ; Cour EDH, 10 mai 2007, n°106/02, *Benediktov contre Russie*, §37 ; Cour EDH, 25 janv. 2011, n°38427/05, *Elefteriadis contre Roumanie*, §48.

²²⁰ TA Paris, ord., 3 fév. 2012, n°1201897/9.

A fortiori, le contentieux pénitentiaire souligne l'incompatibilité conceptuelle entre la prise en compte du manque de moyens de l'Administration et l'appréciation de l'atteinte à la dignité humaine des détenus, en ce qu'il concerne des personnes particulièrement vulnérables. Dès lors que le juge du référé liberté apprécie notamment « *la vulnérabilité des personnes détenues dont dépend une atteinte à la dignité des conditions de détention [compte tenu] des moyens de l'Administration* », la prise en compte de ces moyens semble servir d'instrument de mesure de la vulnérabilité des détenus. Cette appréciation circonstanciée de la vulnérabilité des détenus, de laquelle découle l'atteinte à leur dignité humaine, a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *J.M.B. et autres contre France*²²¹. Par cet arrêt retentissant, la Cour a considéré que le référé-liberté ne constituait pas un recours préventif effectif pour lutter contre la surpopulation carcérale. En pointant notamment du doigt la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration par le juge interne, elle a implicitement rappelé que « *l'intangibilité du droit au respect de la dignité humaine disqualifie toute appréciation contextualisée du comportement de l'administration pénitentiaire ; l'État est soumis à une obligation de résultat* »²²².

Le constat selon lequel la garantie de certains droits s'accommode difficilement avec la prise en compte des contraintes matérielles de l'Administration, signale en réalité que ces droits se prêtent davantage que d'autres à la logique de moyens comprise en son acception positive.

B. Des gradations observées

Si l'on a pu constater que la nature de certains droits éconduisait par principe la prise en considération de l'insuffisance des moyens de l'Administration, l'on observe corrélativement que certains droits se prêtent davantage que d'autres à la logique de moyens en ce sens qu'ils nécessitent la mobilisation de moyens. Tel est, nous l'avons dit, naturellement le cas des droits-créances dans la mesure où ils comportent « *comme modalité déontique dominante l'octroi d'une prestation ou la fourniture d'un bien* »²²³. L'inclination particulière des droits-créances pour la logique de moyens trouve sa source dans la « *subjectivisation des rapports de droit entre l'administration et les administrés* »²²⁴ qui tend à ériger l'Administration en débiteur d'une obligation de mobiliser ses moyens. Qu'il suffise de citer la jurisprudence *Laruelle*²²⁵, par laquelle le juge du plein contentieux

²²¹ Cour EDH, 30 janv. 2020, n°9671/15 et 31 autres, *J.M.B. et autres contre France*.

²²² C. BROUELLE, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA*, 6 juil. 2020, n°24, p. 1357-1358.

²²³ O. LE BOT, « Référé-liberté à la maison d'arrêt de Nîmes », *AJDA*, 2015, n°39, p. 2216.

²²⁴ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1028.

²²⁵ CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 8 avr. 2009, n°311434, *Laruelle*.

affirme que l'Administration ne se peut se prévaloir de l'insuffisance de ses moyens pour s'exonérer de son obligation de garantir le droit à la scolarisation des enfants handicapés. Il en résulte qu'il incombe à l'État « *de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que ce droit et cette obligation aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif* »²²⁶. Comme le souligne Pauline Parinet, « *l'intérêt de l'administré, s'agissant tout particulièrement de ses droits-créances, porte en effet sur le résultat de l'action administrative et aura tendance à impliquer une ampleur accrue des moyens à déployer par l'administration* »²²⁷.

L'idée que l'obligation de protéger un droit prenne la forme d'une obligation de mobiliser les moyens de nature à le rendre effectif prend appui sur la technique des obligations positives développée par la Cour européenne des droits de l'Homme²²⁸. Le juge administratif, y compris le juge du référé-liberté, s'est approprié cette technique en matière de droit à la vie et de droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants, de telle sorte qu'ils constituent les terrains de prédilection de la logique de moyens²²⁹. Celle-ci s'épanouit en particulier en matière de protection du droit à la vie. En attestent les injonctions « *de mettre en place une signalisation adaptée des interdictions ou des limitations de baignade et d'activités nautiques* » pour prévenir les risques d'attaques de requin²³⁰, de rétablir l'alimentation et l'hydratation artificielles d'un patient en état de conscience minimale²³¹ ou, encore, de mettre à la disposition des détenus des matelas ininflammables²³².

De même, la protection de la dignité humaine se prête particulièrement à la logique de moyens dans son acception positive. L'autorité de police administrative est ainsi tenue d'agir lorsqu'il y est porté atteinte ; sans que les critères de la jurisprudence *Doublet* soient ici applicables. En la matière, en effet, ces critères sont inadaptés du fait de la nature même de la dignité humaine. Il n'est pas question ici de gravité de l'atteinte ; l'atteinte à la dignité humaine « *est" ou "n'est pas* » ; elle ne

²²⁶ T. BOMPARD, « Éducation des enfants handicapés : droit-créance et carence de l'État », Note sous l'arrêt CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 8 avr. 2009, n°311434, *Laruelle, RDP*, 2010, n°1, p. 197.

²²⁷ P. PARINET, *La carence de l'Administration*, op. cit., p. 212.

²²⁸ Voir notamment C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, th., Dalloz, 2014. Cette technique sera étudiée plus en détails dans la suite de nos développements, voir notamment p. 63.

²²⁹ Il convient d'insister sur le fait que le juge administratif n'a pas transposé la technique des obligations positives au-delà des articles 2 (droit à la vie) et 3 (droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants) de la CEDH, qui protègent des droits intangibles. Il refuse ainsi d'en faire application s'agissant du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la CEDH (CE, ord., 30 juil. 2015, n°392043, *Section française de l'Observatoire international des prisons et ordre des avocats au barreau de Nîmes*).

²³⁰ CE, ord., 13 août 2013, n°370902, *Ministre de l'intérieur contre commune de Saint-Leu*.

²³¹ TA Châlons-en-Champagne, 11 mai 2013, n°1300740, *M. Vincent L.* Cité par J. SCHMITZ, « Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond », art. préc., p. 509.

²³² CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 17 déc. 2008, n°305594.

souffre ni la gradation, ni l'erreur manifeste d'appréciation, pas même la proportionnalité »²³³. Dans la mesure où l'article 3 de la Convention condamne de manière absolue les peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'Administration est tenue de prendre les mesures nécessaires à la protection de la dignité humaine. Ainsi, lorsqu'elle ne procède pas à la mise en place d'aménagements élémentaires sur le plan sanitaire d'une aire d'accueil des gens du voyage²³⁴ ou qu'elle ne prend pas les mesures de nature à garantir des conditions de détention compatibles avec la dignité humaine des détenus²³⁵, elle engage sa responsabilité. C'est en ce sens que se prononce de manière constante la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment dans l'arrêt *Kudla contre Pologne* de 2013 dans lequel elle affirme l'obligation positive des États parties visant à garantir le droit des détenus à des conditions de détention conformes à leur dignité humaine²³⁶. À cet égard, elle a pu juger que la surpopulation carcérale ne dispensait pas l'État de son obligation « *de prendre des mesures afin de protéger un détenu contre les effets nocifs du tabagisme passif lorsque, au vu des examens médicaux et des recommandations des médecins traitants, son état de santé l'exige* »²³⁷ et qu'il cohabite avec des détenus fumeurs. À l'instigation de la Cour, le juge administratif met à la charge de l'Administration des obligations positives de mobiliser les moyens nécessaires à la protection de la dignité humaine, en particulier des personnes vulnérables telles que les détenus. Ainsi face aux « *risques élevés de contamination, piqûres d'insectes ou morsures de rongeurs* »²³⁸ auxquels les détenus ont été exposés dans la prison des Baumettes, le juge du référé-liberté a enjoint l'Administration pénitentiaire à procéder à « *une opération d'envergure susceptible de permettre la dératisation et la désinsectisation de l'ensemble des locaux* »²³⁹. Récemment, le juge du référé mesures-utiles s'est reconnu compétent pour enjoindre à l'Administration de prendre des mesures de nature à garantir la dignité des personnes gardées à vue dans un commissariat de police. Réunis en formation collégiale, les juges du tribunal administratif de Nice ont en effet enjoint l'Administration à procéder à des « *travaux de réfection des cellules* », à des mesures quotidiennes de « *nettoyage et d'entretien des locaux* » ainsi que de mettre à disposition de chaque personne gardée à vue « *un matelas dans un état satisfaisant, une couverture à usage unique, des kits d'hygiène et une quantité*

²³³ C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Doublet* ? », *Dr. adm.*, 2019, n°8-9, p. 4.

²³⁴ CAA Nancy, 4 déc. 2003, n°98NC02530, *Commune de Verdun*.

²³⁵ TA Rouen, 27 mars 2008, n°0602590, *Donat*.

²³⁶ Cour EDH, gr. ch., 26 oct. 2000, n°30210/96, *Kudla contre Pologne*. Dans le même sens : Cour EDH, 25 avr. 2013, n°40119/09, *Canali contre France* ; Cour EDH, 30 janv. 2020, n°9671/15 et 31 autres, *J.M.B. et autres contre France*.

²³⁷ Cour EDH, 25 janv. 2011, n°38427/05, *Elefteriadis contre Roumanie*.

²³⁸ P. WACHSMANN, « "Dans le leurre du seuil". Sur la détermination de l'applicabilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p. 216.

²³⁹ CE, ord., 22 déc. 2012, n°364584. Dans cet exemple, l'on voit que la Cour soumet l'Administration à une obligation de résultat tout en lui laissant le choix des moyens pour atteindre le résultat prédéterminé : dératiser et désinfecter les locaux de manière à garantir le respect de la dignité humaine des détenus. Sur l'obligation de résultat et le choix des moyens, voir nos développements *infra*, p. 86.

adaptée d'eau potable dans des récipients appropriés aux exigences de sécurité, tels que des briques en carton »²⁴⁰. Il convient de relever que l'ordonnance souligne l'importance du devoir de l'Administration de garantir la dignité des personnes gardées à vue, en ce qu'elles sont en « *situation d'entière dépendance, pendant toute la durée de leur garde à vue, vis-à-vis de l'administration* »²⁴¹. La vulnérabilité de ces personnes accentue l'inclination de la dignité humaine à la logique de moyens, dans la mesure où leur situation de particulière vulnérabilité intensifie la part d'actions positives attendue de l'Administration. Autrement dit, elle insiste sur la créance de l'État²⁴².

Ainsi, au terme du présent chapitre, la diversité des moyens dont dispose l'Administration aura permis de saisir l'étendue de la logique de moyens en droit administratif. Englobant un ensemble d'éléments bien plus vaste que les seuls moyens d'ordre matériel et formel, pour renvoyer plus largement aux possibilités d'action de l'Administration, les moyens de l'Administration garantissent l'effectivité de l'ensemble des droits et libertés. L'on aura pu constater en effet qu'indépendamment de leur classification, l'ensemble des droits et libertés sont concernés par la logique de moyens. Cependant, notamment en fonction de leur nature, certains nécessitent une intervention accrue de l'Administration. Partant, leur garantie s'accommode difficilement avec la prise en compte des contraintes matérielles de l'Administration. Sur ce point, l'on aura également pu constater des variations dans la jurisprudence administrative. Si le juge a bien conscience des difficultés et du coût qu'impliquent la mobilisation de moyens matériels et humains, ces considérations ne sont pas applicables s'agissant des moyens formels. De même, il se montre peu enclin à recevoir l'argument tiré d'un manque de moyens financiers.

Aussi, il convient d'analyser plus en détail la diversité et l'intensité des marques explicites et implicites de la logique de moyens en droit administratif à travers les notions, concepts et distinctions qui gouvernent la matière.

²⁴⁰ TA Nice, ord., 18 avr. 2023, n°2301388, *Ordre des avocats du barreau de Nice*.

²⁴¹ TA Nice, ord., 18 avr. 2023, n°2301388, *Ordre des avocats du barreau de Nice*.

²⁴² Voir en ce sens J. SCHMITZ, « Le juge administratif des référés dans l'urgence sanitaire des prisons. Exercice d'un droit de retrait ou démission ? », art. préc., spéc. p. 1304 : « *L'important est en effet de "sauvegarder" des droits fondamentaux qui constituent une créance de l'État vis-à-vis des personnes avec lesquelles il a une relation particulière : les agents qu'il place sous son autorité et les personnes détenues qu'il place sous sa garde* ».

Chapitre 2 : La profusion des manifestations de la logique de moyens : une logique transcendant les antagonismes

La transversalité de la logique de moyens se mesure à travers la pluralité de ses manifestations en droit administratif. Les références aux moyens dont dispose l'Administration sont en effet nombreuses lorsqu'il s'agit d'apprécier la conduite de l'Administration (**Section 1**) et, notamment, en matière de sujétions administratives (**Section 2**).

Section 1 : Les manifestations de la logique de moyens s'agissant de la conduite de l'Administration

Notamment défini comme un corpus juridique regroupant l'ensemble des règles relatives à l'action de l'Administration, le droit administratif est centré sur la conduite administrative. S'intéresser à la conduite de l'Administration, c'est étudier la nature de son comportement. Il s'agit également de s'attacher aux caractères de ce comportement, et en particulier à son caractère éventuellement fautif. Ces préoccupations sont évidemment celles du juge administratif lorsqu'il est saisi de litiges dans lesquels les requérants reprochent précisément à l'Administration sa conduite. Or, l'on constate que tant les questions relatives à la nature du comportement de l'Administration (**I**) que celles relatives à son caractère fautif (**II**), intègrent une logique de moyens.

I. Logique de moyens et nature du comportement de l'Administration

La conduite de l'Administration se décline soit en une action, soit en une inaction. Ces comportements antagonistes, qualifiés respectivement de comportement actif et de comportement passif, ont notamment pour trait commun d'être appréciés voire déterminés au regard d'une logique de moyens. Les références aux moyens de l'Administration s'observent en effet tant en matière d'actions (**A**) que d'abstentions (**B**) administratives.

A. Logique de moyens et comportement passif de l'Administration

Le comportement passif de l'Administration renvoie à son abstention. La connotation négative du vocable « abstention » conduit fréquemment à assimiler le comportement passif à un comportement fautif. Or, toute abstention n'est pas fautive. Au contraire, dans certaines hypothèses, l'abstention de l'Administration est une obligation légale : ainsi, l'Administration doit-elle s'abstenir de porter atteinte aux droits des administrés. En revanche, dans d'autres hypothèses, l'abstention de

l'Administration est illégale. L'on parle alors de carence. Selon Pauline Parinet, la reconnaissance d'une carence administrative signale « *une passivité anormale* »²⁴³, une « *inaction inadmissible* »²⁴⁴. L'anormalité du comportement passif de l'Administration s'analyse au regard des obligations pesant sur elle. La carence sera reconnue lorsque l'Administration était tenue d'agir mais qu'elle s'est abstenue. En d'autres termes, « *la reconnaissance d'une carence peut [...] s'analyser comme attestant de l'existence d'une obligation d'action à la charge de l'Administration* »²⁴⁵. Cette obligation d'agir peut être de moyens comme de résultat²⁴⁶. Or, l'on constate que le raisonnement conduisant à apprécier l'anormalité de l'abstention de l'Administration intègre une logique de moyens. L'inaction ou l'insuffisance de l'action de l'Administration est en effet appréciée au regard des moyens dont elle dispose.

D'une part, le comportement passif de l'Administration sera jugé anormal si non seulement elle était tenue d'agir, mais qu'en outre elle disposait de moyens d'action. La carence sera ainsi reconnue si l'Administration n'a pas mobilisé ses moyens. Par exemple, s'agissant de la police des déchets, le juge administratif considère que l'autorité de police municipale est tenue de « *prendre les mesures nécessaires pour assurer l'élimination des déchets dont l'abandon, le dépôt ou le traitement présente des dangers pour l'environnement* » en vertu du Code de l'environnement. Non seulement les dispositions légales confèrent au maire des pouvoirs de police en matière de déchets mais elles réglementent leur usage en l'imposant dans certaines circonstances. Le maire est ainsi tenu de prendre des mesures de police lorsque des déchets présentent des dangers pour l'environnement. Partant, en refusant de faire usage de ses pouvoirs, l'autorité de police municipale commet une carence²⁴⁷. La carence est ainsi reconnue eu égard au non-déploiement – pourtant obligatoire – des moyens dont disposait l'Administration, en l'espèce l'édiction de mesures de police²⁴⁸. L'on comprend en filigrane que la reconnaissance d'une carence vise à censurer en quelque sorte un « *déni de pouvoir* », que l'on pourrait définir par opposition à l'excès de pouvoir, comme le non-usage abusif des prérogatives dont dispose l'Administration. Les carences reconnues en matière de police administrative sont à cet égard emblématiques. La caractérisation de la carence administrative conduit ainsi le juge administratif à apprécier la suffisance des moyens dont elle dispose pour agir. Ainsi, si l'Administration disposait de moyens existants et suffisants, mais qu'elle s'est abstenue, la carence sera reconnue. Cette logique de moyens est perceptible dans un arrêt de 2017 par lequel le Conseil d'État a reconnu la « *carence* [de

²⁴³ P. PARINET, *La carence de l'Administration*, op. cit., p. 520.

²⁴⁴ *Idem*, p. 518.

²⁴⁵ S. BRIMO, « Sanction de la carence administrative et garantie de l'effectivité des droits », in S. BRIMO et C. PAUTI (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 197.

²⁴⁶ Voir nos développements *infra*, p. 82.

²⁴⁷ CE, 5^{ème} et 4^{ème} chambres réunies, 13 oct. 2017, n°397031.

²⁴⁸ Voir également en référé mesures-utiles, s'agissant de la carence de l'autorité de police des bâtiments menaçant ruine : CE, 5^{ème} sous-section jugeant seule, 4 fév. 2011, n°342057, *Djoudar*.

l'État] dans le contrôle du respect de la réglementation destinée à prévenir les risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante »²⁴⁹. Le Conseil d'État juge en l'espèce que l'absence de contrôle sur des chantiers navals, pendant une période de dix ans, revêt un caractère fautif eu égard à la « large marge d'appréciation dans le choix des moyens juridiques qui leur apparaissent les plus appropriés » dont disposent les membres de l'inspection du travail « pour assurer l'application effective des dispositions légales par les entreprises soumises à leur contrôle, d'adapter le type et la fréquence de leurs contrôles à la nature et à la gravité des risques que présentent les activités exercées et à la taille des entreprises ». La reconnaissance de la carence en la matière intègre ainsi de toute évidence une logique de moyens.

Si l'existence de moyens suffisants est de nature à conduire à la reconnaissance d'une carence, à l'inverse l'absence de tels moyens peut être de nature à l'écarter. Comme le souligne Pauline Parinet dans sa thèse, « puisque [la carence] ne désigne justement que les inactions inadmissibles, elle met également en évidence que toutes les inactions administratives ne sont pas anormales »²⁵⁰. La logique de moyens transparait alors à nouveau dans le raisonnement conduisant le juge à retenir l'absence d'anormalité du comportement passif de l'Administration. Ainsi, par exemple, c'est au regard de l'absence d'informations relatives aux troubles du comportement d'un patient hospitalisé dans un service de pneumologie s'étant enfoui et suicidé, que la carence résultant d'un défaut de surveillance de l'établissement hospitalier n'a pas été retenue²⁵¹. De même, dans l'affaire AZF, le Conseil d'État écarte le moyen tiré de la carence de l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de police en matière d'installations classées « en ce [qu'il] n'aurait pas détecté les irrégularités entachant les conditions de stockage du nitrate d'ammonium dans celui-ci », au regard des « informations dont [il] pouvait disposer quant à l'existence de facteurs de risques particuliers ou d'éventuels manquements de l'exploitant »²⁵². S'inscrivant dans la même logique, le Conseil d'État a pu écarter la carence des services de l'État dans l'exercice de leurs pouvoirs de police, en n'ayant pas pris les mesures de nature à prévenir les « actions menées par des éleveurs bovins protestant contre les importations de viande en provenance des pays de la Communauté européenne », car elle se trouvait « dans l'impossibilité de prévenir ces agissements » au regard des informations dont elle disposait²⁵³.

À plus forte raison, c'est en référé-liberté que la référence aux moyens dont dispose l'Administration est la plus évidente, car systématique, dans l'appréciation de la carence

²⁴⁹ CE, 1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies, 18 déc. 2020, n°437314.

²⁵⁰ P. PARINET, *La carence de l'Administration*, op. cit., p. 518.

²⁵¹ CE, 2^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 8 mars 1967, n°66081.

²⁵² CE, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 17 déc. 2014, n°367202.

²⁵³ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 26 mars 2004, n°248623.

administrative. Si le référé-liberté a été initialement conçu pour mettre fin, en extrême urgence, à une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale résultant d'actions administratives, la carence de l'Administration a été admise dans l'arrêt de Section *Ville de Paris* de 2011²⁵⁴. De fait, le référé-liberté est progressivement devenu un palliatif à la carence administrative. Toutefois, du fait de son office particulier, le juge du référé-liberté « *recherche [une] carence administrative évidente* »²⁵⁵. Ainsi, seule une carence caractérisée est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Or, pour caractériser la carence de l'Administration, le juge du référé-liberté prend notamment en compte les « *moyens dont dispose l'Administration* ». S'agissant de l'obligation de l'État de mettre en œuvre le droit à un hébergement d'urgence, le juge du référé-liberté a ainsi considéré « *qu'une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette tâche peut [...] faire apparaître [...] une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée* » et qu'il revient « *d'apprécier dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée* »²⁵⁶. De même, la recherche d'une carence de l'Administration dans la garantie du droit des détenus de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants²⁵⁷, du droit des enfants handicapés à une scolarisation adaptée²⁵⁸ ou, encore, du droit des demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes²⁵⁹, s'effectue au regard des moyens dont elle dispose. Dans chacune de ces hypothèses, l'insuffisance des moyens à la disposition de l'Administration conduira le juge du référé-liberté à écarter la carence caractérisée de cette dernière, et ce faisant, l'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale.

Si la logique de moyens transparaît dans l'appréciation du comportement passif de l'Administration, elle s'illustre également dans l'adoption d'un comportement actif.

²⁵⁴ CE, Sect., 16 nov. 2011, n°353172, *Ville de Paris*.

²⁵⁵ P. PARINET, *La carence de l'Administration, op. cit.*, p. 535.

²⁵⁶ CE, ord., 10 fév. 2012, n°356456, *Fofana*.

²⁵⁷ CE, ord., 30 juil. 2015, n°392043, *Section française de l'Observatoire international des prisons et ordre des avocats au barreau de Nîmes*.

²⁵⁸ CE, ord., 15 déc. 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Vie associative contre Peyrilhe*.

²⁵⁹ CE, ord., 13 août 2010, n°342330.

B. Logique de moyens et comportement actif de l'Administration

En « *signalant une inaction inadmissible, [la carence] invite à y remédier* »²⁶⁰ par l'adoption d'un comportement actif. Puisque la carence consiste en la méconnaissance d'une obligation d'action, sa sanction invite, ou plus exactement exige, un comportement actif de l'Administration pour la faire cesser. L'Administration est ainsi tenue d'agir par le déploiement de ses moyens. Le lien est parfois explicite dans la jurisprudence ; le juge administratif ayant eu l'occasion d'affirmer que la sanction de la carence administrative « *implique nécessairement* » l'adoption d'un comportement actif par l'Administration²⁶¹. Partant, la logique de moyens est à l'œuvre lorsque le juge administratif enjoint à l'Administration *de faire*, dans la mesure où les injonctions *de faire* consistent au fond en des obligations de mobiliser les moyens dont elle dispose, qu'il s'agisse de prendre des mesures normatives ou de mettre en œuvre des mesures matérielles. Comme le souligne le professeur Melleray, « *le pouvoir d'injonction rend la censure des carences de l'administration plus effective dans la mesure où après avoir annulé une décision négative le juge peut enjoindre d'édicter une mesure positive* »²⁶². Ainsi, la carence des autorités de police administrative, conduit le juge à ordonner l'édiction de mesures de police, à l'image de la police des déchets et de la police des installations classées illustrées précédemment. À cet égard, il convient de relever que les polices administratives environnementales constituent l'acceptation topique du principe de prévention. Or, contrairement à une idée reçue, le principe de prévention énoncé par l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, implique d'agir en amont, en particulier d'édicter des mesures adaptées, afin d'éviter les risques de pollution. La mobilisation de moyens est donc au cœur des missions administratives de prévention des atteintes à l'environnement.

La logique de moyens est *a fortiori* manifeste en matière d'injonctions de mise à disposition. Ainsi, suite à la reconnaissance de la carence de l'Administration en matière de mise à disposition d'un enfant handicapé d'un auxiliaire de vie scolaire, le juge administratif a pu ordonner une telle mise à disposition²⁶³. De même, la carence de l'Administration dans la prise en charge adaptée et effective d'une personne handicapée a conduit le juge administratif à ordonner à l'Administration de trouver une place dans un « *établissement médico-social adapté à son état* »²⁶⁴. La jurisprudence

²⁶⁰ P. PARINET, *La carence de l'Administration*, op. cit., p. 518.

²⁶¹ Voir par exemple l'arrêt CE, 6ème et 5ème chambres réunies, 1^{er} juil. 2021, n°427301 : « *L'annulation du refus implicite de prendre des mesures supplémentaires permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national afin d'assurer sa compatibilité avec les objectifs de réduction de ces émissions tels que fixés à l'article L. 100-4 du code de l'énergie et à l'annexe I du règlement (UE) 2018/842 du 30 mai 2018 implique nécessairement l'édiction de telles mesures* ».

²⁶² F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, p. 71.

²⁶³ TA Marseille, ord., 21 déc. 2010, n°1008137 ; TA Montpellier, ord., 12 janv. 2011, n°1100063.

²⁶⁴ TA Cergy-Pontoise, ord., 7 oct. 2013, n°1307726.

administrative offre, en outre, de multiples illustrations d'injonctions de mise à disposition, telles que la mise à disposition d'un hébergement d'urgence²⁶⁵ ou, encore, la mise à disposition d'une salle municipale à une association culturelle²⁶⁶.

Toutes ces injonctions traduisent l'idée que la sanction d'une carence administrative exige un comportement actif nécessaire à l'effectivité du droit à une scolarisation adaptée, du droit à un hébergement d'urgence ou, encore, de la liberté de réunion. L'effectivité des droits et libertés ne peut en effet se contenter d'une simple obligation d'abstention incombant à l'Administration. Comme nous l'avons examiné précédemment, l'ensemble des droits et libertés suppose, afin de revêtir un caractère effectif, une part d'intervention de l'État, avec des degrés plus ou moins importants en fonction du droit en question. Cette conception est au fondement de la technique des obligations positives développée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Citons à cet égard l'arrêt *Plattform « Ärzte für das Leben » contre Autriche* dans lequel la Cour affirme explicitement qu'« une liberté réelle et effective de réunion pacifique ne s'accommode pas d'un simple devoir de non-ingérence de l'État; une conception purement négative ne cadrerait pas avec l'objet et le but de l'article 11 (art. 11). Tout comme l'article 8 (art. 8), celui-ci appelle parfois des mesures positives, au besoin jusque dans les relations interindividuelles [...] »²⁶⁷. Ainsi, le droit européen des droits de l'Homme met à la charge des États parties non seulement des obligations négatives, qui interdisent l'ingérence active autrement dit d'« entraver l'exercice des droits garantis par la Convention », mais également des obligations positives, qui interdisent l'ingérence passive en obligeant les États à « prendre les mesures nécessaires pour mettre les personnes en mesure de jouir de leurs droits conventionnels de manière effective »²⁶⁸. La technique des obligations positives vise ainsi à lutter contre « l'inertie des pouvoirs publics »²⁶⁹ en mettant à leur charge des obligations actives, autrement dit des obligations de faire. En vertu de l'arrêt *Lopez Ostra*, les obligations positives imposent d'« adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu »²⁷⁰ découlant de la Convention. Ces mesures sont de nature diverse, matérielles comme juridiques, substantielles comme procédurales. Elles consistent généralement en une « obligation de réaliser »²⁷¹, qui renvoie au fond à une obligation de déployer les moyens de l'Administration, dans la mesure où la « Cour européenne

²⁶⁵ TA Lille, ord., 8 juin 2017, n°1704881 et autres : à propos de la carence de l'Administration dans la mise en œuvre le droit à un hébergement d'urgence.

²⁶⁶ CE, ord., 30 mars 2007, n°304053.

²⁶⁷ Cour EDH, 21 juin 1998, n°10126/82, *Plattform « Ärzte für das Leben » contre Autriche*, §32.

²⁶⁸ X. DUPRÉ DE BOULOIS, art. préc.

²⁶⁹ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET avec la collaboration de G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^e éd. mise à jour, nov. 2011, p. 23.

²⁷⁰ Cour EDH, 9 déc. 1994, n°16798/90, *López Ostra contre Espagne*, §51.

²⁷¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Hypercours, 3^e éd., juil. 2017, p. 14. Citées par P. PARINET, *op. cit.*, p. 80.

entend fournir [par le biais de la technique des obligations positives] à l'individu des conditions matérielles nécessaires à l'exercice réel de ces libertés »²⁷². La logique de moyens est ainsi au cœur de la technique des obligations positives. Or, comme nous l'avons vu précédemment, le juge administratif s'est approprié la technique des obligations positives en matière de droit à la vie²⁷³ et de droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants.

Par ailleurs, si la logique de moyens s'illustre remarquablement à travers la recrudescence de la technique des obligations positives en droit administratif, elle s'exprime également en matière de contrôle des ingérences actives de l'Administration, plus exactement lors du contrôle de proportionnalité des atteintes positives portées par l'Administration aux droits des administrés. Ainsi, lorsque le juge administratif contrôle la proportionnalité d'une mesure de police, il contrôle notamment le caractère nécessaire et adéquat de la mesure. En d'autres termes, il contrôle si la mesure est apte à assurer le maintien de l'ordre public et si une mesure moins contraignante aurait permis d'atteindre le même objectif tout en étant par essence moins liberticide. Ce faisant, le juge est conduit à s'intéresser, à apprécier les moyens choisis et développés par l'Administration et en particulier ceux qu'elle a décidé d'écarter. Ainsi, récemment, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a jugé illégal l'arrêté municipal interdisant toute baignade en raison de la présence de requins alors que l'objectif poursuivi pouvait être atteint par des mesures moins contraignantes, en l'espèce « *par des mesures de signalisation adaptées et suffisamment visibles qui d'ailleurs existent déjà, ou bien par des moyens de surveillance du littoral moins attentatoires aux libertés* »²⁷⁴.

La référence aux moyens dont dispose l'Administration constitue ainsi un dénominateur commun à l'action comme à l'inaction de l'Administration. Mais la transversalité de la logique de moyens ne s'illustre pas uniquement s'agissant de la nature du comportement de l'Administration. Elle se manifeste également s'agissant du degré de la faute.

²⁷² F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 31.

²⁷³ Le juge administratif l'a affirmé dans un considérant de principe : « *le droit au respect de la vie, rappelé notamment par l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; que, lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence ; qu'il peut, le cas échéant, après avoir ordonné des mesures d'urgence, décider de déterminer dans une décision ultérieure prise à brève échéance les mesures complémentaires qui s'imposent et qui peuvent être très rapidement mises en œuvre* » (CE, Sect., 16 nov. 2011, n°353172, *Ville de Paris*).

²⁷⁴ TA Nouvelle-Calédonie, 17 mai 2023, n°2300167.

II. Logique de moyens et degré de la faute

Contrairement à la responsabilité extracontractuelle en droit civil, « *tout fait quelconque de [l'Administration], qui cause à autrui un dommage* »²⁷⁵ n'est pas constitutif d'une faute en droit de la responsabilité extracontractuelle administrative et, ce faisant, n'engage pas sa responsabilité. Cette idée résulte de l'arrêt *Blanco*²⁷⁶ en vertu duquel la responsabilité de l'Administration « *n'est ni générale, ni absolue* ». À la suite de cet arrêt, le juge administratif a donc exigé, dans certaines hypothèses, une faute d'une certaine intensité pour engager la responsabilité de l'Administration, qualifiée de faute lourde. Partant, dans une série de domaines d'action de l'Administration, il a estimé qu'une faute simple ne pouvait suffire à engager sa responsabilité. L'exigence d'une faute lourde a essentiellement été justifiée en raison de la difficulté de certaines missions assurées par l'Administration, en particulier en matière de missions régaliennes. Cette justification apparaît parfois explicitement dans les conclusions de rapporteur public²⁷⁷ ainsi que dans les arrêts du juge administratif²⁷⁸.

Or, l'on observe que l'appréciation de la difficulté des activités de l'Administration par le juge administratif intègre une logique de moyens. C'est en effet à l'aune des moyens dont dispose l'Administration que le juge administratif identifie le caractère difficile, délicat d'une activité, justifiant ainsi l'exigence d'une faute lourde. Néanmoins, si la référence aux moyens dont dispose l'Administration est manifeste dans l'exigence comme la reconnaissance d'une faute lourde (A), elle n'en est pas pour autant absente dans le cadre de la reconnaissance d'une faute simple (B) précisément parce que la prise en compte des difficultés de l'action administrative ne se réduit pas à l'exigence d'une faute lourde.

A. Une logique patente dans le cadre de la faute lourde

Si l'on observe un mouvement général de régression de la faute lourde, y compris s'agissant des activités de police²⁷⁹, elle se maintient néanmoins s'agissant des activités de police considérées comme particulièrement difficiles et pour lesquelles « *il paraîtrait irréaliste d'exiger de*

²⁷⁵ Article 1240 du Code civil.

²⁷⁶ TC, 8 fév. 1873, n°00012, *Blanco*.

²⁷⁷ Par exemple : J. ROMIEU, Conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt CE, 10 fév. 1905, *Tomaso-Grecco* ; P. RIVET, Conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt CE, 13 mars 1925, *Clef*.

²⁷⁸ Par exemple, s'agissant des activités de police, le juge administratif prend en compte les « *difficultés que la police de la circulation rencontre à Paris* » (CE, Ass., 20 oct. 1972, n°80068, *Ville de Paris contre Marabout*).

²⁷⁹ La faute lourde a notamment été abandonnée s'agissant des activités matérielles qui ne se heurtent à aucun obstacle spécial, et que l'on pourrait considérer comme renvoyant à des activités de routine (par exemple : CE, 6ème et 2ème sous-sections réunies, 4 déc. 1995, n°133880, *Delavallade*).

l'administration une perfection que ses moyens matériels et humains ne lui permettraient pas d'atteindre »^{280,281}. Les activités de police et de renseignement en matière de lutte contre le terrorisme en constituent un exemple topique²⁸². Citons à titre d'exemple l'affaire *Mohamed Merah* jugée par la cour administrative d'appel de Marseille en 2017. En l'espèce, les familles des victimes de l'attentat perpétré par Mohamed Merah ont « *recherché la responsabilité de l'État en invoquant des fautes commises par les services de renseignement dans la surveillance* »²⁸³. La cour estime que seule une faute lourde est susceptible d'engager la responsabilité de l'État du fait des services de renseignement, et juge ainsi qu'en l'espèce aucune faute lourde n'est caractérisée « *eu égard, sur un plan général, aux difficultés particulières inhérentes à l'activité des services de renseignement et, dans le cas particulier du présent litige, aux moyens et aux connaissances limités dont disposaient alors ces services à la fois pour appréhender et prévenir de nouvelles formes d'attentat terroriste* ». Ainsi, la difficulté de recueillir des indices et des informations attestant de la particulière gravité d'un individu, qui caractérise l'activité de renseignement, non seulement justifie l'exigence d'une faute lourde, mais également sa non-identification dans la mesure où compte tenu des connaissances dont disposaient les services de renseignement, la poursuite de la surveillance de Mohamed Merah ne s'imposait pas à l'évidence. Cette solution, et précisément la prise en compte des moyens dont disposait l'Administration, a été confirmée en cassation par le Conseil d'État²⁸⁴.

C'est de cette même logique de moyens que procède la jurisprudence *Darmont* par laquelle le Conseil d'État a posé le principe de responsabilité de l'État pour faute lourde du fait du dysfonctionnement du service de la justice administrative. Le Conseil d'État retient l'absence de faute lourde commise par la Commission de contrôle des banques « *dans l'accomplissement de sa mission administrative de surveillance et dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle d'ordre disciplinaire* »

²⁸⁰ M. PAILLET, *op. cit.*, p. 157.

²⁸¹ L'idée selon laquelle la difficulté des activités poursuivies par l'État doit être prise en considération lorsque sa responsabilité est recherchée n'est pas propre au juge administratif. En droit européen des droits de l'homme par exemple, la Cour a considéré que « *sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni l'imprévisibilité du comportement humain ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* » (Cour EDH, gr. ch., 28 oct. 1998, n°23452/94, *Osman contre Royaume-Uni*). De même, en droit international public, cette idée se retrouve sous la plume de Max Huber dans la sentence arbitrale relative à l'affaire des biens britanniques au Maroc espagnol : « *l'État n'est tenu qu'à exercer le degré de surveillance qui correspond aux moyens dont il dispose. Exiger que ces moyens soient à la hauteur des circonstances serait imposer à l'État des charges auxquelles il ne pourrait souvent pas faire face* » (Sentence arbitrale, 1^{er} mai 1925, *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*. Cité par C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, th., Dalloz, 2014, p. 319.

²⁸² L'exigence de faute lourde se maintient dans ce domaine en vertu de l'arrêt CE, Sect., 29 avr. 1987, n°46313, 46314, *Consorts Yener et Erez*.

²⁸³ CAA Marseille, 4 avr. 2017, n°16MA03663.

²⁸⁴ CE, 5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies, 18 juil. 2018, n°411156.

en considérant la faiblesse des renseignements et des moyens d'investigation dont elle disposait pour mener à bien ses missions²⁸⁵.

Plus largement, l'on constate que la responsabilité de l'Administration pour faute lourde du fait de ses activités de contrôle se justifie par l'insuffisance des moyens dont elle dispose, dont en découle son caractère particulièrement difficile. La jurisprudence témoigne en effet de « *l'idée que l'activité de contrôle est un exercice structurellement difficile, dans la mesure où elle suppose pour l'administration de surveiller les agissements d'un tiers, par rapport auquel elle est souvent dans une situation d'asymétrie d'information, sans disposer toujours des moyens humains nécessaires au bon accomplissement de cette mission* »²⁸⁶. C'est la faiblesse des moyens dont dispose les services préfectoraux qui semble ainsi justifier le maintien de la faute lourde s'agissant de la responsabilité de l'État du fait du contrôle de légalité. Par exemple, dans l'arrêt *Ministre de l'Intérieur contre Commune de Saint-Florent*²⁸⁷, le Conseil d'État a pris en compte la « *difficulté d'évaluer le passif du syndicat* » pour justifier le retard des services préfectoraux dans la procédure de dissolution d'un syndicat intercommunal. Si les moyens des services préfectoraux ne sont pas explicitement pris en considération, l'on comprend en filigrane qu'ils sont intégrés dans le raisonnement du juge, dès lors que le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire constituent des contrôles techniques qui nécessitent notamment de disposer de personnels suffisamment qualifiés²⁸⁸. Or, le manque de moyens humains et matériels pour mener à bien les missions de contrôle de légalité est avéré. Tel est en effet le constat effectué par la Cour des comptes dans un rapport publié le 21 novembre 2022²⁸⁹. La Cour y déplore une dégradation des contrôles budgétaires et de légalité. Cette dégradation est selon elle essentiellement due à l'insuffisance des moyens humains qui entraîne corrélativement une perte de compétences juridiques.

²⁸⁵ CE, Ass., 29 déc. 1978, n°96200, *Darmont* : « *la Commission ne pouvait exercer son contrôle qu'au vu des bilans et des situations périodiques qui lui étaient remis et au moyen des renseignements qui lui étaient fournis ; que les irrégularités les plus graves et qui ont provoqué l'effondrement de l'entreprise résultent d'opérations occultes étrangères à la gestion de la Banque et que la Commission ne pouvait déceler à l'aide des seuls moyens d'investigation dont elle dispose* ».

²⁸⁶ V. VILLETTE, Conclusions de rapporteur public sous l'arrêt CE, 1ère et 4ème chambres réunies, 18 déc. 2020, n°437314, *Ministre du travail contre M. A.*

²⁸⁷ CE, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 6 oct. 2000, n°205959, *Ministre de l'Intérieur contre Commune de Saint-Florent*.

²⁸⁸ Comme le souligne Marie-Christine Rouault, « *le Conseil d'État n'ignore pas la faiblesse des moyens en personnel qualifié et en matériel informatique performant permettant la tenue à jour de dossiers concernant chaque collectivité contrôlée dont disposent les préfets pour l'exercice du contrôle de légalité. Dès lors, il ne serait sans doute pas raisonnable de censurer la moindre faute commise à l'occasion de cette activité* » (M.-C. ROUAULT, « *Responsabilité pour faute lourde de l'État pour carence dans le contrôle de légalité* », note précitée).

²⁸⁹ Cour des comptes, *Rapport relatif au contrôle de légalité et contrôle des actes budgétaires en préfecture*, 21 nov. 2022.

Si le juge administratif justifie l'exigence ou le maintien de la faute lourde s'agissant des activités considérées comme difficiles eu égard aux moyens dont dispose l'Administration, sa sensibilité à l'égard de la difficulté de l'action administrative ne se manifeste pas exclusivement en matière de faute lourde, mais elle se décèle également en matière de faute simple. Ce faisant, la logique de moyens est également palpable lorsqu'une faute simple suffit à engager la responsabilité de l'Administration.

B. Une logique latente dans le cadre de la faute simple

Le droit de la responsabilité administrative contemporain est marqué par la régression importante de l'exigence de la faute lourde. Elle a progressivement été abandonnée en matière de responsabilité du fait des activités des services hospitaliers²⁹⁰, des services pénitentiaires²⁹¹ ainsi que des services fiscaux²⁹². Mais cela signifie-t-il que le juge administratif a abandonné l'idée que les activités médicales et chirurgicales, la surveillance de détenus ou, encore, les activités d'établissement et de recouvrement de l'impôt revêtent une certaine difficulté ? Une réponse négative semble s'imposer. Il y a fort à douter en effet que la loi fiscale soit moins complexe aujourd'hui qu'elle ne l'était hier, ni même que la surveillance des détenus soit plus facile à l'heure où les établissements pénitentiaires n'ont jamais été aussi surpeuplés. L'abandon de la faute lourde n'est pas *ipso facto* synonyme d'abandon de la compréhension du juge à l'égard de la difficulté de l'action administrative, eu égard notamment à la faiblesse de ses moyens. Simplement cette préoccupation ne se manifeste plus au stade du degré de la faute, mais au stade de la reconnaissance de la faute elle-même. Autrement dit, la logique de moyens intervient non plus au stade du partage entre la faute lourde et la faute simple, mais au stade du partage « *entre la faute et la simple erreur* »²⁹³.

Si le juge administratif a abandonné la faute lourde s'agissant de la responsabilité d'un établissement hospitalier psychiatrique du fait du suicide d'un patient avec la jurisprudence *Hawezack*, il n'en demeure pas moins qu'il se réfère aux moyens dont disposait l'hôpital pour affirmer l'absence de faute et, partant, l'absence de responsabilité de l'Administration. C'est en effet « *compte tenu des moyens dont disposait le Centre hospitalier* » que le juge écarte toute faute de l'Administration. En prenant en considération la faiblesse des personnels pour assurer la surveillance des patients ainsi que l'absence de prévisibilité du comportement humain, ce sont bien les difficultés

²⁹⁰ CE, Ass., 10 avr. 1992, n°79027, *Époux V.* : à propos de fautes médicales commises par un médecin anesthésiste.

²⁹¹ CE, 2ème et 1ère sous-sections réunies, 23 mai 2003, n°244663, *Chabba* : à propos du suicide d'un détenu.

²⁹² CE, Sect., 21 mars 2011, n°306225, *Krupa* : à propos d'erreurs commises dans l'appréciation de la situation d'un contribuable.

²⁹³ F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, Chronique sous l'arrêt CE, Sect., 13 mars 1998, n°89370, *Améon*, *AJDA*, 1998, p. 424.

inhérentes à la surveillance de patients souffrant de maladie mentale que le juge a pris en considération dans l'appréciation du caractère fautif ou non des faits reprochés à l'Administration. De même, s'agissant du suicide d'un détenu, le juge administratif apprécie l'existence d'une faute, consistant en un défaut de surveillance des détenus par l'administration pénitentiaire « *compte tenu des informations dont elle disposait, en particulier sur les antécédents de l'intéressé, son comportement et son état de santé* ». Le juge tient ainsi compte de la difficulté voire de l'infirmité de l'Administration à anticiper les comportements imprévisibles des détenus lorsqu'il apprécie le défaut de surveillance.

Ce faisant, l'on constate que « *même dans un régime de faute simple, [le juge administratif] ser[a] plus exigeant avant de reconnaître une faute de la part d'un service soumis à des conditions d'exercice difficile* »²⁹⁴. Parce que certaines activités administratives sont difficiles à accomplir eu égard à l'insuffisance des moyens dont dispose l'Administration, un résultat jugé insuffisant par les administrés ne sera pas forcément fautif. Autrement dit, la prise en compte de la faiblesse des moyens administratifs justifie la répugnance du juge administratif à mettre à la charge de l'Administration de véritables obligations de résultat. C'est en ce sens que se prononce le Conseil d'État dans l'arrêt *Améon*. Si cet arrêt marque le passage de la faute lourde à la faute simple en matière de responsabilité de l'État dans le cadre des activités de secours et de sauvetage en mer, le Conseil d'État a considéré en l'espèce que le naufrage du navire en détresse ne révélait pas un comportement fautif des services de secours. Pour écarter la faute, le juge a notamment pris en considération l'insuffisance et l'imprécision des informations dont disposaient les services de secours pour organiser les opérations de sauvetage. À l'évidence, l'abandon de la faute lourde en la matière est sans incidence sur la nature des activités de sauvetage en mer qui demeurent indéniablement difficiles, dès lors que l'efficacité de ces opérations de secours et de sauvetage est conditionnée par la suffisance, la précision et la rapidité des informations transmises aux services qui en ont la charge. L'appréciation de l'existence d'une – simple – faute de l'Administration traduit ainsi une logique de moyens.

La conduite de l'Administration est ainsi appréhendée au regard de ses moyens, qu'il s'agisse d'en exiger la mobilisation ou d'en constater l'insuffisance. La logique de moyens constitue un dénominateur commun tant du comportement actif que passif de l'Administration que de l'appréciation de son éventuel comportement fautif. Aussi, la transversalité de la logique de moyens s'illustre-t-elle dans les hypothèses où l'Administration est tenue d'observer un certain comportement, c'est-à-dire en matière de sujétions administratives.

²⁹⁴ L. THOUVET, Conclusions du commissaire de gouvernement sous l'arrêt CE, Sect., 13 mars 1998, n°89370, *Améon*, Cité par F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, chronique précitée.

Section 2 : Les manifestations de la logique de moyens s'agissant des sujétions administratives

L'appréhension de l'action ou de l'abstention de l'Administration conduit à s'intéresser aux contraintes juridiques pesant sur elle et, par suite, régissant sa conduite. L'on constate à cet égard que les rapports de légalité dans lesquels est placée l'Administration témoignent dans une certaine mesure d'une logique de moyens (I). Partant, elle s'illustre de manière plus ou moins marquée en fonction de la nature de l'obligation pesant sur l'Administration (II).

I. Logique de moyens et rapport de légalité

Les rapports de légalité en droit administratif sont traditionnellement appréhendés sous le prisme de la dichotomie entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée. Cette théorie a essentiellement prospéré en contentieux administratif, plus précisément dans le recours pour excès de pouvoir, dans la mesure où elle constitue un étalon de l'intensité du contrôle du juge administratif sur l'activité de l'Administration. Comme le soulignait le doyen Vedel, « *quand l'Administration est dans une situation de compétence liée, son acte peut être jugé du point de vue de la légalité [...]. Lorsque, au contraire, l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, sa décision ne peut être jugée que du point de vue de l'opportunité : elle sera opportune ou inopportune, c'est-à-dire heureuse ou malheureuse, mais elle ne sera pas illégale puisque précisément l'administration était libre d'agir dans un sens ou dans un autre* »²⁹⁵. Dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire est semble-t-il synonyme de liberté d'action et que les moyens de l'Administration englobent ses marges d'appréciation et de manœuvre, il constitue une manifestation palpable de la logique de moyens (A). L'opposition de principe entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée n'exclut cependant pas toute logique de moyens lorsque l'Administration se trouve en situation de compétence liée (B).

A. Une logique patente dans le cadre du pouvoir discrétionnaire

Parce que le pouvoir discrétionnaire relève « *d'appréciations d'opportunité incombant aux seuls administrateurs* »²⁹⁶, le contrôle du juge administratif en la matière est soit inexistant, soit fortement restreint (cantonné à l'erreur manifeste d'appréciation). Dans le cas contraire, le juge se ferait en effet lui-même administrateur. Disposer d'un pouvoir discrétionnaire signifie donc disposer

²⁹⁵ G. VEDEL, *Droit administratif*, PUF, tome 1, 1992, p. 529. Cité par P. SERRAND, *Droit administratif, tome 2 : Les obligations administratives*, PUF, 3^e éd., 2022, p. 112-113.

²⁹⁶ J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67.

de la faculté d'apprécier une situation factuelle et d'estimer s'il convient d'agir ou non ; autrement dit, il s'agit d'apprécier les faits pour en adapter son comportement. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration renvoie à sa faculté d'agir ou de s'abstenir, en fonction de considérations d'opportunité, mais également à la liberté de décider du moment de son action et des modalités de celle-ci. En renvoyant à la liberté d'appréciation de l'Administration, c'est bien de sa marge de manœuvre dont il est question lorsque l'on songe à son pouvoir discrétionnaire. Or, comme nous l'avons exposé précédemment, les moyens de l'Administration s'entendent largement comme la capacité générale d'agir de l'Administration, laquelle inclut ses marges de manœuvre. Dès lors, le pouvoir discrétionnaire constitue une manifestation évidente de la logique de moyens, d'abord globalement en ce qu'il renvoie à sa marge de manœuvre, mais également plus étroitement en ce qu'il offre à l'Administration la faculté d'apprécier ses modalités d'action, autrement dit de choisir ses modalités d'action. Dans cette optique, le pouvoir discrétionnaire serait un « *supra-moyen* »²⁹⁷ : il constitue un *moyen* au sens large du terme dont dispose l'Administration pour choisir ses moyens d'action au sens strict (financiers, humains, matériels, formels).

La discrétion de l'Administration se manifeste ainsi par le choix de ses modalités d'action, le choix de ses moyens. L'Administration décide dans cette hypothèse de la manière dont elle agit parmi une multitude de modalités d'action possibles, toutes légales²⁹⁸. Dans cette perspective, le pouvoir discrétionnaire doit être appréhendé au-delà du seul prisme contentieux, car il serait erroné de penser que l'Administration est dépourvue de toute liberté d'appréciation dans le cadre de ses activités soumises à un contrôle normal du juge administratif²⁹⁹. Ce faisant, la logique de moyens est palpable à travers la liberté d'appréciation des moyens à utiliser. En matière contractuelle par exemple, l'Administration a la faculté de gérer un service public en interne – par le biais de régies – mais elle peut également externaliser sa gestion³⁰⁰. Et cette externalisation se fera en principe par le recours à l'instrument contractuel³⁰¹. Plus généralement, en matière de commande publique, l'article L1 du Code de la commande publique dispose que « *les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique* ». Dans ces hypothèses, l'Administration dispose de la faculté

²⁹⁷ Pour paraphraser Eva Desdentado Daroca qui parle de « *"supraconcept" de discrétionnalité* » (E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, 2^e éd., 1999, p. 70-71. Citée par R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, th., L'Harmattan, 2010, p. 188).

²⁹⁸ Le choix ne repose donc pas sur des conditions de légalité mais sur des considérations d'opportunité.

²⁹⁹ En ce sens voir C. VAUTROT-SCHWARZ, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet. L'intérêt général*, Paris, Dalloz, 2015, p. 639-650.

³⁰⁰ CE, 7^eme et 2^eme sous-sections réunies, 27 janv. 2011, n°338285, *Commune de Ramatuelle*.

³⁰¹ L'habilitation unilatérale étant possible uniquement en dehors du marché concurrentiel.

légale de recourir ou non à l'instrument contractuel. Est ici à l'œuvre la logique de moyens à travers la faculté de choisir, de déterminer une modalité d'action.

À cet égard, la discrétion de l'Administration est particulièrement manifeste en matière de police administrative, présentée classiquement comme l'une des « *places fortes* »³⁰² du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. En principe, l'autorité de police dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui implique, d'une part, de choisir de prendre des mesures de police, et, d'autre part, de choisir la nature de ces mesures – matérielles, juridiques, restrictions, interdictions, etc – sous réserve du principe de proportionnalité³⁰³. Dans la mesure où l'Administration dispose d'une palette de moyens légaux pour agir, il en résulte l'impossibilité de lui reprocher une faute dans le choix de tel ou tel moyen ou au contraire dans le choix de ne pas recourir à tel ou tel moyen. C'est ce qui résulte de la jurisprudence *Sastre*³⁰⁴. Dans cette affaire, le Conseil d'État juge que le refus d'engager de nouvelles poursuites pénales afin de faire respecter la réglementation en vigueur, en l'espèce relative aux marchés d'intérêt national, n'est pas constitutive d'une faute, dès lors que l'Administration disposait d'autres moyens pour assurer l'application de la réglementation, telles que « *le recours à l'exécution forcée* » et le retrait des « *autorisations accordées aux commerçants* ». Parce que l'Administration a opéré ses choix en toute légalité, il ne peut lui être reproché une quelconque faute et, ce faisant, sa responsabilité ne peut être engagée sur ce fondement.

Pour autant, sa responsabilité pourra être engagée sur un autre fondement : la responsabilité sans faute. C'est précisément parce que l'Administration a choisi de recourir à des méthodes libérales de rééducation des mineurs délinquants, prévues par l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante³⁰⁵, que la faute ne pouvait constituer le fondement de sa responsabilité et a été substituée par le risque dans l'arrêt *Thouzellier*³⁰⁶, dans la mesure où le choix de méthodes légales mais dangereuses fait courir un risque spécial pour les tiers qui y sont exposés. La même solution a été retenue s'agissant des dommages causés par des détenus bénéficiant de permissions de sortie³⁰⁷ de même que pour les malades mentaux en voie de guérison bénéficiant de sorties d'essai³⁰⁸. Dans ces deux cas, l'Administration s'était fondée sur des dispositions légales³⁰⁹.

³⁰² C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Doublet* ? », art. préc., p. 3.

³⁰³ CE, 19 mai 1933, n°17413,17520, *Benjamin*.

³⁰⁴ CE, Ass, 7 mai 1971, n°74669, 74977, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux contre Sieur Sastre*.

³⁰⁵ Ordonnance n°45-174 du 2 fév. 1945 relative à l'enfance délinquante.

³⁰⁶ CE, Sect., 3 fév. 1956, *Ministre de la Justice contre Thouzellier*.

³⁰⁷ CE, 5ème et 3ème sous-sections réunies, 2 déc. 1981, n°25861, *Theys*.

³⁰⁸ CE, Sect., 13 juil. 1967, n°65735, *Département de la Moselle*.

³⁰⁹ Loi n°78-1097 du 22 nov. 1978 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (s'agissant des détenues) ; Circulaire ministérielle au 4 déc. 1957 (s'agissant des malades mentaux).

Relevons, par ailleurs, que la logique de moyens peut également revêtir une autre forme en matière de pouvoir discrétionnaire. Si dans les hypothèses précédemment évoquées elle s'exprimait par le choix des moyens d'action, elle peut également s'illustrer au sein des critères déterminants de ses choix d'action : l'action de l'Administration est alors déterminée en intégrant l'existence ou l'insuffisance de ses moyens. Le principe de mutabilité du service public constitue à ce titre un exemple pertinent. En vertu de ce principe, l'Administration a la possibilité d'adapter la gestion du service public, ses modalités d'organisation voire de le supprimer³¹⁰. Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration se manifeste alors non seulement dans le choix de créer ou de supprimer un tel service, mais également dans la détermination de ses modalités d'organisation, en particulier dans la décision de les modifier. À cet égard, les moyens dont dispose l'Administration peuvent justifier de limiter l'accès au service public. Dans l'arrêt *Commune de Besançon* de 2021³¹¹ par exemple, le Conseil d'État a jugé que la saturation de la capacité d'accueil d'une cantine scolaire était de nature à justifier le refus d'accès d'un élève à ce service. Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Commune de Chalon-sur-Saône* de 2020³¹², les « *moyens humains et financiers* » ont pu légalement entrer en ligne de compte pour décider de redéfinir les modalités d'organisation du service public, en l'espèce la suppression des menus de substitution. La logique de moyens se matérialise ainsi par la prise en compte par l'Administration de ses moyens pour choisir de réduire ses prestations en matière de service public.

Si le lien entre pouvoir discrétionnaire et moyens de l'Administration est tout à fait palpable notamment en ce qu'il peut être considéré lui-même comme un moyen administratif, il n'en demeure pas moins que la logique de moyens trouve également à s'illustrer lorsque l'Administration est en situation de compétence liée.

B. Une logique latente dans le cadre de la compétence liée

Si, comme on l'a vu, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est synonyme de liberté, la compétence liée est par opposition synonyme de contrainte. En ce sens, la compétence liée est fréquemment présentée comme une obligation d'agir. Ainsi, selon Maxime Letourneur, lorsque l'Administration se trouve en situation de compétence liée, cela signifie qu'elle « *est, par la loi, d'une*

³¹⁰ Lorsqu'il s'agit de services publics facultatifs.

³¹¹ CE, 4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies, 22 mars 2021, n°429361, *Commune de Besançon*.

³¹² CE, 3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies, 11 déc. 2020, n°426483, *Commune de Chalon-sur-Saône*.

part, tenue d'agir, d'autre part, tenue d'agir dans un sens déterminé »³¹³. L'Administration se trouve ainsi en situation de compétence liée lorsque sa conduite (action ou abstention) est dictée par « *l'existence d'une réglementation juridique* »³¹⁴, de telle sorte qu'elle est parfois qualifiée de « *compétence réglementée* »³¹⁵.

Partant, l'Administration est soumise par les textes comme par la jurisprudence à des obligations d'agir. Ces dernières peuvent précisément contraindre l'Administration à développer ses moyens, notamment ses moyens exorbitants. « *Alors que "l'exorbitance" par rapport au droit commun [n'est] censée jouer qu'au profit de l'administration* »³¹⁶, l'exorbitance des moyens dont dispose l'Administration peut également s'exercer « *"en sens contraire", c'est-à-dire au détriment de l'Administration* »³¹⁷.

À ce titre, si la police administrative constitue l'une des illustrations emblématiques des moyens exorbitants dont bénéficie l'Administration, et « *l'archétype de la faculté et non de l'obligation d'agir* »³¹⁸, il n'en reste pas moins que la préservation de l'ordre public qui fonde son existence, est de nature à imposer, dans certains cas, à l'Administration d'y recourir. En d'autres termes, la finalité poursuivie par la police administrative justifie que l'existence d'un tel pouvoir exorbitant « *coïncide [...] avec l'obligation d'en faire usage* »³¹⁹. L'Administration est ainsi tenue d'édicter des mesures de police administrative lorsqu'une mesure de police s'avère « *indispensable pour faire cesser un péril grave résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public* »^{320,321}. Cette obligation « *de prendre des mesures de police administrative initiales* »³²², qui résulte de la jurisprudence *Doublet* de 1959, constitue un exemple topique du lien existant entre les prérogatives et les sujétions exorbitantes de droit commun. Valérie Dufau le souligne parfaitement dans sa thèse en affirmant que dans l'arrêt *Doublet* « *la prérogative apparaît comme juxtaposée à la sujétion* »³²³. Et l'auteur d'ajouter que « *la prérogative est à la fois inséparable et indispensable à la sujétion. Cette union est obligatoire parce qu'elle est considérée comme étant la seule qui soit*

³¹³ M. LETOURNEUR, *L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir*, EDCE, 1962, p. 52. Cité par P. PY, « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d'injonction », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 563.

³¹⁴ G. TIMSIT, « Compétence liée et principe de légalité », *Recueil Dalloz*, 1964, p. 218.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ V. DUFAU, *Les sujétions exorbitantes de droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, th., L'Harmattan, 2000, p. 225.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ B. PLESSIX, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 864.

³¹⁹ M. GUYOMAR, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 17 déc. 2008, n°305594, *Section française de l'Observatoire international des prisons, Gaz. Pal.*, 24 fév. 2009, n°55, p. 26.

³²⁰ B. PLESSIX, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 866.

³²¹ CE, 23 oct. 1959, n°40922, *Doublet*.

³²² Par référence au titre de l'article F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », art. préc., p.71.

³²³ V. DUFAU, *op. cit.*, p. 361.

correctement appropriée à la mission de maintien de l'ordre public »³²⁴. Notons à cet égard que la jurisprudence *Doublet* a trouvé des ramifications en matière de police spéciale. En matière de contraventions de grande voirie par exemple, la jurisprudence *Association « Les amis des chemins de la ronde »*³²⁵ a affirmé l'obligation, pour les autorités chargées de la police spéciale de la conservation du domaine public maritime, de faire usage des pouvoirs de police qui leur sont confiés par la loi, en cas d'atteintes portées au domaine public maritime, et particulièrement l'obligation de poursuivre les contrevenants.

L'Administration est également tenue d'*appliquer*. Cette obligation incombe à l'autorité de police administrative qui est tenue d'appliquer la réglementation de police en vigueur³²⁶. En outre, le pouvoir réglementaire est tenu d'intervenir, dans un délai raisonnable, lorsque des mesures d'exécution sont nécessaires à l'application d'une loi ou d'un règlement³²⁷.

L'Administration est encore tenue d'*abroger* les actes réglementaires qui méconnaissent le principe de légalité. Cette obligation d'abroger est née de la jurisprudence *Despujol*³²⁸ s'agissant des actes réglementaires devenus illégaux à la suite d'un changement de circonstances. Elle a été étendue par la jurisprudence *Alitalia*³²⁹ aux actes réglementaires contraires au principe de légalité *lato sensu*, incluant ainsi les normes issues du droit de l'Union européenne, indépendamment du fait qu'ils soient illégaux depuis l'origine ou à la suite d'un changement de circonstances³³⁰. Le principe de légalité commande ainsi à l'Administration de développer comme moyen *l'abrogation*.

L'État est enfin tenu de *transposer* les directives européennes³³¹, par la loi ou par le règlement³³².

Édicter, appliquer, abroger, transposer. Tels sont les moyens que l'Administration est contrainte de développer. Ils démontrent que la logique de moyens est à l'œuvre en matière de compétence liée, et non pas seulement en matière de pouvoir discrétionnaire.

À cet égard, la logique de moyens telle que l'on peut la déceler en matière de pouvoir discrétionnaire, s'agissant du choix des moyens d'action de l'Administration, peut également se

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ CE, Sect., 23 fév. 1979, n°04467, *Association « Les amis des chemins de la ronde »*.

³²⁶ CE, Sect., 14 déc. 1962, *Doublet*.

³²⁷ CE, Ass., 27 nov. 1964, n°59068, *Ministre des Finances et des Affaires économiques contre Veuve Renard* ; CE, 6ème et 4ème sous-sections réunies, 28 juil. 2000, n°204024, *Association France Nature Environnement*.

³²⁸ CE, Sect., 10 janv. 1930, n°97263 et 5822, *Despujol*.

³²⁹ CE, Ass., 3 fév. 1989, n°74052, *Alitalia*.

³³⁰ Précisons que cette jurisprudence est désormais codifiée à l'article L. 243-2 alinéa 1 du Code des relations entre le public et l'Administration. Cette obligation d'abroger a été étendue aux actes non réglementaires dont l'illégalité est intervenue à la suite d'un changement de circonstances par l'arrêt CE, Sect., 30 nov. 1990, n°103889, *Les Verts*, désormais codifié à l'article précité.

³³¹ Il s'agit d'une exigence constitutionnelle résultant de l'article 88-1 de la Constitution en vertu de la décision CC, 10 juin 2004, n°2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

³³² CE, Ass., 30 oct. 1996, n°141043, *Ministre du budget contre SA Jacques Dangeville* ; CE, Ass., 8 fév. 2007, n°287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*.

manifeste de la sorte en matière de compétence liée. Cela semble *a priori* paradoxal. En réalité, tout dépend du stade auquel l'Administration est en situation de compétence liée. Elle peut en effet se trouver en situation de compétence liée s'agissant de son action – elle ne peut pas s'abstenir – sans pour autant être liée par les modalités de son action. Dans ce cas, la discrétion de l'Administration se manifeste une fois encore dans le choix de ses moyens : elle dispose ainsi de la faculté de « déterminer, parmi toutes "les mesures juridiques, financières, techniques ou d'organisation, qui sont susceptibles d'être prises, celles qui sont le mieux à même d'assurer le respect des obligations" qui lui incombent »³³³. Autrement dit, « même dans des hypothèses où elle est tenue d'agir, l'administration conserve, souvent, la liberté de choisir ses moyens d'action »³³⁴ et la logique de moyens est à nouveau palpable sous la forme du choix des moyens.

À l'inverse, il arrive que l'Administration soit liée sur ses modalités d'action. Plus précisément, l'on impose à l'Administration de mobiliser des moyens de telle nature ou revêtant telles caractéristiques. L'avènement d'une obligation d'adaptation du service public est à cet égard exemplaire. L'on a pu évoquer précédemment le principe de mutabilité du service public en tant que faculté d'adapter le service public. Mais ce principe dispose d'un versant plus contraignant, obligeant parfois l'Administration à adapter le service public³³⁵, plus particulièrement à adapter les moyens du service public à l'évolution des besoins et des circonstances. Cette idée était déjà sous-jacente dans la jurisprudence *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, à l'origine du principe de mutabilité du service public, en ce sens qu'elle « [tend] à forcer les délégataires de services publics à s'adapter à l'évolution des techniques ou des besoins »³³⁶. Mais l'obligation d'adaptation³³⁷, qui consiste fréquemment en une obligation d'adéquation, n'est pas simplement sous-jacente ; elle dispose d'une véritable assise juridique. Ainsi, l'article L6113-1 du Code de la santé publique dispose-t-il qu'« afin de dispenser des soins de qualité, les établissements de santé, publics ou privés, sont tenus de disposer des moyens adéquats et de procéder à l'évaluation de leur activité ». Il serait inconcevable que le service public hospitalier ne s'adapte pas aux évolutions technologiques et médicales, en disposant des moyens adéquats. De même, s'agissant du service public de l'audiovisuel, FranceTélévision est légalement tenue d'« intégrer les nouvelles techniques de diffusion » dans ses

³³³ B. PLESSIX, *op. cit.*, p. 683. À propos de l'arrêt CE, 10ème et 9ème chambres réunies, 27 nov. 2019, n°433520.

³³⁴ S. BRIMO, « Sanction de la carence administrative et garantie de l'effectivité des droits », art. préc., p. 198.

³³⁵ Voir notamment J.-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA*, 2001, n°3.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Selon J.-P. Markus, l'obligation d'adaptation du service public serait en réalité triple : elle renverrait à une « adaptation qualitative ou technique recouvrant l'amélioration de l'efficacité et de la sécurité des services publics », à une « adaptation quantitative destinée à répondre à la demande en services publics tant lorsqu'elle augmente que lorsqu'elle faiblit » ainsi qu'à une « adaptation socio-économique enfin, consistant essentiellement en une accessibilité du service public » (art. préc.).

actions de développement³³⁸. Ces exemples illustrent le fait que l'Administration est parfois liée sur les caractéristiques – leur caractère adapté voire adéquat – des moyens qu'elle mobilise dans le cadre de ses missions. En ce sens, la logique de moyens s'illustre en matière de compétence liée.

Ainsi, lorsque l'Administration se trouve en situation de compétence liée, elle est tenue de déployer ses moyens, qu'il s'agisse de moyens déterminés ou au contraire indéterminés. L'obligation d'agir qui pèse ainsi sur l'Administration invite à s'interroger précisément sur sa nature et, ce faisant, sur les liens qu'elle entretient avec la logique de moyens.

II. Logique de moyens et nature de l'obligation

Par la référence à la nature de l'obligation, il s'agit de renvoyer à la classification civiliste majeure des obligations de résultat et des obligations de moyens. Elle a été pensée par le professeur René Demogue, initialement en matière d'obligations contractuelles afin de tenter de concilier les anciens articles 1147 et 1137 du Code civil. Le professeur Demogue distingue ainsi dans son *Traité des obligations en général* deux types d'obligations en fonction de leur objet : d'une part, « celle d'atteindre le résultat précis convenu », et, d'autre part, celle « de mettre en œuvre tous les moyens dont un débiteur dispose pour accomplir une tâche »³³⁹. Cette distinction présente un intérêt majeur en matière de responsabilité s'agissant de la charge de la preuve. Le manquement à une obligation de résultat sera établi par le simple constat que le résultat n'a pas été atteint ; il incombe alors au débiteur de prouver que la non-réalisation du résultat est due à une cause extérieure. En revanche, la preuve d'un manquement à une obligation de moyens sera plus difficile à rapporter pour le créancier dès lors qu'il lui faudra démontrer que le débiteur n'a pas pris toutes les mesures « qui normalement sont de nature à amener un résultat »³⁴⁰. Cette distinction a été reprise par l'ensemble de la doctrine, parfois par le biais de formulations terminologiques différentes, à l'image de celle proposée par le professeur Henri Mazeaud qui oppose les obligations générales de prudence et de diligence aux obligations déterminées.

Cette distinction a par la suite intégré le droit public, initialement par le droit international public. L'on doit son appropriation publiciste au professeur Paul Reuter qui distingue les obligations de résultat et les obligations de comportement, c'est-à-dire les « obligations de réussir » et les

³³⁸ Article 4 de la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

³³⁹ H. BELRHALI-BERNARD, « Obligation de moyens et obligation de résultat en droit administratif français », in *La Responsabilité administrative*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », Travaux de l'AFDA, n°6, 2013, p. 135.

³⁴⁰ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Rousseau, 1925, n°1237, p. 539. Cité par H. BELRHALI-BERNARD, art. préc., p. 135.

« obligations de s'efforcer »³⁴¹. Cette distinction est englobée par la technique des obligations positives en droit européen des droits de l'Homme ; la Cour soumettant alternativement, en fonction des domaines, les États à des obligations de moyens ou de résultat. Ainsi, la Cour a pu qualifier l'obligation des « États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites » d'obligation de moyens dans la mesure où « ils ne sauraient pour autant le garantir de manière absolue »³⁴². L'europeanisation du droit, indifférente au dualisme juridique français, a naturellement eu pour effet de faire pénétrer la logique opératoire de la distinction en droit administratif.

Ainsi, au regard de cette distinction relative à la nature de l'obligation, l'obligation de moyens constitue la manifestation la plus évidente de la logique de moyens, dans la mesure où elle lui est intrinsèque : son respect est apprécié au regard des moyens mobilisés (A). Pourtant, l'opposition théorique entre obligation de moyens et obligation de résultat n'implique pas *ipso facto* l'indifférence de cette dernière aux moyens déployés par l'Administration (B).

A. Une logique patente dans le cadre de l'obligation de moyens

Le droit administratif et, en particulier, la jurisprudence administrative ne font montre que de très rares références à l'obligation de moyens. L'on constate en réalité que la référence à cette dernière est généralement implicite dans la jurisprudence du Conseil d'État³⁴³ alors qu'elle est davantage explicite dans les jugements et arrêts des juges du premier degré, de même que dans les conclusions des rapporteurs publics³⁴⁴. Pour autant, le Conseil d'État a expressément défini l'obligation de moyens dans la jurisprudence *Laruelle*, « comme celle de faire toutes les diligences nécessaires »³⁴⁵. Ce faisant, le juge administratif semble avoir intégré la définition civiliste de l'obligation de moyens, souvent qualifiée « d'obligation de diligence ». La diligence de l'Administration se mesure ainsi à

³⁴¹ J. COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges offerts à Paul Reuter : le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 196.

³⁴² Cour EDH, 21 juin 1998, n°10126/82, *Plattform « Ärzte für das Leben » contre Autriche*, §34.

³⁴³ Seuls de rares arrêts mentionnent explicitement une obligation de moyens, par exemple : CE, 5ème et 7ème sous-sections réunies, 6 juin 2001, n°196052, *Lahterman* ; CE, 4ème chambre, 19 déc. 2018, n°402030 ; CE, 3ème et 8ème chambres réunies, 17 juil. 2017, n°410989.

³⁴⁴ Par exemple : A. BRETONNEAU, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929 : « vous avez jugé que les dispositions du règlement type des établissements pénitentiaires ne portent pas une atteinte excessive au droit des personnes détenues de pratiquer leur religion en n'imposant à l'administration pénitentiaire qu'une obligation de moyens, et non de résultat, en matière de fourniture d'une alimentation respectant les convictions religieuses (CE, 25 février 2015, M. S..., n°375724, à mentionner aux Tables) » ; Voir également J. LESSI., Conclusions du rapporteur public sous CE, Sect., 13 juil. 2016, n°388317, 399829, 399834, 399836, 400074 ; R. KELLER, « Le Conseil d'État affirme le droit des enfants handicapés à l'éducation », Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 8 avr. 2009, n°311434, *Laruelle*, *AJDA*, 29 juin 2009, p. 1262.

³⁴⁵ CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 8 avr. 2009, n°311434, *Laruelle*.

l'aune des moyens qu'elle a mis en œuvre. Par l'instauration d'une obligation de moyens, on exige de l'Administration qu'elle mette en œuvre tous les moyens dont elle dispose pour poursuivre un objectif.

Relevons qu'en droit civil, le critère fondamental de distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens réside dans le caractère aléatoire du résultat. Ainsi, « *c'est [...] le degré de probabilité de la réalisation de l'objectif poursuivi par le créancier qui commande la nature de l'obligation imposée au débiteur : là où la réalisation en est hautement probable, la loi ou le contrat instituent des obligations de résultat ; là où elle est plus essentiellement aléatoire, ils se bornent à réduire l'aléa et ne mettent en œuvre qu'une obligation de moyens* »³⁴⁶. Il en résulte que l'obligation de moyens va de pair avec des activités pour lesquelles il paraît difficile d'exiger d'atteindre un résultat précis. Ainsi, comme le souligne le professeur Alain-Serge Mescheriakoff, « *le service public de l'Éducation nationale n'a pas l'obligation juridique de faire réussir les élèves, le service public hospitalier de guérir ses malades* »³⁴⁷. Or, comme nous l'avons examiné précédemment s'agissant du degré de la faute, le droit administratif est tout entier emprunt de l'idée selon laquelle les activités administratives présentent des difficultés. Ce faisant, le juge administratif est davantage enclin à mettre à la charge de l'Administration une « simple » obligation de moyens.

Ainsi, l'analyse de la jurisprudence fait état de fréquentes obligations de moyens mises à la charge de l'Administration. Si elles n'apparaissent pas expressément dans la jurisprudence administrative, elles se décèlent néanmoins par l'utilisation d'expressions inhérentes à la logique de moyens. C'est ainsi que lorsque le juge vérifie que l'Administration a « *mis en œuvre tous les moyens à sa disposition pour s'assurer de la présence effective [d'un] assesseur* »³⁴⁸, il adopte un raisonnement propre à vérifier le respect d'une obligation de moyens s'agissant des garanties reconnues aux détenus en matière disciplinaire. Tel est également le cas lorsqu'il contrôle qu'un médecin a « *fait tout son possible* » pour examiner l'état de santé d'un demandeur d'asile et la disponibilité de son traitement dans le pays de destination fixé par l'Administration³⁴⁹. Aussi, l'obligation de moyens est, à notre sens, perceptible dans la jurisprudence *Camès*, à l'origine de l'avènement de la responsabilité sans faute fondée sur le risque. Dans cette affaire, un ouvrier avait été grièvement blessé à la main alors qu'il travaillait une pièce de métal à l'aide d'un marteau-pilon. Si aucune faute ne pouvait lui être reproché, dans la mesure où il n'avait fait preuve d'aucune

³⁴⁶ J. COMBACAU, art. préc., p. 196.

³⁴⁷ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1997, n°84. Cité par P. PARINET, *op. cit.*, p. 163.

³⁴⁸ CE, 10^eme et 9^eme chambres réunies, 5 fév. 2021, n°434659.

³⁴⁹ CAA Nancy, 3 nov. 2021, n°20NC03450.

négligence ni imprudence dans le maniement de l'outil, il en allait de même pour l'Administration qui avait fourni à son collaborateur du matériel correctement entretenu et protégé, ne faisant état d'aucun fonctionnement défectueux. L'Administration avait donc respecté toutes les précautions requises, autrement dit, elle avait fait toutes diligences. Dès lors, c'est sur le fondement du risque que la responsabilité de l'Administration a pu être engagée, en l'absence de faute, c'est-à-dire de manquement à l'obligation de moyens de l'Administration de garantir la sécurité de ses agents et collaborateurs.

À plus forte raison, c'est en référé-liberté que le lien intrinsèque entre logique de moyens et obligation de moyens est le plus évident. L'introduction de la « *notion de carence caractérisée qui se fonde sur les moyens dont dispose l'administration* »³⁵⁰ peut être assimilée à une obligation de moyens. En effet, en la matière, le juge refuse « *de reconnaître une quelconque atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale dès lors que l'État établit avoir accompli toutes les diligences nécessaires et ce, même si le résultat [...] n'a pu être effectivement atteint* »³⁵¹. À cet égard, il n'est pas anodin de remarquer que les requérants soulèvent fréquemment le moyen tiré de ce que l'Administration a méconnu une obligation de résultat³⁵². Si le juge du référé-liberté ne reprend pas textuellement cette distinction, il n'en demeure pas moins que le raisonnement consistant à exclure la caractérisation de la carence du fait que « *l'Administration a mis en œuvre tous les moyens dont elle disposait pour en préserver le respect ou en assurer la réalisation* »³⁵³ correspond à celui visant à vérifier le respect d'une obligation de moyens. Plus exactement, il ne s'agit pas véritablement de vérifier le respect d'une obligation de moyens dans la mesure où ce n'est pas un contrôle de légalité, mais de rechercher le respect manifeste ou non d'une obligation de moyens.

Si la logique de moyens est évidente en matière d'obligations de moyens, il n'en reste pas moins que le raisonnement conduisant à exiger et contrôler le respect d'une obligation de résultat ménage une certaine place aux moyens de l'Administration.

³⁵⁰ L. FERMAUD, « Le référé-liberté et la carence de l'administration. À propos de la prise en charge des enfants autistes », *RFDA*, 2014, p. 531.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² Voir par exemple s'agissant du droit d'égal accès à l'instruction des enfants handicapés : CE, ord., 27 nov. 2013, n°373300 ; CE, ord., 1^{er} août 2018, n°422614 ; s'agissant du droit des demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes : CE, ord., 13 janv. 2021, n°448204 ; CE, ord., 21 avr. 2017, n°409806.

³⁵³ O. LE BOT, « Référé-liberté à la maison d'arrêt de Nîmes », *AJDA*, 2015, p. 2221.

B. Une logique latente dans le cadre de l'obligation de résultat

Selon le professeur Michel Paillet, si l'obligation de moyens impose une « *prestation indéterminée* », l'obligation de résultat impose quant à elle une « *prestation déterminée* »³⁵⁴ « *de telle sorte que le seul fait de ne pas l'avoir obtenu constitue ce débiteur en faute indépendamment des efforts qu'il a pu fournir [...]* »³⁵⁵. Ce faisant, le contrôle du respect d'une obligation de résultat consiste à vérifier si le résultat a été ou non atteint, à vérifier si l'Administration a réussi ou échoué à atteindre le résultat³⁵⁶. Il en résulte assez logiquement que l'insuffisance des moyens dont l'Administration dispose ne peut constituer une cause exonératoire d'une obligation de résultat. Lorsqu'est invoqué un manquement à une obligation de résultat, le juge se contente de constater, ou plus exactement d'apprécier, que le résultat a été atteint ou non. Lorsqu'il observe que le résultat n'a pas été atteint, son raisonnement prend fin. Il n'a pas à s'intéresser aux causes de l'échec de l'Administration – sauf à ce qu'elles soient indépendantes de sa volonté et relèvent, par exemple, d'un cas de force majeure. En revanche, le fait que l'Administration n'ait pas atteint le résultat, auquel elle était tenue, du fait d'un manque de moyens importe peu. À titre d'exemple, lorsque l'Administration est tenue par la loi d'adopter un texte dans un délai déterminé, elle ne peut utilement invoquer un manque de moyens pour justifier le dépassement de ce délai : en fixant un tel délai, le législateur a estimé que l'Administration était tenue en tout état de cause de le respecter. Pour prendre un exemple concret, s'agissant des valeurs limites fixées par la directive *Air pur pour l'Europe*³⁵⁷, la Cour de Justice de l'Union européenne affirme dans l'arrêt *ClientEarth*³⁵⁸ que le respect des valeurs limites fixées par l'article 13§1 de la directive constitue une obligation de résultat pour les États membres. Ce faisant, ils ne peuvent utilement invoquer l'existence de difficultés structurelles³⁵⁹. Ce raisonnement se retrouve également dans la jurisprudence du juge administratif, par exemple en matière de réintégration des fonctionnaires irrégulièrement révoqués. En jugeant que l'annulation de la révocation d'un fonctionnaire « *implique nécessairement une [...] mesure de réintégration* »³⁶⁰, le juge ordonne à l'Administration de réintégrer le fonctionnaire, autrement dit il lui impose une obligation de résultat. En la matière, sa jurisprudence ne fait montre d'aucune prise en considération

³⁵⁴ M. PAILLET, *op. cit.*, p. 334.

³⁵⁵ J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 354, 2001, p. 13. Cité par P. PARINET, *op. cit.*, p. 60.

³⁵⁶ Selon le professeur Michel Paillet, en présence d'une obligation de résultat, « *est exigé de l'administration que son action aboutisse à un certain résultat sur lequel les administrés sont en droit de compter* » dès lors « *pour apprécier la faute [le juge prend] pour base la réalisation ou la non-réalisation du résultat auquel devait aboutir de l'action administrative* » (*Id.*, p. 165).

³⁵⁷ Directive n°2008/50/CE.

³⁵⁸ CJUE, 19 nov. 2014, aff. C-404/13, *ClientEarth*.

³⁵⁹ CJUE, 24 oct. 2019, aff. C-636-18, *Commission européenne contre République française*.

³⁶⁰ CE, 7ème et 10ème sous-sections réunies, 25 mars 1996, n°136910.

des possibilités matérielles de l'Administration de procéder à une telle réintégration³⁶¹. De même, dans l'arrêt *Courtial* de 1955³⁶², le Conseil d'État relève que le défaut d'information des parents s'agissant des résultats de la visite médicale de leur enfant constitue une faute. Il sanctionne, en l'espèce, le manquement à une obligation de résultat dans la mesure où il reproche à l'Administration l'absence de réalisation d'une prestation donnée, à savoir la non-transmission d'informations en sa possession, tout en écartant « *implicitement l'argument tiré par le ministre de l'Éducation nationale de la faiblesse des moyens d'action du service* »³⁶³.

La prise en compte des moyens dont dispose l'Administration semble ainsi *a priori* incompatible avec l'obligation de résultat. Pourtant, la logique de moyens n'est pas absente en la matière et se décèle à propos du degré de précision de l'obligation de résultat. Par essence, l'obligation de résultat signifie que l'Administration est liée par le résultat à atteindre. Mais elle n'implique pas nécessairement que l'Administration sera liée quant aux moyens à déployer pour atteindre ce résultat. Contrairement à une idée répandue, « *la qualité de moyen ou de résultat d'une obligation ne présume [...] pas de la liberté de choix des moyens laissés à l'État pour la mettre en œuvre* »³⁶⁴. Une obligation de résultat ne présuppose pas *per se* la « *latitude réelle* »³⁶⁵ laissée à l'Administration, autrement dit sa compétence liée ni son pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, et en complétant la définition proposée par le professeur Paillet, l'obligation de résultat impose une « *prestation déterminée* » par le biais de moyens déterminés ou indéterminés.

L'on constate, à ce titre, que l'Administration dispose fréquemment du libre choix des moyens pour parvenir au résultat déterminé. L'exigence de transposition des directives européennes en constitue un exemple topique. En vertu de l'article 288 alinéa 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « *la directive lie tout État membre quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». La marge de manœuvre laissée aux États membres dépendra du contenu matériel de la directive. Elle sera plus ou moins précise en fonction des matières abordées ou du contexte dans lequel elles s'inscrivent. Mais l'on constate en pratique une tendance allant dans le sens d'une diminution de la marge de manœuvre laissée aux États membres ; les directives se faisant de plus en plus détaillées.

³⁶¹ Voir par exemple CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, 15 mars 1996, n°146326, *Grignon* ; CE, 7^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies, 25 mars 1996, n°136909.

³⁶² CE, 15 juin 1955, *Sieur Courtial*.

³⁶³ M. PAILLET, *op. cit.*, p. 165.

³⁶⁴ C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 379.

³⁶⁵ J. COMBACAU, art. préc, p. 201.

Dès lors, le degré de précision dans lequel une obligation de résultat est formulée peut conduire à suggérer le déploiement de certains moyens, voire à l'imposer. Il résulte mécaniquement de telles hypothèses qu'en appréciant le respect d'une obligation de résultat, le juge sera conduit à s'intéresser aux moyens déployés par l'Administration. En sanctionnant l'absence de résultat, le juge sanctionne parfois implicitement ses causes, à savoir la non-mobilisation de certains moyens, afin d'indiquer à l'Administration de quelle manière remédier à sa carence. Ainsi, si les moyens déployés par l'Administration « *importent peu du moment qu'ils permettent d'atteindre le résultat mis à sa charge* »³⁶⁶, il en va différemment s'ils ne permettent pas d'atteindre ce résultat. C'est de cette logique de moyens que procède l'arrêt *Association La Cimade* de 2018 du Conseil d'État. Interprétant les dispositions de l'ancien article L. 741-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, il en déduit qu'elles « *font peser sur l'État une obligation de résultat s'agissant des délais dans lesquels les demandes d'asile doivent être enregistrées* », avant d'ajouter qu'« *il incombe en conséquence aux autorités compétentes de prendre les mesures nécessaires au respect de ces délais* »³⁶⁷. En l'espèce, après avoir constaté que les délais fixés par la loi n'ont pas été respectés, le Conseil d'État statue sur les conclusions à fin d'injonction et rappelle à cette occasion la marge de manœuvre dont bénéficie l'Administration pour déterminer les mesures propres à respecter ces délais. Mais il précise qu'« *il ne saurait en aller autrement que dans l'hypothèse où l'édition de la mesure sollicitée se révélerait nécessaire à la satisfaction de l'exigence en cause et où l'abstention de l'autorité compétente exclurait, dès lors, qu'elle puisse être satisfaite* ». Autrement dit, « *si seuls certains moyens peuvent permettre la réalisation du résultat, la liberté de l'administration se restreint nécessairement et le contrôle du juge se fait plus rapproché* »³⁶⁸. Ainsi, lorsqu'il sanctionne un manquement à une obligation de résultat, le juge administratif n'est pas insensible aux moyens développés par l'Administration.

Finalement, l'analyse de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat aura permis d'attester du caractère transversal de la logique de moyens du fait de la pluralité des significations qu'elle revêt sous un prisme substantiel. Ainsi, si l'effectivité des droits et libertés commande à l'Administration d'agir par la mobilisation de ses moyens, ces derniers conditionnent eux-mêmes son action. Tel est le paradoxe *a priori* revêtu par la logique de moyens, que les développements de cette première partie auront permis de mettre en évidence. Mais s'agit-il

³⁶⁶ M. PAILLET, *op. cit.*, p. 342. À propos de l'arrêt CE, 15 juin 1955, *Sieur Courtial*.

³⁶⁷ CE, 2ème et 7ème chambres réunies, 28 déc. 2018, n°410347, *Association La Cimade*.

³⁶⁸ C. TESTARD, « L'obligation d'agir devant le juge des référés, ardente mais pas urgente », Note sous l'arrêt CE, 10ème et 9ème chambres réunies, 27 nov. 2019, n°433520, *Association Droits d'urgence et autres*, JCP-G, 17 fév. 2020, n°7-8, act. 207.

véritablement d'une contradiction ? Les deux acceptions recouvertes par la logique de moyens constituent en réalité les deux faces d'une même pièce. Malgré ses caractères fondamentalement épars et protéiforme, la logique de moyens peut être appréhendée de manière unitaire en l'analysant à travers sa fonction. Partant, sous le prisme fonctionnel, ses acceptions fusionnent pour ne former qu'un seul objet.

Partie 2 : L'approche fonctionnelle de la logique de moyens : un instrument de mesure du comportement de l'Administration et des obligations pesant sur elle

La prise en considération des moyens dont dispose l'Administration joue un rôle considérable dans l'appréciation de la conduite administrative. Elle permet de déterminer l'intensité des obligations incombant à l'Administration, et, ce faisant, influe sur l'effectivité des droits et libertés. De fait, l'insuffisance des moyens à la disposition de l'Administration sera de nature à amoindrir l'intensité des obligations pesant sur elles. En ce sens, la logique de moyens permet de déterminer ce qu'il est raisonnable d'exiger de l'Administration, mettant corrélativement en évidence ce qu'elle n'est pas en mesure de réaliser (**Chapitre 1**). Mais le calibrage des obligations pesant sur l'Administration opéré par la logique de moyens s'effectue également d'un point de vue minimal. Partant, si l'Administration ne peut être contrainte à l'impossible, elle demeure en revanche tenue de faire tout son possible (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Nul n'est tenu à l'impossible, y compris l'Administration

Dans la mesure où il serait illusoire et contre-productif de contraindre l'Administration à l'irréalisable, la logique de moyens permet de déterminer le caractère raisonnable des exigences qu'il est possible d'opposer à l'Administration (**Section 1**). Si elle s'inscrit dans la double finalité du droit administratif de conciliation des besoins de l'Administration et des droits des administrés, sa fonction de boussole dans la recherche du juste équilibre a été drainée par l'eupéanisation du droit, tout particulièrement sous l'effet du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme (**Section 2**).

Section 1 : La recherche d'un équilibre par l'impératif d'exigences raisonnables

Ne pas contraindre l'Administration à l'impossible, c'est signifier ne pas exiger d'elle l'irréalisable, l'inaccessible. En ce sens, la logique de moyens constitue un étalon de ce que l'on peut raisonnablement attendre de l'Administration, soulignant de manière subséquente ce qui serait déraisonnable d'exiger d'elle car impossible à réaliser. Sous ce prisme, alors que la prise en compte des moyens de l'Administration, ou plus exactement la prise en compte de leur insuffisance, semble instinctivement défavorable à l'effectivité des droits et libertés des administrés dès lors qu'elle privilégie *a priori* les intérêts de l'Administration, l'on constate que le pragmatisme dont témoigne la logique de moyens est en réalité nécessaire à l'effectivité des droits et libertés des administrés. La logique de moyens ne sert pas les seuls intérêts de l'Administration mais elle sert également ceux des

administrés. Elle garantit que leurs droits ne restent pas purement formels mais deviennent réels et concrets. La logique de moyens constitue ainsi le point de rencontre de ces intérêts *a priori* antagonistes (I). Ce réalisme propre à satisfaire les intérêts des uns et des autres s'inscrit logiquement dans une appréciation *in concreto* des exigences qu'il est raisonnable de faire peser sur l'Administration (II).

I. Un pragmatisme exigé au service de l'effectivité

La démarche pragmatique dont témoigne la logique de moyens s'exprime, d'une part, dans la détermination du caractère réaliste et réalisable des obligations à la charge de l'Administration (A), et, d'autre part, dans le prononcé d'injonctions susceptibles d'être suivies d'effet (B).

A. La délimitation d'obligations réalistes et réalisables

La logique de moyens permet de déterminer les obligations qui peuvent être réellement mises à la charge de l'Administration, de telle sorte qu'elles seront concrètement respectées et, ce faisant, contribueront à l'effectivité des droits et libertés des administrés. Cette fonction témoigne que la logique de moyens s'inscrit naturellement dans le pragmatisme caractéristique du droit administratif et de son juge. De fait, comme le souligne Jeanne de Gliniasty, « *le droit administratif n'est pas un droit posé antérieurement à l'activité de l'administration, mais il s'est construit parallèlement à elle et les questions de droit administratif ne sont pas étrangères ou extérieures à celles qui se posent à l'action administrative* »³⁶⁹. Et l'auteur d'ajouter que « *par sa nature jurisprudentielle, le droit administratif est particulièrement réceptif aux réalités matérielles et non juridiques* »³⁷⁰.

En considérant les moyens dont dispose l'Administration, le juge administratif s'intéresse à la réalité des possibilités d'action, des capacités d'agir de l'Administration. En fonction de leur étendue, il est possible d'en déterminer les obligations que l'on peut raisonnablement mettre à la charge de l'Administration. Or, le constat est plutôt celui de la pénurie des moyens administratifs, sur tous les plans, ce qui conduit davantage à instaurer un plafond d'exigences maximales à l'égard de l'Administration. Pour reprendre les termes du professeur Michel Paillet, « *il paraîtrait irréaliste d'exiger de l'administration une perfection que ses moyens matériels et humains ne lui permettraient pas d'atteindre* »³⁷¹. En délimitant les exigences raisonnables, la logique de moyens conduit à opérer

³⁶⁹ J. DE GLINIASTY, *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, th., LGDJ, 2018, p. 209.

³⁷⁰ J. DE GLINIASTY, *op. cit.*, p. 265.

³⁷¹ M. PAILLET, *op. cit.*, p. 157.

un calibrage des obligations de l'Administration en fonction de ses moyens. L'insuffisance fréquente des moyens administratifs, particulièrement la conscience que ces moyens ne sont pas – ou plutôt ne peuvent être – en nombre illimité, conduit à tempérer les obligations à la charge de l'Administration pour favoriser les obligations de moyens. L'intérêt porté aux réalités administratives est à ce titre patent tant chez le législateur, le pouvoir réglementaire que le juge administratif. Quelques exemples suffisent à s'en convaincre. C'est en effet « *dans toute la mesure du possible* » que les détenus reçoivent une alimentation variée compte tenu de leurs « *convictions philosophiques ou religieuses* »³⁷², qu'ils « *doivent pouvoir se doucher après le travail* »³⁷³ ou encore que « *les officiers en détention provisoire [...] sont placés dans une cellule individuelle* »³⁷⁴, en vertu du Code pénitentiaire. C'est encore « *dans toute la mesure du possible* » que le matériel mis à la disposition d'enfants handicapés devra se rapprocher « *du matériel normalement utilisé par les enfants non handicapés* »³⁷⁵ en vertu du Code de l'action sociale et des familles. Le Code de la santé publique dispose quant à lui que c'est « *dans toute la mesure du possible* » que le médecin établit son diagnostic en s'aidant « *des méthodes scientifiques les mieux adaptées* »³⁷⁶. La jurisprudence administrative elle aussi porte « *la marque d'un certain pragmatisme dans le jugé, d'une forme de bon sens prétorien* »³⁷⁷. C'est « *dans toute la mesure du possible* » que des menus de substitution doivent être servis dans les cantines scolaires³⁷⁸, que « *l'autorité administrative doit s'attacher à vérifier [...] l'identité d'un étranger mineur placé en rétention et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement forcé* »³⁷⁹, ou encore que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides garantit à un demandeur d'asile des conditions matérielles d'accueil décentes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande³⁸⁰. Les exemples peuvent être multipliés³⁸¹.

³⁷² Article R. 351-5 du Code pénitentiaire.

³⁷³ Article R. 412-5 du Code pénitentiaire.

³⁷⁴ Article D. 216-14 du Code pénitentiaire.

³⁷⁵ Article D. 312-72 du Code de l'action sociale et des familles.

³⁷⁶ Article R. 4127-33 Code de la santé publique.

³⁷⁷ N. ALBERT, « L'élaboration d'un jugement raisonnable », in S. THERON (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Actes du colloque de Toulouse - 20 mars 2015, L'Épilogue Lextenso, avr. 2016, p. 97.

³⁷⁸ CE, 11 déc. 2020, n°426483, *Commune de Chalon-sur-Saône* ; CE, 10 fév. 2016, n°385929, *Khadar*.

³⁷⁹ CE, ord., 25 oct. 2014, n°385173.

³⁸⁰ CE, ord., 28 juin 2012, n°360381.

³⁸¹ C'est également dans toute la mesure du possible que l'administration pénitentiaire doit fournir des repas conformes aux prescriptions alimentaires dictées par les convictions philosophiques et religieuses des détenus (CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929). Dans le même sens, l'administration qui souhaite évincer un agent de l'emploi qu'il occupe est tenue de lui proposer « *autant que possible* » un emploi conforme à ses qualités professionnelles (elle est ainsi soumise à une obligation de moyens) : CE, Sect., 2 oct. 2002, n°227868, *CCI de Meurthe-et-Moselle* ; CE, 14 fév. 2022, n°431760. De même, en vertu de l'article 34 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, c'est « *dans toute la mesure du possible* » que les États facilitent « *l'assimilation et la naturalisation des réfugiés et s'efforcent notamment d'accélérer la procédure de naturalisation et de réduire [...] les taxes et les frais de cette procédure* ». Le Conseil d'État a déduit de ces stipulations qu'elles « *ne créent pas l'obligation pour l'État d'accueillir les demandes de naturalisation présentées par les personnes bénéficiant du statut de réfugié* », mettant ainsi à la charge de l'Administration - mais sans dire son nom - une obligation de moyens (CE, 2ème sous-section jugeant seule, 17 juil. 2013, n°359535).

La logique de moyens contribue ainsi à adapter les obligations de l'Administration aux réalités administratives. Dès lors que l'Administration n'a pas les moyens de garantir tous les droits, en toutes circonstances, elle ne peut raisonnablement en avoir l'obligation. Cela transparaît notamment en matière d'obligation d'entretien normal des ouvrages publics, qui trouve une limite dans les moyens à la disposition du débiteur. Ainsi, le Conseil d'État a jugé que l'absence de grillages empêchant l'accès de gros gibiers sur la chaussée d'une autoroute, dans une zone qui n'était pas connue pour en arbitrer ni constituer une zone de passage habituel, ne constituait pas un défaut d'entretien normal de l'autoroute³⁸². « *En clair, si les sociétés d'autoroute ont une obligation d'entretien des ouvrages, elles ne peuvent pas avoir les moyens – et donc l'obligation – de garantir à tout prix la sécurité des automobilistes* »³⁸³.

Cette « *prise en compte réfléchie* »³⁸⁴ des données factuelles, des réalités administratives nourrit également la théorie des formalités impossibles. En vertu de cette théorie jurisprudentielle, « *l'administration ne saurait voir une décision annulée pour vice de forme ou de procédure en cas de non-respect d'une formalité obligatoire lorsqu'il est impossible pour elle de l'observer* »³⁸⁵. Il s'agit fréquemment d'impossibilités matérielles³⁸⁶. Ainsi, le Conseil d'État a estimé, s'agissant des procédures disciplinaires engagées contre des détenus au sein d'établissements pénitentiaires, que l'absence d'un assesseur extérieur lors de la réunion de la commission de discipline n'est pas de nature à vicier la procédure si l'Administration a mis en œuvre tous les moyens dont elle disposait pour s'assurer de la présence effective d'un tel assesseur, mais qu'elle s'est finalement avérée impossible à observer. Impossible semble ainsi s'entendre comme excessivement difficile à accomplir pour l'Administration, et, ce faisant, déraisonnable.

Cette idée résonne tout particulièrement en responsabilité administrative, dans la mesure où les difficultés rencontrées par l'Administration ont pu justifier l'exigence d'une faute lourde, voire servir à écarter l'existence d'une faute simple. La logique de moyens revêt ainsi un rôle de limitation de la responsabilité administrative, à l'heure où les hypothèses de faute lourde se font de plus en plus rares et que l'on assiste subséquemment à une extension considérable de la responsabilité administrative. Ce qui pourrait être assimilé à une marque d'indulgence du juge administratif, témoigne bien davantage d'une conception pragmatique du droit de la responsabilité administrative. La relativisation des obligations qui incombent à l'Administration, de la faute et *in fine* de sa

³⁸² CE, Sect., 19 mars 1976, n°93774, *Société des autoroutes Paris-Lyon*.

³⁸³ P.-É. DU CRAY, art. préc., §9.

³⁸⁴ J. DE GLINIASTY, *op. cit.*, p. 209.

³⁸⁵ S. SAUNIER, « La théorie des formalités impossibles ou l'impossible théorie », *RFDA*, 2020, p. 1081.

³⁸⁶ Voir notamment CE, Sect., 12 oct. 1956, n°94720, *Sieur Baillet*.

responsabilité découle de la prise en compte de sa capacité générale et concrète d'agir. Pour reprendre les termes du professeur Gaston Jèze, « *il serait excessif d'exiger de l'administration la perfection. Lorsque les agents préposés à un service public ont agi raisonnablement, ont pris des mesures raisonnables pour en assurer le fonctionnement régulier, cela doit suffire pour écarter la faute, même si les mesures prises n'ont pas empêché un dommage* »³⁸⁷.

Parce que la logique de moyens conduit à tempérer, amoindrir l'intensité des obligations de l'Administration, la traditionnelle lecture binaire du droit administratif opposant l'Administration aux administrés, engendre l'idée que sa fonction préjudicie à l'effectivité des droits et libertés. Il s'avère en effet que dans les divers exemples cités précédemment, l'atténuation des obligations pesant sur l'Administration a conduit à affaiblir en parallèle l'effectivité des droits des administrés. En réalité, la logique de moyens constitue un vecteur d'effectivité. Que gagneraient en effet les administrés à ce que l'Administration soit tenue à l'irréalisable ? Il est nécessaire, du point de vue de l'effectivité des droits et libertés des administrés, de déterminer un degré d'obligation correspondant aux moyens dont dispose l'Administration, sans quoi aucune obligation ne serait satisfaite. La prise en compte des moyens dont dispose l'Administration, particulièrement des difficultés et des contraintes matérielles rencontrées par l'Administration a en effet pour vertu de déterminer des obligations qui ne soient pas chimériques mais pertinentes. Le raisonnable, dont la logique de moyens constitue la jauge, garantit ainsi un certain degré d'effectivité des droits des administrés parce qu'il est par essence en mesure de se réaliser. En d'autres termes, le réalisme incarné par la logique de moyens est source de degrés d'effectivité car l'Administration sera en mesure de respecter ses obligations et, de cette façon, de concrétiser les droits des administrés. Dès lors, la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration ne révèle pas *ipso facto* la nature indulgente du juge administratif. L'indulgence se manifestera au stade de l'appréciation de l'obligation de moyens qui incombe à l'Administration, en particulier dans l'appréciation des moyens disponibles (voir nos développements *infra*, p. 123). En s'intéressant aux moyens concrets à la disposition de l'Administration, le juge administratif constate simplement « *que l'administration ne peut se passer d'agents nombreux et de qualité très variable, qu'elle dispose de moyens en hommes et en matériel limités, et que la volonté qui s'exprime dans la création, l'organisation et le développement des services, est loin d'être libérée de toutes contraintes* »³⁸⁸.

³⁸⁷ G. JÈZE cité par S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, th., LGDJ, 1980, p. 485.

³⁸⁸ S. RIALS, *op. cit.*, p. 485.

Si la logique de moyens constitue un étalon des obligations qui peuvent raisonnablement être mises à la charge de l'Administration, le pragmatisme dont elle témoigne au service de l'effectivité des droits des administrés se retrouve également dans le souci du juge administratif de prononcer des injonctions réalistes et réalisables, particulièrement en matière de référé-liberté.

B. Le prononcé d'injonctions réalistes et réalisables

Le souci du juge administratif de mettre à la charge de l'Administration des obligations réalistes et réalisables aboutit assez logiquement au prononcé d'injonctions présentant les mêmes caractères. À cet égard, c'est en référé-liberté que le lien entre obligations et injonctions réalistes et réalisables est le plus percutant³⁸⁹. En référé-liberté, nous l'avons vu, la logique de moyens se manifeste dans la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration pour apprécier le caractère manifestement illégal de l'atteinte à une liberté fondamentale³⁹⁰. Il en résulte que la logique de moyens s'exerce au stade de l'illégalité manifeste. Ce stade de prise en compte peut étonner sur un plan théorique dans la mesure où il conduit à ériger les contraintes matérielles de l'Administration en instrument de mesure de la légalité manifeste. Ce stade prématuré peut *a priori* avoir pour effet d'entraver l'effectivité des droits et libertés. Pourtant, il convient de garder à l'esprit les caractéristiques du référé-liberté, particulièrement l'extrême urgence qui motive l'intervention du juge dans un délai de 48 heures. Dans ce contexte, l'attention portée aux moyens dont dispose l'Administration n'est pas synonyme d'indulgence du juge mais s'inscrit pleinement dans le cadre de son office dès lors qu'elle justifie son intervention, le juge du référé-liberté ne pouvant « *prononcer que des mesures susceptibles d'être exécutées à bref délai* »³⁹¹. À cet égard, la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration intervient expressément, dans certaines ordonnances, au stade de l'injonction³⁹². Si le stade de prise en compte revêt une certaine importance sur le plan des principes, en pratique en revanche ses conséquences sont identiques. Quel que soit le stade de prise en compte des moyens de l'Administration, la logique de moyens revêt la même fonction : déterminer les possibilités d'action de l'Administration et ainsi « *ne retenir que les situations auxquelles l'Administration peut remédier et que lui-même est capable de redresser par voie*

³⁸⁹ Le référé-liberté était initialement dénommé « *référé-injonction* » dans les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 2000.

³⁹⁰ Le juge du référé-liberté reprend fréquemment son considérant de principe selon lequel « *le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente* » (voir par exemple : CE, ord., 30 juil. 2015, n°392043).

³⁹¹ P.-O. RIGAUDEAU, art. préc., p. 987.

³⁹² Voir par exemple : CE, 19 oct. 2020, n°439372, *Ministère de la Justice et Section française de l'Observatoire international des prisons*.

d'injonctions »^{393,394}. La prise en compte des moyens de l'Administration est en ce sens cohérente avec son office dans la mesure où elle lui permet de vérifier si des mesures sont susceptibles d'être matériellement exécutoires à court terme³⁹⁵. Dans l'hypothèse négative, le juge du référé-liberté conclut à l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale. En bref, le juge du référé-liberté « *n'intervient que s'il peut remédier immédiatement et utilement aux effets de l'atteinte* »³⁹⁶ par le biais de ses injonctions^{397,398}.

Il en résulte que la logique de moyens permet au juge du référé-liberté de garantir l'effet utile de ses injonctions. Le juge du référé-liberté recherche les solutions concrètes qui permettront effectivement de mettre fin à l'atteinte et ainsi garantir la liberté fondamentale de l'administré. Cette démarche pragmatique s'inscrit à nouveau en faveur de l'effectivité des droits et libertés, dans la mesure où enjoindre l'irréalisable ne bénéficierait en aucun cas à l'effectivité des droits des administrés. Pour reprendre les termes du rapporteur public Crépey, « *permettre [au juge du référé-liberté] de s'abstraire de toute considération sur les moyens de l'administration le conduirait à prononcer des injonctions qui, n'étant pas en rapport avec les capacités d'action de l'autorité chargée de les mettre en œuvre, ne seraient tout simplement pas suivies d'effets, ce qui ne servirait nullement les intérêts des justiciables* »³⁹⁹. Le juge du référé-liberté a lui-même expressément affirmé que le prononcé d'injonctions irréalisables du fait des « *capacités d'action [de l'Administration] [...] dépassées* » est susceptible d'avoir « *un effet négatif, voire contre-productif, au regard de l'objectif qui est d'assurer* » l'effectivité des libertés fondamentales de l'administré⁴⁰⁰. Le requérant ne tirerait en effet aucun bénéfice de la transformation des « *ordonnances en un paralogisme de vœux pieux* »⁴⁰¹.

³⁹³ Comme le souligne le professeur Camille Broyelle, « *l'office du juge (ce qu'il peut faire) et celui de l'administration (ce qu'elle peut faire) se fondent matériellement mais aussi temporellement* » (C. BROUELLE, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », art. préc., p. 1358).

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ Cela ressort expressément des mots du juge : « *Il incombe, dès lors, au juge des référés d'apprécier, dans chaque cas, en tenant compte des moyens dont l'administration [...] dispose [...] quelles sont les mesures qui peuvent être utilement ordonnées sur le fondement de l'article L. 521-2 et qui, compte tenu de l'urgence, peuvent revêtir toutes modalités provisoires de nature à faire cesser l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale [...]* » (TA Lille, ord., 8 juin 2017, n°1704881).

³⁹⁶ C. BROUELLE, art. préc.

³⁹⁷ Le juge du référé-liberté ne peut ordonner que des mesures « *de nature à mettre fin immédiatement ou à très bref délai à l'atteinte constatée* » (CE, ord., 27 nov. 2013, n°373300) ; « *la situation [doit] permettre [au juge] de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures* » (CE, Sect., 16 nov. 2011, n°353172, *Ville de Paris, Société d'économie mixte PariSeine*).

³⁹⁸ Le professeur Gweltaz Éveillard souligne à ce titre que « *le juge des référés étant un juge du réel davantage qu'un juge du droit, l'adoption par lui de mesures vouées à l'ineffectivité priverait son intervention d'intérêt concret* » (G. ÉVEILLARD, « L'office du juge du référé-liberté et la Convention européenne des droits de l'homme », Note sous l'arrêt CE, 19 oct. 2020, n°439372, *Ministère de la Justice et Section française de l'Observatoire international des prisons, Dr. adm.*, fév. 2021, n°2, comm. 7).

³⁹⁹ É. CRÉPEY, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies, 28 juil. 2017, n°410677, *Section française de l'Observatoire international des prisons*.

⁴⁰⁰ TA Lille, ord., 8 juin 2017, n°1704881.

⁴⁰¹ C. MALVERTI et C. BEAUFILS, art. préc., p. 1162.

Au contraire, en déterminant les capacités d'action concrètes et immédiates de l'Administration, le juge du référé libertés assure la réalisation de mesures positives vectrices d'effectivité⁴⁰².

Puisque « *le temps du juge coïncide avec celui des parties* »⁴⁰³, le juge du référé-liberté ne peut prononcer en principe que des mesures provisoires et immédiates⁴⁰⁴. Par conséquent, il ne peut enjoindre des « *mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique* » qui s'inscrivent dans le moyen voire long terme^{405, 406}. Il refuse à ce titre d'enjoindre de mettre fin à la sur-occupation carcérale de façon définitive et inconditionnelle⁴⁰⁷. Ce refus se fonde une fois encore sur la logique de moyens dès lors que le juge considère l'absence de marge de manœuvre de l'administration pénitentiaire s'agissant de ses capacités d'accueil et du nombre de détenus qu'elle est tenue d'accueillir. L'un comme l'autre relèvent d'autorités distinctes qui échappent à la compétence du juge administratif, à savoir le législateur et l'autorité judiciaire. À ce titre, l'arrêt *J.M.B. et autre contre France* de la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁰⁸, qui reproche notamment au référé-liberté de ne pas constituer un recours préventif effectif contre la surpopulation carcérale, a été décrit par le professeur Camille Broyelle comme un « *appel à l'auto-sabordage* » appelant le juge du référé-liberté à organiser « *sa propre ineffektivité par le prononcé de mesures inexécutables* »⁴⁰⁹. Pourtant, cet arrêt a le mérite d'avoir mis en exergue le paradoxe qui caractérise l'office du juge du référé-liberté, « *plus le dysfonctionnement du service est profond, moins le juge du référé-liberté peut y remédier* »⁴¹⁰.

⁴⁰² Il a ainsi pu ordonner à l'administration pénitentiaire de doter « *l'accueil des familles d'un moyen d'alarme, [de procéder à des] travaux pour la modification du système sécurité incendie et [de réaliser] un diagnostic de sécurité sur le désenfumage de la partie hébergement homme* » (CE, ord., 30 juil. 2015, n°392043).

⁴⁰³ B. STIRN, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 799.

⁴⁰⁴ Néanmoins, le juge du référé-liberté peut exceptionnellement dépasser l'injonction des seules mesures provisoires et « *prendre toute disposition de nature à sauvegarder l'exercice effectif* » de la liberté fondamentale en cause (CE, 30 juil. 2015, n°392043, *Section française de l'Observatoire international des prisons* / CE, 30 mars 2007, n°304053, *Ville de Lyon*).

⁴⁰⁵ Il a par exemple refusé d'enjoindre « *d'allouer aux services judiciaires et pénitentiaires de Fresnes les moyens financiers, humains et matériels et prendre toutes mesures de réorganisation des services permettant le développement du prononcé d'aménagement de peine et de mesures alternatives à l'incarcération, au besoin après l'établissement d'un plan présentant des objectifs chiffrés et datés relatifs au développement de ces mesures* » (CE, 10ème et 9ème chambres réunies, 28 juil. 2017, n°410677).

⁴⁰⁶ « *Au juge du temps court, les changements conjoncturels (pouvant être mis en œuvre en quelques jours ou quelques semaines). Au juge du temps long, les changements structurels (nécessitant un changement d'ampleur et une mise en œuvre sur des mois voire des années)* » (O. LE BOT, « Le référé-liberté est-il victime de son succès ? », *RFDA*, juillet-août 2021, p. 660).

⁴⁰⁷ CE, 10ème et 9ème chambres réunies, 28 juil. 2017, n°410677.

⁴⁰⁸ Cour EDH, 30 janv. 2020, n°9671/15, *J. M. B. contre France*.

⁴⁰⁹ C. BROUELLE, *op. cit.*, p. 1358.

⁴¹⁰ G. ÉVEILLARD, « L'office du juge du référé-liberté et la Convention européenne des droits de l'homme », note précitée.

Précisons, en outre, qu'il n'y a pas qu'en référé-liberté que la logique de moyens permet de déterminer des injonctions réalisables. Cette fonction s'observe dans l'ensemble des contentieux, avec des degrés différents. Ces derniers dépendent essentiellement de la différence d'office entre les juges du fond et les juges de l'urgence. Ainsi, si les juges du fond attachent naturellement un souci au caractère réaliste de leurs injonctions, il n'est pas nécessaire que ces injonctions soient immédiatement exécutoires contrairement au contentieux de l'urgence. Mais comme en référé-liberté, la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration par les juges du fond contribue à déterminer les mesures qu'il est raisonnable d'enjoindre à l'Administration. À titre d'exemple, dans un avis contentieux relatif à la prise de rendez-vous des étrangers en préfecture pour le dépôt d'une demande de séjour, le Conseil d'État a précisé l'office du juge de l'excès de pouvoir en matière d'injonction. Ce dernier doit tenir compte des « *capacités de traitement de la préfecture concernée* » afin d'apprécier quels moyens permettront effectivement de remédier à l'illégalité⁴¹¹. Ainsi, en fonction des moyens en personnel et plus largement les difficultés d'organisation des services préfectoraux, le juge administratif détermine le délai raisonnable dans lequel il enjoint le préfet à proposer à l'étranger une nouvelle date de rendez-vous.

Partant, l'intérêt porté aux moyens dont dispose l'Administration afin de déterminer le degré raisonnable d'exigences auxquelles soumettre l'Administration s'inscrit dans une démarche visant à apprécier *in concreto* le comportement de cette dernière.

II. Une appréciation *in concreto* favorisée

Le juge administratif s'attache à apprécier concrètement la conduite de l'Administration. De cette manière, le caractère raisonnable des exigences qu'il fait peser sur une administration s'apprécie de manière différenciée, dans la mesure où il est nécessaire de prendre en compte les singularités de chaque administration (A). De fait, la prise en considération des circonstances de chaque espèce aboutit parfois à l'absence de prévalence de la logique de moyens (B).

A. La prise en compte des particularités de chaque administration ou la nécessité d'une appréciation différentielle

La logique de moyens permet, nous l'avons vu, de moduler l'intensité des obligations pesant sur l'Administration en fonction des moyens dont elle dispose, de même qu'elle permet de déterminer

⁴¹¹ CE, avis, 1^{er} juil. 2020, n°436288.

les injonctions qu'il convient de prononcer. En déterminant le niveau raisonnable d'exigences auxquelles soumettre l'Administration, le juge administratif prend en compte l'ampleur des moyens à la disposition de l'administration dont il apprécie la conduite. Cette démarche réaliste s'inscrit dans une appréciation *in concreto* du comportement administratif. De fait, ce mode d'appréciation « *consiste à prendre en compte les considérations propres de l'Administration dont* »⁴¹² le comportement est apprécié. Il en résulte que le caractère raisonnable des exigences qu'il convient de mettre à la charge d'une administration ne sera pas le même en fonction du service envisagé, de sa destination, de sa spécialité, de sa taille, de la difficulté particulière des activités qu'elle mène, dès lors que ses moyens entendus largement ne seront pas les mêmes. En bref, l'intensité des obligations se mesure à l'aune des singularités de l'administration concernée.

Ainsi, en droit de la responsabilité administrative, « *la faute s'apprécie différemment selon les services envisagés (police, service médical, contributions indirectes, défense nationale, services administratifs)* »⁴¹³. Au sein même des catégories de services envisagés, la faute sera appréciée en fonction des singularités de chaque service. Ainsi, en matière de responsabilité hospitalière par exemple, l'obligation du service public hospitalier est « *calibrée en fonction de la taille de l'établissement, de ses missions et de la difficulté objective de la situation* »⁴¹⁴. La démarche réaliste et concrète du juge le conduit ainsi à accroître son niveau d'exigences « *pour les établissements disposant de moyens importants que pour les petits hôpitaux* »⁴¹⁵. Outre la taille de l'établissement hospitalier, sa spécialité sera de nature à moduler le degré d'obligations pesant sur lui. Le contentieux relatif à la surveillance des patients souffrant de dépression est à cet égard emblématique. La faute de l'établissement hospitalier ne sera pas appréciée de la même manière si ce dernier est destiné – donc équipé – à prendre en charge ou non un patient dépressif. Le juge administratif aura tendance à faire preuve d'indulgence envers un hôpital général et non psychiatrique, du fait de l'insuffisance des moyens dont il dispose pour assurer une telle prise en charge. Ainsi, s'agissant du suicide d'un patient hospitalisé pour dépression dans un établissement qui « *n'est ni en tout ni en partie consacré aux aliénés* », le Conseil d'État a écarté le défaut de surveillance « *dans les circonstances de l'affaire et compte tenu des moyens dont disposait* » l'établissement⁴¹⁶. Cette appréciation différenciée se comprend aisément dans la mesure où les établissements « *spécialisés dans le traitement des affections nerveuses les plus graves, sont également dotés de moyens suffisants en matériel et en personne pour assurer une garde efficace de l'aliéné* », alors que les établissements non spécialisés

⁴¹² P.-É. DU CRAY, art. préc., §17.

⁴¹³ G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, La Mémoire du droit, 2010, p. 227. Cité par P. PARINET, *op. cit.*, p. 170.

⁴¹⁴ L. MARION et C. MAUGÛE, *op. cit.*, p. 75.

⁴¹⁵ *Id.*, p. 76.

⁴¹⁶ CE, 5^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 31 mars 1971, n°80082, *Hospice de Magny-en-Vexin*.

« en particulier les services neurologiques des hôpitaux généraux[,] ne sont pas spécialement aménagés pour exercer une surveillance spéciale et permanente des malades qui leur sont confiés, dont les réactions sont par nature imprévisibles »⁴¹⁷.

Pour autant, l'appréciation concrète de la faute d'un établissement psychiatrique se mesure également à la prévisibilité du dommage, le juge prenant en considération dans ces affaires la difficulté inhérente aux missions imparties à ces établissements⁴¹⁸. Même un établissement spécialisé et équipé ne peut être tenu de garantir de manière absolue les « *impulsions subites et irraisonnées des malades* »⁴¹⁹. La prise en compte des difficultés propres au service envisagé dans l'appréciation de la conduite de l'Administration, illustre à son tour « *l'existence d'une concrétisation de la démarche suivie* » par le juge administratif, appelant un examen différencié entre les services en charge de missions intrinsèquement difficiles et les autres. L'appréciation du comportement de l'administration pénitentiaire en constitue un exemple topique. Comme nous l'avons vu précédemment, l'obligation de fournir des repas en adéquation avec les convictions religieuses des détenus « *ne se traduit que sous la forme d'une obligation de moyens* » dans la jurisprudence du Conseil d'État. Le choix de se restreindre à une obligation de moyens a été motivé par les « *contraintes légitimes* »⁴²⁰ qui pèsent sur l'administration pénitentiaire, à savoir « *la nécessité d'assurer le maintien du bon ordre et de la sécurité des établissements pénitentiaires ainsi que les contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements qui impliquent, par nature, un certain nombre de limites aux manifestations des croyances et pratiques religieuses* »⁴²¹. Ce sont bien les difficultés propres au service public pénitentiaire qui entrent en ligne de compte dans l'appréciation de sa conduite. L'appréciation de son comportement ne sera pas opérée de la même manière que pour un service qui ne connaît pas des difficultés de gestion de même nature, par exemple le service public scolaire.

Si la conduite de l'Administration s'apprécie concrètement en fonction de ses particularités, la démarche réaliste du juge administratif le conduit nécessairement à porter un regard attentif aux circonstances particulières de l'espèce. En fonction de ces dernières, l'insuffisance des moyens de l'Administration ne sera pas systématiquement déterminante.

⁴¹⁷ F. MODERNE, Note sous l'arrêt CE, Sect., 5 janv. 1966, *Sieur Hawezack*, n°58623, *Recueil Dalloz Sirey*, 1966, n°317, p. 320.

⁴¹⁸ CE, Sect., 5 janv. 1966, *Sieur Hawezack*, n°58623.

⁴¹⁹ F. MODERNE, note précitée, p. 318.

⁴²⁰ A. BRETONNEAU, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929.

⁴²¹ M. GUYOMAR, Note sous l'arrêt CE, 10 fév. 2016, n°385929, *Gaz. Pal.*, 15 mars 2016, n°11, p. 35.

B. La prise en compte des circonstances particulières ou l'absence de prépondérance systématique de la logique de moyens

Le juge administratif apprécie le comportement de l'Administration dans le cadre des circonstances particulières de l'espèce qui lui est soumise. Son appréciation est directement connectée au contexte dans lequel l'Administration a agi ou s'est abstenu. À ce titre, pendant la crise sanitaire du Covid-19, « *les circonstances de la crise sanitaire ont été quasiment pris en compte à chaque décision* ». Saisi essentiellement par la voie du référé-liberté pour enjoindre la mise à disposition de matériels de protection, le juge administratif a pris en considération la pénurie à laquelle était confrontée l'Administration. Comme le relève le professeur Pascal Caille, cette démarche réaliste et concrète du juge du référé-liberté se comprend naturellement dans la mesure où « *il eût été assurément déraisonnable, dans un contexte aussi particulier que celui de l'état d'urgence sanitaire que le juge des référés enjoigne à l'administration de réaliser l'impossible* »⁴²². Une analyse rapide des ordonnances rendues pendant la crise sanitaire met en exergue l'utilisation systématique d'un champ lexical relatif au manque de moyens. Pour ne prendre qu'un exemple, dans une ordonnance du 15 avril 2020⁴²³, ont été utilisés les termes de « *capacité* », « *insuffisance* », « *disponibles* », « *volume* », « *tensions* », ou, encore, « *matériellement impossible* ».

Si la conduite administrative s'apprécie ainsi en fonction des « *données particulières de chaque cas concret* »⁴²⁴, ces dernières peuvent conduire le juge administratif à s'intéresser à « *l'intensité [des effets de la conduite de l'Administration] sur la situation personnelle du requérant* »⁴²⁵. Ainsi, par exemple, le juge du référé-liberté a pu considérer dans certaines ordonnances que la particulière vulnérabilité des détenus prévalait sur le manque de moyens invoqué par l'administration pénitentiaire durant la crise sanitaire⁴²⁶. Néanmoins, si la pénurie de moyens invoquée n'a pas été placée au premier plan, elle n'en reste pas moins prise en considération au stade de la détermination du contenu de l'injonction dans la mesure où le juge a enjoint à l'Administration « *de distribuer [dans les meilleurs délais] des masques et gants aux détenus, afin qu'ils en disposent, prioritairement, lors des situations les amenant à être en contact avec plusieurs détenus issus d'autres*

⁴²² P. CAILLE, « Ce que la crise sanitaire nous (re)dit du référé-liberté », *Revue Civitas Europea*, 2012/2, n°45, p. 155.

⁴²³ CE, ord., 15 avr. 2020, n°440002.

⁴²⁴ O. LE BOT, *Le Guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif 2018-2019*, *op. cit.*, p. 407.

⁴²⁵ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, th., LGDJ, 2007, p. 248.

⁴²⁶ TA Martinique, ord., 4 avr. 2020, n°2000200, *Ordre des avocats du barreau de la Martinique*.

cellules »⁴²⁷. En dehors du contexte particulier de la crise sanitaire, le juge du référé-liberté a également pu faire prévaloir la grande vulnérabilité des détenus sur la faiblesse des moyens invoquée par l'Administration afin de garantir leur droit à la vie, leur droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants ainsi que leur dignité humaine, protégés par les articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans la mesure où les circonstances particulières de l'espèce révélaient que la carence de l'Administration créait un danger caractérisé et imminent pour la santé et la sécurité des détenus. Pour ne prendre qu'un exemple, les faibles moyens dont disposaient l'administration pénitentiaire n'ont pas conduit à écarter la reconnaissance d'une atteinte grave et manifestement illégale dans une espèce dans laquelle l'instruction avait mis en évidence la prolifération de rats et d'insectes nuisibles dans les espaces communs, les cellules et les réfrigérateurs des détenus, relevant en outre que des cadavres de rats pouvaient joncher le sol plusieurs jours avant d'être ramassés⁴²⁸.

S'agissant des droits-créances, la prise en compte de la situation du requérant en matière de référé-liberté est au demeurant explicite. En la matière, le juge met « *en balance la situation du bénéficiaire de ce droit d'une part, les diligences accomplies par l'autorité administrative compétente au regard des moyens dont elle dispose de l'autre* »⁴²⁹. Cette mise en balance s'observe depuis la première occurrence de la référence aux moyens dont dispose l'Administration en référé-liberté⁴³⁰. Ainsi, si l'atteinte grave et manifestement illégale au droit d'un demandeur d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes s'apprécie en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente, elle s'apprécie également au regard des « *conséquences graves pour le demandeur d'asile, compte tenu notamment de son âge, de son état de santé ou de sa situation de famille* »⁴³¹. Ainsi, le Conseil d'État a pu considérer que l'hébergement sous une tente d'un couple de demandeurs d'asile et de leur enfant souffrant d'asthme était nuisible à l'état de santé de cet enfant et notamment à son rétablissement, et, ce faisant, constituait une atteinte grave et manifestement illégale à leur droit de bénéficier de conditions matérielles d'accueil décentes. Pourtant, la préfecture

⁴²⁷ *Id.*, cons. n°8 : « dans ces conditions, eu égard à la vulnérabilité particulière des détenus, la carence de l'administration pénitentiaire à mettre à leur disposition des masques et des gants constitue une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales évoquées au point n°3 ci-dessus. Toutefois, le caractère limité des stocks disponibles impose une priorisation de cette mise à disposition. Par suite, il y a lieu d'enjoindre à la garde des sceaux, ministre de la justice, et au directeur du centre pénitentiaire de Ducos, dans les meilleurs délais, de distribuer des masques et gants aux détenus, afin qu'ils en disposent, prioritairement, lors des situations les amenant à être en contact avec plusieurs détenus issus d'autres cellules ».

⁴²⁸ CE, ord., 22 déc. 2012, n°364584.

⁴²⁹ J. PETIT et P.-L. FRIER, *op. cit.*, p. 670.

⁴³⁰ CE, ord., 13 août 2010, n°342330 : « [...] qu'une privation du bénéfice de ces dispositions peut conduire le juge des référés à faire usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative, lorsqu'elle est manifestement illégale et qu'elle comporte en outre des conséquences graves pour le demandeur d'asile, compte tenu notamment de son âge, de son état de santé ou de sa situation de famille ».

⁴³¹ CE, ord., 13 août 2010, n°342330.

invoquait la saturation des capacités d'hébergement des centres d'accueil pour demandeurs d'asile⁴³². L'on comprend que l'âge et l'état de santé de l'enfant ont joué un rôle déterminant dans l'issue de l'affaire, au point d'occulter la faiblesse des moyens de l'Administration. De même, en matière de droit à la scolarisation des enfants handicapés, l'absence de mise à disposition d'un enfant handicapé « âgé de 10 ans » d'un auxiliaire de vie scolaire a conduit le juge du référé-liberté à enjoindre une telle affectation⁴³³. En matière de droit à un hébergement d'urgence également, l'atteinte grave et manifestement illégale s'apprécie en tenant compte notamment de l'âge, de l'état de santé et de la situation de famille des personnes concernées. Ainsi, le juge du référé-liberté a pu considérer que la situation d'une famille dormant dans la rue ou « dans les couloirs d'un foyer qui les accueillent irrégulièrement », « dépourvues de ressources », composée d'« enfants encore très jeunes » et dont plusieurs membres nécessitent un suivi médical « qui ne peut être entrepris que si ces personnes en situation de détresse psychique sont mises à l'abri », justifiait d'enjoindre au préfet du Rhône de trouver un lieu d'hébergement susceptible d'accueillir, alors même que la saturation des capacités d'accueil au titre de la veille sociale était avérée⁴³⁴. Toutefois cette solution est problématique en ce qu'elle crée des « effets d'éviction »⁴³⁵ : en ordonnant à l'Administration de trouver à cette famille un lieu d'hébergement, alors que les capacités d'accueil sont dépassées, le juge administratif contraint l'Administration à évincer de ces hébergements d'autres administrés dont la situation est jugée « moins prioritaire »⁴³⁶. Ce faisant, le juge administratif se mue en quelque sorte lui-même en administrateur dans la mesure où il détermine les priorités.

Par ailleurs, les circonstances de l'espèce peuvent également commander d'écarter le moyen tiré de la faiblesse des moyens à la disposition de l'Administration. Ainsi, dans une affaire relative à la carence des services de l'aviation civile dans leur mission de police du transport aérien, la cour administrative d'appel de Paris a jugé que le moyen tiré de « l'insuffisance des moyens en personnel » était inopérant⁴³⁷. L'absence de prise en considération de la faiblesse des moyens humains de l'Administration se justifie pleinement au regard des circonstances de l'espèce, qui mettent en exergue le défaut de diligence de l'Administration. En l'espèce, le crash d'un petit avion avait engendré la mort de deux passagers et grièvement blessé un troisième. Or, aucun passager n'aurait

⁴³² CE, ord., 27 oct. 2010, n°343898.

⁴³³ TA Montpellier, ord., 12 janv. 2011, n°1100063.

⁴³⁴ TA Lyon, ord., 25 avr. 2012, n°1202684.

⁴³⁵ C. MALVERTI et C. BEAUFILS, art. préc., p. 1162.

⁴³⁶ Comme le soulignait le rapporteur public Jean Lessi, « comment ignorer que donner des places [d'hébergement d'urgence] à certains pourrait impliquer de faire sortir d'autres personnes du dispositif, ou de ne pas les faire entrer, alors même qu'elles seraient encore plus prioritaires mais ne souhaiteraient ou ne penseraient pas à saisir le juge de leur situation particulière » (J. LESSI, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, Sect., 13 juil. 2016, n°400074, *Ministre des affaires sociales et de la santé contre M. et Mme Rumija*).

⁴³⁷ CAA Paris, 21 mai 2008, n°06PA02385.

dû monter à bord de cet avion qui appartenait à une association exerçant, de manière notoire, des activités de transport aérien public « *dans des conditions illicites et dangereuses* » – elle ne disposait d’aucune autorisation régulière – et dont le pilote ne disposait d’aucun « *certificat de transport aérien* » ni même de « *licence de pilote valide* ». De même, en excès de pouvoir, le contentieux relatif à la réintégration d’un agent irrégulièrement évincé constitue un exemple topique de l’absence de prépondérance systématique de l’insuffisance des moyens à la disposition de l’Administration. En la matière, l’agent irrégulièrement évincé ne bénéficie en principe d’aucun droit à être réintégré précisément dans l’emploi qu’il occupait avant son éviction irrégulière⁴³⁸, particulièrement lorsque cet emploi n’est plus vacant⁴³⁹. Pour autant, les circonstances particulières de l’espèce peuvent au contraire impliquer un tel droit. Ainsi, en dépit de l’absence de vacance de l’emploi initialement occupé par l’agent, l’Administration est tenue de le réintégrer dans cet emploi lorsque l’agent bénéficiait d’une « *d’une garantie d’inamovibilité, tel un magistrat (CE, ass., 27 mai 1949, n°93122)* », en raison de la nature des causes de son éviction notamment lorsqu’elle a consisté en une « *mutation d’office (CE, sect., 20 janv. 1939, n°62507)* », ou, encore, lorsque « *l’emploi en cause est unique (CE, 1^{er} déc. 1961, n°51481)* »⁴⁴⁰.

La logique de moyens constitue ainsi un étalon indispensable à l’effectivité des droits et libertés, en ce qu’elle permet d’exiger de l’Administration ce qu’elle est réellement et concrètement en mesure de faire. La fonction d’équilibre qu’elle sert, notamment à travers un plafonnement réaliste des exigences auxquelles soumettre l’Administration, est impulsée par l’eupéanisation du droit.

Section 2 : La recherche d’un équilibre impulsée par l’eupéanisation du droit

Nous l’avons vu, la logique de moyens s’illustre par la technique des obligations positives développée par la Cour européenne des droits de l’Homme. Si elle se traduit essentiellement par des obligations de « mettre en œuvre », elle permet de déterminer la portée des obligations positives que la Cour entend mettre à la charge des États. Partant, elle permet d’identifier et, ce faisant, d’exclure les obligations positives jugées déraisonnables car excessives (I), dans la mesure où de telles obligations ne permettent pas, par essence, de garantir une protection concrète et effective des droits et libertés (II). Précisons, à ce stade, que s’il s’agira de traiter essentiellement du droit de la

⁴³⁸ Il bénéficie en revanche du droit de réintégrer un emploi identique (CE, 10 nov. 1967, n°69473, *Ministère de l’Éducation nationale*) sinon équivalent (CE, 10 janv. 1969, n°73641).

⁴³⁹ CE, Sect., 16 oct. 1959, n°39559.

⁴⁴⁰ G. ÉVEILLARD, « Les conséquences de l’annulation de l’éviction d’un agent public sur son successeur », Note sous l’arrêt CE, 14 fév. 2022, n°431760, *L., Dr. adm.*, juin 2022, n°6.

Convention européenne des droits de l'Homme, le droit de l'Union européenne offrira également quelques illustrations de l'attention portée à la détermination d'exigences raisonnables.

I. Le refus d'obligations positives déraisonnables

Le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, et plus exactement la jurisprudence de la Cour, a particulièrement mis en évidence le lien corrélatif entre le refus de mettre à la charge des États des obligations positives qui constitueraient des charges excessives (A) et la garantie d'une protection concrète et effective des droits et libertés des individus (B).

A. La réserve des charges abusives et excessives

À travers la technique des obligations positives, la Cour européenne des droits de l'Homme a mis à la charge des États parties des obligations d'agir, d'adopter des mesures positives afin de garantir le respect des droits conventionnels. Pour autant, elle a précisé à travers la jurisprudence *Lopez Ostra* que les obligations positives sont celles d'« adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu »⁴⁴¹ découlant de la Convention. À travers la référence au raisonnable, la Cour exige non seulement des États un comportement minimum, mais elle se montre également soucieuse de plafonner ses exigences de manière à ne pas exiger d'eux l'impossible. Il convient à ce titre de relever que le standard du « raisonnable » qu'elle a dégagé au fil de sa jurisprudence, notamment pour plafonner les exigences mises à la charge des États, joue un rôle fondamental dans l'acceptabilité de sa jurisprudence par les États parties. Cet aspect est loin d'être anodin puisqu'il contribue à faire en sorte que les arrêts de la Cour soient suivis d'effets, en dépit de leur portée déclaratoire. Comme le souligne le professeur Xavier Magnon, « en renvoyant au raisonnable, le droit crée les conditions de son acceptabilité par ceux qu'il oblige »⁴⁴².

À travers sa jurisprudence, la Cour a précisé que les obligations positives doivent être interprétées de manière à ne pas « imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif »⁴⁴³. À travers la notion de charges excessives, l'on comprend que la Cour raisonne en termes de moyens afin de déterminer « l'étendue des obligations positives incombant à l'État »⁴⁴⁴. Ainsi, la Cour a pu juger, s'agissant de l'obligation d'un médecin d'informer son patient des risques encourus lors d'une

⁴⁴¹ Cour EDH, 9 déc. 1994, n°16798/90, *López Ostra contre Espagne*, §51.

⁴⁴² X. MAGNON, « Qu'est-ce que le droit peut faire du « raisonnable »? », in S. THERON (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Actes du colloque de Toulouse - 20 mars 2015, L'Épilogue Lextenso, avr. 2016, p. 26.

⁴⁴³ Cour EDH, gr. ch., 28 oct. 1998, n°23452/94, *Osman contre Royaume-Uni*.

⁴⁴⁴ Cour EDH, gr. ch., 8 juil. 2004, n°48787/99, *Ilascu et al. contre Moldavie et Russie*, §332.

opération chirurgicale⁴⁴⁵, qu'il « *serait difficile* » d'y inclure les complications qui ne constituent pas « *une conséquence prévisible des interventions chirurgicales [réalisées]* » au regard de l'état des connaissances médicales⁴⁴⁶. Cette réserve s'applique tant aux droits tangibles qu'aux droits intangibles, puisque la Cour a précisé, s'agissant des obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention garantissant le droit à la vie que « [l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui doit s'interpréter] *de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* »^{447,448}. L'on voit que la Cour a pleinement conscience du fait que les États n'ont pas les moyens d'assurer « *un niveau absolu de sécurité dans toutes les activités de la vie comportant un risque d'atteinte à l'intégrité physique* »⁴⁴⁹, ni de « *prévenir tous les dangers planant sur la population* »⁴⁵⁰. Ce raisonnement est particulièrement manifeste en matière d'obligations de prévention, qui constituent des obligations de moyens, dans la mesure où la Cour se montre soucieuse d'imposer l'adoption de mesures préventives raisonnablement exigibles. Ainsi, dans l'arrêt *Isenc contre France*, la Cour a précisé « *toute menace présumée contre la vie n'oblige donc pas les autorités à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Ainsi, dans le cas spécifique du risque de suicide en prison, il n'y a une telle obligation positive que lorsque les autorités savent ou devraient savoir sur le moment qu'existe un risque réel et immédiat qu'un individu donné attende à sa vie* »⁴⁵¹. Le caractère excessif de la charge qui pèse sur l'État se mesure ainsi à l'aune de l'état des connaissances et des informations de l'Administration quant à la matérialisation d'un risque. En matière d'obligations de prévention, il convient en outre de relever « *le degré de vigilance exigée est [...] variable en fonction du degré de maîtrise de l'État sur les auteurs de l'atteinte* »⁴⁵². Le degré

⁴⁴⁵ Elle résulte de l'article 8 de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, qui inclut dans son champ les questions relatives à l'intégrité morale et physique des individus.

⁴⁴⁶ En l'espèce, la patiente opérée pour une hystérectomie avait perdu l'usage de sa jambe gauche à son réveil. Or, la Cour considère que les troubles dont souffrait la patiente relevaient d'un champ « *très peu étudié par la médecine* » et pour lequel « *les données possédées [étaient] encore hypothétiques* » (Cour EDH, 5 oct. 2006, n°75725/01, *Trocellier contre France*).

⁴⁴⁷ Cour EDH, gr. ch., 24 oct. 2002, n°37703/97, *Mastromatteo contre Italie*, §68.

⁴⁴⁸ Cela concerne également le droit de ne pas subir des peines ou traitements inhumains ou dégradants garanti par l'article 3 de la CEDH. La Cour l'a affirmé dans l'arrêt *O'Keefe contre Irlande* : « *la Cour rappelle que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers. Il convient d'interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau excessif, eu égard notamment à l'imprévisibilité du comportement humain ainsi qu'aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources. Dès lors, tout risque de mauvais traitement n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation* » (Cour EDH, gr. ch., 28 janv. 2014, n°35810/09, *O'Keefe contre Irlande*, §144).

⁴⁴⁹ Cour EDH, 15 déc. 2009, n°4314/02, *Kalender contre Turquie*, §49.

⁴⁵⁰ F. ALHAMA, *op. cit.*, p. 324.

⁴⁵¹ Cour EDH, 4 fév. 2016, n°58828/13, *Isenc contre France*.

⁴⁵² C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 320.

d'exigence sera davantage élevé si l'auteur de l'atteinte est un agent étatique, moins élevé s'il s'agit d'un individu voire d'un animal⁴⁵³, encore moins si l'atteinte résulte d'un phénomène naturel⁴⁵⁴.

Par ailleurs, la réserve du fardeau insupportable ou excessif s'applique également aux obligations positives procédurales. À titre d'exemple, dans l'affaire *Al-Sekini*, s'agissant de l'obligation positive du Royaume-Uni de diligenter des enquêtes effectives après la mort d'individus tués par des soldats britanniques en Irak, la Cour a estimé « *l'obligation procédurale découlant de l'article 2 doit être appliquée de manière réaliste, pour tenir compte des problèmes particuliers auxquels les enquêteurs avaient à faire face* » en territoire étranger⁴⁵⁵. La démarche réaliste dans laquelle s'inscrit la Cour illustre parfaitement sa volonté de ne pas mettre à la charge des États une « *obligation exorbitante et irréaliste* »⁴⁵⁶.

La volonté de la Cour d'écarter les charges jugées déraisonnables, excessives et disproportionnées se retrouve également, de manière expresse, dans la jurisprudence administrative. Dans le contentieux relatif à la communication des documents administratifs par exemple, le juge administratif a exploité la notion de charge disproportionnée pour délimiter le droit (général) d'accès des administrés aux documents administratifs consacré par la loi CADA de 1978⁴⁵⁷ et codifié à l'article L. 311-2 du Code des relations entre le public et l'administration, en précisant que l'Administration n'est pas tenue de répondre à une demande « *qui aurait pour effet de faire peser sur elle une charge disproportionnée au regard des moyens dont elle dispose* »⁴⁵⁸. Il en va de même s'agissant du régime spécifique d'accès aux documents des communes institué par l'article L. 2121-26 du Code général des collectivités territoriales, le Conseil d'État ayant précisé que l'exercice de ce droit (spécial) ne saurait « *imposer à l'administration des difficultés matérielles excessives pour satisfaire aux demandes dont elle est saisie* ». Tel est le cas d'une demande de communication de 8957 documents administratifs adressée à une commune, impliquant un travail d'occultation considérable et, ce faisant, une charge de travail disproportionnée « *au regard des moyens dont [la commune] dispose* »⁴⁵⁹. L'on constate que le juge administratif est ainsi pleinement conscient du fait que l'Administration est constituée d'agents qui ne se trouvent pas en nombre illimité, de telle sorte

⁴⁵³ Voir par exemple l'arrêt Cour EDH, 11 janv. 2011, *Berü contre Turquie*, n°47304/07 : la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 2 de la CEDH car l'État a fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui pour prévenir le décès d'un enfant à la suite de morsures de chiens errants.

⁴⁵⁴ Voir notamment Cour EDH, 20 mars 2008, n°15339/02 et autres, *Boudaïeva et autres contre Russie*.

⁴⁵⁵ Cour EDH, gr. ch., 7 juil. 2011, n°55721/07, *Al-Sekini et autres contre Royaume-Uni*, §168.

⁴⁵⁶ Cour EDH, gr. ch., 24 mars 2011, n°23458/02, *Giuliani et Gaggio contre Italie*, §255.

⁴⁵⁷ Loi n°78-753 du 17 juil. 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Ce droit est désormais codifié à l'article L. 300-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁴⁵⁸ CE, 10ème chambre, 26 avr. 2022, n°443193.

⁴⁵⁹ CE, 10ème et 9ème chambres réunies, 17 mars 2022, n°449620.

que les obligations pesant sur l'Administration pèsent *in fine* sur ses agents et doivent ainsi être calibrées en fonction de ce que les effectifs humains sont en mesure d'accomplir.

Il convient par ailleurs de relever que la notion de charge déraisonnable n'est pas étrangère au droit de l'Union européenne. S'agissant de son application par exemple, la notion de « *charge déraisonnable* » conditionne en droit interne le droit de séjour des ressortissants européens⁴⁶⁰. Mais l'exemple topique de cette réserve en droit de l'Union est certainement la notion d'accommodement raisonnable. Comme le souligne le professeur Bernard Bossu, « *ce concept est principalement mobilisé pour assurer l'insertion professionnelle des handicapés* »⁴⁶¹. Notamment théorisé au Canada, le concept d'accommodement raisonnable apparaît en droit de l'Union à l'article 5 de la directive CE n°2000/ 78 du 27 novembre 2000 sous le vocable « *d'aménagement raisonnable* ». Cet article impose aux entreprises de rechercher un accommodement afin de permettre aux personnes handicapées d'accéder aux emplois correspondant à leur qualification. En ce sens, cet article met à la charge des entreprises une obligation positive⁴⁶² d'accommodement. Cette obligation d'adaptation s'inscrit dans une logique inclusive. Pour autant, elle constitue une obligation de moyens et non de résultat dans la mesure où elle trouve une limite dans le caractère déraisonnable de l'accommodement, c'est-à-dire lorsqu'elle fait peser une « *contrainte excessive* »⁴⁶³ sur l'employeur. Cette réserve a été expressément reprise par les dispositions internes de transposition de la directive qui font mention de « *charges [...] disproportionnées* »⁴⁶⁴. Partant, l'Administration est tenue d'aménager le poste de travail des agents souffrant d'un handicap sous réserve que « *ces mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service* »⁴⁶⁵. Ainsi, le Conseil d'État a précisé par un arrêt d'Assemblée de 2010, que l'État est tenu de prendre les mesures appropriées de nature à permettre aux avocats handicapés d'exercer leur profession, incluant ainsi les mesures propres à leur garantir

⁴⁶⁰ Article L. 121-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; CAA Bordeaux, 16 nov. 2020, n°20BX01210.

⁴⁶¹ B. BOSSU, « L'accommodement raisonnable : un nouvel outil d'intégration ? », *JCP-S*, 12 juin 2018, n°23, étude 1192.

⁴⁶² Il convient à cet égard de relever que si la notion d'obligations positives est peu fréquente en droit de l'Union, elle n'en est pas pour autant inexistante (voir notamment H. SURELL, « Le contrôle des obligations positives par la Cour de justice de l'Union européenne », in V. GOESEL-LE BIHAN (dir.), *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?*, Colloque Lyon 2, 7 décembre 2018, publié sur <https://transversales.org>, p. 110-116.). Si la Cour de justice a pu s'inspirer de la jurisprudence de sa voisine strasbourgeoise, en accueillant notamment l'« *obligation positive d'assurer des conditions de détention respectueuses de la dignité humaine* » (H. SURELL, art. préc., p. 112. ; CJUE, gr. ch., 5 avr. 2016, aff. C-404/15 et C-659/15, *Aranyosi et Căldăraru*), elle a également consacré sur la base des traités des obligations positives propres au droit de l'Union, particulièrement s'agissant des libertés de circulation. Que l'on songe par exemple à l'affaire dite des fraises (CJCE, 9 déc. 1997, aff. C-265/95, *Commission contre France*), dans laquelle la Cour condamne l'inaction de la France dans la mesure où les forces publiques ne s'étaient pas opposés aux barrages montés à la frontière espagnole, par des agriculteurs français, afin de bloquer les livraisons de fraises espagnoles en France. La Cour consacre ainsi une obligation positive de « *prendre les mesures requises pour faire face à des entraves à la libre circulation des marchandises dues à des causes qui ne sont pas d'origine étatique* » (§30).

⁴⁶³ B. BOSSU, art. préc., p. 5.

⁴⁶⁴ Article L. 5213-6 du Code du travail.

⁴⁶⁵ Voir par exemple CAA Marseille, 21 déc. 2018, n°18MA02711.

l'accessibilité des palais de justice, « *sauf si ces mesures imposent une charge disproportionnée* »⁴⁶⁶. Relevons que dans la plupart des cas, la charge sera considérée comme déraisonnable lorsqu'elle représente un coût financier trop important – par exemple, lorsqu'elles impliquent un « *effort financier notable* »⁴⁶⁷ – ou lorsque les adaptations nécessaires sont trop difficiles à réaliser au regard des moyens dont dispose l'Administration. Le pragmatisme qu'incarne la notion d'accommodement raisonnable, précisément par la limite du raisonnable, se rencontre encore dans les jurisprudences précédemment évoquées relatives à l'obligation de garantir aux détenus des repas conformes à leurs convictions religieuses ou philosophiques⁴⁶⁸, qui trouve ses limites dans les « *contraintes budgétaires et d'approvisionnement* »⁴⁶⁹ et dans « *l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements pénitentiaires et aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements* »⁴⁷⁰.

Si le droit européen des droits de l'Homme veille attentivement à ne pas faire peser une charge excessive sur les États, c'est précisément parce que le caractère raisonnable des obligations positives est considéré comme un instrument propice à la garantie d'une protection concrète et effective des droits et libertés conventionnels.

B. La justification de la réserve : le raisonnable au service d'une protection concrète et effective des droits et libertés

La Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé, dans le célèbre arrêt *Airey contre Irlande*, que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »⁴⁷¹. Par cette formule, la Cour marque son attachement à la réalisation factuelle des droits et libertés conventionnels, particulièrement à la possibilité de cette réalisation, refusant ainsi que ces derniers ne constituent que des droits et libertés formels. Ainsi, la Cour a mis au jour des techniques lui permettant de garantir la protection effective des droits garantis par la Convention, qu'il s'agisse des notions autonomes, de l'interprétation dynamique des droits, et pour ce qui nous intéresse ici, la technique des obligations positives. De fait, lorsque la Cour met à la charge des États parties des obligations positives, son attachement à leur caractère raisonnable et non excessif s'explique par la recherche d'une réalisation concrète et effective des droits protégés. La Cour a eu l'occasion de l'exprimer explicitement dans un arrêt de grande chambre *Osman contre Royaume-Uni*,

⁴⁶⁶ CE, Ass, 22 oct. 2010, n°301572, *Marianne B.*

⁴⁶⁷ CE, Ass, 22 oct. 2010, n°301572, *Marianne B.*

⁴⁶⁸ CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 25 fév. 2015, n°375724.

⁴⁶⁹ CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929.

⁴⁷⁰ CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 25 fév. 2015, n°375724.

⁴⁷¹ Cour EDH, 9 oct. 1979, n°6289/73, *Airey contre Irlande*, §24.

en affirmant qu'une obligation positive trop rigoureuse « *serait incompatible avec les exigences de l'article 1 de la Convention et avec l'obligation pour les États contractants au regard de cet article d'assurer une protection concrète et effective des droits et libertés consacrés par cet instrument* »⁴⁷². Dès lors, l'on comprend que pour la Cour, comme pour le juge administratif, faire peser sur les États parties des charges excessives et déraisonnables, au vu des moyens inévitablement limités de ces derniers, aurait pour effet d'ancrer leur protection dans un monde virtuel.

Pourtant, force est de constater que la jurisprudence de la Cour est sur ce point quelque peu incertaine. Si la Cour n'a de cesse de rappeler que les obligations positives ne sauraient être interprétées de manière à imposer aux États un fardeau excessif notamment du fait de l'« *imprévisibilité du comportement humain* »⁴⁷³, elle a pu s'écarter de cette ligne jurisprudentielle tracée en matière de police, par exemple dans l'arrêt *Kayak contre Turquie*⁴⁷⁴ qui concerne le milieu scolaire. Dans cette affaire, un élève avait été mortellement poignardé par l'un de ses camarades devant l'école dans laquelle il était scolarisé, « *alors que rien ne laissait présager un tel acte* »⁴⁷⁵. Or, la Cour affirme en l'espèce qu'il incombe aux autorités scolaires une obligation de surveillance des élèves renforcée en matière d'entrées et de sorties hors de l'établissement, en dépit de la difficulté voire de l'impossibilité de « *surveiller en permanence chacun des élèves pour répondre instantanément à des comportements imprévisibles* » (§60), qui découle de leur « *devoir primordial de veiller à la sécurité des élèves afin de les protéger contre toutes les formes de violences dont ils pourraient être victimes pendant le temps où ils sont placés sous sa surveillance* » (§59). Partant, c'est précisément l'insuffisance de personnels de surveillance qui amène la Cour à constater le défaut de surveillance et à conclure à la violation de l'article 2 de la Convention. Contrairement aux activités de police, elle impose une obligation générale et renforcée de surveillance malgré le caractère limité des moyens humains ainsi que l'impossibilité d'anticiper par essence des comportements humains imprévisibles. Cette obligation n'est donc pas considérée par la Cour comme faisant peser sur les autorités un fardeau excessif. À ce titre, cette espèce témoigne de l'absence d'homogénéité dans la conception et l'appréciation de ce qui constitue un « fardeau excessif » au sens de la Cour. Force est de relever à ce propos les opinions dissidentes jointes à l'arrêt. Dans une opinion dissidente commune, les juges Sajó et Raimondi ont défendu l'alignement de la jurisprudence relative à la surveillance des élèves en milieu scolaire sur celle relative aux activités de police, relevant qu'« *une école ne peut maîtriser le comportement des enfants qui se trouvent hors de ses murs et aucun État, aussi paternaliste soit-il, n'est en mesure de contrôler tous les actes de ses citoyens* ». L'on peine en effet

⁴⁷² Cour EDH, gr. ch., 28 oct. 1998, n°23452/94, *Osman contre Royaume-Uni*, §116.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ Cour EDH, 10 juil. 2012, n°60444/08, *Kayak contre Turquie*.

⁴⁷⁵ C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 293.

à déceler de quelle manière la Cour tend à garantir l'effectivité du droit à la protection de la vie des élèves en imposant des mesures de surveillance et de sécurisation que peu d'établissements scolaires au sein des États parties à la Convention, si ce n'est aucun, ne sont en mesure de mettre en œuvre.

La même critique peut être adressée au retentissant arrêt *J. M. B. contre France* de 2020⁴⁷⁶ relatif à la surpopulation carcérale et à l'effectivité du référé-liberté. Dans cette affaire, la Cour a mis en exergue les trois faiblesses du référé-liberté de nature à le qualifier de recours ineffectif pour assurer aux détenus une amélioration de leurs conditions matérielles de détention, conduisant ainsi à la violation de l'article 13 de la Convention. D'abord, la Cour déplore la portée limitée du pouvoir d'injonction du juge du référé-liberté qui ne permet pas de mettre fin de manière structurelle à la problématique de la surpopulation carcérale, de même que le défaut de suivi d'exécution des mesures prononcées. Elle fustige en outre le fait que l'office du juge du référé-liberté soit conditionné par la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration et des engagements qu'elle a déjà pris, dans la mesure où « *l'administration peut invoquer l'ampleur des travaux à réaliser ou leurs coûts pour faire obstacle au pouvoir d'injonction du juge des référés* » (§218). De toute évidence, si la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration du point de vue du juge du référé-liberté permet de ne mettre à la charge de l'Administration pénitentiaire que des obligations qu'elle est en mesure de réaliser, la Cour ne semble pas partager l'idée qu'une telle démarche réaliste soit propice à l'effectivité des droits des détenus. Au contraire, l'effectivité des droits des détenus semble justifier de son point de vue d'écarter toutes considérations relatives à la faiblesse des moyens de l'administration pénitentiaire⁴⁷⁷. Alors que la Cour elle-même relève que l'administration pénitentiaire ne dispose pas véritablement de marge de manœuvre en matière de surpopulation carcérale – étant tenue d'accueillir chaque détenu condamné par le juge pénal, indépendamment de ses capacités d'accueil qui sont déterminées par le législateur –, l'on comprend en filigrane que le recours effectif préventif que préconise la Cour serait celui par lequel le juge administratif pourrait contraindre le législateur à construire de nouvelles prisons, à les agrandir voire à les rénover. Pourtant le juge administratif n'est pas le juge de l'« *État-législateur* » mais celui de l'« *État-administrateur* »⁴⁷⁸. Que dire de cette méconnaissance de la séparation des pouvoirs, si ce n'est qu'elle ne doit pas surprendre : la séparation des pouvoirs ne fait l'objet que d'une protection à sens unique dans la jurisprudence de la Cour, protégeant seulement le juge contre toute immixtion de

⁴⁷⁶ Cour EDH, 30 janv. 2020, n°9671/15, *J. M. B. contre France*.

⁴⁷⁷ La Cour rappelle à cet égard régulièrement que « *l'Etat est [...] tenu, nonobstant les problèmes logistiques et financiers, d'organiser son système pénitentiaire de façon à assurer aux détenus le respect de leur dignité humaine* » (Cour EDH, 27 mars 2008, n°63955/00, *Choukhovoi contre Russie*, §31 ; Cour EDH, 10 mai 2007, n°106/02, *Benediktov contre Russie*, §37 ; Cour EDH, 25 janv. 2011, n°38427/05, *Elefteriadis contre Roumanie*, §48).

⁴⁷⁸ C. ROUX, « Les moyens dont dispose l'Administration : ébauche et débauche d'un assouplissant », art. préc., p. 4.

l'exécutif ou du législatif. Le sens inverse ne semble manifestement pas retenir son attention⁴⁷⁹. Partant, c'est finalement la volonté du juge du référé-liberté d'ordonner des injonctions raisonnables car réalisables, qui conduit la Cour à qualifier ce recours d'inefficace pour protéger effectivement la dignité des détenus. Cette différence de perception interroge : dans quelle mesure la protection effective des droits et libertés exige-t-elle des charges raisonnables ? Peut-être « *l'appréciation des moyens exigibles de l'État* »⁴⁸⁰ et ce faisant l'appréciation de ce que constitue un fardeau excessif, est-elle d'autant plus stricte en matière de droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants qu'il constitue « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* »⁴⁸¹ ? À l'inverse, le caractère absolu du droit garanti par l'article 3 de la Convention ne justifie-t-il pas un degré d'effectivité maximal, dont seule une démarche réaliste serait en mesure d'atteindre pleinement ? Finalement, la différence de mesure du « raisonnablement exigible » trouve certainement sa source dans la différence entre l'office de la Cour et celui du juge du référé-liberté. Si le juge du référé-liberté se prononce quelques heures après que la situation litigieuse lui soit soumise, la compétence subsidiaire de la Cour, illustrée par la règle de l'épuisement des voies de recours interne⁴⁸², amène indubitablement cette dernière à se prononcer quelques années après la situation litigieuse. Le temps du juge du référé-liberté n'étant assurément pas celui de la Cour, le « raisonnable » du juge du référé-liberté ne peut coïncider parfaitement avec celui de la Cour.

Si le droit européen des droits de l'Homme est, de manière générale, attentif à ne pas faire peser sur les États des obligations positives disproportionnées afin d'assurer une jouissance effective des droits et libertés, cette attention portée au « raisonnablement exigible » se manifeste tout particulièrement par les techniques et procédés qu'il mobilise.

II. Les manifestations du standard du raisonnable

L'attention portée par le droit européen des droits de l'Homme à la recherche d'un équilibre de nature à ne pas imposer de fardeau excessif aux États, trouve notamment à s'illustrer à travers deux techniques à savoir, d'une part, la marge nationale d'appréciation laissée aux États (**A**), et, d'autre part, le principe de proportionnalité (**B**).

⁴⁷⁹ Voir notamment sur ce sujet : L. MILANO, « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit à un procès équitable », *Titre VII*, 2019, n°3, p. 60.

⁴⁸⁰ C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 319.

⁴⁸¹ Cour EDH, plén., 7 juil. 1989, n°14038/88, *Soering contre Royaume-Uni*, §88.

⁴⁸² Article 35 de la CEDH.

A. La marge nationale d'appréciation ou l'absence de droit « en toutes circonstances »

De l'avis du professeur Perelman, les notions de « *raisonnable et déraisonnable ne sont pas immuables, leur contenu varie en fonction du milieu et du contexte dans lesquels s'exerce l'activité. Elles impliquent une adaptation de la règle au cas par cas, aux circonstances* »⁴⁸³. Le standard du raisonnable serait ainsi propice à une appréciation différenciée, circonstanciée. Si l'on s'intéresse à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'on remarque en effet que l'appréciation du fardeau excessif variera en intensité suivant que le débiteur de l'obligation positive est un État comme la France ou un État comme la Bulgarie. De toute évidence, la Cour se montre plus exigeante avec un État doté de capacités budgétaires, logistiques et d'infrastructures plus importantes.

L'une des illustrations les plus topiques de l'approche contextualisée du raisonnable est sans doute la doctrine de la marge nationale d'appréciation. Celle-ci « *confère aux États un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des restrictions aux droits protégés et marque a priori le contrôle européen du sceau de la retenue judiciaire* »⁴⁸⁴. Cette doctrine, fréquemment mobilisée par la Cour dans sa jurisprudence, a été expressément affirmée par le Protocole n°15 portant amendement à la Convention, entré en vigueur le 1^{er} août 2021, en son article 1^{er} qui dispose que les États parties jouissent d'une marge d'appréciation dans leur obligation de garantir le respect des droits et libertés. Cette marge d'appréciation est plus ou moins grande en fonction de critères déterminés par la Cour, parmi lesquels se trouve la référence au consensus entre États membres. Ainsi, s'il existe un consensus européen sur une question précise, la marge nationale d'appréciation des États sera réduite. À l'inverse, en l'absence de consensus, leur marge d'appréciation sera plus ample.

De fait, lorsque la Cour laisse une marge nationale d'appréciation à l'État, cela signifie qu'il lui revient – sous son contrôle (voir nos développements *infra*, p. 119) – de ménager un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux du bénéficiaire du droit conventionnellement protégé. Autrement dit, il incombe à l'État de déterminer, en fonction de ses caractéristiques, une juste mesure. La détermination du raisonnable revient ainsi à l'État. C'est en ce sens que s'est prononcé le Conseil d'État en 2015, revêtant sa casquette de juge de premier chef de la Convention européenne des droits de l'Homme, en affirmant que « *l'absence d'obligation faite à l'administration pénitentiaire de garantir, en toute circonstance, une alimentation respectant les convictions religieuses des détenus*

⁴⁸³ S. THERON, « Au-delà du droit administratif, en droit administratif : quelles références ? Quelle signification ? », in S. THERON (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Actes du colloque de Toulouse - 20 mars 2015, L'Épilogue Lextenso, avr. 2016, p. 15.

⁴⁸⁴ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET avec la collaboration de G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 5^e éd., 2009, p. 76. Cité par C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 238.

ne méconnaît pas l'article 9 de la Convention européenne »⁴⁸⁵. Le raisonnement suivi par le Conseil d'État dans cette affaire est assimilable à celui de l'accommodement raisonnable. Or, c'est précisément du fait de la vaste marge nationale d'appréciation traditionnellement laissée par la Cour en matière de liberté religieuse⁴⁸⁶, que le Conseil d'État juge conformes à l'article 9 de la Convention les dispositions du Code pénitentiaire en vertu desquelles l'administration pénitentiaire fournit « *dans toute la mesure du possible* » aux détenus des repas en adéquation avec leurs convictions philosophiques ou religieuses. De fait, le Conseil d'État consacre une obligation positive pour l'administration pénitentiaire de « *permettre l'exercice par les personnes détenues de leurs convictions religieuses en matière d'alimentation* »⁴⁸⁷ sous la forme d'une obligation de moyens.

À cet égard, l'obligation de moyens est fréquemment sous-jacente lorsque, s'agissant de questions se rapportant à des choix de société, la Cour décide de laisser une vaste marge d'appréciation aux États, en l'absence de consensus européen. Que l'on songe par exemple à l'affaire *Vincent Lambert*⁴⁸⁸ ou, encore, à l'affaire *Menesson*⁴⁸⁹, relatives respectivement à la question de la fin de vie et à la question de la transcription sur les actes de naissance de la filiation avec la mère d'intention des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui. Dans ces affaires, la Cour considère qu'il revient à l'État de déterminer par quels moyens remplir ses obligations positives de protection de la vie et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle (dans la première affaire) et ses obligations positives de reconnaissance du lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention (dans la seconde affaire). Dans l'affaire *Menesson* par exemple, si la Cour affirme le droit d'un enfant à voir son lien de filiation avec sa mère d'intention reconnu, il ne résulte pas pour autant de l'article 8 de la Convention, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, un droit de voir cette filiation reconnue par une transcription directe sur l'acte de naissance. Plus récemment encore, la Cour a écarté le grief tiré de la méconnaissance de l'obligation positive de

⁴⁸⁵ M. GUYOMAR, Note sous l'arrêt CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 25 fév. 2015, n°375724, *Gaz. Pal.*, 25-26 mars 2015, n°84 à 85, p.21.

⁴⁸⁶ Dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut contre Autriche*, la Cour a par exemple affirmé qu'« *il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société (voir l'arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988, série A no 133, p. 20, par. 30, et p. 22, par. 35); semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul pays. Pour cette raison, il n'est pas possible d'arriver à une définition exhaustive de ce qui constitue une atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui. Dès lors, les autorités nationales doivent disposer d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'existence et l'étendue de la nécessité de pareille ingérence* » (Cour EDH, 20 sept. 1994, n°13470/87, *Otto-Preminger-Institut contre Autriche*, §50). Voir également comme exemples d'arrêts laissant une vaste marge nationale d'appréciation aux États en matière de liberté religieuse : Cour EDH, gr. ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres contre Italie*, n°30814/06 (s'agissant de la présence de signes religieux dans les salles de classe d'écoles publiques) ; Cour EDH, 4 déc. 2008, *Dogru contre France*, n°27058/05 (s'agissant de l'interdiction de porter des signes religieux ostentatoires dans les écoles, collèges et lycées publics français) ; Cour EDH, gr. ch., 1^{er} juil. 2014, n°43835/11, *S.A.S. contre France* (s'agissant de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public).

⁴⁸⁷ CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 25 fév. 2015, n°375724, cons. n°4.

⁴⁸⁸ Cour EDH, gr. ch., 5 juin 2015, n°46043/14, *Lambert et autres contre France*.

⁴⁸⁹ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, avis consultatif n°P16-2018-001, *Menesson contre France*.

garantir le respect effectif de la vie privée des individus⁴⁹⁰ par le refus de l'État français d'inscrire la mention de « sexe neutre » ou « intersexe », en lieu et place de la mention de « sexe masculin », dans l'acte de naissance d'une personne biologiquement intersexuée, compte tenu de la marge d'appréciation dont il disposait⁴⁹¹. L'on aperçoit là encore une obligation de moyens sous-jacente. À propos de la question de la transcription de l'identité de genre, la Cour avait relevé dans un arrêt *Rees*⁴⁹² que la « *difficulté pour les États de procéder aux modifications qu'impliquerait la reconnaissance de la possibilité pour les transsexuels opérés de modifier leur sexe sur les registres d'état civil* »⁴⁹³ constituait un intérêt de nature à exclure, dans ces circonstances, de mettre à la charge du Royaume-Uni une obligation de retranscrire les changements de sexe sur ses actes d'état civil. Partant, cet arrêt marque l'absence de droit au respect de la vie privée des personnes transsexuelles en toutes circonstances.

Si la Cour laisse fréquemment une marge nationale d'appréciation, plus ou moins ample, aux États, il n'en demeure pas moins que son contrôle demeure, particulièrement sur la juste mesure déterminée par les États.

B. Le principe de proportionnalité ou l'obligation de ménager un juste équilibre entre des intérêts divergents

Selon le professeur Jean Salmon, le « raisonnable » serait un « *moyen d'apprécier l'adéquation des moyens aux fins* », un « *moyen d'apprécier l'adéquation d'un comportement aux circonstances* » de même qu'un « *moyen d'établir un équilibre entre des intérêts divergents* »⁴⁹⁴. Du fait de ses fonctions, le standard du raisonnable se décèle de toute évidence dans le principe de proportionnalité. Issu du droit allemand, le principe de proportionnalité s'est diffusé au sein des ordres juridiques des États européens, y compris français, essentiellement sous l'effet du droit de la

⁴⁹⁰ Elle résulte de l'article 8 de la CEDH.

⁴⁹¹ Cour EDH, 31 janv. 2023, n°76888/17, *M. Y. contre France*.

⁴⁹² Cour EDH, plén., 10 oct. 1986, n°9532/81, *Rees contre Royaume-Uni*. La Cour considère qu'« *exiger du Royaume-Uni qu'il imite d'autres États contractants reviendrait en un sens à lui demander d'adopter un système en principe identique au leur pour la détermination et l'enregistrement de l'état civil. Avec certes des lenteurs et des hésitations, le Royaume-Uni s'est efforcé d'accéder aux revendications du requérant dans toute la mesure où son système s'y prêtait. Le manque de respect allégué semble donc se ramener au refus d'établir un mode de documentation indiquant et prouvant l'état civil actuel. Jusqu'ici, le Royaume-Uni n'a pas cru devoir introduire pareil système. Celui-ci aurait d'importantes conséquences administratives et créerait pour le reste de la population des obligations supplémentaires. En usant de leur marge d'appréciation, les autorités britanniques sont pleinement en droit d'avoir égard aux impératifs de la situation qui règne dans le pays pour décider des mesures à adopter. Si la condition d'un juste équilibre, exposée au paragraphe 37 ci-dessus, appelle peut-être, dans l'intérêt de personnes comme le requérant, des retouches au système en vigueur, elle ne saurait astreindre le Royaume-Uni à le remanier de fond en comble* » (§42).

⁴⁹³ C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁹⁴ J. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international, unité et diversité*, Pedone, 1981, p. 452.

Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que du droit de l'Union européenne. Il est utilisé pour déterminer le caractère raisonnable des restrictions apportées aux droits conventionnels par rapport à certains objectifs poursuivis par l'État. En ce sens, et pour reprendre les termes de Jean-Marc Sauvé, le principe de proportionnalité « *visé à promouvoir une action publique mesurée et respectueuse des droits fondamentaux* »⁴⁹⁵, dans la mesure où les restrictions apportées à l'exercice des droits ne doivent pas être trop excessives. Il détermine ainsi la juste mesure entre les moyens employés et la fin visée.

Si en matière d'ingérence active, la Cour européenne des droits de l'Homme vérifie la proportionnalité de la mesure restrictive dans ses trois composantes (adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto sensu*), elle s'attache dans le cadre du contrôle de l'ingérence passive de l'État à vérifier s'il a ménagé un juste équilibre entre ses intérêts et ceux de l'individu, en rappelant la marge nationale d'appréciation dont il dispose. Le principe de proportionnalité, entendu comme l'obligation de ménager un juste équilibre entre des intérêts divergents, s'applique également en matière d'obligations positives. Dans ce cas, si la proportionnalité permet de déterminer l'étendue de telles obligations, elle permet en premier lieu d'établir leur existence⁴⁹⁶. Ainsi, dans l'arrêt *Rees* mentionné précédemment, l'examen du juste équilibre a conduit la Cour à exclure l'existence d'une obligation à la charge du Royaume-Uni de retranscrire les changements de sexe sur ses actes d'état civil⁴⁹⁷. Le juste équilibre est en outre mobilisé pour déterminer l'ampleur des obligations positives pesant sur l'État, y compris celles découlant de droits intangibles. Que l'on songe notamment à l'arrêt du Conseil d'État relatif à la résistance au feu des matelas mis à disposition des détenus et à l'obligation de l'administration pénitentiaire de protection de leur droit à la vie. En l'espèce, « *après avoir soupesé les avantages et bénéfices liés à ces produits de substitution, puis confrontés les intérêts en jeu (les moyens dont disposent l'Administration d'un côté ; son obligation de protéger la vie de l'autre)* »⁴⁹⁸, le Conseil d'État conclut que l'obligation de protection de la vie des détenus qui incombe à l'Administration ne lui commande pas de généraliser les matelas dotés d'une housse ignifugée inamovible des quartiers de discipline et d'isolement aux quartiers ordinaires.

Le principe de proportionnalité permet ainsi de calibrer les obligations positives pesant sur les États. À cet égard, il convient de relever que la proportionnalité n'est pas mobilisée dans le même

⁴⁹⁵ J.-M. SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », *Les Cahiers Portalis*, nov. 2017, n°5, p. 10.

⁴⁹⁶ Pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu.

⁴⁹⁷ Cour EDH, plén., 10 oct. 1986, n°9532/81, *Rees contre Royaume-Uni*.

⁴⁹⁸ C. ROUX, « Le contrôle du respect des obligations positives par le Conseil d'Etat », in V. GOESEL-LE BIHAN (dir.), *La garantie des libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?*, Colloque Lyon 2, 7 décembre 2018, publié sur <https://transversales.org>, p. 128.

sens en matière d'ingérence active que d'ingérence passive. Si dans les deux cas elle consiste à mettre en balance des intérêts divergents, elle permet dans le cadre du contrôle de l'ingérence passive de l'État de déceler le « *caractère excessif ou trop radical* »⁴⁹⁹ non pas des atteintes portées par l'État aux droits individuels, mais des obligations pesant sur l'Administration. Autrement dit, elle met en exergue l'existence ou l'absence de fardeau excessif. Il s'agirait ainsi d'un « *principe de proportionnalité inversée* » selon le professeur Jean-Pierre Marguénaud⁵⁰⁰. Ce faisant, « *il ne s'agit [...] pas de vérifier si l'ingérence dans le droit de la requérante au respect de la vie privée est proportionnée au but poursuivi mais de déterminer si l'obligation mise à la charge de l'État n'est pas excessive au regard du droit individuel à protéger, même si dans les deux cas les principes sont d'une certaine manière comparables en ce qui concerne l'équilibre à assurer entre les droits de l'individu et de la société* »⁵⁰¹. En ce sens, le principe de proportionnalité en matière d'obligations positives donne la mesure de ce qui est raisonnablement exigible de l'État, précisément en excluant ce qui constitue une charge excessive ou déraisonnable. Un tel raisonnement résonne à l'endroit de différentes espèces qui se sont présentées devant le juge administratif et qui ont été évoquées précédemment. À titre d'exemple, l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'État du fait des services de renseignement résulte d'un raisonnement par lequel le juge administratif est venu pondérer les obligations administratives des services de renseignement avec les moyens disponibles et mis en œuvre au regard des difficultés que présentent leurs activités⁵⁰². De même, s'agissant des obligations positives découlant de l'article 9 de la Convention, qui garantit la liberté religieuse, la Cour européenne contrôle qu'un juste équilibre est ménagé en matière de fourniture aux détenus de repas conformes à leurs convictions philosophiques et religieuses. Elle a ainsi admis dans l'arrêt *Jakóbski contre Pologne*, que les contraintes matérielles et financières liées à la fourniture de tels repas constituaient un intérêt propre à être mis en balance avec la liberté religieuse des détenus⁵⁰³. Si la Cour n'a jamais eu à se prononcer sur la fourniture de repas *halal* ou *kasher* aux détenus de confession musulmane et juive, le Conseil d'État a jugé qu'imposer une obligation de fournir de la viande *halal* aux détenus musulmans serait excessive, compte tenu des contraintes qu'elle ferait poser

⁴⁹⁹ J.-M. SAUVÉ, art. préc., p. 13.

⁵⁰⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 5^e éd., 2011, p. 66. Cité par C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 269.

⁵⁰¹ L. WILDHABER, N. BRATZA, G. BONELLO, L. LOUCAIDES, I. CABRAL BARRETO, F. TULKENS et M. PELLONPÄÄ, opinion dissidente commune jointe à l'arrêt Cour EDH, 13 fév. 2003, n°42326/98, *Odièvre contre France*, §5.

⁵⁰² CAA Marseille, 4 avr. 2017, n°16MA03663.

⁵⁰³ « *Whilst the Court is prepared to accept that a decision to make special arrangements for one prisoner within the system can have financial implications for the custodial institution and thus indirectly on the quality of treatment of other inmates, it must consider whether the State can be said to have struck a fair balance between the interests of the institution, other prisoners and the particular interests of the applicant* » (Cour EDH, 7 déc. 2010, n°18429/06, *Jakóbski contre Pologne*, §50). Dans le même sens, voir Cour EDH, 2013, n°14150/08, *Vartic contre Roumanie*.

sur l'Administration en termes d'approvisionnement et de préparation, au regard de la liberté religieuse des détenus⁵⁰⁴.

Le juste équilibre recherché par la Cour européenne des droits de l'Homme en matière d'obligations positives matérialise bien l'idée principale du présent chapitre. La logique de moyens permet de déterminer un plafonnement raisonnable des obligations de l'Administration, dans la mesure où l'irréalisable est par nature impropre à assurer l'effectivité des droits et libertés des administrés. Ainsi, en tempérant les obligations de l'Administration par la prise en considération de ses capacités d'action limitées, elle conduit à privilégier des obligations de moyens. Cependant, ces dernières ne sont pas synonymes d'absence de contrainte. Elles exigent de l'Administration de faire son maximum.

⁵⁰⁴ CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 fév. 2016, n°385929.

Chapitre 2 : Chacun est tenu de faire tout son possible, en particulier l'Administration

Afin de garantir l'effectivité des droits des administrés, l'Administration est tenue de faire tout son possible. Faire tout son possible, c'est exiger un seuil minimal, un seuil plancher d'action de l'Administration. L'appréciation de ce que l'on peut raisonnablement attendre de l'Administration, de ce point de vue, s'effectue à la fois sur un plan quantitatif que sur un plan qualitatif. Ce faisant, le respect de l'obligation de moyens qui incombe à l'Administration se mesure tant au regard de la suffisance (**Section 1**) que de l'adéquation des moyens mobilisés (**Section 2**).

Section 1 : Obligation de moyens et suffisance des moyens mobilisés

Si l'Administration ne peut être tenue à l'impossible du fait de la faiblesse de ses moyens d'action, il n'en demeure pas moins que cette insuffisance doit être effectivement avérée. De fait, le constat de l'existence et de la suffisance des moyens à la disposition de l'Administration l'oblige à y recourir. Mais encore faut-il s'entendre sur ce que sont les « moyens à la disposition de l'Administration » : s'agit-il des moyens concrètement – c'est-à-dire immédiatement – disponibles ? S'agit-il des moyens potentiellement disponibles ou, encore, des moyens qui auraient dû être disponibles ? L'intensité de l'obligation de moyens, dont découle le degré d'effectivité des droits et libertés, dépend ainsi de ce que l'on entend par le terme de « moyens disponibles ». Sur ce point, la jurisprudence oscille, essentiellement en fonction des contentieux, entre une conception indulgente de l'obligation de moyens, se réduisant à l'obligation de mobiliser les moyens immédiatement disponibles (**I**), et une conception plus exigeante, obligeant l'Administration à mobiliser les moyens potentiellement disponibles (**II**).

I. La conception indulgente de l'obligation de moyens : l'obligation de mobiliser les moyens immédiatement disponibles

En appréciant concrètement le comportement de l'Administration, nous l'avons vu, le juge administratif détermine ce qui est raisonnablement exigible d'elle afin de plafonner de manière réaliste ses obligations. Si la faiblesse des moyens de l'Administration permet à cet égard d'amoindrir l'intensité des obligations pesant sur elle, cette démarche concrète est en mesure de la contraindre à l'action lorsqu'elle met en lumière l'existence de moyens à sa disposition mais qui n'ont pas été mobilisés (**A**). Cependant, l'appréciation concrète de la suffisance des moyens dont dispose l'Administration s'avère réductrice en ce qu'elle ne concerne que les seuls moyens disponibles en l'état actuel des choses (**B**).

A. L'existence de moyens immédiatement disponibles décelée par l'appréciation *in concreto*

L'obligation de moyens se définit classiquement comme une « *obligation d'utilisation* »⁵⁰⁵ c'est-à-dire une obligation de recourir, de mettre en œuvre, de mobiliser tous les moyens à sa disposition pour accomplir sa mission. L'administration doit donc faire tout son possible. De fait, l'abstention de l'Administration n'est pas tolérée lorsque le juge constate qu'elle disposait de moyens d'action mais qu'elle s'est abstenue. L'existence de moyens immédiatement disponibles met ainsi en lumière le caractère inadmissible de l'inaction administrative, propre à caractériser sa carence. La démarche concrète poursuivie par le juge, caractérisée par la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration, permet de déterminer si cette dernière peut effectivement se prévaloir de la faiblesse de ses moyens pour s'exonérer de ses obligations.

Ce raisonnement est pertinemment illustré dans les ordonnances de référé-liberté dans la mesure où l'intervention du juge est conditionnée par la possibilité de prendre des mesures *immédiatement* exécutoires. Comme nous l'avons examiné précédemment, la carence de l'Administration sera caractérisée au regard des moyens dont elle dispose. Si la faiblesse avérée des moyens immédiatement disponibles permettra fréquemment d'écarter la carence, à l'inverse lorsque ce manque de moyens effectifs n'est pas établi, il emporte la caractérisation de la carence de l'Administration et, ce faisant, l'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale. Ainsi, s'agissant du droit des demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes, le juge du référé-liberté a pu écarter le moyen tiré de l'absence de places disponibles dans les centres d'hébergement, au motif que l'Administration n'avait pas développé l'ensemble des moyens dont elle disposait dans la mesure où elle n'avait pas recherché si des hébergements étaient disponibles dans d'autres régions⁵⁰⁶. De même, s'agissant du droit des étrangers mineurs isolés à un hébergement et une prise en charge de leurs besoins élémentaires, le juge des référés a pu caractériser la carence du département au motif que ce dernier n'établissait pas que ses capacités d'action étaient dépassées⁵⁰⁷. Dans le même sens, à propos de l'obligation de Pôle Emploi de fournir un suivi et un accompagnement régulier suffisamment personnalisé des demandeurs d'emploi, le juge des référés a retenu la carence de l'institution dans la mesure où elle n'avait pas mobilisé l'ensemble des moyens dont elle disposait. Relevons, à ce titre, que le juge a précisé en l'espèce que « *si [l'institution] ne peut être soumise à une obligation de résultat, [elle] doit cependant mettre en œuvre, avec les moyens dont*

⁵⁰⁵ L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Economica, 1978, p. 61. Cité par P. PARINET, *op. cit.*, p. 183.

⁵⁰⁶ CE, ord., 5 août 2011, n°351083.

⁵⁰⁷ CE, ord., 5 juil. 2017, n°411826, *M. J. et autres*.

elle dispose, toutes les actions susceptibles de permettre à chacun d'obtenir un emploi dans les meilleurs délais possibles au regard de la situation du marché du travail »⁵⁰⁸. Le juge considère ainsi que l'Administration n'a pas fait toutes diligences, et, ce faisant, a manqué à son obligation de moyens. Notons qu'un tel raisonnement s'observe également dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. S'agissant de l'obligation des compagnies aériennes d'indemnisation des passagers en cas de retard d'un vol, la Cour a précisé que le transporteur aérien est tenu de démontrer qu'il a mis en œuvre « tous les moyens en personnel ou en matériel et les moyens financiers dont il disposait » pour s'exonérer de son obligation⁵⁰⁹. Dans toutes ces hypothèses, l'appréciation concrète de la conduite administrative permet de mettre en évidence une administration négligente.

En outre, l'appréciation *in concreto* permet également de déceler la mauvaise foi d'une administration qui invoque un manque de moyens pour s'exonérer de ses obligations. Cela s'illustre particulièrement lorsque les contraintes matérielles sont alléguées pour modifier les modalités de fonctionnement d'un service public, particulièrement à la baisse. En pareil cas, le juge apprécie de manière vigilante la réalité de la pénurie invoquée. C'est en ce sens que s'est prononcée la cour administrative de Lyon dans l'arrêt *Commune de Chalon-sur-Saône* relatif aux menus de substitution dans les cantines scolaires⁵¹⁰. Les juges lyonnais ont en effet considéré que si les contraintes matérielles ou financières peuvent justifier le refus de fournir des repas de substitution dans les cantines scolaires, il n'en va pas de même lorsque la réalité de ces contraintes n'est pas démontrée. La formation de jugement a suivi les conclusions du rapporteur public Samuel Deliancourt qui relevait que les difficultés relatives au fonctionnement du service alléguées par la commune n'étaient pas établies, dans la mesure où la commune proposait de tels repas depuis 1984 sans qu'« aucune difficulté matérielle, technique ou financière »⁵¹¹ se soit présentée pendant toutes ces années. La cour a été expressément confirmée par le Conseil d'État sur ce point⁵¹².

Toutefois, si l'appréciation concrète des moyens administratifs permet de déceler leur existence et ainsi de contraindre l'Administratif à les mobiliser, elle s'avère néanmoins sensiblement réductrice dans la mesure où elle ne permet d'appréhender l'ensemble des possibilités de l'Administration.

⁵⁰⁸ TA Paris, ord., 12 sept. 2012, n°1216080/9, M. K.

⁵⁰⁹ CJUE, 3ème chambre, 4 avr. 2019, aff. C-501/17, *Germanwings GmbH contre Wolfgang Pauels*, (§19).

⁵¹⁰ CAA Lyon, 23 oct. 2018, n°17LY03323.

⁵¹¹ S. DELIANCOURT, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CAA Lyon, 23 oct. 2018, n°17LY03323, *Commune de Chalon-sur-Saône*.

⁵¹² « C'est par une appréciation souveraine non arguée de dénaturation, et en motivant suffisamment sur ce point son arrêt, que la cour a estimé que la commune de Chalon-sur-Saône ne démontrait pas que la mise en place de menus de substitution dans les cantines municipales avait entraîné par le passé des difficultés particulières au regard des principes mentionnés ci-dessus » (CE, 11 déc. 2020, n°426483, *Commune de Chalon-sur-Saône*, cons. n°9).

B. Le caractère réducteur de l'appréciation *in concreto* au préjudice de l'effectivité

Comme nous l'avons démontré plus haut, le juge apprécie dans chaque cas les possibilités concrètes d'action de l'Administration au regard de ses moyens. Ainsi, s'il relève concrètement des capacités d'actions inexploitées, il sanctionne la carence de l'Administration. Cependant, force est de constater que ces hypothèses demeurent en réalité minoritaires. La tendance actuelle est largement celle d'une pénurie généralisée de moyens à laquelle peu de droits reconnus aux administrés – si ce n'est aucun – ne peut se féliciter d'échapper. À ce titre, rares sont les affaires dans lesquelles le manque ou l'insuffisance de moyens n'est pas invoqué en défense par l'Administration pour justifier son inaction. De fait, le défaut de moyens immédiatement disponibles est fréquemment avéré. Qu'il suffise de citer les chiffres absolument éloquentes relatifs aux capacités d'hébergement d'urgence. Si l'on se réfère aux statistiques mises en avant par Pauline Parinet dans sa thèse, à partir des données de l'Observatoire national du 115, de la Fédération des acteurs de la solidarité et de la Cour des comptes, il en ressort que « 40 % des demandes ne donnent pas lieu à un hébergement le jour même de la demande [et] 40 % des personnes ayant appelé le 115 pour un hébergement en 2010 n'ont jamais été hébergées, ce que confirment des chiffres plus récents ». En outre, l'on dénombre seulement « 83 000 places disponibles » pour « 150 000 personnes sans abri »⁵¹³, soit une offre deux fois inférieure aux besoins. Le constat est saisissant. Le droit à un hébergement d'urgence se heurte à un manque incontestable de places disponibles dans les centres d'hébergement. Le Défenseur des droits, lui-même, déplore ce manque de moyens et ses conséquences sur l'effectivité des droits. Dans son rapport annuel de 2010, il a notamment souhaité attirer l'attention sur l'existence d'une distorsion « entre ce que dit la loi et les moyens mis en place pour satisfaire ses ambitions », dans la mesure où « la loi crée parfois des attentes ouvrant la voie à des droits sans donner pour autant les moyens d'y répondre »⁵¹⁴. Il regrette, ce faisant, que les droits des administrés soient davantage formels que réels.

Face à un tel état des lieux, l'on serait tenté de conclure à « l'impuissance quant aux moyens »⁵¹⁵ de l'Administration, pour reprendre les termes du professeur Étienne Picard. Ainsi, sommé de constater cette impuissance, le juge administratif se verrait lui-même « cantonné à l'impuissance »⁵¹⁶ à défaut de pouvoir reprocher à l'Administration de n'avoir pas fait, alors qu'elle ne pouvait pas, ni même de pouvoir l'enjoindre à l'impossible. Faut-il encore que cette impuissance soit *entièrement* avérée. Or, elle n'est que partiellement établie sous le prisme de l'appréciation *in*

⁵¹³ P. PARINET, *op. cit.*, p. 208.

⁵¹⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2010*, p. 23.

⁵¹⁵ É. PICARD, « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, 1999, p. 11.

⁵¹⁶ C. FRIEDRICH, art. préc., p. 1297.

concreto dans la mesure où le juge se borne à constater le défaut de moyens disponibles en l'état actuel des choses. Il ne conçoit ainsi les « *moyens à la disposition de l'Administration* » que dans un sens restrictif, en s'intéressant seulement aux moyens directement en mesure de rendre le droit de l'administré effectif, sans s'interroger sur les moyens indirects que l'Administration pourrait également mobiliser. Il n'envisage pas ses moyens *potentiels*, autrement dit ceux dont la destination première n'est pas d'assurer l'effectivité du droit concerné⁵¹⁷. Dans un contexte de pénurie, la prise en compte des seules possibilités d'action concrètes et immédiates de l'Administration ne va pas dans le sens d'une plus grande effectivité. Au contraire, la seule appréciation *in concreto* des moyens de l'Administration occulte un pan considérable de capacités d'action potentielles.

Au demeurant, il est indispensable de s'interroger sur les origines de l'impuissance de l'Administration. Or, l'appréciation concrète ne pose nullement la question de l'imputabilité de la faiblesse des moyens de l'Administration. Seules les affaires relatives aux marges de manœuvre dont elle dispose interrogent le caractère extérieur ou non de son manque de moyens. Cependant lorsqu'un manque de ressources matérielles est invoqué, la question de la défaillance fautive de l'Administration n'est pas posée. Il s'agit pourtant d'un enjeu majeur. Le moyen tiré de l'insuffisance des moyens ne peut être accepté et n'est acceptable que dans la mesure où cette insuffisance est indépendante de la volonté de l'Administration. En revanche, lorsque le manque de moyens est le résultat de ses propres négligences, il y a lieu de lui opposer l'adage en vertu duquel *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude).

Apparaissent ainsi de toute évidence les dérives d'une unique appréciation *in concreto*. Si la faiblesse des moyens de l'Administration est de nature à amoindrir l'intensité des obligations pesant sur elle, il en résulte logiquement qu'elle « *n'est guère incitée à s'en doter de plus amples, sauf à risquer l'intensification mécanique du lien d'obligation* »⁵¹⁸. La pénurie lui est bénéfique. Elle a tout intérêt à privilégier le *statu quo* et normaliser ce « *régime de pénurie* »⁵¹⁹. Force est de constater que ces dérives ont été largement décriées en doctrine. Ainsi, s'agissant de la prise en compte des moyens de l'Administration pour apprécier la faute du service public, le professeur Michel Paillet critique ce raisonnement qui conduit le juge à « *ériger les insuffisances des services publics en excuses absolutoires de la responsabilité* »⁵²⁰, évoquant même « *l'excuse incessante et paralysante de toute*

⁵¹⁷ La notion de « moyens potentiels » sera développée et illustrée dans la suite de nos développements. Voir *infra*, p. 133.

⁵¹⁸ C. ROUX, « Les moyens dont dispose l'Administration : ébauche et débauche d'un assouplissant », art. préc., p. 4.

⁵¹⁹ P. PARINET-HODIMONT, « Le référé-liberté face aux conditions de détention : la France doit revoir sa copie ! », *RDLF*, 2020, chron. n°25.

⁵²⁰ M. PAILLET, *op. cit.*, p. 157-158.

responsabilité administrative »⁵²¹. En référé-liberté, le professeur Olivier Le Bot déplore le fait que les moyens « *que se donne* »⁵²² l'Administration puissent servir de mesure de sa conduite à défaut d'un contrôle plus exigeant. Le professeur Gweltaz Éveillard, quant à lui, regrette que « *le droit se soumet[te] aux contraintes matérielles avec tous les risques inhérents que les pouvoirs publics ne fassent preuve d'aucune détermination particulière* »⁵²³. Finalement, la critique la plus emblématique est certainement celle formulée par le professeur André Demichel qui parle de « *self-service public* », en ce sens que « *ce n'est plus le service qui doit s'adapter aux besoins des usagers; ce sont les usagers qui doivent restreindre leurs besoins en fonction des moyens du service* »⁵²⁴.

Il en résulte que si la prise en compte des moyens immédiatement disponibles est nécessaire, elle doit néanmoins être complétée par la prise en compte des moyens potentiellement et normalement disponibles, afin de mettre à la charge de l'Administration une obligation de moyens plus exigeante au bénéfice d'une effectivité accrue des droits et libertés des administrés.

II. La conception exigeante de l'obligation de moyens : l'obligation de mobiliser les moyens potentiellement et normalement disponibles

En étant tenue de faire tout son possible, l'Administration est tenue de faire de son mieux. L'écueil principal est alors de déterminer dans quelle mesure l'on peut estimer que l'Administration a précisément fait de son mieux. Cette appréciation sera nécessairement abstraite dans la mesure où la conduite de l'Administration doit être mise en perspective avec un modèle d'administration idéale (A). Ce mode d'appréciation permet de mettre en évidence les moyens que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'Administration. Il permet plus largement d'apprécier les alternatives de cette dernière, précisément d'identifier les moyens qu'elle pouvait potentiellement déployer (B).

A. Une appréciation *in abstracto* nécessaire : la référence au standard de bonne administration

Les excès que présente l'appréciation *in concreto* aboutissent à réduire l'obligation de moyens à la simple prise en compte des contingences administratives, et partant, à la prévalence systématique des intérêts de l'Administration. Or, l'on constate que la jurisprudence administrative n'érige pas les

⁵²¹ M. PAILLET, *op. cit.*, p. 159.

⁵²² O. LE BOT, « Le droit à un hébergement d'urgence invocable en référé-liberté », *JCP-A*, fév. 2012, n°7, p. 3.

⁵²³ G. ÉVEILLARD, « L'office du juge du référé-liberté et la Convention européenne des droits de l'homme », note précitée.

⁵²⁴ A. DEMICHEL, « Vers le self-service public », *Recueil Dalloz*, 1970, chron. XVI, p. 80.

contraintes matérielles de l'Administration en excuses absolues. Elle fait montre au contraire d'un subtil équilibre, rétablissant les intérêts des administrés. Cet équilibre résulte d'un raisonnement intégrant des éléments d'abstraction dans l'appréciation de la conduite administrative. L'appréhension abstraite du comportement de l'Administration s'avère en réalité essentielle pour corriger les excès d'une appréciation *in concreto* exclusive.

Selon Noël Dejean de La Bâtie, l'appréciation *in abstracto* ne consiste pas « à juger dans l'abstrait sans tenir compte de la conjoncture singulière de l'espèce », mais elle vise à faire abstraction « des données particulières aux sujets en cause, non des circonstances qui leur sont extérieures et qui caractérisent une situation »⁵²⁵. Délaissant les données particulières de l'administration en cause, le juge apprécie alors la conduite de cette dernière en référence à un modèle « d'une administration normale qui fait preuve d'une bonne diligence »⁵²⁶. En d'autres termes, il se réfère à un standard de « bonne administration », également qualifié de « bon service public ». Partant, les éléments d'abstraction utilisés par le juge dans son appréhension de la conduite administrative profitent davantage aux administrés, en ce qu'il s'agit d'évaluer la suffisance ou l'insuffisance de l'action de l'Administration par référence à un modèle. Tel est le raisonnement suivi par la cour administrative d'appel de Nantes dans l'arrêt *Centre hospitalier de Ploërmel*. Dans cette affaire relative à des complications survenues à la suite d'un accouchement, la cour s'est attachée à vérifier la conformité du comportement du médecin obstétricien « aux pratiques obstétricales françaises », se référant ainsi au modèle du « bon » médecin obstétricien. Constatant la conformité de la conduite du médecin, elle a écarté la responsabilité du centre hospitalier compte tenu de l'insuffisance des moyens humains et techniques dont il disposait⁵²⁷. L'on remarque ainsi que l'utilisation du standard de bonne administration permet de déterminer si l'Administration peut légitimement se prévaloir de ses contraintes matérielles.

À cet égard, force est de constater que l'obligation de moyens, telle qu'elle est née et a été pensée en droit civil par Demogue, est étroitement liée au standard de normalité. C'est précisément sur le fondement de l'ancien article 1127 du Code civil, qui précisait que l'obligation de conservation d'une chose « soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille », que l'obligation de moyens a été formulée. À ce titre, en droit civil, les obligations de moyens sont appréhendées sous le prisme du traditionnel standard du « bon père de famille », devenu celui de « la personne raisonnable ». De même, en droit administratif, la conduite de l'Administration est parfois

⁵²⁵ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation « in abstracto » et appréciation « in concreto » en droit civil français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1965, p. 3. Cité par P. PARINET, *op. cit.*, p. 170.

⁵²⁶ P.-É. DU CRAY, art. préc.

⁵²⁷ CAA Nantes, 24 nov. 2011, n°09NT01644, *Centre hospitalier de Ploërmel*.

appréhendée par référence au modèle d'une administration raisonnable, d'une bonne administration. Ce mode d'appréciation a pour effet de relever le niveau d'exigences attendues de l'Administration, en mettant notamment en exergue un seuil d'action minimal exigé, et, plus exactement, un seuil minimal de moyens dont l'Administration doit disposer pour mener à bien ses missions. La référence au modèle de bonne administration permet ainsi au juge de déceler le caractère fautif ou non de l'insuffisance des moyens. De cette manière, il cherche à établir si l'Administration aurait pu disposer de moyens davantage conséquents si elle avait été plus diligente. Tel est par exemple le raisonnement poursuivi par le juge administratif en matière de responsabilité des services de lutte contre les incendies. Dans l'arrêt *La Fortune*⁵²⁸, si le juge prend en considération les « *moyens de lutte réduits* » de la commune qui ne comprend que 600 habitants, au terme d'une appréciation concrète, il engage néanmoins la responsabilité de cette dernière du fait de la défaillance mécanique de la moto-pompe. Le dysfonctionnement du service de lutte contre les incendies est ainsi dénoncé comme inadmissible. La défaillance de matériels essentiels pour lutter contre le feu ne correspond pas, aux yeux du juge, au fonctionnement normal d'un tel service⁵²⁹. En d'autres termes, ces défaillances matérielles sont considérées comme « *étant par elle[s]-même[s] fautive[s] au regard de l'obligation de faire fonctionner [normalement] les services publics* »⁵³⁰.

Ainsi, le standard de bonne administration permet d'apprécier le degré de moyens qu'il convient d'exiger d'une administration. En responsabilité hospitalière par exemple, si le juge administratif peut prendre en considération la faiblesse des moyens de l'établissement hospitalier pour écarter sa responsabilité, il n'en demeure pas moins que lorsque ce dernier « *descend au-dessous du seuil de ce que l'on peut attendre, du point de vue de ses moyens, d'un tel établissement pour de telles affections, le Conseil d'État n'hésite pas à consacrer la faute* »⁵³¹. Tel est également le raisonnement observé par le juge s'agissant de l'obligation d'entretien normal des ouvrages publics. Si l'entretien normal se définit comme celui qui « *assure au public un usage de l'ouvrage conforme à sa destination* »⁵³², son appréciation s'effectue alors *in concreto* dans la mesure où elle dépend des particularités propres à chaque ouvrage public, précisément de sa destination propre. Pourtant cette définition n'évince pas *ipso facto* une appréciation *in abstracto*, puisqu'« *elle initie à l'idée qu'il peut y avoir des variations d'exigence selon la destination particulière de chaque ouvrage* »⁵³³. Ce faisant, le défaut d'entretien normal s'apprécie en référence à un modèle-type de bon gestionnaire pour telle

⁵²⁸ CE, 20 nov. 1968, n°71535, *La Fortune*.

⁵²⁹ Voir dans le même sens : CE, 8ème et 9ème sous-sections réunies, 29 avr. 1998, n°164012 ; CAA Lyon, 3ème chambre, 21 fév. 2013, n°12LY00301.

⁵³⁰ Y. GAUDEMET, « La responsabilité de l'Administration du fait de ses activités de contrôle », in *Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 566.

⁵³¹ S. RIALS, *op. cit.*, p. 334.

⁵³² CE, 21 mai 1930, *Consorts Lussagnet*.

⁵³³ S. RIALS, *op. cit.*, p. 330.

destination d'ouvrage. Il mesure de cette manière la suffisance des moyens mobilisés par le gestionnaire pour prévenir un danger. Ainsi, constitue un défaut d'entretien normal l'absence de mesures de signalisation du danger sur une route nationale faisant l'objet de chutes de pierres fréquentes et connues des services chargés de son entretien⁵³⁴. Il met ainsi en exergue qu'un gestionnaire diligent n'aurait pas commis cette faute. À l'inverse, lorsque le juge constate que le gestionnaire a fait preuve d'une particulière diligence, il écarte le défaut d'entretien normal⁵³⁵. Ainsi, « *le juge considère que l'on peut attendre d'un service local tel degré de moyens et pas tel autre, et que le bon emploi de moyens limités, mais réputés suffisants à un tel niveau [...] établit l'entretien normal* »⁵³⁶.

Finalement, c'est par la référence à l'organisation du service que l'appréciation *in abstracto* de la conduite administrative est sans doute la plus évidente. Si l'appréciation concrète permet de mettre en évidence la faiblesse des moyens à la disposition de l'Administration, l'appréciation abstraite permet de déterminer précisément si cette faiblesse n'est pas le fait d'une mauvaise organisation de l'Administration qui ne peut être imputée qu'à elle-même. En d'autres termes, elle révèle que le manque de moyens est la conséquence d'une mauvaise organisation et constitue, ce faisant, « *une importante limite à l'effet absolu des paramètres concrets précédemment envisagés* »⁵³⁷. À titre d'exemple, dans une affaire relative à la surveillance de la baignade dans une piscine municipale, le Conseil d'État a estimé que le manque de personnels de surveillance pour faire respecter effectivement une interdiction de baignade ne pouvait exonérer la commune de sa responsabilité, du fait de la survenance d'un accident, dès lors que ce manque de moyens humains était dû à une mauvaise organisation du service. Bien au contraire, cette mauvaise organisation constitue une faute de nature à engager sa responsabilité⁵³⁸. De cette façon, le juge administratif se montre plus exigeant dans l'appréciation du respect de l'obligation de moyens pesant sur l'Administration.

Ainsi, la référence au standard de bonne administration permet au juge de réserver le bénéfice de la limite relative au manque de moyens aux seuls cas légitimes. Si cette démarche s'inscrit de toute

⁵³⁴ CE, 2ème et 6ème sous-sections réunies, 3 nov. 1972, n°83338.

⁵³⁵ Voir par exemple l'arrêt CE, 5ème et 3ème sous-sections réunies, 5 oct. 1973, n°85272, *Société française des papiers peints*, dans lequel le juge a considéré que « *le service local des ponts et chaussées, qui avait engagé tous les moyens dont il disposait pour répondre à plusieurs demandes d'intervention et qui d'ailleurs n'avait pas été averti, avant l'accident, de l'état de la chaussée dans la traversée du tillet, n'a pas eu la possibilité matérielle, dans le laps de temps qui s'est écoulé entre le moment où s'est formée la couche de boue et l'heure de l'accident, de débayer la route ou de signaler aux usagers de celle-ci la présence de cet obstacle* ».

⁵³⁶ S. RIALS, *op. cit.*, p. 332.

⁵³⁷ M. PAILLET, *op. cit.*, p. 162.

⁵³⁸ CE, 5ème et 3ème sous-sections réunies, 9 juil. 1975, n°92412.

évidence dans le sens d'une meilleure effectivité des droits et libertés des administrés, il est au demeurant nécessaire de vérifier si l'Administration n'avait pas la possibilité de mobiliser d'autres moyens, auxquels elle n'a pas pensé, qui se trouvaient en nombre suffisant.

B. Un contrôle comparatif nécessaire : l'examen des alternatives

Le juge administratif se montre traditionnellement réticent à l'idée d'apprécier les choix effectués par l'Administration, en particulier en termes de moyens, de méthodes. Que l'on songe à nouveau à la jurisprudence *Thouzellier*⁵³⁹ et au choix du fondement de la responsabilité de l'Administration : le choix de méthodes dangereuses n'a pas été sanctionné sur le fondement de la faute, mais sur celui du risque. L'on constate, de manière générale, que le juge administratif se garde bien volontiers d'apprécier les alternatives qui se sont présentées à l'Administration. En atteste notamment le contrôle du juge en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Dans le cadre du contrôle du bilan⁵⁴⁰, c'est-à-dire dans la pesée des avantages et des inconvénients de l'opération projetée, le juge se refuse d'apprécier « *le choix retenu [par l'Administration] au regard des alternatives potentielles* »⁵⁴¹. Ce refus d'approfondir le contrôle de nécessité se retrouve également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, par sa formule emblématique en vertu de laquelle il ne dispose pas d'un *pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement*. Néanmoins, il convient de relever que toutes ces hypothèses sont relatives à l'appréciation de mesures au regard de leur caractère contraignant pour les droits et libertés. Or, la réticence du juge administratif à opérer un contrôle comparatif se retrouve aussi lorsqu'il s'agit d'apprécier la conduite administrative en prenant en compte les moyens à sa disposition. Dans ce cadre, le juge refuse généralement de s'interroger sur les moyens que l'Administration aurait potentiellement pu mobiliser afin de garantir l'effectivité des droits et libertés.

Pourtant, force est d'admettre que se borner à constater la pénurie de moyens immédiatement disponibles n'est pas de nature à favoriser l'effectivité des droits des administrés. En effet, si la pénurie de moyens précisément destinés à garantir l'effectivité de tel droit est avérée, cette même effectivité commande de rechercher si d'autres moyens pourraient être potentiellement déployés à cette fin. L'on constate en réalité que la jurisprudence administrative est aléatoire en la matière. La

⁵³⁹ CE, Sect., 3 fév. 1956, *Ministre de la Justice contre Thouzellier*.

⁵⁴⁰ Ce contrôle a été initié par l'arrêt CE, Ass., 28 mai 1971, n°78825, *Ville Nouvelle-Est* en vertu duquel « *une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* ».

⁵⁴¹ C. ROUX, « L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par le Conseil d'État », in V. GOESEL-LE BIHAN (dir.), *La garantie des libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?*, Colloque Lyon 2, 7 décembre. 2018, publié sur <https://transversales.org>, p. 95.

réticence du juge ne s'observe pas dans les mêmes proportions en fonction du contentieux. En effet, les juges du fond semblent davantage enclins à s'intéresser aux moyens potentiels de l'Administration. À titre d'exemple, dans ses conclusions sous l'arrêt *Commune de Besançon*, le rapporteur public Raphaël Chambon invitait la formation de jugement à interpréter l'article L. 131-13 du Code de l'éducation, consacrant le droit d'inscription à la cantine des écoles primaires pour tous les enfants scolarisés, comme mettant à la charge de l'Administration une obligation de moyens dans la mesure où la saturation de ses capacités d'accueil est de nature à justifier un refus d'accueil de l'enfant. Cependant, le rapporteur public insistait sur le fait que cette limite relative aux contraintes matérielles doit être interprétée strictement, en ce que le juge doit contrôler de manière vigilante la réalité de la saturation matérielle au regard des alternatives potentielles. Il devra ainsi être particulièrement attentif aux « *solutions pragmatiques* » qui permettraient d'accueillir tous les enfants en faisant la demande, qu'il s'agisse de l'« *organisation de plusieurs services, [l']installation de préfabriqués dans l'attente de travaux d'élargissement pérenne des lieux de restauration, etc.* »⁵⁴². Si le rapporteur public a été suivi par la formation de jugement sur le point de mettre à la charge de l'Administration une obligation de moyens, elle ne s'est cependant pas prononcée s'agissant de l'invitation à procéder à un contrôle comparatif dans la mesure où elle s'est contentée de casser l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy en ce qu'il faisait peser sur l'Administration une obligation de résultat. Cependant, force est de constater que la doctrine organique, dans son commentaire de l'arrêt, a fait sien le raisonnement exposé par le rapporteur public. À ce titre, les deux maîtres des requêtes commentateurs de la décision relèvent que « *la circonstance que le Conseil d'État, qui pourtant avait diligenté une mesure d'instruction, ait fait le choix de renvoyer, après cassation, l'affaire à la cour de Nancy, pour que le juge d'appel sollicite davantage d'éléments factuels et qu'une discussion contradictoire s'engage entre les parties sur ce point* » leur « *semble plaider dans le sens* » de l'exigence d'un contrôle des alternatives potentielles de l'Administration⁵⁴³.

En revanche, dans le contentieux de l'urgence, le juge des référés semble davantage réticent à l'idée d'exiger de l'Administration une certaine capacité d'« *adaptabilité* »⁵⁴⁴, notamment le juge du référé-liberté. En réalité, la jurisprudence est loin d'être uniforme en la matière. Ainsi, dans l'ordonnance *Fofana*⁵⁴⁵, par laquelle le juge des référés-liberté reconnaît en tant que liberté fondamentale le droit à un hébergement d'urgence, le juge des référés a porté un regard attentif aux

⁵⁴² R. CHAMBON, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 4ème et 1ère chambres réunies, 22 mars 2021, n°429361, *Commune de Besançon*.

⁵⁴³ C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « La faim justifie-t-elle les moyens ? », Note sous l'arrêt CE, 4ème et 1ère chambres réunies, 22 mars 2021, n°429361, *Commune de Besançon*, *AJDA*, 10 mai 2021, n°17, p. 964.

⁵⁴⁴ R. CHAMBON, Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 4ème et 1ère chambres réunies, 22 mars 2021, n°429361, *Commune de Besançon*.

⁵⁴⁵ CE, ord., 10 fév. 2012, n°356456, *Fofana*.

« *moyens supplémentaires* » déployés par l'Administration, notamment au recours à l'hébergement hôtelier. Dès lors, la diligence de l'Administration pour assurer l'effectivité du droit à un hébergement d'urgence se mesure à l'aune des efforts qu'elle a accomplis pour dépasser l'insuffisance des places disponibles dans les centres d'hébergement. Pourtant, si le juge semble disposer à « *exiger de l'administration qu'elle ait davantage d'imagination dans l'utilisation de ses moyens, [afin de] compenser un manque de moyens essentiels en la matière* »⁵⁴⁶, l'on peut néanmoins regretter que le contrôle des moyens potentiels de l'Administration ne soit pas davantage approfondi en la matière et se réduise trop souvent au seul hébergement hôtelier. En effet, la carence de l'Administration à mettre à disposition un hébergement d'urgence est fréquemment écartée dans la mesure où le juge constate que cette dernière a tenté d'augmenter les capacités d'hébergement en recourant à l'hébergement hôtelier⁵⁴⁷. Or, le droit à un hébergement d'urgence est particulièrement propice à l'imagination dans la mesure où un manque de places disponibles en structures d'hébergement pourrait être comblé par l'« *utilisation de locaux administratifs inoccupés, [le] déploiement de lits dans les gymnases, [la] réquisition de logements* », « *et ce le jour même* »⁵⁴⁸. La justification de l'ineffectivité du droit à un hébergement d'urgence sera de cette manière plus contraignante pour l'Administration.

Aussi, l'on remarque que certaines libertés fondamentales se prêtent davantage au contrôle comparatif. À titre d'exemple, si le juge du référé-liberté s'attache à la « *réactivité* » de l'Administration « *pour réduire au plus court le délai de mise à disposition d'un auxiliaire de vie scolaire* »⁵⁴⁹ s'agissant du droit à l'instruction des enfants handicapés, l'absence immédiate d'auxiliaire de vie scolaire ne peut être comblée par la mise en œuvre d'autres moyens dans la mesure où la « *fourniture d'une telle prestation suppose une politique du moyen terme : il faut anticiper les besoins, former les [auxiliaires de vie scolaire] et les recruter* »⁵⁵⁰. Partant, le contrôle des moyens potentiellement mobilisables par l'Administration pour assurer l'effectivité des droits et libertés nécessite d'opérer une différenciation entre ces droits, non pas en fonction de leur nature (droits-libertés ou droits-créances notamment), mais de manière casuistique en fonction du droit précisément concerné par la situation d'espèce. Ainsi, s'agissant de l'effectivité du droit à la vie, dans une affaire relative à la carence de l'autorité de police administrative pour réduire les risques d'attaques de

⁵⁴⁶ P. PARINET, *op. cit.*, p. 200.

⁵⁴⁷ Voir par exemple : CE, Sect., 13 juil. 2016, n°400074, *Ministère des Affaires sociales et de la Santé* : en l'espèce, la carence de l'Administration est écartée compte tenu des « *efforts très conséquents pour accroître les capacités d'hébergement d'urgence dans le département du Puy-de-Dôme au cours des années récentes et, pour faire face à l'insuffisance des places disponibles compte tenu de l'augmentation du nombre de demandes, a également recours de façon importante à l'hébergement hôtelier* » (cons. n°6) ; CE, 21 juil. 2017, n°412666, *M. D. et Mme C.* : « *l'État a accompli des efforts très importants pour accroître les capacités d'hébergement d'urgence dans le département du Bas-Rhin au cours des années récentes, que, pour faire face à l'insuffisance des places disponibles compte tenu de l'augmentation du nombre des demandes, il a recouru de façon importante à l'hébergement hôtelier* » (cons. n°4).

⁵⁴⁸ O. LE BOT, « Le droit à un hébergement d'urgence invocable en référé-liberté », note précitée.

⁵⁴⁹ O. LE BOT, « Référé-liberté et égal accès à l'éducation pour l'enfant atteint d'un handicap », Note sous l'ordonnance CE, 15 déc. 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale contre Peyrilhe, Petites Affiches*, 1^{er} avr. 2011, n°65, p. 7.

⁵⁵⁰ O. LE BOT, « Le droit à un hébergement d'urgence invocable en référé-liberté », art. préc., p. 3.

requins à la Réunion, le juge des référés a pu se livrer à un long examen des alternatives qui se présentaient à l'Administration⁵⁵¹.

Néanmoins, si la diligence de l'Administration se mesure au regard de la suffisance des moyens dont elle dispose et de l'ampleur de ceux qu'elle mobilise afin d'assurer l'effectivité des droits et libertés des administrés, l'appréciation de sa conduite sur un plan uniquement quantitatif s'avère insuffisant. L'obligation de moyens exige en outre le déploiement de certains moyens *propres à assurer l'effectivité* du droit concerné. En d'autres termes, il ne suffit pas que l'Administration déploie n'importe quel moyen, mais elle doit veiller à mettre en œuvre des moyens adéquats.

Section 2 : Obligation de moyens et adéquation des moyens mobilisés

Si la référence au standard de bonne administration permet de déceler l'insuffisance fautive des moyens à la disposition de l'Administration, elle permet également d'apprécier la qualité de la conduite administrative (I). Il apparaît ainsi que l'obligation de moyens, contrairement à ce qu'elle laisse penser intuitivement, n'est pas étrangère à l'appréciation qualitative de la conduite administrative. Bien au contraire, elle met à la charge de l'Administration une obligation de déployer des moyens adéquats pour assurer l'effectivité du droit concerné. La fin n'étant absolument pas déconnectée des moyens, il s'ensuit que la distinction entre obligation de moyens et de résultat tend à s'effacer (II).

I. L'approche qualitative de la conduite de l'administration par la référence au standard de bonne administration

Soumise à une obligation de moyens, l'Administration est tenue de mettre en œuvre tous les moyens dont elle dispose pour garantir l'effectivité des droits et libertés des administrés. La formulation de cette obligation ne doit cependant pas tromper. Tous les moyens de l'Administration ne sont pas en mesure d'assurer n'importe quel droit. Seuls certains moyens, du fait de leurs caractéristiques, sont de nature à rendre le droit concerné effectif. Ce faisant, le contrôle de

⁵⁵¹ Le juge a ainsi pu considérer qu'« il résulte de l'instruction, notamment des études comparatives internationales, que les risques d'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle des baigneurs ou des pratiquants de sports nautiques à la suite d'attaques de requins peuvent être réduits, par tout ou partie des mesures suivantes : interdiction ou limitation de toutes les activités de loisirs nautiques ou de certaines d'entre elles dans les zones à risques ; signalisation de ces zones très visible et explicite sur les risques exceptionnels encourus en cas de non-respect de la réglementation et information générale des publics concernés susceptibles d'accéder à ces zones ; mise en place de dispositifs de surveillance des requins et d'alerte des personnes dans les zones où se pratiquent ces activités, lorsqu'elles ne sont pas interdites ; installation d'équipements faisant obstacle à l'entrée des requins dans des espaces ainsi sécurisés ou assurant leur pêche sélective [...] » (CE, ord., 13 août 2013, n°370902, Commune de Saint-Leu, cons. n°8).

l'obligation de moyens implique l'examen de l'adéquation des moyens déployés par l'Administration (A). Si cette appréciation doit s'effectuer par référence à ce qu'aurait fait une « bonne administration », ce standard est modelé par le juge par lui-même. Ce faisant, la rareté des jurisprudences faisant état d'une appréciation qualitative de la conduite administrative par la référence au modèle de bonne administration, s'explique certainement par la volonté du juge de ne pas se faire administrateur (B).

A. L'obligation de mobiliser des moyens propres à rendre le droit concerné effectif

Si le droit à une scolarisation adaptée des enfants handicapés se prête mal à un contrôle de type comparatif, c'est précisément parce que bien souvent seule la mise à disposition d'auxiliaires de vie scolaire est de nature à leur garantir une scolarisation adaptée. À travers cet exemple, l'on aperçoit que la question de l'adéquation des moyens aux droits concernés est intégrée dans le raisonnement du juge du référé-liberté. En attestent notamment les ordonnances dans lesquelles le juge des référés a fait application de la jurisprudence *Syndicat CFDT Interco 28*. Si le juge du référé-liberté ne peut, en principe, prononcer que des mesures à caractère provisoire, il pourra, par exception, prononcer des mesures définitives si ces dernières constituent le seul moyen de protéger la liberté fondamentale en cause⁵⁵². Ainsi, en dépit de la démission de l'auxiliaire de vie scolaire mis à la disposition de l'enfant des requérants, et de l'impossibilité alléguée par l'Administration de procéder immédiatement à son remplacement, le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier a pu enjoindre à l'Administration d'affecter un nouvel auxiliaire de vie scolaire⁵⁵³. Relevons à cet égard que « *six jours après le prononcé de la décision, le magistrat a reçu de l'Administration une copie du contrat de recrutement d'un auxiliaire de vie scolaire mis à la disposition [de l'enfant]* »⁵⁵⁴. Dans le même sens, et de manière expresse, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a considéré, à propos d'un enfant pour qui l'accompagnement d'un auxiliaire de vie scolaire était insuffisant au regard de son handicap, que « *seul le renouvellement d'une affectation en classe ULIS [Unités localisées pour l'inclusion scolaire] [était] de nature à faire disparaître les effets de l'atteinte [à son droit] de bénéficier d'une scolarisation adaptée* ». Ce faisant, le juge enjoint l'Administration à procéder à une telle affectation, en dépit du manque de places disponibles allégué⁵⁵⁵. Une fois encore, dans cette affaire, « *l'enfant a reçu dès le lendemain une notification d'affectation* »⁵⁵⁶. L'on

⁵⁵² CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 31 mai 2007, n°298293, *Syndicat CFDT Interco 28*.

⁵⁵³ TA Montpellier, ord., 12 janv. 2011, n°1100063.

⁵⁵⁴ O. LE BOT, « Référé-liberté et égal accès à l'éducation pour l'enfant atteint d'un handicap », Note sous l'ordonnance CE, 15 déc. 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale contre Peyrilhe, Petites Affiches*, 1^{er} avr. 2011, n°65, p. 5.

⁵⁵⁵ TA Melun, ord., 28 sept. 2017, n°1707537.

⁵⁵⁶ T. BOMPARD, « Le droit à l'éducation », in S. BRIMO et C. PAUTI (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 51.

remarque alors, comme le souligne le professeur Le Bot, « *qu'en contraignant l'administration à agir plutôt qu'en cédant devant le fait accompli, celle-ci est en capacité de mobiliser très rapidement les moyens nécessaires à l'effectivité du droit à l'éducation* »⁵⁵⁷. Ces exemples témoignent du fait que seuls certains moyens sont en réalité de nature à garantir l'effectivité du droit en cause. Partant, l'adéquation des moyens est un critère primordial pour assurer l'effectivité des droits des administrés.

En exigeant de l'Administration qu'elle mette en œuvre les moyens propres à garantir l'effectivité du droit en question, le juge apprécie en réalité sa conduite au regard du modèle de bonne administration, étant ici entendue comme celle déployant des moyens adéquats pour atteindre le but visé. En ce sens, et comme le souligne Rhita Bousta dans sa thèse, « *la notion de bonne administration entretient [...], tout en s'en distinguant, un lien certain avec la proportionnalité* »⁵⁵⁸. En quelque sorte, les fins recherchées vont déterminer les caractéristiques exigibles des moyens⁵⁵⁹. La bonne administration correspond ainsi à celle mobilisant les bons moyens pour atteindre le résultat visé. Elle n'est pas synonyme de bon résultat⁵⁶⁰.

En dehors du contentieux de l'urgence, la jurisprudence administrative offre des illustrations de cette idée, formulée par le professeur Robert-Édouard Charlier, selon laquelle l'« *essentiel de l'État [réside] dans la fonction publique de service des fins par une organisation adéquate* »⁵⁶¹. Ainsi, dans le contentieux du fond, la nécessaire adéquation des moyens transparaît par exemple dans la jurisprudence relative aux services de lutte contre les incendies. Le Conseil d'État a ainsi pu considérer, dans une affaire dans laquelle les secours n'avaient pas pu réanimer une victime⁵⁶², que leur retard pour parvenir jusqu'à cette dernière était dû à l'utilisation de moyens inadaptés – en l'espèce, le déploiement de la grande échelle – au regard de « *la faible hauteur à laquelle [elle se trouvait]* »⁵⁶³. Ce faisant, il conclut que le « *déroulement des opérations de sauvetage doit être*

⁵⁵⁷ O. LE BOT, « Référé-liberté et égal accès à l'éducation pour l'enfant atteint d'un handicap », art. préc., p. 5.

⁵⁵⁸ R. BOUSTA, *op. cit.*, p. 171.

⁵⁵⁹ Selon le professeur Valérie Goesel-Le Bihan, « *le contrôle de proportionnalité consiste [...] à emprunter le chemin inverse qui, à partir des fins ainsi déterminées, va rechercher si les moyens mis en œuvre sont en relation suffisante avec elles. En d'autres termes, certaines caractéristiques des moyens employés déterminent les fins admissibles qui, elles-mêmes, dans un mouvement de rétroaction qui nous semble constitutif de la proportionnalité, déterminent les caractéristiques admissibles de ces moyens* » (V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par le Conseil constitutionnel », in V. GOESEL-LE BIHAN (dir.), *La garantie des libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?*, Colloque Lyon 2, 7 décembre. 2018, publié sur <https://transversales.org>, p. 48).

⁵⁶⁰ Voir notamment R. BOUSTA, *op. cit.*, p. 173-174 : l'auteur met en évidence le fait que la focalisation principale de la notion de bonne administration est opérée sur les moyens. Ce faisant, « *si les résultats ne peuvent être ignorés* » (p. 173), ils ne sont pas l'objet premier de cette notion.

⁵⁶¹ R.-É. CHARLIER, *L'État et son Droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, coll. « Politique comparée », 1984, p. 10. Cité par R. BOUSTA, *op. cit.*, p. 171.

⁵⁶² CE, 3ème et 5ème sous-sections réunies, 29 déc. 1999, n°197502.

⁵⁶³ Le Conseil d'État relève en l'espèce que « *les services de secours ont décidé, alors même que la fenêtre permettant leur évacuation n'était située qu'à quatre mètres du sol, d'utiliser l'échelle pivotante automatique qui avait servi à*

regardé comme entaché d'erreurs constitutives d'une faute de nature à engager la responsabilité de [l'Administration] ». Il en résulte que si les services de lutte contre les incendies et de secours ne sont pas soumis à une obligation de résultat du fait de la difficulté de leurs missions, il n'en demeure pas moins que le juge exige la mise en œuvre de moyens adéquats pour accomplir les opérations de sauvetage. Tel est également le raisonnement suivi par le juge administratif s'agissant des obligations incombant au médecin. S'il n'est pas tenu à une obligation de résultat en matière de guérison de ses patients, il doit cependant mettre en œuvre les techniques et les connaissances les plus adéquates à l'état de santé de son patient. L'adéquation des méthodes et des techniques mobilisées par les établissements hospitaliers se mesure ainsi au regard de l'état de la science en matière médicale. Ainsi, la responsabilité d'un établissement hospitalier a pu être engagée à raison de l'administration d'un traitement médicamenteux « *dont les dangers pour la vision des patients étaient connus à l'époque* »⁵⁶⁴. De même, le défaut d'éclairage adapté dans un bloc d'opération, « *obligeant le chirurgien à rapprocher un projecteur au point de brûler la joue du patient qu'il opère* »⁵⁶⁵, a pu être considéré comme fautif et de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier⁵⁶⁶. L'exigence d'adéquation des moyens est en outre particulièrement saisissante dans le contentieux relatif à la protection de l'environnement. Ainsi, l'obligation de moyens résultant de l'article 23 § 1 de la directive *Air pur pour l'Europe*⁵⁶⁷, transposé à l'article L. 222-4 du Code de l'environnement, en vertu de laquelle le dépassement des valeurs limites impose, quel que soit le polluant, l'adoption d'un plan prévoyant les mesures *appropriées* pour que la période de dépassement soit la plus courte possible, est appréciée par le juge administratif par le biais d'un examen casuistique de l'adéquation du plan pour réduire le plus possible la période de dépassement⁵⁶⁸.

Néanmoins, si l'effectivité des droits et libertés commande à l'Administration de déployer des moyens adéquats, l'on remarque tout de même, et ce en dépit des exemples précédemment développés, une certaine prudence du juge administratif à enjoindre l'Administration de suivre un modèle de bonne administration qu'il détermine lui-même, par peur de s'ériger en juge-administrateur.

combattre l'incendie ; que cette manœuvre, qui a nécessité l'installation d'une nacelle sur l'échelle pivotante, a contraint les sauveteurs à maintenir le jeune Jérôme X..., inanimé, au bord de la fenêtre du premier étage pendant quatorze minutes ; qu'à son arrivée au sol, l'intéressé n'a pu être réanimé malgré les soins qui lui ont été prodigués ».

⁵⁶⁴ CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, 25 juil. 1986, n°65859, *Centre hospitalier régional de Saint-Étienne*.

⁵⁶⁵ J.-P. MARKUS, art. préc.

⁵⁶⁶ CE, 11 oct. 1985, n°35202, *Époux Louvion*.

⁵⁶⁷ Directive n°2008/50/CE.

⁵⁶⁸ CE, 6^{ème} et 1^{ère} chambres réunies, 12 juil. 2017, n°394254.

B. La limitation de l'effectivité par la critique du juge-administrateur

En expliquant à l'Administration quels moyens auraient dû être mobilisés, et, ce faisant, quelle était la bonne façon d'administrer, le juge risque de se faire administrateur. Refusant un tel statut, l'on constate qu'il préférera, dans la plupart des cas, ne pas renforcer l'obligation pesant sur l'Administration par la référence au standard de bonne administration en exigeant la mobilisation de moyens adéquats (1). Pourtant, une telle autolimitation s'avère contestable au regard, non seulement du rôle primordial de l'injonction dans l'effectivité, mais surtout à l'absence de lien absolu entre enjoindre et administrer (2).

1. L'injonction de suivre un modèle de bonne administration forgé par le juge

La proximité historique entre l'Administration et le juge administratif a conduit ce dernier, dans son processus d'indépendance et d'autonomie, à s'en distancier tout en restant suffisamment proche. Ce subtil équilibre postulé par le « *principe de séparation du juge administratif et de l'administration* »⁵⁶⁹ a longtemps justifié le refus du juge administratif d'adresser des injonctions à l'Administration, au point de lui valoir la comparaison à un « *faible sachem [...] sûr de n'être pas désobéi dès lors qu'il ne commandait rien* »⁵⁷⁰. S'il s'est vu conférer un pouvoir d'injonction par la loi en 1995⁵⁷¹, la prudence du juge administratif à se faire administrateur par son pouvoir d'injonction demeure. À cet égard, il n'est pas insignifiant de relever que les espèces précédemment évoquées dans lesquelles ont été enjointes la mise à disposition d'un auxiliaire de vie scolaire et l'affectation d'un enfant en classe ULIS relevaient d'ordonnances de tribunaux administratifs. À notre connaissance, le juge des référés du Conseil d'État n'a jamais fait valoir, en la matière, l'exception du caractère provisoire des mesures prononcées afin d'ordonner le déploiement de moyens adéquats. À ce titre, relevons la similitude des circonstances dans l'affaire *Peyrille* jugée par le Conseil d'État⁵⁷², par laquelle il refuse d'enjoindre la mise à disposition d'un auxiliaire de vie scolaire, et l'affaire *Pegliasco* jugée par le tribunal administratif de Marseille⁵⁷³, par laquelle le juge des référés enjoint une telle mise à disposition. Dans ces deux affaires, les juges des référés ont en effet relevé que l'absence d'un auxiliaire de vie scolaire avait pour conséquence que l'enfant demeurait certes scolarisé, mais dans des conditions difficiles ; admettant ainsi implicitement l'absence de scolarisation adaptée. La réticence du juge des référés du Conseil d'État à enjoindre la mise à

⁵⁶⁹ A. PERRIN, *op. cit.*, p. 589.

⁵⁷⁰ J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Recueil Dalloz*, 1962, chron. VI, p. 39.

⁵⁷¹ Loi n°95-125 du 8 fév. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

⁵⁷² CE, ord., 15 déc. 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale contre Peyrille*.

⁵⁷³ TA Marseille, ord., 21 déc. 2010, n°1008137, *Pegliasco*.

disposition de moyens adéquats peut s'expliquer par le fait que le caractère adéquat des moyens est lui-même estimé par le juge au regard de ce qu'il considère comme témoignant d'une bonne administration. Comme le soulignait le professeur Robert-Édouard Charlier, l'adaptation des moyens aux fins est au cœur de la notion d'administration. Ce faisant, exiger tels moyens peut s'apparenter à une tentative du juge de s'immiscer dans la gestion administrative, voire de se substituer à elle dans sa gestion ; « *les motivations du juge [correspondant] à celles d'un administrateur soucieux du bon fonctionnement du service public* »⁵⁷⁴. Mais l'assimilation du juge à un administrateur est manifestement à relativiser.

2. Une critique à relativiser : l'absence de lien absolu entre enjoindre et administrer

La critique du juge-administrateur pourrait être relativisée d'abord en ce qu'elle constitue une fausse critique particulièrement au regard de l'office particulier du juge du référé-liberté. L'on pourrait considérer, à ce titre, à l'image de Bernard Stirn, que « *le juge des référés est largement un administrateur, [dans la mesure où] il a des dossiers qui sont tous frais, avec des questions qui viennent de se poser et qui se posent encore devant l'Administration* »⁵⁷⁵. Pour d'autres, comme Clément Friedrich, l'anticipation « *des réticences de l'administration en se réfrénant* » serait la marque d'un véritable juge-administrateur⁵⁷⁶. À notre sens, c'est davantage l'absence de lien absolu entre enjoindre et administrer, quel que soit le contentieux envisagé, qui permet de tempérer voire d'écarter la critique du juge-administrateur. Depuis 1995 et la reconnaissance légale d'un pouvoir d'injonction au juge administratif, enjoindre c'est davantage, pour le juge, exercer pleinement son office qu'administrer⁵⁷⁷. L'injonction témoigne du « *souci d'une bonne administration de la justice* »⁵⁷⁸, particulièrement du souci de concrétiser la norme dont la violation a été constatée. En ce sens, l'injonction est un outil indispensable à l'effectivité de la norme, et ce faisant, des droits et libertés des administrés. Par son pouvoir d'injonction, le juge est en effet « *appelé à compenser l'ineffectivité des droits consacrés par le Législateur* »⁵⁷⁹. Relevons, à ce titre, que la loi de 1995 « *s'inscrit dans un courant général de réflexion relatif à l'effectivité des décisions du juge*

⁵⁷⁴ C. BROUELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *Dr. adm.*, n°3, mars 2004, chron. 6.

⁵⁷⁵ B. STIRN, « Le contentieux administratif en mouvement », *Dr. adm.*, oct. 2008, n°10, entretien 3.

⁵⁷⁶ C. FRIEDRICH, art. préc., p. 1297. Pour l'auteur, le juge administrateur est « *celui qui intériorise les contraintes rencontrées par l'Administration pour y adapter son contrôle* ». Néanmoins, comme nous l'avons examiné précédemment, le souci du juge des référés de prononcer des injonctions réalisables constitue un facteur, certes insuffisant, mais indispensable à l'effectivité des droits et libertés des administrés.

⁵⁷⁷ La situation est en revanche bien différente lorsque le juge administratif s'arroge un pouvoir d'injonction d'office en dehors des hypothèses prévues par la loi de 1995 : voir notamment sur ce point C. BROUELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », art. préc.

⁵⁷⁸ A. PERRIN, *op. cit.*, p. 598.

⁵⁷⁹ M. DEGUERGUE, « Préface », in S. BRIMO et C. PAUTI (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 18.

administratif»⁵⁸⁰. Par son pouvoir d'injonction, le juge peut ainsi ordonner à l'Administration de prendre des mesures positives propres à garantir l'effectivité des droits et libertés. Ce faisant, en indiquant à l'Administration quels moyens sont adéquats pour « bien » administrer, le juge administratif ne se comporte pas comme un administrateur mais il indique de quelle(s) manière(s) l'Administration pourra remédier à la situation sanctionnée, et, notamment, à l'ineffectivité du droit concerné. Il ne fait que « préciser à l'administration – et plus exactement [...] lui ordonner – la façon dont elle doit tirer les conséquences de sa décision »⁵⁸¹, ce qui correspond précisément à la définition de l'injonction en contentieux administratif. Partant, il n'y a pas lieu de considérer qu'en indiquant à l'Administration quels sont les moyens adéquats pour accomplir ses missions, le juge se subordonne à elle. Au contraire, il se comporte précisément en « juge administratif » en rappelant à l'Administration en quelque sorte sa « "bête" mission concrète »⁵⁸². À titre d'exemple, dans une affaire récente dans laquelle le tribunal administratif de Montpellier reconnaît la carence fautive de l'État dans sa mission de contrôle vétérinaire des abattoirs, du fait de l'inadéquation de la fréquence des inspections, le juge ne fait en réalité que rappeler à l'Administration ce que les dispositions législatives et européennes exigent d'elle en la matière⁵⁸³. Le standard de bonne administration mobilisé par le juge administratif prend nécessairement appui sur des dispositions notamment législatives : le juge administratif dit le droit et en tire les conséquences. Ce faisant, enjoindre à l'Administration de suivre un modèle de bonne administration vise simplement à « (re) mobiliser l'Administration »⁵⁸⁴.

Partant, si l'obligation de moyens recouvre l'obligation de mobiliser des moyens propres à assurer l'effectivité des droits, il en résulte que la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat tend à s'effacer, dans la mesure où l'une comme l'autre, en fonction de la conception qui en est retenue, sont de nature à garantir une plus grande effectivité des droits et libertés des administrés.

II. L'effacement de la distinction entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat

Dans la mesure où l'obligation de moyens s'intéresse à l'adéquation des moyens au but recherché, notamment à l'effectivité du droit concerné, la distinction entre obligation de résultat et de

⁵⁸⁰ C. BROUELLE, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif. La loi du 8 février 1995, vingt ans après : introduction générale », Colloque organisé le 6 fév. 2015 par le Centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans (1^{re} partie), *RFDA*, mai-juin 2015, p. 442.

⁵⁸¹ O. LE BOT, *Contentieux administratif*, Bruylant, coll. « Paradigme », 8^e éd., 2021, p. 297.

⁵⁸² C. LANTERO, « Présentation et quelques réflexions sur les concurrences et complémentarités du juge des référés et du juge du fond », *RFDA*, juillet-août 2021, p. 648.

⁵⁸³ TA Montpellier, 4 mai 2023, n°2024938, *Association L.214*.

⁵⁸⁴ C. FRIEDRICH, art. préc., p. 1297.

moyens s'obscurcit. Si la première est classiquement présentée comme synonyme de qualité et d'effectivité (A), l'obligation de moyens peut en réalité elle-même être envisagée comme telle (B).

A. La conception classique de l'obligation de résultat comme gage de qualité et d'effectivité

L'obligation de résultat, nous l'avons vu, consiste à contraindre un débiteur à une prestation déterminée, à atteindre un résultat précis. Son manquement est observé lorsque le débiteur n'est pas parvenu au résultat convenu. Ce faisant, l'obligation de résultat, en ce qu'elle est centrée sur le résultat, est directement liée à l'efficacité de l'Administration, c'est-à-dire son aptitude à produire le résultat attendu. Il en résulte que si l'on considère que le résultat à atteindre est l'effectivité d'un droit reconnu à l'administré, l'obligation de résultat est alors gage d'effectivité des droits et libertés. Elle s'inscrit ainsi dans un courant plus général de culture du résultat. Si le droit public et le droit administratif en particulier sont peu accoutumés à la culture du résultat, davantage ancrée en droit privé, il n'en demeure pas moins qu'elle tend à s'imprégner depuis quelques décennies en droit administratif. Les finances publiques en constituent un domaine topique. Que l'on songe notamment à la logique de performance introduite en droit public financier français par la Loi organique relative aux lois de finances de 2001⁵⁸⁵, qui substitue à la traditionnelle culture de moyens une culture de résultats. L'on pourrait également évoquer la réforme de la notation et de l'évaluation des fonctionnaires.

Ce « basculement d'une administration de moyens à une administration de résultat »⁵⁸⁶ est particulièrement illustré par la consécration de droits-créances. Comme nous l'avons examiné, le droit-créance est un droit à une prestation déterminée, autrement dit à un résultat. Partant, son effectivité est garantie dans la mesure où la prestation est réalisée. La doctrine admet largement l'idée que les droits-créances mettent en contrepartie à la charge de l'Administration une obligation de résultat⁵⁸⁷. Dans le même sens, dans un rapport d'évaluation de la politique publique de l'hébergement des personnes sans domicile de 2011, la Cour des comptes a considéré que les articles L345-2-2 et L345-2-3 qui consacrent le droit à un hébergement d'urgence font peser sur l'État une « obligation non plus seulement de moyens mais de résultat [dès lors que] l'accueil dans un centre d'hébergement d'urgence et le maintien dans une structure adaptée de toute personne sans domicile

⁵⁸⁵ Loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

⁵⁸⁶ P.-É. DU CRAY, art. préc., §4.

⁵⁸⁷ Voir par exemple G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 2009, p. 94 ; T. BOMPARD, « Éducation des enfants handicapés : droit-créance et carence de l'État », note précitée ; O. LE BOT, « Le droit à un hébergement d'urgence invocable en référé-liberté », art. préc., p. 3.

qui en fait la demande sont de droit »⁵⁸⁸. À plus forte raison, le Conseil d'État lui-même, dans l'arrêt *Koita* de 2013, a jugé que les dispositions législatives consacrant le droit au logement opposable mettent à la charge de l'Administration une « obligation de résultat »⁵⁸⁹. Cette référence explicite à l'obligation de résultat est fondamentale dans la mesure où l'on sait la répugnance du juge administratif à s'emparer textuellement de la distinction civiliste. Dans cette affaire, le Conseil d'État a estimé que l'État avait manqué à son obligation de résultat dans la mesure où « aucune offre de logement correspondant [aux] besoins et capacités [du requérant] n'a été faite », en dépit des « diligences effectuées », et, ce faisant, lui enjoint de faire à l'intéressé une offre de logement effective et adéquate. Cet arrêt illustre parfaitement la conception classique de l'obligation de résultat comme gage d'une plus grande effectivité des droits et libertés, dès lors que cette obligation ne peut souffrir d'aucune réserve de type matériel. En ce sens, la consécration d'une obligation de résultat témoigne de l'intransigeance du Conseil d'État : elle constitue un « moyen d'écartier les faux-fuyants tels que l'exaspérante insuffisance des moyens »⁵⁹⁰, pour reprendre les termes du professeur Paillet. Et l'auteur d'ajouter que « la garantie des droits est d'autant plus effective lorsque le juge dépasse les contingences de l'administration en affirmant des obligations de résultat à son encontre »⁵⁹¹.

Cette conception classique de l'obligation de résultat s'est particulièrement illustrée à propos de ce qui a été qualifié par la doctrine comme la distorsion d'obligations de résultat légales, reconnues dans le contentieux indemnitaire notamment, en obligations de moyens dans le cadre du référé-liberté⁵⁹². Tel semble le cas s'agissant du droit des enfants handicapés à une scolarisation adaptée⁵⁹³ et du droit des personnes autistes à une prise en charge pluridisciplinaire adaptée⁵⁹⁴. Mais peut-on réellement considérer, en la matière, que le juge administratif a mis à la charge de l'Administration de véritables obligations de résultat en contentieux indemnitaire ? La question se pose effectivement dès lors que ces jurisprudences ne comportent aucune référence expresse à une obligation de résultat. Dans l'affaire *Laruelle*⁵⁹⁵ par exemple, relative au droit des enfants handicapés à une scolarisation adaptée, le Conseil d'État a considéré que l'État était tenu « de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que ce droit et cette obligation aient, pour les enfants

⁵⁸⁸ Cour des Comptes, Rapport d'évaluation « La politique publique de l'hébergement des personnes sans domicile », nov. 2011, p. 38.

⁵⁸⁹ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 15 fév. 2013, n°336006, *Koita*.

⁵⁹⁰ M. PAILLET, *op. cit.*, p. 343.

⁵⁹¹ *Id.*, p. 369.

⁵⁹² Voir par exemple M. GKEGKA, « Les atteintes aux libertés fondamentales dans le cadre du référé-liberté », *RDP*, n°1, janv. 2021, p. 174. ; C. PIERUCCI, « Le coût financier de l'effectivité des droits », in S. BRIMO et C. PAUTI (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 233 ; L. FERMAUD, art. préc., p. 531.

⁵⁹³ CE, ord., 15 déc. 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Vie associative contre Peyrilhe* ; CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 8 avr. 2009, n°311434, *Laruelle*.

⁵⁹⁴ CE, ord., 27 nov. 2013, n°373300 ; CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 16 mai 2011, n°318501, *Beaufils*.

⁵⁹⁵ CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 8 avr. 2009, n°311434, *Laruelle*.

handicapés, un caractère effectif ». Le manquement à cette obligation constitue une carence fautive « sans que l'administration puisse utilement se prévaloir de l'insuffisance des structures d'accueil existantes [...] ». Ce faisant, et alors que le Conseil d'État censure le raisonnement suivi par la cour administrative d'appel de Versailles au motif qu'elle « s'est bornée à relever que l'administration n'avait qu'une obligation de moyens », cet arrêt a été majoritairement interprété comme mettant à la charge de l'État une obligation de résultat⁵⁹⁶. Pourtant, le juge s'abstient de qualifier expressément l'obligation de résultat. Pour Thomas Bompard néanmoins, « le recours au terme effectif » « paraît renvoyer clairement à la notion d'obligation de résultat »⁵⁹⁷. Si l'on considère que le résultat attendu est de donner un caractère effectif au droit concerné, alors il semble effectivement que le Conseil d'État ait consacré une obligation de résultat. C'est précisément parce qu'il est communément admis qu'une obligation de résultat est synonyme d'effectivité des droits et libertés, dans la mesure où les contraintes matérielles sont inopérantes, que l'arrêt *Laruelle* est interprété comme consacrant une obligation de résultat. Ce faisant, le contrôle du Conseil d'État en contentieux indemnitaire s'avère bien éloigné de celui qu'il effectue en référé-liberté, où l'atteinte au droit des enfants handicapés à une scolarisation adaptée s'apprécie au regard des moyens dont dispose l'Administration, et, partant, met à la charge de cette dernière une obligation de moyens⁵⁹⁸. De même, si l'atteinte au droit des personnes autistes à une prise en charge pluridisciplinaire adaptée s'apprécie en tenant compte des moyens dont dispose l'Administration en référé-liberté⁵⁹⁹, le Conseil d'État a sanctionné, en plein contentieux, dans l'arrêt *Beaufils*, le raisonnement suivi par la cour administrative d'appel qui avait interprété les dispositions de l'article L. 246-1 du Code de l'action sociale et des familles comme mettant à la charge de l'Administration une obligation de moyens⁶⁰⁰. Il semble alors que l'article précité soit interprété par le Conseil d'État comme faisant peser sur l'Administration « une véritable obligation de résultat qui lui impose de faire en sorte que la prise en charge des autistes ait un caractère effectif »^{601,602}. Pourtant, une telle conclusion nous semble un peu précitée. Les dispositions de l'article L.246-1 du Code de l'action sociale et des familles applicables à l'affaire *Beaufils* précisaient qu'« adaptée à l'état et à l'âge de la personne et eu égard aux moyens disponibles, [la

⁵⁹⁶ Voir notamment P.-É. CRAY, art. préc. ; P.-H. PRÉLOT, « L'accès aux enfants handicapés à une scolarisation adaptée devant le juge du référé-liberté », *AJDA*, 2011, p. 858-861.

⁵⁹⁷ T. BOMPARD, « Éducation des enfants handicapés : droit-créance et carence de l'État », note précitée, p. 556.

⁵⁹⁸ CE, ord., 15 déc. 2010, n°344729.

⁵⁹⁹ CE, ord., 27 nov. 2013, n°373300.

⁶⁰⁰ CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 16 mai 2011, n°318501, *Beaufils*.

⁶⁰¹ B. DELAUNAY, « Le rapport entre effectivité des droits et obligation de moyen et de résultat », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn. La scène juridique : harmonies en mouvement*, Dalloz, oct. 2019, p. 161.

⁶⁰² À cet égard, si le Conseil d'État n'a pas expressément qualifié l'obligation de résultat dans l'arrêt *Beaufils*, l'on peut lire dans le communiqué de presse relative à cette affaire que « [le Conseil d'État a] rappelé que la loi met à la charge de l'administration une obligation de résultat en matière de prise en charge des personnes autistes et qu'une absence de prise en charge appropriée peut engager la responsabilité de l'administration » (CE, Communiqué de presse « Placement d'un enfant autiste », 27 nov. 2013, consultable en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/placement-d-un-enfant-autiste>).

prise en charge pluridisciplinaire des personnes autistes] *peut être d'ordre éducatif, pédagogique, thérapeutique et social* ». La référence aux moyens disponibles semble ainsi faire peser sur l'Administration une obligation de moyens. Les travaux préparatoires confirment cette interprétation dans la mesure où la mention des moyens disponibles a été justifiée par les parlementaires par souci de pragmatisme, là où « *d'autres ont affirmé la nécessité de la supprimer pour ne pas restreindre la portée de la disposition* »⁶⁰³. Cette seconde conception a finalement été retenue puisque la référence aux moyens disponibles a été supprimée par la loi Handicap de 2005⁶⁰⁴. Ainsi, l'on peut raisonnablement considérer que depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'article L.246-1 du Code de l'action sociale et des familles met effectivement à la charge de l'Administration une obligation de résultat – mais le Conseil d'État n'a pas eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer à nouveau sur cette question depuis la réforme. Les travaux préparatoires s'inscrivent en ce sens⁶⁰⁵.

L'on constate finalement que l'interprétation de ces jurisprudences comme mettant à la charge de l'Administration une obligation de résultat témoigne en réalité d'une conception réductrice de l'obligation de moyens. Puisque cette dernière n'est pensée que par opposition à l'obligation de résultat, elle est difficilement perçue comme gage d'effectivité des droits des administrés. Pourtant, l'obligation de résultat n'est pas la seule obligation de nature à garantir l'effectivité des droits et libertés.

B. L'avènement d'une conception renouvelée de l'obligation de moyens comme gage de qualité et d'effectivité

L'on remarque que la doctrine administrativiste a tendance à considérer que seule l'obligation de résultat est de nature à garantir l'effectivité des droits et libertés. Si cette dernière est indubitablement gage d'une plus grande effectivité dans la mesure où la faiblesse des moyens est inopérante, l'obligation de moyens peut également être vectrice d'effectivité et ce à double titre. D'une part, comme nous l'avons démontré, la prise en compte de la faiblesse des moyens dont dispose l'Administration n'est pas nécessairement en contradiction avec la finalité d'assurer l'effectivité des

⁶⁰³ H. BELRHALI-BERNARD, « Prise en charge des personnes autistes : les ambiguïtés d'une obligation de résultat », Note sous l'arrêt CE, 16 mai 2011, *Beaufils*, n°318501, *AJDA*, 19 sept. 2011, p. 1751.

⁶⁰⁴ Loi n°2005-102 du 11 fév. 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁶⁰⁵ J.-F. CHOSSY, *Rapport n°1599 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi adopté par le Sénat pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, Assemblée nationale, 13 mai 2004 : « *la prise en charge des personnes handicapées doit être assurée par les financeurs institutionnels ou conventionnels et ne doit pas être conditionnée par l'existence de "moyens disponibles"*. *Il convient donc de supprimer du projet de loi cette formule assassine. Le souvenir de la loi sur l'autisme, elle-même soumise à de telles restrictions, est là pour rappeler aux parlementaires que laisser dans le texte une telle disposition, c'est le vider de son contenu* ».

droits, puisqu'elle témoigne d'un pragmatisme nécessaire à l'effectivité. D'autre part, il est indispensable de retenir une certaine conception de l'obligation de moyens. Force est de constater que l'obligation de moyens est largement sous-estimée tant dans la doctrine que dans la jurisprudence administrative. En effet, « *il semble que l'obligation de moyens est surtout mise en évidence pour prendre en compte les contingences de l'action administrative, pour diminuer la responsabilité de celle-ci en fonction de ses capacités budgétaires ou matérielles* »⁶⁰⁶. En attestent les formulations employées telles que l'usage de locutions restrictives pour précéder l'obligation de moyens - le juge du référé-liberté ne sanctionne « *qu'une obligation de moyens* »⁶⁰⁷ - de même que l'usage du qualificatif « *simple* »⁶⁰⁸. Non seulement l'obligation de moyens semble assimilée à l'opérance systématique de l'argument tiré de la faiblesse des moyens, mais l'on constate qu'elle est fréquemment assimilée à une absence d'obligation légale, par opposition à l'obligation de résultat souvent considérée comme synonyme d'obligation légale. Or, l'obligation de moyens *est* une obligation, elle contraint l'Administration à agir. Si l'insuffisance des moyens est de nature à exonérer le débiteur de son obligation, il n'en demeure pas moins que cet argument tiré des contraintes matérielles ne sera pas systématiquement reçu. C'est méconnaître le sens de l'obligation de moyens que de considérer « *celle-ci comme remplie par principe par l'Administration* »⁶⁰⁹ dès lors que cette dernière invoque un manque de moyens pour justifier son inaction ou l'insuffisance de son action. Ce faisant, le rejet de l'argument tiré de l'insuffisance des moyens par le juge n'aboutit pas *ipso facto* à l'affirmation d'une obligation de résultat. Comme nous l'avons examiné plus haut, il est tout à fait possible de rejeter cet argument sur le fondement d'une obligation de moyens, dès lors que les moyens mobilisés ont été insuffisants (l'Administration n'a pas fait tout son possible) ou inadéquats (l'Administration n'a pas « bien » fait). Autrement dit, si l'absence de résultat ne constitue pas *per se* un manquement à l'obligation de résultat, le fait de ne pas avoir mobilisé tous les moyens disponibles, de ne pas avoir mobilisé de moyens en nombre suffisant ou, encore, de ne pas avoir mobilisé des moyens adéquats, ayant ainsi empêché en tout état de cause la réalisation du résultat visé, est de nature à constituer un manquement à l'obligation de moyens.

⁶⁰⁶ H. BELRHALI-BERNARD, « Prise en charge des enfants autistes : les ambiguïtés d'une obligation de résultat », art. préc., p. 1752.

⁶⁰⁷ J. LESSI. Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, Sect., 13 juil. 2016, n°388317, 399829, 399834, 399836, 400074 : « *cette grille, tenant compte des diligences et des moyens, conduit le juge du référé-liberté à ne sanctionner qu'une « obligation de moyens » là où la loi semble rédigée dans les termes d'une obligation de résultat* » ; M. Gkegka, art. préc., p. 174 : « *le juge doit tenir compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente, ce qui revient à ne sanctionner qu'une obligation de moyens en assouplissant les impératifs légaux* ».

⁶⁰⁸ Par exemple : « *la référence aux moyens dont dispose l'administration au stade du constat de l'illégalité est un peu déroutante, car elle revient en quelque sorte à convertir une obligation de résultat en simple obligation de moyens* » (C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « Le référé en liberté », art. préc., p. 1162).

⁶⁰⁹ H. BELRHALI-BERNARD, « Obligation de moyens et obligation de résultat en droit administratif français », art. préc., p. 142.

Partant de cette conception de l'obligation de moyens comme celle de mobiliser tous les moyens propres à assurer l'effectivité d'un droit, il est possible d'opérer une relecture des jurisprudences *Laruelle* et *Beaufils*. Dans ces deux espèces, ce qui est en réalité reproché à l'Administration c'est de ne pas avoir mobiliser les moyens adéquats pour assurer l'effectivité des droits concernés. La fin est ici intrinsèquement liée aux moyens. Dans l'affaire *Laruelle*, l'effectivité du droit des enfants handicapés à une scolarisation adaptée ne peut être assurée que si l'Administration met en œuvre les moyens adéquats et nécessaires pour y parvenir. De même, dans l'affaire *Beaufils*, le droit des personnes autistes à une prise en charge pluridisciplinaire adaptée ne peut être effectif que si les moyens mobilisés constituent précisément « *une prise charge pluridisciplinaire adaptée* ». Dans les deux cas, « *le caractère effectif sera rempli grâce aux moyens déployés par l'administration* »⁶¹⁰ de sorte qu'il est « *impossible de séparer les moyens du résultat* »⁶¹¹. Il en résulte que l'ineffectivité des droits en question peut être sanctionnée tant sur la base d'une obligation de résultat que sur la base d'une obligation de moyens, « *à condition de concevoir celle-ci comme l'obligation de développer les moyens adaptés* »^{612,613}. À ce titre, dans ses conclusions sous l'arrêt *Beaufils*, le rapporteur public Rémy Keller avait lui-même relevé que « *les deux obligations reviennent au même : ce qui est reproché à l'État par Mme Beaufils, c'est précisément de n'avoir pas mis en œuvre les moyens nécessaires pour atteindre le résultat prévu par le législateur* »⁶¹⁴. Partant, ces deux espèces révèlent que l'obligation de moyens peut tout à fait être vectrice d'effectivité des droits des administrés sous réserve d'en retenir une conception exigeante tant s'agissant de la suffisance des moyens déployés que de leur adéquation.

Ce faisant, comme le soulignait André Tunc « *la différence entre les deux catégories d'obligations [ne résulte pas] en principe, d'une différence de degré ou d'intensité de l'obligation* »⁶¹⁵. À cet égard, le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme est tout à fait éloquent. Comme le souligne Colombine Madelaine dans sa thèse⁶¹⁶, en matière d'obligations positives, l'intensité du contrôle de la Cour ne dépend pas de la qualité de moyens ou de résultat de l'obligation. Au contraire, la contrainte pesant sur l'État peut être plus importante en matière d'obligation de

⁶¹⁰ P. PARINET, *op. cit.*, p. 165.

⁶¹¹ *Id.*, p. 164.

⁶¹² H. BELRHALI-BERNARD, « *Prise en charge des personnes autistes : les ambiguïtés d'une obligation de résultat* », note précitée, p. 1752.

⁶¹³ Comme le souligne le professeur Hafida Belrhali, « *si le droit au suivi pluridisciplinaire constitue le résultat à atteindre, l'important est précisément de mettre en œuvre non pas n'importe quel moyen mais une modalité adaptée. Dès lors, on pourra considérer soit qu'il s'agit d'une obligation de résultat quant au droit à atteindre effectivement, soit d'une obligation de moyens adaptés... à ce résultat* » (*Ibid.*).

⁶¹⁴ R. KELLER, Conclusions de rapporteur public sous l'arrêt CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 16 mai 2011, n°318501, *Beaufils*.

⁶¹⁵ A. TUNC, « *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence* », *JCP*, 1945, I, 449, n°25.

⁶¹⁶ C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 378-380.

moyens que de résultat. Ainsi, par exemple, s'agissant de l'obligation procédurale de mener une enquête effective lorsque l'action d'agents de l'État a entraîné la mort⁶¹⁷ ou des traitements ou peines inhumains ou dégradants⁶¹⁸, le contrôle de la Cour peut s'avérer particulièrement exigeant. La Cour exige en effet que l'État soit tenu de prendre les mesures nécessaires à l'identification et à la condamnation des responsables, de même qu'elle exige que la peine prononcée soit adaptée. À ce titre, elle a pu sanctionner « *à plusieurs reprises des tribunaux nationaux ayant prononcé des peines jugées trop indulgentes* »⁶¹⁹. La marge d'appréciation laissée aux institutions nationales est donc très étroite, alors qu'elle peut être plus large en matière d'obligations de résultat.

Reste à constater que si l'obligation de moyens est propre à garantir l'effectivité des droits et libertés, comme l'obligation de résultat, il n'en demeure pas moins que le degré d'effectivité dépend indubitablement de la conception de l'obligation de moyens qui est retenue. Or, nous l'avons vu, en fonction des contentieux, le juge administratif retient alternativement une conception indulgente ou une conception exigeante. À ce titre, plutôt que d'observer la transformation d'une obligation de résultat en obligation de moyens entre le plein contentieux et le référé-liberté, il est possible d'y voir l'application d'une conception exigeante de l'obligation de moyens, dans le premier cas, et celle d'une conception indulgente de l'obligation de moyens, dans le second cas. Cette différence d'appréciation de l'obligation de moyens en fonction des contentieux a pour effet inévitable d'orienter implicitement les administrés à s'orienter davantage vers le juge du plein contentieux. Or, si ce dernier dispose de pouvoirs plus importants et n'est pas lié par les contraintes de l'office particulier du juge du référé-liberté, il se prononce trop tard, quelques années après la situation litigieuse. Son office n'est donc pas propre à assurer réellement l'effectivité des droits et libertés dans la mesure où elle nécessite une protection juridictionnelle à bref délai voire immédiate, ce que seul le juge des référés urgents, et particulièrement le juge du référé-liberté, est apte à offrir. Comme le souligne le professeur Olivier Le Bot, « *lorsque le juge [du fond se prononce], le mal est déjà fait et il est trop tard pour revenir en arrière* » alors que « *la particularité [de l'exercice du pouvoir d'injonction du juge du référé-liberté] est d'être mis en œuvre au moment même où survient le dommage* »⁶²⁰. Or, dans les différents contentieux relatifs au droit à la vie, à la dignité humaine, à un hébergement d'urgence ou, encore, au

⁶¹⁷ Obligation positive résultant de l'article 2 de la CEDH qui garantit le droit à la vie.

⁶¹⁸ Obligation positive résultant de l'article 3 de la CEDH qui garantit le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

⁶¹⁹ C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 379. L'auteur fait notamment référence à l'arrêt Cour EDH, gr. ch., 1^{er} juin 2010, n°22978/05, *Gäfen contre Allemagne*, dans lequel elle affirme que « *si la Cour reconnaît le rôle des cours et tribunaux nationaux dans le choix des sanctions à infliger à des agents de l'Etat en cas de mauvais traitements infligés par eux, elle doit conserver sa fonction de contrôle et intervenir dans les cas où il existe une disproportion manifeste entre la gravité de l'acte et la sanction infligée. Sinon, le devoir qu'ont les Etats de mener une enquête effective perdrait beaucoup de son sens* » (§123).

⁶²⁰ O. LE BOT « Les référés-libertés et mesures utiles, alternatives à un recours en responsabilité ? », art. préc., p. 1827.

droit des enfants handicapés à une scolarisation adaptée⁶²¹, « *les requérants souhaitent [avant tout] obtenir l'effectivité du droit invoqué et l'aspect indemnitaire semble secondaire* »⁶²². Ce faisant, il nous semble que pour garantir un niveau d'effectivité maximal des droits des administrés, tout en intégrant les limites liées à l'office du juge du référé-liberté, il serait opportun d'adopter une conception exigeante de l'obligation de moyens en référé-liberté, à l'image de ce que font déjà certains tribunaux administratifs. Si la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration serait maintenue afin de garantir le prononcé d'injonctions réalisables, cette réserve serait toutefois tempérée par des éléments d'abstraction de même que par un regard attentif à l'adéquation des moyens.

⁶²¹ Comme le souligne Thomas Bompard, « le recours en responsabilité peut apparaître comme un instrument limité de réalisation des droits-créances. Intervenant par définition *a posteriori* d'une atteinte à l'effectivité du droit à l'éducation, l'action de la famille requérant sert finalement davantage les autres enfants que celui qui a directement subi les effets de la carence de l'État. Si cette carence est indemnisée, la prise en charge éducative n'a pas été assurée » (T. BOMPARD, « Éducation des enfants handicapés : droit-créance et carence de l'État », note précitée, p. 197).

⁶²² H. BELRHALI-BERNARD, « Obligation de moyens et obligation de résultat en droit administratif français », art. préc., p. 138.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le droit administratif porte un intérêt certain aux moyens de l'Administration. Défini comme un droit de conciliation entre les intérêts de celle-ci et les droits des administrés, il est intrinsèquement régi par une logique de moyens. En effet, à travers la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration, l'analyse de la jurisprudence révèle que le juge administratif n'est pas resté sourd ni à l'exigence d'effectivité des droits et libertés des administrés, ni aux difficultés que l'Administration peut rencontrer.

De fait, indépendamment de leur nature, les droits des administrés présentent un besoin commun d'effectivité. Leur concrétisation requiert l'intervention de l'Administration. L'obligation de faire usage de ses moyens constitue en ce sens le revers naturel des droits des administrés. Cette corrélation inévitable est mise en évidence par la technique des obligations positives développée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Si le juge administratif consacre des obligations positives sur le fondement des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, il met également à la charge de l'Administration des obligations d'agir en dehors de ces dispositions et reconnaît, le cas échéant, la carence de l'Administration. Mais l'on remarque qu'en la matière la logique de moyens souffre de gradations. S'il sanctionne sans difficulté l'absence de développement de moyens formels, en particulier le manquement à l'obligation d'édicter une mesure de police, il se montre davantage réticent à exiger de l'Administration la mobilisation de moyens humains, financiers et matériels. Cette position réservée témoigne en réalité du pragmatisme qui le caractérise.

À l'image de la Cour européenne des droits de l'Homme, le juge administratif n'ignore pas le caractère limité des moyens de l'Administration, et, particulièrement, la faiblesse de ses moyens d'ordre matériel. Le juge administratif s'est en effet toujours montré attentif aux difficultés que présentent les missions administratives. Mais fait-il preuve de réalisme ou d'indulgence ? L'on pourrait effectivement critiquer une jurisprudence trop favorable à l'Administration et subséquemment préjudiciable à l'effectivité des droits des administrés. Car si la réalisation de l'ensemble des droits appelle un comportement positif de l'Administration, certains, du fait de leur nature notamment, nécessitent une part d'intervention accrue. Ce faisant, la prise en compte des moyens dont dispose l'Administration pour écarter la carence de cette dernière en référé-liberté, s'agissant de la dignité humaine des détenus, pourrait surprendre. Pourtant, cette position n'est pas la

marque d'une indulgence particulière, mais celle d'un pragmatisme nécessaire et indispensable à l'effectivité des droits et libertés.

En effet, tant les jurisprudences administrative qu'euro-péenne mettent en évidence la fonction d'équilibre assurée par la logique de moyens. Elles démontrent que la prise en compte des moyens permet un plafonnement raisonnable des exigences pesant sur l'Administration, garantissant leur caractère réalisable et, ce faisant, la concrétisation des droits et libertés des administrés. Au demeurant, le juge lui-même ne peut raisonnablement mettre à la charge de l'Administration des obligations d'agir sans s'intéresser aux capacités d'action de cette dernière. Dans un contexte de pénurie généralisée, une telle position risquerait de l'ériger en juge administrateur dès lors qu'elle le conduirait, au fond, à imposer à l'Administration la manière dont elle doit répartir et déployer ses moyens.

Partant, dans la mesure où il serait difficile voire impossible d'exiger de l'Administration un résultat précis, le juge met à sa charge des obligations de moyens. Mais si l'argument tiré du caractère limité des possibilités d'action de l'Administration est opérant en matière d'obligations de moyens, son rejet ne correspond pas systématiquement à la consécration d'une obligation de résultat. En ce sens, l'obligation de moyens ne doit pas être confondue avec une obligation peu contraignante pour l'Administration. Cette dernière est tenue de faire tout son possible pour garantir l'effectivité des droits des administrés. Aussi, si le juge apprécie concrètement les possibilités d'action, il est nécessaire qu'il intègre des éléments d'abstraction dans son appréciation. De fait, une unique appréciation *in concreto* aboutit à une prévalence excessive des intérêts de l'Administration dans la mesure où le manque de moyens invoqué est fréquemment avéré. En complétant cette appréciation par la référence au standard de bonne administration, le juge est en mesure de sanctionner, sur le fondement d'une obligation de moyens, la carence administrative en considérant que l'Administration aurait dû disposer de moyens plus amples ou mobiliser des moyens propres à assurer l'effectivité du droit de l'administré. Ce faisant, l'obligation de moyens garantit une plus grande effectivité des droits et libertés. Fins et moyens sont étroitement liés.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I. Ouvrages

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Le Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{re} éd., 2003.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd. mise à jour, 2020.

DEBARD (T.) et GUINCHARD (S.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, Dalloz, 30^e éd., 2022.

DUEZ (P.) et DEBEYRE (G.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952.

FAVOREU (L.), DUFFY-MEUNIER (A.), FASSASSI (I.), GAÏA (P.), LE BOT (O.), PECH (L.), PENA (A.), ROUX (A.) et SCOFFONI (G.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2021.

GROS (M.), *Droit administratif. L'angle jurisprudentiel*, L'Harmattan, 5^e éd., 2014.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public général*, 8^e éd., 1914.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.) et ROMAN (D.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Hypercours », 3^e éd., 2017.

HUGLO (B.) et BABES (M.), *Guide pratique des référés administratifs*, Berger-Levrault, coll. « Les Indispensables », 2021.

IMBS (P.) (dir.), *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle (1789 à 1960)*, CNRS, t. 11.

LE BOT (O.), *Contentieux administratif*, Bruylant, coll. « Paradigme », 8^e éd., 2021.

LE BOT (O.), *Le Guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif 2018-2019*, Dalloz, coll. « Guides Dalloz », 2^e éd., 2017.

LE BOT (O.), *Le Guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif 2023-2024*, Dalloz, coll. « Guides Dalloz », 3^e éd., 2023.

LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 2009.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.) et GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 22^e éd., 2019.

MARION (L.) et MAUGÜÉ (C.), *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2^e éd., 2019.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Mémentos », 4^e éd., 2021.

PETIT (J.) et FRIER (P.-L.), *Droit administratif*, LGDJ, 15^e éd., 2021-2022.

PIERUCCI (C.), *Les impensés du droit administratif. Hommage à Jacques Caillosse*, LGDJ, coll. « Droit et société. Recherches et travaux », t. 35, 2022.

PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, LexisNexis, 4^e éd., 2022.

RICCI (J.-C.) et LOMBARD (F.), *Droit administratif des obligations*, Dalloz, 2018.

RIVERO (J.), *Les libertés publiques*, t.1, in *Les droits de l'homme*, PUF, coll. « Thémis », 1995.

RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, PUF, coll. « Thémis », t. 1, 9^e éd., 2003.

SERRAND (P.), *Droit administratif, tome 2 : Les obligations administratives*, PUF, 3^e éd., 2022.

SUDRE (F.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2021.

SUDRE (F.), MARGUÉNAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.) avec la collaboration de GONZALEZ (G.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^e éd. mise à jour, novembre 2011.

VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.) et INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Dalloz, 8^e éd., 2021.

II. Thèses et Mémoires universitaires

ALHAMA (F.), *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, th., Dalloz, 2018.

BÉTAILLE (J.), *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, th., Limoges, 2012.

BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, th., L'Harmattan, 2010.

DE GLINIASTY (J.), *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, th., LGDJ, 2018.

DEJEAN DE LA BÂTIE (N.), *Appréciation « in abstracto » et appréciation « in concreto » en droit civil français*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1965.

DUFAU (V.), *Les sujétions exorbitantes de droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, th., L'Harmattan, 2000.

LE BOT (O.), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, th., LGDJ, 2007.

MADELAINE (C.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, th., Dalloz, 2014.

PAILLET (M.), *La faute du service public en droit administratif français*, th., LGDJ, 1980.

PARINET (P.), *La carence de l'Administration*, th., Tours, 2017.

PERRIN (A.), *L'injonction en droit public français*, th., Éditions Panthéon-Assas, 2009.

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, th., LGDJ, 1980.

RICHER (L.), *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, th., Economica, 1978.

III. Rapports

Assemblée nationale, *Rapport n°1599 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi adopté par le Sénat pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, présenté par Jean-François Chossy, 13 mai 2004.

Conseil d'État, « *L'intérêt général* », *EDCE*, 1999, n°50

Cour des comptes, « *Contrôle de légalité et contrôle des actes budgétaires en préfecture* », 21 novembre 2022.

Cour des Comptes, « *La politique publique de l'hébergement des personnes sans domicile* », novembre 2011.

Défenseur des droits, *Rapport annuel 2010*, p. 23.

IV. Articles et Contributions

AFROUKH (M.), « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen », *RDLF*, 2019, chron. n°43.

ALBERT (N.), « L'élaboration d'un jugement raisonnable », in THERON (S.) (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Actes du colloque de Toulouse - 20 mars 2015, L'Épilogue Lextenso, avril 2016, p. 91-101.

BELRHALI-BERNARD (H.), « Obligation de moyens et obligation de résultat en droit administratif français », in *La Responsabilité administrative*, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », Travaux de l'AFDA, 2013, n°6, p. 135-146.

BÉTAILLE (J.), « Le concept d'effectivité, proposition de définition », in S. BRIMO et C. PAUTI (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 21-37.

BOMPARD (T.), « Le droit à l'éducation », in BRIMO (S.) et PAUTI (C.) (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 39-53.

BOSSU (B.), « L'accommodement raisonnable : un nouvel outil d'intégration ? », *JCP-S*, 12 juin 2018, n°23, 1192.

BRIMO (S.), « Sanction de la carence administrative et garantie de l'effectivité des droits », in BRIMO (S.) et PAUTI (C.) (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 193-210.

BROYELLE (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *Dr. adm.*, mars 2004, n°3, chron. 6.

BROYELLE (C.), « *Le pouvoir d'injonction du juge administratif. La loi du 8 février 1995, vingt ans après : introduction générale* », Colloque organisé le 6 février 2015 par le Centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans (1^{re} partie), *RFDA*, mai-juin 2015, p. 441-451.

BROYELLE (C.), « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA*, 6 juillet 2020, n°24, p. 1355-1360.

CAILLE (P.), « Ce que la crise sanitaire nous (re)dit du référé-liberté », *Revue Civitas Europea*, 2012/2, n°45, p. 149-164.

CASSIA (P.), « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *RFDA*, 2007, p. 45.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Effectivité des droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, p. 11-26.

CHEVALLIER (J.), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67-89.

CHEVALLIER (J.), « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979, p. 3-57.

COMBACAU (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges offerts à Paul Reuter : le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981, p. 181-204.

CORRE (L.), « Les "droits-créances" et le référé-liberté », *Dr. adm.*, février 2012, n°2, étude n°3.

DEFFAIRI (M.), « Le juge administratif et l'effectivité du droit au logement opposable », in BRIMO (S.) et PAUTI (C.) (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 77-92.

DEFIX (S.), « L'extension de la protection sociale des mineurs aux jeunes majeurs de moins de 21 ans », *JCP-A*, n°22, juin 2018, 2172.

DEGUERGUE (M.), « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, juin 2015, p. 131-142.

DELAUNAY (Bénédicte), LE CLAINCHE (M.), RIHAL (H.) et ROUBAN (L.), « Chronique de l'administration », *Revue française d'administration publique*, 2004, n°112, p. 791-810.

DELAUNAY (Benoît), « Le rapport entre effectivité des droits et obligation de moyen et de résultat », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, octobre 2019, p. 155-164.

DEMICHEL (A.), « Vers le self-service public », *Recueil Dalloz*, 1970, chron. XVI, p. 77-80.

DU CRAY (P.-É.), « L'insuffisance de moyens dans le droit de la responsabilité administrative », *Dr. adm.*, mai 2014, n°5, étude 9.

DUPRÉ DE BOULOIS (X.) et MILANO (L.), « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, mai-juin 2012, p. 461-469.

FAVOREU (L.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF, 1989.

FRIEDRICH (C.), « Le référé-liberté en carence de l'Administration », *RDP*, septembre 2018, n°5, p. 1297.

GAUDEMET (Y.), « La responsabilité de l'Administration du fait de ses activités de contrôle », in *Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 561-574.

GAY (L.), « La notion de "droits-créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n°16, p. 148-154.

GKEGKA (M.), « Les atteintes aux libertés fondamentales dans le cadre du référé- liberté », *RDP*, janvier 2021, n°1, p. 173.

GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par le Conseil constitutionnel », in GOESEL-LE BIHAN (V.) (dir.), *La garantie des libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?*, Colloque Lyon 2, 7 décembre 2018, publié sur <https://transversales.org>, p. 46-53.

LANTERO (C.), « *Le pouvoir d'injonction du juge administratif. La loi du 8 février 1995, vingt ans après : Présentation et quelques réflexions sur les concurrences et complémentarités du juge des référés et du juge du fond* », Colloque organisé le 6 février 2015 par le Centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans (2^e partie), *RFDA*, juillet-août 2021, p. 639-648.

LE BOT (O.), « Crise du coronavirus : le "pragmatisme" du juge du référé-liberté », *JCP-G*, 6 avril 2020, n°14, p. 710-715.

LE BOT (O.), « *Le pouvoir d'injonction du juge administratif. La loi du 8 février 1995, vingt ans après : Le référé-liberté est-il victime de son succès ?* », Colloque organisé le 6 février 2015 par le Centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans (2^e partie), *RFDA*, juillet-août 2021, p. 657-664.

LE BOT (O.), « Les référés-libertés et mesures utiles, alternatives à un recours en responsabilité ? », *AJDA*, 2 octobre 2017, n°32, p. 1826-1832.

LEHOT (M.), « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ*, 2003, p. 2343.

LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE*, 1962, p. 51-62.

MAGNON (X.), « Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ? », in THERON (S.) (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Actes du colloque de Toulouse - 20 mars 2015, L'Épilogue Lextenso, avril 2016, p. 23-33.

MALVERTI (C.) et BEAUFILS (C.), « Le référé en liberté », *AJDA*, 15 juin 2020, n°21, p. 1154-1165.

MARKUS (J.-P.), « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA*, 2001, n°3, p. 589.

MELLERAY (F.), « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, p. 71.

MILANO (L.), « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit à un procès équitable », *Titre VII*, 2019, n°3.

MINCKE (C.), « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 40, 1998, n°1, p. 115-151.

PICARD (É.), « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, 1999, p. 11.

PIERUCCI (C.), « Le coût financier de l'effectivité des droits », in BRIMO (S.) et PAUTI (C.) (dir.), *L'effectivité des droits. Regards en droit administratif*, Mare & Martin, 2019, p. 223-235.

PY (P.), « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d'injonction », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 563.

RIGAUDEAU (P.-O.), « Les juridictions suprêmes face à la surpopulation carcérale en France », *RDP*, 2021, n°4, p. 987.

RIVERO (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Recueil Dalloz*, 1962, chron. VI, p. 37-40.

ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, 2007, p. 990 et ss.

ROUX (C.), « Que reste-t-il de la jurisprudence *Doublet* ? », *Dr. adm.*, 2019, n°8-9, p. 3-4.

ROUX (C.), « L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par le Conseil d'État », in GOESEL-LE BIHAN (V.) (dir.), *La garantie des libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?*, Colloque Lyon 2, 7 décembre 2018, publié sur <https://transversales.org>, p. 92-100.

ROUX (C.), « La liberté de réunion et de manifestation », in CABRILLAC (R.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, CRFPA 2023, p. 426-439.

ROUX (C.), « Le contrôle du respect des obligations positives par le Conseil d'Etat », in V. GOESEL-LE BIHAN (dir.), *La garantie des libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?*, Colloque Lyon 2, 7 décembre. 2018, publié sur <https://transversales.org>, p. 125-131. .

ROUX (C.), « Les moyens dont dispose l'Administration : ébauche et débauche d'un assouplissant », *Dr. adm.*, avril 2021, n°4, p. 3-4.

SALMON (J.), « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international, unité et diversité*, Pedone, 1981, p. 447-478.

SAUNIER (S.), « La théorie des formalités impossibles ou l'impossible théorie », *RFDA*, 2020, p. 1081.

SAUVÉ (J.-M.), « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », *Les Cahiers Portalis*, novembre 2017, n°5, p. 9-21.

STIRN (B.), « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 795-801.

STIRN (B.), « Le contentieux administratif en mouvement », *Dr. adm.*, octobre 2008, n°10, entretien 3.

SURELL (H.), « Le contrôle des obligations positives par la Cour de justice de l'Union européenne », in GOESEL-LE BIHAN (V.) (dir.), *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?*, Colloque Lyon 2, 7 décembre 2018, publié sur <https://transversales.org>, p. 110-116.

THERON (S.), « Au-delà du droit administratif, en droit administratif : quelles références ? Quelle signification ? », in THERON (S.) (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Actes du colloque de Toulouse - 20 mars 2015, L'Épilogue Lextenso, avril 2016, p. 14-22.

TIMSIT (G.), « Compétence liée et principe de légalité », *Recueil Dalloz*, 1964, p. 217-222.

TUNC (A.), « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP*, 1945, n°25, p. 18-20.

VAUTROT-SCHWARZ (C.), « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet. L'intérêt général*, Dalloz, 2015, p. 639-650.

WACHSMANN (P.), « "Dans le leurre du seuil". Sur la détermination de l'applicabilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p. 203-225.

V. Notes et Conclusions de jurisprudence

A. Conclusions

BRETONNEAU (A.), Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 février 2016, n°385929.

CHAMBON (R.), Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 4ème et 1ère chambres réunies, 22 mars 2021, n°429361, *Commune de Besançon*.

CRÉPEY (É.), Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 10ème et 9ème chambres réunies, 28 juillet 2017, n°410677, *Section française de l'Observatoire international des prisons*.

DE SILVA (I.), Conclusions du rapporteur public sous CE, Sect., 30 octobre 2001, n°238211, *Ministre de l'Intérieur contre Tliba*.

DELIANCOURT (S.), « Le principe de laïcité et les menus de restauration scolaire », Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CAA Lyon, 23 octobre 2018, n°17LY03323, *Commune de Chalon-sur-Saône, RFDA*, mai-juin 2019, p. 499-507.

GUYOMAR (M.), Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 17 décembre 2008 n°305594, *Section française de l'Observatoire international des prisons, Gaz. Pal.*, 24 février 2009, n°55, p. 26.

KELLER (R.), « Le Conseil d'État affirme le droit des enfants handicapés à l'éducation », Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, 8 avril 2009, n°311434, *Laruelle, AJDA*, 29 juin 2009, p. 1261-1264.

KELLER (R.), Conclusions de rapporteur public sous l'arrêt CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 16 mai 2011, n°318501, *Beaufils*.

LESSI (J.), Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, Sect., 13 juillet 2016, n°400074, *Ministre des affaires sociales et de la santé contre M. et Mme Rumija*.

LESSI (J.), Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt du CE, Sect., 13 juillet 2016, n°388317.

RIVET (P.), Conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt CE, 13 mars 1925, *Clef*.

ROGER-LACAN (C.), Conclusions du rapporteur public sous l'arrêt CE, Ass., 22 octobre 2010, n°301572, *Marianne B.*

ROMIEU (J.), Conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt CE, 10 février 1905, *Tomaso-Grecco*.

THOUVET (L.), Conclusions du commissaire de gouvernement sous l'arrêt CE, Sect., 13 mars 1998, n°89370, *Améon*.

VILLETTE (V.), Conclusions de rapporteur public sous l'arrêt CE, 1ère et 4ème chambres réunies, 18 décembre 2020, n°437314, *Ministre du travail contre M. A.*

LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE*, 1962, p. 51-62.

B. Notes

BELRHALI-BERNARD (H.), « Prise en charge des personnes autistes : les ambiguïtés d'une obligation de résultat », Note sous l'arrêt CE, 16 mai 2011, *Beaufils*, n°318501, *AJDA*, 19 septembre 2011, p. 1749-1752.

BIOY (X.), « Dans toute la mesure du possible... À propos de l'alimentation halal en détention », Note sous l'arrêt CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10 février 2016, n°385929, *AJDA*, 2016, p. 1127.

BOMPARD (T.), « Éducation des enfants handicapés : droit-créance et carence de l'État », Note sous l'arrêt CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 8 avril 2009, n°311434, *Laruelle, RDP*, 2010, n°1, p. 197.

DUPRÉ DE BOULOIS (X.), « On nous change notre... référé-liberté », Note sous l'ordonnance CE, 22 mars 2020, n°439674, *RDLF*, 2020, chron. n°12.

DURANTHON (A.), « Le droit à l'hébergement d'urgence constitue une liberté fondamentale », Note sous l'ordonnance CE, 10 février 2012, n°356456, *Fofana, AJDA*, 2012, p. 716-719.

ÉVEILLARD (G.), « L'office du juge du référé-liberté et la Convention européenne des droits de l'homme », Note sous l'arrêt du CE, 19 octobre 2020, n°439372, *Ministère de la Justice et Section française de l'Observatoire international des prisons, Dr. adm.*, février 2021, n°2, comm. 7.

ÉVEILLARD (G.), « La licéité des menus de substitution dans les cantines scolaires », Note sous l'arrêt CE, 11 décembre 2020, n°426483, *Commune Chalon-sur-Saône, Dr. adm.*, mars 2021, n°3, p. 43-47.

ÉVEILLARD (G.), « Les conséquences de l'annulation de l'éviction d'un agent public sur son successeur », Note sous l'arrêt CE, 14 février 2022, n°431760, *L., Dr. adm.*, juin 2022, n°6, p. 27-31.

FAVOREU (L.), « Les collectivités publiques et l'école », Note sous la décision CC, 23 novembre 1977, n°77-87 DC, *Loi relative à la liberté d'enseignement, RFDA*, 1985, p. 597.

FERMAUD (L.), « Le référé-liberté et la carence de l'administration. À propos de la prise en charge des enfants autistes », Note sous l'ordonnance CE, 27 novembre 2013, n°373300, *RFDA*, 2014, p. 531.

GUYOMAR (G.), Note sous l'arrêt CE, 10 février 2016, n°385929, *Gaz. Pal.*, 15 mars 2016, n°11, p. 35-37.

GUYOMAR (M.), Note sous l'arrêt CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 25 février 2015, n°375724, *Gaz. Pal.*, 25-26 mars 2015, n°84 à 85, p. 21-25.

LE BOT (O.), « Le droit à un hébergement d'urgence invocable en référé-liberté », Note sous l'ordonnance CE, 10 février 2012, n°356456, *Fofana, JCP-A*, février 2012, n°7, 2059.

LE BOT (O.), « Référé-liberté à la maison d'arrêt de Fresnes : les limites de l'article L521-2 », Note sous l'arrêt du CE, 28 juillet 2017, n°410677, *Section française de l'Observatoire international des prisons, AJDA*, décembre 2017, n°44, p. 2540-2546.

LE BOT (O.), « Référé-liberté à la maison d'arrêt de Nîmes », Note sous l'ordonnance CE, 30 juillet 2015, n°392043, *Section française de l'Observatoire international des prisons et ordre des avocats au barreau de Nîmes, AJDA*, 2015, p. 2216-2222.

LE BOT (O.), « Référé-liberté et égal accès à l'éducation pour l'enfant atteint d'un handicap », Note sous l'ordonnance CE, 15 décembre 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale contre Peyrilhe, Petites Affiches*, 1^{er} avril 2011, n°65, p. 5.

LE BOT (O.), « Référé-liberté et égal accès à l'éducation pour un enfant atteint d'un handicap », Note sous l'ordonnance CE, 15 décembre 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Vie associative contre Peyrilhe, Les Petites Affiches*, avril 2011, p. 5.

MALVERTI (C.) et BEAUFILS (C.), « La faim justifie-t-elle les moyens ? », Note sous l'arrêt CE, 4ème et 1ère chambres réunies, 22 mars 2021, n°429361, *Commune de Besançon*, *AJDA*, 10 mai 2021, n°17, p. 959-965.

MARTI (G.), « L'hébergement d'urgence des étrangers devant quitter le territoire : obligations à la charge de la collectivité et office du juge de l'urgence », Note sous l'arrêt CE, Sect., 13 juillet 2016, n°400074, *Ministre des affaires sociales et de la santé contre M. et Mme Rumija*, *JCP-A*, décembre 2016, n°49, 2318.

MODERNE (F.), Note sous l'arrêt CE, Sect., 5 janvier 1966, *Sieur Hawezack*, n°58623, *Recueil Dalloz Sirey*, 1966, n°317, p. 317-322.

PARINET-HODIMONT (P.), « Le référé-liberté face aux conditions de détention : la France doit revoir sa copie ! », Note sous l'arrêt Cour EDH, 30 janvier 2020, n°9671/15, *J. M. B. Contre France*, *RDLF*, 2020, chron. n°25.

PRÉLOT (P.-H.), « L'accès aux enfants handicapés à une scolarisation adaptée devant le juge du référé-liberté », Note sous l'ordonnance CE, 15 décembre 2010, n°344729, *Ministre de l'Éducation nationale contre Peyrilhe*, *AJDA*, 2011, p. 858-861.

RAYNAUD (F.) et FOMBEUR (P.), Note sous l'arrêt CE, Sect., 13 mars 1998, n°89370, *Améon*, *AJDA*, 1998, p. 418-424.

RIHAL (H.), « La scolarisation des enfants handicapés : une obligation de résultat pour l'État », Note sous l'arrêt CE, 8 avril 2009, n°311434, *Laruelle*, *RDSS*, 2009, p. 556-560.

ROUAULT (M.-C.), « Responsabilité pour faute lourde de l'État pour carence dans le contrôle de légalité », Note sous l'arrêt CE, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 6 octobre 2000, n°205959, *Ministre de l'Intérieur contre Commune de Saint-Florent*, *JCP-G*, n°17, 25 avril 2001, 10516.

SCHMITZ (J.), « L'entêtement carcéral du juge du référé-liberté », Note sous l'ordonnance CE, 8 octobre 2020, n°444741, *AJDA*, janvier 2021, n°1/2021, p. 41-47.

SCHMITZ (J.), « Le juge administratif des référés dans l'urgence sanitaire des prisons. Exercice d'un droit de retrait ou démission ? », Note sous l'ordonnance CE, 8 avril 2020, n°439827, *AJDA*, juin 2020, n°23, p. 1298-1306.

TESTARD (C.), « L'obligation d'agir devant le juge des référés, ardente mais pas urgente », Note sous l'arrêt CE, 10ème et 9ème chambres réunies, 27 novembre 2019, n°433520, *Association Droits d'urgence et autres*, *JCP-G*, 17 février 2020, n°7-8, act. 207.

YAZI-ROMAN (M.), Note sous l'arrêt CAA Versailles, 9 février 2010, n°07VE01197, *Hardouin*, *JCP-A*, 10 mai 2010, p. 18.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	6
SOMMAIRE.....	8
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	10
INTRODUCTION.....	13
<u>PARTIE 1 : L’approche substantielle de la logique de moyen : une logique éparse et protéiforme</u>	24
Chapitre 1 : Le caractère hétéroclite et diffus de la logique de moyen	24
<u>Section 1 : Logique de moyen et hétérogénéité des moyens</u>	24
I. Les moyens <i>stricto sensu</i>	24
A. Les moyens d’ordre matériel	24
B. Les moyens d’ordre formel.....	30
II. Les moyens <i>lato sensu</i>	32
A. Les connaissances et les informations de l’Administration.....	32
B. Les marges de manoeuvre de l’Administration.....	35
<u>Section 2 : Logique de moyen et hétérogénéité des droits concernés</u>	38
I. Une logique généralisée à l’ensemble des droits.....	38
A. Le dépassement de la distinction entre droits-libertés et droits-créances.....	39
B. Le dépassement de la distinction entre droits relatifs et droits absolus.....	43
II. Une généralisation discutable.....	47
A. Des différenciations souhaitables.....	47
B. Des gradations observées.....	49
Chapitre 2 : La profusion des manifestations de la logique de moyen : une logique transcendant les antagonismes	53
<u>Section 1 : Les manifestations de la logique de moyen s’agissant de la conduite de l’Administration</u>	53
I. Logique de moyen et nature du comportement de l’Administration.....	53

A.	Logique de moyen et comportement passif de l'Administration.....	53
B.	Logique de moyen et comportement actif de l'Administration.....	57
II.	Logique de moyen et degré de la faute.....	60
A.	Une logique patente dans le cadre de la faute lourde.....	60
B.	Une logique latente dans le cadre de la faute simple.....	63
	<u>Section 2 : Les manifestations de la logique de moyen s'agissant des sujétions administratives.....</u>	<u>65</u>
I.	Logique de moyen et rapport de légalité.....	65
A.	Une logique patente dans le cadre du pouvoir discrétionnaire.....	65
B.	Une logique latente dans le cadre de la compétence liée.....	68
II.	Logique de moyen et nature de l'obligation.....	72
A.	Une logique patente dans le cadre de l'obligation de moyens.....	73
B.	Une logique latente dans le cadre de l'obligation de résultat.....	76

PARTIE 2 : L'approche fonctionnelle de la logique de moyen : un instrument de mesure du comportement de l'Administration et des obligations pesant sur elle.....80

Chapitre 1 : Nul n'est tenu à l'impossible, y compris l'Administration.....80

	<u>Section 1 : La recherche d'un équilibre par l'impératif d'exigences raisonnables.....</u>	<u>80</u>
I.	Un pragmatisme exigé au service de l'effectivité.....	81
A.	La délimitation d'obligations réalistes et réalisables.....	81
B.	Le prononcé d'injonctions réalistes et réalisables.....	85
II.	Une appréciation <i>in concreto</i> favorisée.....	88
A.	La prise en compte des particularités de chaque administration ou la nécessité d'une appréciation différentielle.....	88
B.	La prise en compte des circonstances particulières ou l'absence de prépondérance systématique de la logique de moyen.....	91
	<u>Section 2 : La recherche d'un équilibre impulsée par l'eupéanisation du droit.....</u>	<u>94</u>
I.	Le refus d'obligations positives déraisonnables.....	95
A.	La réserve des charges abusives et excessives.....	95
B.	La justification de la réserve : le raisonnable au service d'une protection concrète et effective des droits et libertés.....	99
II.	Les manifestations du standard du raisonnable.....	102

A. La marge nationale d'appréciation ou l'absence de droit « en toutes circonstances ».....	103
B. Le principe de proportionnalité ou l'obligation de ménager un juste équilibre entre des intérêts divergents.....	105
Chapitre 2 : Chacun est tenu de faire tout son possible, en particulier l'Administration..	109
<u>Section 1 : Obligation de moyens et suffisance des moyens mobilisés.....</u>	<u>109</u>
I. La conception indulgente de l'obligation de moyens : l'obligation de mobiliser les moyens immédiatement disponibles.....	109
A. L'existence de moyens immédiatement disponibles décelée par l'appréciation <i>in concreto</i>	110
B. Le caractère réducteur de l'appréciation <i>in concreto</i> au préjudice de l'effectivité..	112
II. La conception exigeante de l'obligation de moyens : l'obligation de mobiliser les moyens potentiellement et normalement disponibles.....	114
A. Une appréciation <i>in abstracto</i> nécessaire : la référence au standard de bonne administration.....	114
B. Un contrôle comparatif nécessaire : l'examen des alternatives.....	118
<u>Section 2 : Obligation de moyens et adéquation des moyens mobilisés.....</u>	<u>121</u>
I. L'approche qualitative de la conduite de l'Administration par la référence au standard de bonne administration.....	121
A. L'obligation de mobiliser des moyens propres à rendre le droit concerné effectif..	122
B. La limitation de l'effectivité par la critique du juge-administrateur.....	125
II. L'effacement de la distinction entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat.....	127
A. La conception classique de l'obligation de résultat comme gage de qualité et d'effectivité.....	128
B. L'avènement d'une conception renouvelée de l'obligation de moyens comme gage de qualité et d'effectivité.....	131
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	136
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE.....	139

