

**L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat  
sur les mesures d'ordre intérieur en matière de défense :  
Les arrêts Marie et Hardouin**

**I. Conclusions de M. Patrick Frydman, maître des requêtes au Conseil d'Etat,  
commissaire du Gouvernement**

Le 29 juin 1987, M. Pascal Marie, alors détenu à la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, fit l'objet d'une sanction de huit jours de mise en cellule de punition, avec sursis, pour s'être plaint, à tort selon l'administration, du fonctionnement du service médical de l'établissement auprès d'une autorité extérieure. Il était en effet reproché à l'intéressé d'avoir adressé à l'inspection générale des affaires sociales un courrier exposant qu'il ne parvenait pas à se voir prodiguer de soins dentaires, alors qu'il souffrait d'une fracture de deux incisives depuis son arrestation -laquelle s'était en l'occurrence déroulée dans des conditions quelque peu mouvementées. M. Marie contesta alors la sanction ainsi prononcée par le chef d'établissement, ainsi qu'une décision implicite du directeur régional des services pénitentiaires l'ayant ultérieurement confirmée sur recours hiérarchique, devant le tribunal administratif de Versailles.

Le 8 novembre 1985, le maître timonier Philippe Hardouin, qui servait sur le navire de guerre "Le Vauquelin", se vit pour sa part infliger une punition de dix jours d'arrêts pour ivresse. Alors que son bâtiment faisait escale aux îles Canaries, celui-ci avait en effet regagné bord, vers 0 heure 45, en manifestant des troubles du comportement dans lesquels ses supérieurs virent autant de témoignages d'une fréquentation excessive des bars du port de Las Palmas, d'autant que son insistance à refuser de se soumettre à l'alcootest laissait soupçonner qu'il appréhendait les résultats d'un tel contrôle. M. Hardouin, qui fit alors usage de la procédure de "droit de recours" prévue par l'article 13 du décret du 28 juillet 1975 portant règlement de discipline générale dans les armées, déféra ensuite au tribunal administratif de Rennes une décision du ministre de la défense, en date du 14 mars 1986, confirmant la sanction ainsi prononcée.

Dans ces deux affaires, cependant, - et c'est là la justification de leur présentation commune devant votre Assemblée -, les tribunaux administratifs ainsi saisis rejetèrent les demandes des requérants comme irrecevables, au motif que celles-ci étaient dirigées contre des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours contentieux. Tels sont les deux jugements, en date des 29 février 1988 et 6 avril 1989, dont MM. Marie et Hardouin relèvent aujourd'hui respectivement appel devant vous.

Si vous deviez aujourd'hui vous en tenir à la jurisprudence séculaire dont vous faites application en telle matière, vous n'auriez évidemment guère d'hésitation à confirmer la solution des premiers juges. On sait, en effet, que les sanctions disciplinaires ainsi prononcées à l'encontre des détenus ou des militaires ont toujours été analysées jusqu'ici - quelle que soit d'ailleurs, dans le détail, la variété des formulations retenues à cet égard par vos arrêts -, comme de simples mesures d'ordre intérieur ne pouvant, à ce titre, donner lieu à contestation devant le juge administratif (cf., par exemple : S., 11 juillet 1947, Dewavrin, p. 307, 13 juillet 1968, Sieur Chenal, p. 446 ou encore S., 4 mai 1979, Comité d'action des prisonniers, p. 182). On sait, du reste, que cette jurisprudence s'appliquait traditionnellement dans les mêmes conditions aux sanctions prises à l'encontre des élèves des établissements scolaires. Et celle-ci s'est même trouvée, assez récemment encore, étendue, s'agissant des détenus, au cas d'une mesure de placement en quartier de sécurité renforcée - alors même que cette dernière ne présentait pas à proprement parler de caractère disciplinaire - par une célèbre décision d'Assemblée du 27 janvier 1984, Caillol, p. 28, rendue sur les conclusions contraires du Commissaire du Gouvernement Genevois.

En outre, il convient de souligner que la jurisprudence tire de la règle d'irrecevabilité des recours dirigés contre de telles décisions les conséquences juridiques les plus vastes. C'est ainsi, notamment, que l'immunité juridictionnelle de ces mesures s'étend bien entendu aux décisions les ayant éventuellement confirmées sur recours hiérarchique - ce qui correspond d'ailleurs au cas des présentes espèces (cf. 20 octobre 1954, Chapou, p. 541 ou 8 décembre 1967, Kayanakis, p. 475). Et c'est ainsi, surtout, que l'illégalité entachant ces mesures ne peut utilement servir de fondement à une demande de plein contentieux tendant à l'indemnisation du préjudice qu'elles auraient pu causer. A cet égard, on observera en effet que si, par une décision de Section du 9 juin 1978, Srable p 237, vous aviez paru admettre le principe d'une éventuelle mise en cause de la responsabilité de l'administration à raison de mesures d'ordre intérieur, cette jurisprudence n'a en réalité connu aucune postérité, ainsi qu'en témoignent de multiples décisions ultérieures déniaient expressément la possibilité d'une telle responsabilité (cf. par exemple, en ce sens : 10 mars 1982, Taddei, T. p. 534 ou 20 février 1989, Mollaret, à la Revue de droit administratif de 1989, n°178).

Cependant, la constance et la fermeté avec lesquelles vous avez ainsi écarté jusqu'à ce jour toute forme de recours contre les actes en cause masquent mal, à la vérité, la faiblesse des justifications théoriques de cette jurisprudence. Et cette fragilité se trouve d'ailleurs mise en lumière par le caractère éminemment elliptique de la motivation adoptée par les arrêts rendus en la matière, qui - y compris dans l'espèce Caillol, où cette solution avait pourtant été réexaminée dans son principe - se sont toujours bornés à affirmer en termes péremptoires que ces actes "*constituaient des mesures d'ordre intérieur*", sans expliciter aucunement les motifs conduisant à leur reconnaître cette qualification.

Sans doute d'éminents auteurs, à commencer par Hauriou, dans une note publiée au Recueil Sirey de 1921 (IIIème partie, p.9) ou le Président Odent, dans son Cours (pp. 981 et suivantes), ont-ils pu s'efforcer de légitimer, dans le cadre plus général d'une "*théorie des mesures d'ordre intérieur*", l'irrecevabilité des recours contentieux dirigés contre ces sanctions disciplinaires. C'est ainsi qu'ils ont alors tout à la fois fait valoir, d'une part, qu'un tel principe permettait de mettre l'autorité hiérarchique mieux à même d'assurer la discipline interne indispensable au bon fonctionnement des institutions concernées et, d'autre part, que cette solution évitait fort opportunément au juge d'avoir à statuer sur des mesures ne comportant en fait que des effets insignifiants pour leurs destinataires. Mais ni la volonté ainsi affichée de faciliter l'exercice d'un

certain pouvoir de police intérieure - lequel, pour évidemment légitime qu'il soit, ne nous paraît pas nécessairement requérir l'immunité juridictionnelle des décisions de l'autorité hiérarchique -, ni la référence ainsi faite à l'adage *de minimis non curat praetor* - dont vous ne sauriez, quel que soit l'encombrement structurel de vos rôles, donner une interprétation exagérément extensive - n'apportent de fondement véritablement convaincant à votre jurisprudence. Bien plus, certains des postulats qui président à celle-ci, tel celui, mis en avant par le Président Odent, selon lequel le pouvoir de prononcer ces sanctions serait, par nature, "purement discrétionnaire, (voire) arbitraire", ne nous semblent plus guère aujourd'hui sérieusement défendables, en droit, s'agissant de mesures à caractère disciplinaire, tandis que d'autres, comme celui de l'absence d'effet de ces sanctions sur la situation juridique des personnes intéressées, sont pour leur part - comme nous le montrerons - très largement erronés en fait. Aussi ces contributions doctrinales ne parviennent-elles en réalité qu'à exposer les considérations ayant historiquement conduit à votre jurisprudence actuelle, et non à fournir à celle-ci une justification théorique incontestable, de sorte que nous nous trouvons ici en présence de ce qu'il faut bien appeler, à nos yeux, une jurisprudence d'opportunité, plutôt que de droit.

Or, l'argument d'autorité tenant au caractère solidement établi de cette jurisprudence ne pouvant, dans ces conditions, faire par lui-même obstacle à son éventuel revirement, l'heure nous paraît aujourd'hui venue d'envisager une telle évolution.

Indiquons d'emblée que notre propos ne visera bien entendu nullement ici à remettre en cause la notion même de mesure d'ordre intérieur. Outre les circulaires, instructions et directives non réglementaires qui y sont traditionnellement rattachées, cette catégorie juridique continuera ainsi en effet à inclure d'innombrables décisions individuelles dépourvues de tout caractère disciplinaire, telles que, par exemple, le simple réaménagement des tâches confiées à un agent public (4 juillet 1958, Commune d'Anglet, p. 411), l'interdiction faite à un fonctionnaire de pénétrer dans certains locaux (10 février 1967, Dupré, T. p. 881) ou encore le refus d'une autorité administrative d'accorder une audience à un subordonné (cf. 12 octobre 1955, Reix, T. p. 771 et 29 juillet 1994, Delestrade, en cours de fichage aux Tables). En outre, et pour en revenir plus directement aux punitions disciplinaires infligées aux détenus et aux militaires, nous verrons qu'il vous sera tout à fait possible de maintenir l'irrecevabilité des recours dirigés contre celles de ces sanctions qui comportent les effets les moins graves.

Mais, dans les limites ainsi définies, plusieurs séries de considérations nous paraissent rendre aujourd'hui difficilement concevable le maintien de votre jurisprudence traditionnelle.

En premier lieu, en effet - et c'est là la base même de notre raisonnement -, on ne peut manquer d'être sensible aux conséquences préjudiciables qui s'attachent, pour les personnes concernées, au prononcé de sanctions disciplinaires et, corrélativement, au considérable progrès du droit que représenterait la soumission de telles mesures au contrôle du juge.

Au-delà de la fiction jusqu'ici délibérément entretenue par la jurisprudence, il faut bien voir, en effet, que la plupart de ces sanctions portent en réalité des atteintes manifestes tant aux droits et libertés des intéressés qu'à leur situation juridique ou statutaire.

Ainsi, et s'agissant d'abord des détenus, l'exemple de la punition de cellule disciplinaire, dont a en l'occurrence fait l'objet M. Marie, apparaît particulièrement démonstratif.

L'article D. 167 du code de procédure pénale définit en effet cette sanction comme le placement à l'isolement dans une cellule spécialement aménagée à cet effet - c'est-à-dire dépourvue de tout élément de confort autre que strictement nécessaire à l'entretien physique du détenu -, cependant que l'article D. 169 précise pour sa part que : "La mise en cellule de punition entraîne pendant toute sa durée la privation de cantine et de visites (et) comporte aussi des restrictions à la correspondance (...)". Or, même si la sévérité de ce régime disciplinaire se trouve certes relativisée par le fait que les détenus ont, par définition, déjà été privés de leur liberté par la Justice, il est clair que l'application d'une telle sanction entraîne une très sensible aggravation des conditions matérielles dans lesquelles s'effectue la détention. Et cette aggravation s'accompagne d'ailleurs d'une atteinte sensible à l'exercice de certains droits individuels que l'incarcération de la personne sanctionnée n'est pas réputée lui avoir en elle-même retirés. Enfin, cette punition a, au surplus, des effets d'autant plus sérieux que sa durée maximale - qui est, en France, de 45 jours - excède très sensiblement celle admise dans l'ensemble des pays européens voisins, où elle n'est, par exemple, que de 15 jours en Italie ou de 28 jours en Allemagne.

Sans doute la mise en cellule de punition correspond-elle, il est vrai, à la plus grave des six sanctions applicables aux détenus, telles qu'elles sont actuellement énumérées à l'article D. 250 du

code de procédure pénale. Mais on saisira d'emblée les nuances qu'appelle elle-même cette observation lorsqu'on saura que cette punition représente en réalité à elle seule, au plan statistique, les deux tiers des sanctions disciplinaires prononcées chaque année dans les établissements pénitentiaires.

En outre - et il convient d'y insister -, le prononcé d'une telle sanction a indirectement pour effet de préjudice aux possibilités de libération anticipée du détenu puni. L'article 721 du code de procédure pénale, qui définit le régime d'octroi des réductions de peines susceptibles d'être prononcées par le juge d'application des peines, prévoit en effet que celles-ci peuvent être accordées aux détenus "s'ils ont donné des preuves suffisantes de bonne conduite". Or, cette "bonne conduite" se trouve en pratique précisément appréciée, pour une très large part, en fonction du relevé des sanctions disciplinaires prononcées au cours de la détention - étant entendu que la mention, au dossier de l'intéressé, d'une sanction grave, telle qu'une mise en cellule de punition, suffit en générale à ajourner la réduction de peine envisagée. Du reste, le lien ainsi établi entre libération anticipée et sanctions disciplinaires se poursuit au-delà même de l'octroi d'une telle réduction de peine, dans la mesure où l'article 721 précité précise expressément que cette dernière peut être ultérieurement rapportée "en cas de mauvaise conduite du condamné en détention".

Quant aux punitions prononcées à l'encontre des militaires, elles n'ont pas moins de conséquences sur la situation de leurs destinataires.

Il est à peine besoin d'insister sur le fait qu'une punition comme celle des arrêts, qui se trouve être celle infligée en l'espèce à M. Hardouin, comporte, en dépit d'une sévérité amoindrie par rapport à celle des anciens "arrêts de rigueur" supprimés par un décret du 11 octobre 1978, des effets directs sur les libertés individuelles de la personne sanctionnée. L'article 31 du décret du 28 juillet 1975 déjà cité, qui fixe la liste des punitions disciplinaires applicables aux militaires, prévoit en effet, dans sa rédaction issue d'un décret du 21 août 1985, que les arrêts entraînent l'interdiction, en dehors du service, de quitter l'unité ou le lieu désigné par le chef de corps, ainsi que l'impossibilité de prétendre au bénéfice d'une permission. Une telle sanction, qui peut d'ailleurs être assortie d'une période d'isolement pur et simple dans un local fermé, apporte donc à la liberté d'aller et de venir - à laquelle les militaires ne sauraient être réputés avoir renoncé, en dehors du service, du seul fait de leur engagement dans l'Armée - des restrictions importantes.

Mais il convient surtout de souligner ici que les punitions prononcées à l'encontre des militaires ont,

contrairement à une idée répandue, des conséquences sensibles sur leur carrière. Sans doute, en effet, le dispositif juridique en vigueur prend-il soin de distinguer nettement les sanctions statutaires applicables aux intéressés - qui, seules, sont censées exercer une incidence sur leur situation juridique -, des simples punitions disciplinaires - auxquelles aucune conséquence de cet ordre ne serait théoriquement attachée, et dont l'immunité juridictionnelle se trouverait ainsi légitimée. Mais force est en réalité d'observer - et ce constat a pour effet de placer les militaires dans une situation injustement défavorable par rapport à celle des fonctionnaires civils - que cette distinction traditionnelle est très largement artificielle et que les punitions disciplinaires ont elles-mêmes des répercussions d'ordre statutaire.

Il résulte en effet de l'examen des textes en vigueur que l'essentiel de l'appareil répressif mis à la disposition de l'autorité militaire relève précisément du domaine disciplinaire, et non statutaire. C'est ainsi que l'article 48 de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, qui énumère les sanctions statutaires en vigueur, n'en comporte en fait que trois - à savoir la radiation du tableau d'avancement, le retrait d'emploi et la radiation du tableau d'avancement, le retrait d'emploi et la radiation des cadres -, lesquelles ne sont d'ailleurs toutes trois destinées à sanctionner que des manquements particulièrement graves. L'immense majorité des sanctions applicables, quelle que soit la nature de l'infraction en cause, prennent donc la forme de punitions disciplinaires. Et cette fâcheuse confusion des genres est d'ailleurs d'autant mieux entretenue que certaines de ces punitions, telles que la réduction de grade ou le retrait de la distinction de première classe, prévus, pour les militaires du rang, par l'article 32 du règlement de discipline générale, se rapprochent notablement, dans leur esprit, de sanctions à caractère statutaire.

En outre, l'article 30 du même règlement dispose, en son paragraphe 4, qu'"A l'exception de l'avertissement, les punitions disciplinaires font l'objet d'une inscription motivée au dossier individuel ou au livret matricule". Il est donc clair que les sanctions ainsi visées peuvent être prises en considération par l'autorité hiérarchique à l'occasion de décisions d'ordre statutaire, telles que, notamment, la notation ou l'avancement. Et on relèvera, par analogie, que c'est précisément dans une telle inscription au dossier que, compte tenu du préjudice de carrière susceptible d'en résulter, votre jurisprudence situe le critère de la mesure d'ordre intérieur en matière de décisions individuelles dans la fonction publique civile. C'est ainsi que, si vous jugez habituellement que la décision d'adresser à un

agent de sévères observations sur son comportement n'est pas susceptible de recours (cf. 6 mai 1953, Thomassot, p. 206 ou 10 février 1967, Dupré, précité), celle-ci perd cependant ce caractère de mesure d'ordre intérieur dès lors qu'elle spécifie que les observations en cause seront versées au dossier de l'intéressé (cf. 25 mars 1981, Ministre de budget c. Arbault, T. p. 859).

Enfin - et au-delà des textes en eux-mêmes -, il importe de souligner que la mention au dossier de sanctions disciplinaires a, dans la pratique, une influence déterminante sur la notation et sur l'avancement des militaires. Cette tendance s'est d'ailleurs encore renforcée dans les années récentes où, en raison notamment d'une réduction du nombre d'emplois de commandement et de divers facteurs démographiques défavorables, les promotions au sein des armées se sont faites plus difficiles. Aussi le prononcé d'une punition relativement grave suffit-il aujourd'hui bien souvent, dans les faits, à freiner l'avancement de l'intéressé, voire à bloquer définitivement sa carrière ou, s'il s'agit d'un militaire servant sous contrat, à entraîner le non-renouvellement de ce contrat.

Au total, on voit que les punitions infligées tant aux détenus qu'aux militaires comportent en réalité des effets de droit et de fait qui, non seulement, s'avèrent plus sensibles que ceux de bien d'autres actes dont le juge administratif examine chaque jour la légalité, mais, surtout, rendent à nos yeux indispensable la soumission de telles sanctions à un contrôle juridictionnel.

Dans la mesure, en effet, où ces décisions portent ainsi préjudice à leurs droits individuels et à leur situation juridique, il apparaît naturel que leurs destinataires soient recevables à les contester dans les mêmes conditions que le serait tout autre citoyen à l'égard d'un acte lui faisant grief. Et l'on ne peut, de ce point de vue, s'empêcher de voir dans votre jurisprudence actuelle une manifestation d'archaïsme, sinon constitutive - comme il a parfois été dit - d'un véritable déni de justice, du moins difficilement compatible avec les principes de l'État de droit tel qu'il est aujourd'hui entendu.

S'agissant des détenus, la levée de cet obstacle à l'accès au juge constituerait au demeurant une étape essentielle dans le nécessaire processus conduisant - selon l'expression de M. Jean Favard, conseiller à la Cour de cassation et éminent spécialiste de droit pénitentiaire - de la conception d'un "détenu citoyen". Et on relèvera que, par un avis du 29 octobre 1992, la Commission nationale consultative des droits de l'homme s'est d'ailleurs elle-même prononcée, pour sa part, en faveur de la reconnais-

sance d'un droit de recours contre les sanctions frappant les détenus, en allant jusqu'à préconiser que celui-ci soit, à défaut d'évolution spontanée de votre jurisprudence, institué par voie réglementaire.

Enfin, et en ce qui concerne cette fois les militaires, l'état du droit actuel présente l'inconvénient de porter une certaine atteinte à l'équité, en aboutissant, comme on l'a vu, à des différences de traitement par rapport aux fonctionnaires civils que ne suffisent pas à justifier, à nos yeux, les spécificités inhérentes à leur état particulier.

Or, le revirement jurisprudentiel ainsi rendu nécessaire nous apparaît par ailleurs facilité, en deuxième lieu, par l'évolution récente qu'a connue notre droit en direction d'un rétrécissement du domaine des mesures d'ordre intérieur.

Animée du légitime souci d'élargir les possibilités de contestation de l'action administrative - et parfois aiguillonnée en ce sens, il est vrai, par la doctrine ou par des textes écrits -, votre jurisprudence s'efforce en effet désormais de limiter étroitement la catégorie des décisions individuelles considérées comme insusceptibles de recours. Et la méthode que vous avez adoptée pour ce faire - qui mérite d'être ici tout particulièrement soulignée, eu égard aux effets, déjà explicités, qui s'attachent aux sanctions disciplinaires - consiste précisément à exclure de cette catégorie les décisions ayant en réalité pour effet de porter une atteinte substantielle aux droits et libertés ou à la situation juridique ou statutaire de leurs destinataires.

Cette évolution est d'abord perceptible en ce qui concerne les décisions administratives d'ordre interne dénuées de tout caractère disciplinaire.

C'est ainsi, par exemple, que les décisions qui, sous couvert d'organisation du service, ont pour effet de remettre en cause les attributions essentielles d'un agent, sont aujourd'hui systématiquement analysées comme susceptibles de recours (cf., par exemple, en ce sens : 3 novembre 1989, Faissaux, à la Revue de droit administratif de 1990, n° 40 ou 5 avril 1991, dame Imbert-Quaretta, T. p. 999), alors que la jurisprudence rendue dans des hypothèses de ce type se montrait naguère souvent plus restrictive.

C'est ainsi encore que, s'agissant des décisions prises au sein d'établissements scolaires, vous excluez désormais de la catégorie des mesures d'ordre intérieur celles qui sont, à quelque titre que ce soit, de nature à perturber la scolarité des élèves (cf. par exemple, pour un refus de passage dans la classe supérieure : 6 juillet 1949, Andrade, p. 331, pour le rejet d'une demande de changement d'option en cours

d'année scolaire : S., 5 novembre 1982, Attard, p. 374, et même, pour le refus d'admettre un enfant en classe de neige : S., 1er avril 1977, Époux Deleersnyder, p. 173, aux conclusions du Président Galabert).

C'est ainsi, enfin, qu'en ce qui concerne les mesures prises dans les établissements pénitentiaires, vous considérez aujourd'hui - contrairement à d'anciennes jurisprudences progressivement abandonnées - que ne sauraient être regardées comme des mesures d'ordre intérieur les décisions qui comportent des effets pécuniaires (cf., pour le refus de restituer les sommes bloquées sur le compte d'un détenu : 3 novembre 1989, Pitalugue, T. p. 772) ou celles qui mettent en cause des libertés ou des droits protégés (cf., pour une décision portant atteinte au secret de la correspondance entre un détenu et son avocat : 12 mars 1980, Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines, p. 141; pour la décision d'installer un portique de contrôle des visiteurs à l'entrée d'une prison : 21 octobre 1988, Syndicat des avocats de France, p. 373; et même, pour une décision du ministre de la justice interdisant à un détenu de recevoir des publications relatives aux armes à feu et des cartes géographiques manifestement destinées à favoriser son évasion : 10 octobre 1990, Garde des Sceaux c. Hyver, T. p. 911).

En outre, il convient de signaler que, par une décision du 15 janvier 1992, Cherbonnel, p. 19, abondamment commentée par la doctrine, vous avez récemment eu l'occasion d'admettre la recevabilité du recours formé par un détenu contre les décisions d'un chef d'établissement pénitentiaire ayant prétendument méconnu les dispositions du code de procédure pénale relatives aux possibilités d'achat en cantine, ainsi qu'à la composition et à l'espacement des repas. Or, bien que la portée proprement novatrice de cet arrêt nous semble, à la vérité, avoir été quelque peu exagérée - dans la mesure où les décisions en cause s'inscrivent dans une hypothèse de compétences liée, ce qui suffisait en principe, même dans l'état du droit ancien, à leur conférer le caractère d'actes faisant grief -, nous ne sommes pas pour autant très sûrs que ces décisions n'auraient pas été effectivement analysées comme des mesures d'ordre intérieur, il y a quelques années à peine, du simple fait qu'elles concernaient l'organisation interne d'une prison.

Ce mouvement de rétrécissement du domaine des mesures d'ordre intérieur a par ailleurs trouvé l'une de ses concrétisations dans l'élimination de cette catégorie juridique de certains actes autonomes qui y étaient naguère encore rattachés.

Depuis un arrêt de Section du 25 janvier 1991, Vigier, p. 29, vous considérez ainsi comme

susceptibles de recours les décisions prises par les arbitres des compétitions sportives ainsi que celles des fédérations organisatrices relatives aux résultats de ces compétitions, alors que celles-ci avaient jusqu'alors été traitées, notamment à l'occasion d'un précédent arrêt de Section "Association Club athlétique de Mantes-la-Ville" du 13 juin 1984, p. 218 - et même si cette qualification n'était d'ailleurs pas formellement employée à leur sujet -, comme des mesures d'ordre intérieur. Du reste, la motivation de cette décision Vigier s'avère, sur un plan théorique, des plus frappantes, puisqu'on peut notamment y lire qu' "il appartient (au juge administratif) d'exercer son contrôle sur le respect des principes et des règles qui s'imposent aux auteurs de tout acte accompli dans l'exercice d'une mission de service public" - formation qui, prise à la lettre, paraîtrait presque condamner le principe même des mesures d'ordre intérieur...

De même, et s'agissant du cas certes assez différent mais néanmoins révélateur des règlements intérieurs des assemblées délibérantes des collectives locales, dans lesquels une très ancienne jurisprudence voyait également de telles mesures d'ordre intérieur, cette solution s'est trouvée récemment remise en cause, à l'initiative, cette fois, du législateur. La loi d'orientation du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République a en effet désormais prévu, en son article 31, la possibilité de déférer au juge le règlement intérieur de certaines communes. Et cette innovation a par suite conduit le Commissaire du Gouvernement Savoie à conclure devant votre Section, il y a tout juste une semaine, dans deux affaires n° 129168 et 147378, Riehl et Commune de Coudekerque-Branche, à un revirement complet de votre jurisprudence en la matière, telle qu'elle résultait en dernier lieu d'un arrêt d'Assemblée du 2 décembre 1983, Charbonnel, p. 474.

Enfin et surtout, il convient de souligner que, dans le domaine même des mesures à caractère de sanctions auxquelles nous nous intéressons plus directement aujourd'hui, votre jurisprudence traditionnelle s'est déjà trouvée fortement ébranlée par votre avis d'Assemblée Générale du 27 novembre 1989 relatif au port de signes d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires, rendu à l'occasion de l'affaire dite du "foulard islamique" et publié notamment à l'A.J.D.A. de 1990, p. 39. Après avoir notamment, par cet avis, renvoyé au règlement intérieur des établissements scolaires le soin d'opérer la nécessaire conciliation entre le principe de laïcité et la liberté d'expression et de manifestation religieuse, puis confié à l'autorité disciplinaire la responsabilité de sanctionner le port de signes distinctifs ostentatoires, vous avez en effet

alors été conduits à poser en principe que tant ce règlement intérieur que les sanctions ainsi éventuellement prononcées pourraient être déférés au juge. Ce faisant, vous êtes donc en réalité revenus sur votre jurisprudence traditionnelle qui, comme il a déjà été indiqué, voyait jusqu'alors dans de telles sanctions des mesures d'ordre intérieur, et reconnaissait d'ailleurs cette même qualification, en vertu d'un arrêt de Section du 21 octobre 1938, Lote, p. 736, au règlement intérieur lui-même - ainsi que l'avait notamment rappelé, à propos du règlement resté célèbre d'un lycée parisien de jeunes filles interdisant le port du pantalon de ski, la décision Chapou du 20 octobre 1954, précitée. Or, vos formations contentieuses se sont depuis lors bien entendu alignées, par une décision du 2 novembre 1992, Kherouaa, p. 339, aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Kessler, sur la nouvelle orientation ainsi définie.

Et celle-ci s'était d'ailleurs entre-temps déjà trouvée renforcée par un important décret du 18 février 1991 fixant, pour la première fois, les droits et obligations des élèves des lycées et collèges. Il est donc désormais admis que les sanctions ainsi prononcées dans les établissements scolaires puissent être déférées au juge administratif, et l'actualité médiatique se charge d'ailleurs de nous rappeler fréquemment que de tels contentieux sont, en pratique, effectivement engagés.

Or, dès lors que vous avez ainsi opéré, dans l'un des trois domaines d'élection des mesures d'ordre intérieur à caractère disciplinaire, le revirement jurisprudentiel que nous venons d'exposer, on voit à la vérité assez mal ce qui interdirait d'élargir le champ de celui-ci aux deux autres domaines en cause que constituent, traditionnellement, l'Armée et établissements pénitentiaires.

En définitive, la solution que nous vous proposons aujourd'hui d'adopter s'inscrit donc dans une évolution largement entamée dans les années récentes. Et il suffira, pour s'en convaincre, de comparer les commentaires formulés à ce sujet, dans les éditions successives de son Traité de droit du contentieux administratif, par le Professeur Chapus. C'est ainsi que si celui-ci présentait en un premier temps la jurisprudence relative aux mesures d'ordre intérieur comme "immobile", il n'en a pas moins été en mesure d'affirmer, dans l'édition la plus récente - et sans que cette apparente contradiction lui soit en rien imputable - que "*dans les premières années de la décennie 1990, le vent du changement a commencé à souffler sur la jurisprudence*"...

Or, s'agissant des sanctions qui nous occupent, le renversement de votre position traditionnelle nous

paraît par ailleurs impliqué, en troisième lieu, par un facteur juridique qui n'est d'ailleurs pas sans lien avec cette évolution plus générale du droit des mesures d'ordre intérieur : nous voulons parler des obligations résultant de certains engagements internationaux souscrits par la France et, tout particulièrement, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Sans doute le principe de l'irrecevabilité des recours dirigés contre certaines décisions d'ordre disciplinaire n'est-il pas en lui-même incompatible, il est vrai, avec les exigences de cette convention, laquelle peut fort bien s'accommoder de la survivance de mesures d'ordre intérieur. Mais encore faut-il que ces dernières demeurent strictement entendues. Or, s'agissant des sanctions en cause, il n'est guère douteux que le dispositif français actuel est susceptible de contrevenir à certaines des stipulations de ladite convention, à savoir ses articles 6 et 13, relatifs respectivement au droit à un procès équitable et à l'existence d'un recours effectif devant une instance nationale.

L'article 6, dont vous avez déjà eu à connaître à maintes reprises dans d'autres contextes, dispose en effet, en son paragraphe premier, que : "*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...).*" Or, d'une part, cette disposition a fort logiquement été interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion d'un arrêt *Goldner* du 21 février 1975 (au Recueil, série A, n° 18), comme garantissant, outre le droit au caractère équitable des procès -c'est-à-dire la possibilité, en toute matière civile ou pénale, d'accéder à un juge. D'autre part et surtout, la notion d'"accusation en matière pénale" ainsi visée ne saurait bien entendu, eu égard à la diversité des systèmes juridiques nationaux, coïncider exactement avec la définition qui en est donnée dans chacun des États parties à la Convention, et qui ne peut donc être qu'indicative. Or, il a d'ores et déjà été jugé, dans le domaine qui nous occupe, que cette notion était susceptible de s'appliquer à certaines procédures qualifiées en droit interne de "disciplinaires", dès lors que ces dernières présentaient en fait, de par leur gravité, un caractère proche de celui des poursuites pénales. En effet, par un arrêt *Engel c. Pays-Bas* du 8 juin 1976 (série A, n° 22), qui concernait précisément des punitions disciplinaires infligées à des militaires, la Cour a considéré qu'il lui appartenait de déterminer le caractère pénal d'une accusation au cas par cas, en se fondant en particulier sur la nature de l'infraction en

cause, ainsi que sur le degré de sévérité de la sanction encourue. Puis, procédant à une telle appréciation en l'espèce, la Cour a alors notamment jugé qu'une sanction d'affectation en unité disciplinaire devait bien être regardée, eu égard à ses importants effets privatifs de liberté, comme relevant de la matière pénale, et entrant ainsi dans le champ d'application de l'article 6.

On ajoutera que cette jurisprudence a depuis lors été étendue, dans le même esprit, aux sanctions prononcées à l'encontre des détenus dans les établissements pénitentiaires. C'est ainsi que, par un important arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1964 (série A, n° 80), la Cour a estimé qu'une telle sanction, en ce qu'elle emportait en l'occurrence une perte substantielle de jours de remise de peine, s'apparentait à une privation de liberté, et revêtait donc également un caractère pénal au sens de la Convention. Aussi cette mesure devait-elle, tout comme dans l'affaire *Engel*, pouvoir être contestée devant un juge - ce qui donna du reste à la Cour l'occasion d'affirmer solennellement dans son arrêt que "la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons".

Or, tant l'arsenal des punitions actuellement applicables aux militaires que celui des sanctions prévues à l'encontre des détenus, tels qu'ils résultent respectivement, en France, du décret du 28 juillet 1975 et de l'article D. 250 du code de procédure pénale, nous paraissent comporter certaines sanctions susceptibles de relever de cette même jurisprudence.

Quant à l'article 13, il dispose pour sa part que : "Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale." Cette stipulation exige donc que tout détenu ou militaire qui soutiendrait être lésé, par l'effet de sanctions disciplinaires, dans l'exercice de droits et libertés par ailleurs protégés par la Convention (tels que, par exemple, la liberté d'aller et de venir, le secret de la correspondance ou encore la libre consultation d'un avocat) soit en mesure de porter une réclamation devant une autorité compétente, à la seule condition - posée par la jurisprudence de la Cour - que ses allégations soient "plausibles".

Il est vrai que l'instance de recours ainsi visée n'a pas, selon l'expression utilisée notamment dans un arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987 (Série A, n° 116), à revêtir obligatoirement la forme d'une "institution judiciaire *stricto sensu*". Mais, comme le laisse bien entendre cette formulation, il doit alors s'agir d'une autorité qui, de par son statut, offre à

tout le moins de sérieuses garanties d'indépendance par rapport à celle ayant pris la décision contestée. C'est ainsi, notamment, qu'un simple recours gracieux ne saurait évidemment être considéré comme un "recours effectif" au sens de cet article 13, cependant que les recours hiérarchiques, tels que ceux adressés par exemple au ministre compétent, ne sont eux-mêmes regardés comme conformes aux exigences de cette stipulation que sous certaines réserves, et au bénéfice d'une appréciation au cas par cas (cf. notamment, sur ce point, et s'agissant précisément de décisions visant des détenus, les arrêts de la Cour Silver et autres du 25 mars 1983 (série A, n° 61) et Boyle et Rice, du 27 avril 1988 (série A, n° 131) ou encore l'arrêt Campbell et Fell, déjà cité).

Or, si les sanctions prononcées contre les détenus peuvent bien être théoriquement contestées, en France, devant le directeur régional des services pénitentiaires, ce droit de recours, dont la base juridique est au demeurant incertaine, et qui, surtout, n'aboutit guère, en pratique, à un véritable réexamen du dossier, ne satisfait certainement pas aux exigences de cette jurisprudence. En outre, si les militaires disposent certes, par le biais du "droit de recours" de l'article 13 du règlement de discipline générale, de la possibilité de saisir l'autorité hiérarchique de réclamations, qui sont pour leur part soigneusement étudiées, on ne saurait pour autant affirmer avec certitude qu'une telle procédure présente elle-même, compte tenu notamment de son caractère interne aux armées, des garanties suffisantes à cet égard. Aussi l'absence, dans ces mêmes matières, de toute possibilité de recours devant le juge administratif paraît-elle bien aboutir, au moins dans certains cas, à une infraction de notre pays au regard de la stipulation en cause.

Comme on le voit, l'abandon de votre jurisprudence traditionnelle présenterait donc l'avantage de mettre aujourd'hui un terme à une situation à bien des égards précaire au regard de la Convention, et qui pourrait d'ailleurs ainsi se traduire, dans l'avenir, par d'éventuelles condamnations prononcées par la Cour de Strasbourg.

Au surplus, et bien que les manquements à cet autre engagement international ne soient pas assortis de semblables risques contentieux, il convient de relever que l'état du droit actuel contrevient sans doute, pour les mêmes raisons et dans la même mesure que celles qui viennent d'être indiquées, au Pacte international de l'Organisation des Nations unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, dont les articles 2 et 14 comportent des stipulations respectivement équivalentes à celles des articles 13 et 6 de la Convention.

Il est vrai que, s'agissant des punitions visant les militaires, la France avait pris la précaution de la ratification de la Convention, en 1974, d'émettre précisément une réserve excluant l'application de l'article 6 en la matière - ainsi qu'elle l'a du reste à nouveau fait, lors de la ratification du Pacte, en 1980, en ce qui concerne son article 14.

Mais, d'une part, si elle ôte ainsi au revirement jurisprudentiel envisagé tout caractère impératif au regard des stipulations en cause, l'existence de telles réserves ne vous empêche évidemment pas pour autant de procéder à celui-ci sur le fondement d'autres considérations. D'autre part, on observera que ces réserves, qui ne portent que sur le seul principe de l'accès au juge, ne dispensent cependant pas la France de son obligation d'assurer aux militaires le droit de recours effectif par ailleurs prévu par les articles 13 de la Convention et 2 du Pacte, dont le respect soulève lui aussi, comme on l'a vu, quelques difficultés. Enfin, et plus fondamentalement, il nous apparaît que l'argument qui pourrait être tiré de telles réserves est susceptible, à la vérité, de se retourner, car l'existence même de celles-ci fait évidemment figure d'aveu de l'incompatibilité du régime disciplinaire des militaires français avec les traités multilatéraux en cause. Or, il est à nos yeux permis de se demander s'il est bien opportun que la France se trouve ainsi amenée à se soustraire, contrairement à sa vocation naturelle, à une obligation admise par les autres États démocratiques comme une des exigences minimales requises en matière de protection des droits de l'homme. A quoi s'ajoute que nous voyons mal, en opportunité, comment vous pourriez vous fonder sur ces réserves pour exclure les seules sanctions prises dans l'Armée du renversement de jurisprudence envisagé et limiter ainsi la portée de celui-ci aux mesures visant les détenus. Pareille solution, qui aurait pour effet de placer ces derniers dans une situation de droit plus favorable que celle des militaires, n'irait en effet tout de même pas sans comporter quelque paradoxe eu égard aux mérites comparés des deux populations respectives et serait d'ailleurs, à n'en pas douter, fort mal perçue au sein des armées...

Parmi les éléments qui militent fortement en faveur de la recevabilité des recours dirigés contre les sanctions disciplinaires figure également, en quatrième lieu, le constat suivant lequel de tels recours sont possibles - par suite d'ailleurs précisément, dans certains cas, d'ajustements récents liés à une mise en conformité avec les traités précités - dans la plupart des États comparables au nôtre.

Sans vouloir nous livrer à un panorama de droit comparé exhaustif, que la grande variété des

systèmes juridictionnels nationaux rendrait d'ailleurs difficile à dresser, on relèvera en effet d'abord ici que la grande majorité des pays européens connaissent un mode des contestations des sanctions frappant les détenus.

C'est ainsi, à titre d'exemple, qu'en Grande-Bretagne, où ces sanctions ne sont d'ailleurs pas prononcées par les chefs d'établissements pénitentiaires mais par des "comités de visiteurs" eux-mêmes composés en partie de magistrats et dotés d'un statut quasi-juridictionnel, il est admis par la jurisprudence, depuis 1978, que les décisions de ces comités puissent être contestées devant la Haute Cour de Justice selon la procédure anglo-saxonne des mandats de *certiorari*. De la même manière, en Allemagne, les sanctions ainsi infligées aux détenus sont susceptibles s'être déférées, comme d'ailleurs toute autre décision concernant ceux-ci, devant le Tribunal régional du Land, lequel comporte notamment une "chambre d'exécution des peines" spécialisée en la matière. Ce système de contestation devant une juridiction spécifique est d'ailleurs également pratiqué, selon des modalités différentes, dans d'autres États européens, tels que l'Italie ou l'Espagne, où les sanctions en cause sont soumises au juge chargé de l'application des peines parfois dénommé "juge de la surveillance pénitentiaire". Enfin, certains États du Nord de l'Europe ont pour leur part mis en place des voies de recours plus originales, telle la Finlande, où les détenus peuvent adresser leurs réclamations à un "ombudsman" habilité à saisir éventuellement la justice. De manière générale, les possibilités de contestation juridictionnelle sont donc, en la matière, très largement ouvertes, même si certains pays, comme la Grèce ou le Portugal, en limitent la portée à la seule punition de mise en cellule disciplinaire - formule qui demeure d'ailleurs elle-même, à tout prendre, en avance sur le droit français.

Quant aux sanctions visant les militaires, elles sont elles aussi, au moins pour les plus sévères, soumises au contrôle du juge dans la plupart des États voisins.

Ainsi, en Grande-Bretagne, les principales sanctions, à savoir notamment celles qui comportent une grave privation de liberté, sont-elles prononcées par des "Cours martiales", dont les jugements sont eux-mêmes susceptibles d'appel ou de *certiorari*, cependant que les punitions mineures, prononcées par les officiers, peuvent pour leur part faire l'objet de divers recours successifs remontant, dans certains cas, jusque devant la Chambre des Lords. De même, en Allemagne, les punitions d'arrêts sont-elles soumises au contrôle d'un "tribunal militaire disciplinaire", puis, par la voie du recours

constitutionnel, à celui du Tribunal constitutionnel fédéral de Karlsruhe - ce qui a notamment donné l'occasion à ce dernier de définir, par d'importants arrêts rendus dès 1970, les conditions dans lesquelles les libertés individuelles devaient de concilier avec la discipline militaire. Enfin, de telles voies de recours existent également, par exemple, aux Pays-Bas, où les sanctions infligées sont susceptibles de réclamation devant une "Haute cour militaire", et, pour les punitions les plus graves, en Espagne, où ont été institués à cet effet des tribunaux militaires territoriaux.

Comme on le voit, le dispositif français accuse donc, tant en ce qui concerne les droits des détenus que ceux des militaires, un très net retard, que seul permettrait de combler - en l'absence de toute voie de recours ouverte aux intéressés, en l'état actuel du droit, devant une juridiction spécifique - un renversement de votre jurisprudence.

Or, ce renversement nous paraît par ailleurs favorisé, en cinquième lieu, par la notable évolution sociologique qu'ont connue le milieu pénitentiaire et l'Armée dans les dernières décennies, et qui les a conduits tout à la fois à mieux reconnaître les droits de l'individu et à s'ouvrir à un contrôle extérieur.

Le temps n'est plus, en effet, où ces deux institutions, vivant repliées sur elles-mêmes, étaient communément perçues par la société comme largement soustraites au droit - et où la notion de mesure d'ordre intérieur pouvait ainsi trouver à s'appliquer, sans que personne n'en fût choqué, à des actes portant en réalité des atteintes substantielles aux libertés ou à la situation juridique de leurs destinataires.

Ainsi, et s'agissant d'abord du monde pénitentiaire, on ne peut manquer d'être frappé par les progrès accomplis, depuis une vingtaine d'années, dans le sens de l'affirmation des droits et du respect de la dignité des détenus, depuis l'accès, en 1975, au vote par procuration - qui permit pour la première fois aux nombreux détenus jouissant du droit de vote d'exercer effectivement celui-ci, jusqu'à l'allègement sensible des contraintes de la vie carcérale par un décret du 28 janvier 1983, en passant par la reconnaissance du droit aux activités culturelles et sportives ou à certains loisirs, tels que la télévision. Or, cette évolution, d'ailleurs aujourd'hui stimulée par des "règles pénitentiaires européennes" précisant les droits minimaux reconnus aux détenus par les instances du Conseil de l'Europe, s'accompagne d'un contrôle croissant de l'institution pénitentiaire par le monde extérieur. C'est ainsi, à titre d'exemple, que le service médical des prisons, naguère encore confié à des médecins pénitentiaires spécialisés, est

aujourd'hui généralement assuré, sous forme de vacations, par des médecins de ville. Et il convient tout particulièrement d'insister, dans le même ordre d'idées, sur le retentissement psychologique qu'a connu une importante mission d'enquête effectuée dans les établissements pénitentiaires français, en octobre et novembre 1991, par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, dont le rapport a été publié par la Revue universelle des droits de l'homme (volume 5, p. 77). A cette occasion, en effet, le milieu pénitentiaire a dû se soumettre, en pleine lumière, à un regard extérieur critique, et a d'ailleurs ensuite été conduit, par la volonté du Gouvernement, à aménager certaines de ses pratiques pour se conformer aux observations du Comité. C'est dire que les services concernés ont dû aujourd'hui à tout le moins se résigner au principe d'une inspection de leur comportement par des tiers et que votre choix de soumettre l'exercice du pouvoir disciplinaire à un contrôle du juge s'insérerait ainsi dans un contexte beaucoup moins réticent à une telle perspective qu'il ne l'était il y a quelques années encore.

Quant à la situation au sein des armées, elle a connu une évolution qui apparaît plus nette encore, et qui rend même ici l'introduction d'un contrôle du juge sur les punitions si naturelle que celle-ci semble aujourd'hui souhaitée, à la vérité, par la hiérarchie elle-même. D'une part, en effet, le monde militaire, qui a lui aussi fait l'objet d'une pénétration croissante du droit, manifeste aujourd'hui, de manière générale, une sensibilité accrue à la protection des libertés individuelles. On ne trouvera du reste un significatif et récent témoignage dans l'organisation par le ministère de la défense, en décembre 1994, d'un colloque juridique intitulé "Droit et défense", au cours duquel ont pu être notamment débattus des thèmes aussi sensibles que le droit d'expression des militaires ou leur liberté d'adhésion à un parti politique. D'autre part, l'instauration, par l'article 13 du décret du 28 juillet 1975, d'un "droit de réclamation", devenu depuis lors le "droit de recours" précédemment évoqué - qui s'est d'ailleurs accompagnée d'un allègement concomitant de l'appareil disciplinaire lui-même -, a eu pour conséquence de modifier considérablement les conditions d'exercice du pouvoir de sanction. Dans la mesure, en effet, où les officiers prononçant des punitions encourent désormais une possible censure de l'autorité hiérarchique, ceux-ci se trouvent d'ores et déjà amenés, par là même, à veiller attentivement à la régularité de leurs décisions. Aussi l'éventuelle introduction d'un contrôle complémentaire du juge ne modifierait-elle guère les habitudes en la matière. Enfin, on ne saurait oublier que vous admettez déjà de longue date la recevabilité des recours formés par

les militaires à l'encontre de sanctions à caractère statutaire et, depuis un arrêt de Section Pierron du 22 avril 1977, p. 184, à l'encontre des notations. La hiérarchie militaire est donc d'ores et déjà accoutumée à un tel contrôle, et l'impact psychologique d'une éventuelle extension de celui-ci au domaine des sanctions disciplinaires s'en trouve ainsi relativisé d'autant.

Au total, et au-delà de l'inévitable désagrément que procure en elle-même la remise en cause de tout privilège, un renversement de votre jurisprudence ne devrait donc pas heurter profondément les institutions concernées - même si celui-ci gagnerait sans doute à être accompagné, à l'initiative des ministères concernés, d'une action pédagogique auprès des personnels les plus attachés à l'état du droit actuel, c'est-à-dire essentiellement les surveillants pénitentiaires et les sous-officiers.

Enfin - et c'est là notre dernier argument en faveur de la solution proposée -, il nous apparaît que celle-ci permettra de remédier, en ce qui concerne les sanctions visant les détenus, à l'une des plus graves incohérences auxquelles ait donné lieu, dans les années récentes, le principe de séparation des juridictions administrative et judiciaire.

Il faut savoir, en effet, que, compte tenu des incertitudes juridiques ayant toujours affecté la détermination du juge compétent pour connaître des décisions relatives aux détenus - lesquelles peuvent tantôt s'analyser comme relevant du fonctionnement interne du service pénitentiaire, tantôt comme liées à l'exécution de la peine ou à l'instruction pénale - cette question avait été soumise, dans l'affaire Caillol, déjà évoquée, au Tribunal des Conflits. Et c'est précisément à la suite d'une décision par laquelle celui-ci avait attribué compétence en l'espèce à la juridiction administrative (cf. 4 juillet 1983, Caillol, p. 541) que vous avez rendu votre arrêt d'Assemblée précité du 27 janvier 1984 confirmant votre jurisprudence traditionnelle relative aux mesures d'ordre intérieur. Or, si ces deux décisions successives n'étaient certes pas incompatibles en pur droit, on ne peut évidemment manquer de voir quelque paradoxe, en logique, dans une démarche consistant ainsi, pour une juridiction expressément désignée à l'effet de statuer sur une requête, à rejeter aussitôt celle-ci comme irrecevable pour un motif de principe - et ce, alors même que les juges judiciaires ne lui auraient sans doute pas opposé pour leur part une telle irrecevabilité.

A cet égard, le revirement de jurisprudence aujourd'hui suggéré permettrait donc de mettre fin à une anomalie souvent mise en exergue, à juste titre, par la doctrine étant ici observé que cette remarque ne

fait d'ailleurs pas obstacle à ce que, pour l'avenir, le contentieux en cause soit en définitive éventuellement transféré à la juridiction judiciaire, ainsi que nous l'envisagerons plus loin.

Il nous restera, pour vous convaincre, à tenter de réfuter à ce stade les divers arguments d'opportunité habituellement invoqués par les tenants du maintien de votre jurisprudence traditionnelle.

Le premier d'entre eux, tiré de ce que l'existence d'une voie de recours juridictionnelle à l'encontre des sanctions prononcées serait de nature à porter atteinte à l'autorité du commandement hiérarchique et à la discipline, ne nous arrêtera pas longtemps. Pareille affirmation procède en effet d'une conception à nos yeux erronée de ces dernières notions, lesquelles ne sauraient en aucun cas se confondre avec celle d'arbitraire. Et les quelques indications de droit comparé que nous avons fournies s'avèrent du reste éclairantes sur ce point, car on ne sait pas que les armées ou les systèmes pénitentiaires des divers États européens où existent de telles voies de recours soient réputés pour leur désorganisation particulière.

Plus sérieux pourrait apparaître un second argument, parfois présenté comme rédhibitoire, et tiré de ce que la possibilité de contester ces sanctions se traduirait immanquablement par un afflux de recours de nature à encombrer les rôles, déjà chargés, des juridictions administratives.

Mais, pour autant que nous puissions nous risquer ici à un tel exercice divinatoire, il nous semble que le nombre de recours spontanément induits par un renversement de votre jurisprudence devrait en réalité s'avérer plus modéré qu'il n'a souvent été dit.

De fait, il ne faut pas se dissimuler que, pour de multiples raisons d'ordre sociologique ou pratique, l'introduction de tels recours par les personnes sanctionnées ne se révélera pas toujours très aisée. Sans qu'il y ait naturellement lieu de s'en réjouir, on ne peut ainsi notamment s'empêcher d'imaginer que la crainte de réactions défavorables de l'autorité ayant prononcé la sanction sera, dans bien des cas, de nature à dissuader les intéressés de s'adresser au juge, cependant que, s'agissant des détenus, le faible niveau d'instruction et d'information d'une grande partie de la population concernée fera parfois également obstacle à l'exercice effectif d'une telle démarche. Du reste, il convient de souligner, à titre indicatif, que les voies de recours internes déjà prévues à l'encontre des sanctions disciplinaires ne sont en pratique que très peu utilisées. C'est ainsi que, s'agissant des militaires, le nombre de recours déposés contre des punitions au titre de l'article 13 du règlement de discipline générale n'est, toutes

armées confondues, que de l'ordre d'une centaine par an, dont seule une dizaine subsiste d'ailleurs au stade du recours ultime porté devant le ministre de la défense. Et, en ce qui concerne les sanctions frappant les détenus, les recours hiérarchiques formés devant les directeurs régionaux des services pénitentiaires - dont, il est vrai, on a déjà souligné le caractère purement formel - sont, dans les faits, rarissimes.

Ce constat est, au surplus, d'autant moins alarmant que le revirement de jurisprudence envisagé nous paraît comporter en lui-même certains germes d'autolimitation de contentieux. Il est ainsi notamment permis de penser que la reconnaissance d'une possibilité de recours à l'encontre des décisions en cause serait de nature à entraîner (surtout en ce qui concerne les détenus) un relatif tassement du nombre global de sanctions prononcées, et que celui-ci résulterait d'ailleurs précisément d'une raréfaction des punitions les plus fragiles au plan juridique - ce qui constituerait ainsi un double facteur d'allègement des contestations potentielles.

Au demeurant, nous rappellerons, à titre de comparaison historique, que de semblables craintes d'engorgement des juridictions administratives avaient été émises lorsque vous aviez admis, par votre décision de Section Camara du 23 novembre 1962, p. 627, la recevabilité des recours contentieux en matière de notation des fonctionnaires. Or, force est de constater que le flot de requêtes ainsi annoncé ne s'est pas produit, alors que c'est par centaines de milliers que se comptent, chaque année, les décisions prises à ce titre dans les différentes administrations. En outre, et dans le même ordre d'idées, on observera que votre jurisprudence Vigier du 25 janvier 1991, précitée, par laquelle vous avez consacré la possibilité de contester une catégorie d'actes aussi vaste que celle des décisions d'arbitrage et des résultats de compétitions sportives, n'a pas davantage entraîné d'afflux contentieux notable - même si ce second exemple est rendu moins probant, il est vrai, par le fait que votre décision excluait d'emblée du contrôle juridictionnel les questions touchant à l'application des règles techniques ou à l'appréciation des performances sportives.

Enfin, il nous semble qu'il serait en tout état de cause concevable, dans le souci de limiter le volume de ce nouveau contentieux, de subordonner la possibilité de saisir le juge à une obligation de recours administratif préalable. Entre autres avantages, une telle obligation s'avérerait en effet d'autant plus efficace, de ce point de vue, que l'intérêt réel de la contestation d'une punition diminue sensiblement avec le temps écoulé depuis son exécution.

S'agissant des sanctions prononcées dans les établissements scolaires auxquelles votre nouvelle jurisprudence pourrait être, à nos yeux, également applicable, le droit actuel est d'ailleurs d'ores et déjà orienté en ce sens. Le décret du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement organise en effet, en son article 31, un recours hiérarchique en la matière devant le recteur d'académie, auquel vous avez précisément reconnu un caractère obligatoire préalablement à tout recours contentieux par une décision du 13 mai 1992, Époux Boudil et autres, p. 198.

En ce qui concerne les militaires, on sait qu'un système très élaboré de recours hiérarchiques successifs a déjà été institué par l'article 13 du règlement de discipline générale. Or, si vous n'avez jamais eu l'occasion de vous prononcer sur ce point - dans la mesure où la procédure ainsi prévue n'est pas applicable, selon votre jurisprudence, aux décisions statutaires, qui étaient précisément jusqu'ici les seules dont vous aviez à connaître -, la rédaction de ce texte permettait à nos yeux de voir dans l'exercice des recours ainsi prévus un préalable obligatoire à la saisine du juge. Pareille interprétation aurait au demeurant les faveurs appuyées du ministère de la défense, qui eu égard aux conditions très satisfaisantes dans lesquelles fonctionne aujourd'hui la procédure de l'article 13, souhaiterait en assurer la préservation en l'état. Enfin, on observera que si l'affaire que vous soumet M. Hardouin ne vous oblige nullement à trancher aujourd'hui cette question précise - dès lors que ladite procédure a en l'occurrence effectivement été mise en oeuvre par l'intéressé et que seule la décision ultime du ministre se trouve attaquée devant vous -, le même résultat pourrait évidemment être en tout état de cause atteint, le cas échéant, par une modification en ce sens de la réglementation elle-même.

Quand aux sanctions visant les détenus, on relèvera qu'il serait également concevable de prévoir, par exemple, que celles-ci doivent faire l'objet d'un recours préalable devant le Garde des Sceaux, ou encore d'un recours désormais mieux organisé et rendu obligatoire devant le directeur régional des services pénitentiaires - étant d'ailleurs observé qu'une telle réforme pourrait éventuellement se greffer sur un projet plus général de révision du régime disciplinaire des détenus qui se trouve être actuellement en cours d'élaboration.

On ajoutera, pour en terminer sur ce chapitre, qu'il n'y a pas lieu, à notre sens, se s'effrayer davantage de la charge de travail que pourrait occasionner au juge le traitement de requêtes tendant au sursis à exécution des sanctions en cause. D'une part, en effet, et en dépit des délais d'instruction abrégés

applicables en telle matière, ces requêtes ne pourront généralement être jugées avant l'exécution de la sanction et se solderont dès lors par un non-lieu à statuer. D'autre part, il nous apparaît que la condition de préjudice difficilement réparable exigée, comme on sait, pour l'octroi d'un tel sursis ne sera en tout état de cause qu'assez rarement remplie. Mise à part l'hypothèse de sanctions portant des atteintes particulièrement graves aux libertés individuelles, de cette condition dans le cadre du contentieux disciplinaire classique de la fonction publique, devrait en effet probablement faire preuve ici de la même rigueur.

Enfin, un dernier argument couramment invoqué dans le sens du maintien de votre jurisprudence actuelle tient à ce que, compte tenu du caractère non suspensif du recours contentieux et des délais de jugement habituels des juridictions administratives, le contrôle qui serait exercé sur la légalité des sanctions en cause ne serait plus guère utile au moment où il interviendrait.

A la vérité, cette considération de bon sens apparaît difficilement contestable dans son principe, car il est de fait que le mode de fonctionnement des tribunaux administratifs n'est guère adapté à un contentieux de ce type. Et l'objectivité conduit à constater que cette insuffisance s'étend même aux procédures de sursis à exécution qui, comme on vient de le voir, ne pourront effectivement aboutir, dans la plupart des cas, avant que la sanction ait été (au moins en partie) exécutée.

Mais, d'une part, il nous semble qu'il y aurait tout de même quelque paradoxe à exclure en la matière tout contrôle juridictionnel au motif que celui-ci serait d'une efficacité réduite. La relative inadaptation d'un juge à la nature de sa tâche demeure en effet, à tout prendre, très certainement préférable à l'absence du juge pure et simple.

D'autre part, l'affirmation de la prétendue inutilité de ce contrôle néglige abusivement le fait que la constatation de l'illégalité d'une sanction sera, dans certains cas, susceptible d'ouvrir droit à une éventuelle indemnisation de l'intéressé sous forme de réparation pécuniaire. Il importe en effet de souligner à ce stade que, dès lors que les décisions qui nous occupent cesseront d'être analysées comme des mesures d'ordre intérieur, l'irrecevabilité de principe qui a toujours été opposée jusqu'ici aux conclusions de plein contentieux fondées sur leur éventuelle illégalité se trouvera elle aussi levée du même coup. A quoi s'ajoute qu'il n'y a lieu de sous-estimer ici ni la satisfaction morale procurée par l'annulation contentieuse à la personne injustement punie, ni

l'intérêt pédagogique que peut revêtir une telle annulation pour l'auteur de la sanction.

Enfin et surtout, il est possible d'envisager - et il pourrait même, à la vérité, paraître souhaitable - que soit instituée, dans le sillage du renversement de votre jurisprudence, une procédure particulière de traitement des affaires en cause, afin de tenir compte, précisément, de la nécessité d'en assurer un jugement rapide. Ce contentieux pourrait ainsi, par exemple, être confié à "un juge de proximité" statuant de manière accélérée, selon une formule éventuellement inspirée de celle prévue par la loi du 10 janvier 1990 en matière de contestations par les étrangers des arrêtés de reconduite à la frontière. Et, s'agissant spécifiquement des sanctions visant les détenus, on observera d'ailleurs que ce juge pourrait à notre sens fort bien relever, eu égard à la nature des questions traitées, de l'ordre judiciaire.

Si vous nous suivez pour procéder au revirement de jurisprudence ainsi envisagé, il restera alors à en préciser, pour autant que les présentes espèces s'y prêtent, la portée exacte.

Il ne nous apparaît en effet ni indispensable en droit, ni souhaitable en opportunité, d'admettre aujourd'hui la recevabilité des recours dirigés contre l'ensemble des sanctions susceptibles d'être prononcées en matière disciplinaire, et dont certaines ne comportent en vérité que des effets tout à fait mineurs.

Aussi vous proposerons-nous ici de limiter la possibilité de contester de telles mesures aux seules sanctions qui, de par leur nature et leur gravité, rendent un tel contrôle effectivement nécessaire au regard des diverses considérations précédemment exposées. Et nous vous suggérons alors de définir les sanctions ainsi susceptibles de recours comme celles qui entraîneraient, soit une atteinte sensible à des libertés ou droits protégés - critère qui intégrerait d'ailleurs notamment l'éventuelle aggravation sensible des conditions de vie de la personne punie -, soit une atteinte substantielle à la situation statutaire ou administrative de l'intéressé - critère qui couvrirait en particulier, pour sa part, les éventuelles conséquences de la mesure sur les perspectives de carrière.

Outre qu'il nous paraissent s'imposer en bon sens, ces deux critères sont en effet précisément ceux sur lesquels se fonde d'ores et déjà votre jurisprudence, ainsi que nous l'avons montré plus haut, pour définir les limites de la notion de mesure d'ordre intérieur dans les matières autres que disciplinaires. Et ces critères correspondent du reste également - au moins pour le premier, qui intéresse plus directement l'objet de la Convention européenne des droits de

l'homme - à ceux que retient la Cour de Strasbourg pour distinguer les accusations pénales au sens de cette convention des poursuites disciplinaires.

Il est vrai que, s'il appartiendra à votre jurisprudence ultérieure de se prononcer sur le sort à réserver à chacune des diverses sanctions prévues par les textes en vigueur en fonction des critères ainsi définis, un rapide examen de celles-ci amène à conclure que bien peu d'entre elles conserveront, à la vérité, leur caractère d'actes insusceptibles de recours.

Ainsi, s'agissant des militaires, et compte tenu notamment de la disposition précitée de l'article 30 du règlement de discipline générale prescrivant l'inscription au dossier de la totalité des sanctions à l'exception de l'avertissement, seul ce dernier nous paraîtrait à coup sûr échapper à la possibilité de contestation contentieuse. De même, en ce qui concerne les détenus, les quelques sanctions qui, à l'exemple de l'interdiction d'achat en cantine ou de la privation de certains matériels d'agrément, emporteraient des effets suffisamment mineurs pour continuer à pouvoir être analysées comme des mesures d'ordre intérieur, seraient en fait fort peu nombreuses.

Mais, d'une part, on observera qu'en ce qui concerne en revanche les sanctions prononcées dans les établissements scolaires, les critères ainsi définis permettraient tout de même de soustraire au champ de votre nouvelle jurisprudence les innombrables punitions sans gravité infligées chaque jour et qui ne requièrent effectivement sans doute pas le contrôle d'un juge - à commencer par les mises au piquet ou les verbes à conjuguer.

D'autres part et surtout, il convient ici de relever que la définition et le régime des différentes sanctions applicables aux détenus et aux militaires, tels qu'ils résultent des dispositions actuellement en vigueur, pourraient être éventuellement modifiés, à l'initiative du Gouvernement, par suite de l'intervention même de vos décisions d'aujourd'hui. Et il serait, à cette occasion, possible d'enrichir les catégories de mesures qui, au regard de cette nouvelle jurisprudence, continueraient à échapper au contrôle du juge, notamment en prévoyant des sanctions mieux graduées ou en revenant sur le principe de l'inscription au dossier de certaines d'entre elles. Un raisonnement à textes constants ne permet donc pas ici de délimiter avec certitude les contours de l'état du droit futur.

Enfin, la dernière question de principe qui demeurera alors à trancher sera de déterminer le degré du contrôle qu'il conviendra d'exercer, si vous nous

suivez, sur l'adéquation des sanctions prononcées à la gravité des fautes commises.

En effet, si vous vous livrez évidemment ici, comme en toute matière disciplinaire, à un plein contrôle de qualification juridique sur le caractère fautif des faits, on pourrait en revanche a priori hésiter, en ce qui concerne le choix de la sanction, à transposer en la matière le contrôle d'erreur manifeste d'appréciation que vous appliquez, dans le contentieux disciplinaire des fonctionnaires, depuis votre arrêt de Section Lebon du 9 juin 1978, p. 245. Ainsi pourriez-vous sans doute être tentés, compte tenu notamment des difficultés pratiques que comportera nécessairement l'appréciation des faits de chaque espèce dans le cas de sanctions intervenues dans le secret des prisons ou des casernes, d'exclure purement et simplement un tel contrôle, comme vous le faites encore dans certains contentieux résiduels, tels que ceux de l'attribution de décorations ou des résultats de concours. Mais, outre qu'il nous semblerait tout de même difficilement justifiable, tant en droit qu'en équité, de ne pas étendre au contentieux qui nous occupe les règles jurisprudentielles ainsi déjà dégagées s'agissant des fonctionnaires, il est clair que les contestations soulevées par les militaires ou les détenus punis porteront en réalité précisément, dans bien des cas, sur la gravité de la sanction prononcée. Dans ces conditions, nous voyons mal comment vous pourriez aujourd'hui admettre la recevabilité des recours contre les décisions en cause pour exclure aussitôt la possibilité d'invoquer un tel moyen - ce qui reviendrait à priver votre nouvelle jurisprudence d'une grande partie de son intérêt. Aussi vous proposerons-nous d'exercer sur ce point un contrôle d'erreur manifeste.

Si vous nous avez suivi jusqu'ici, vous serez amenés à contester, dans les deux affaires qui vous sont aujourd'hui soumises, que les sanctions respectivement infligées à MM. Marie et Hardouin présentaient bien, eu égard à leur nature et à leur gravité, le caractère de décisions susceptibles de recours. Et nous soulignerons, en particulier, que le fait que la punition de cellule prononcée à l'encontre du premier ait été assortie d'un sursis ne saurait à nos yeux justifier une solution inverse. Ne serait-ce que parce qu'elle exerce des incidences du même ordre qu'une punition de cellule ferme sur l'octroi d'éventuelles réductions de peine, une telle sanction avec sursis satisfait bien, en effet, aux critères que nous avons précédemment définis.

Annulant les jugements attaqués, vous serez dès lors amenés à statuer par voie d'évocation sur les conclusions de première instance des intéressés.

Or, quitte à commettre l'imprudence tactique de nous écarter d'une tradition qui voudrait que vos revirements de jurisprudence soient plutôt adoptés à l'occasion de décisions de rejet, nous vous proposerons, dans le cas de la requête de M. Marie, d'annuler la sanction attaquée.

De fait, on observera d'abord que cette sanction reposait en l'espèce sur des faits non établis, et même probablement inexacts. Pour considérer comme fautive la réclamation de l'intéressé critiquant l'insuffisance des soins médicaux qui lui étaient dispensés, l'administration a en effet essentiellement relevé, dans sa décision, que celui-ci avait été reçu au service dentaire de la maison d'arrêt le 9 juin 1987 - soit cinq jours après avoir adressé son courrier à l'Inspection générale des affaires sociales. Or, une telle circonstance ne démontre évidemment en rien - on serait tenté de dire au contraire...- que cette réclamation ait été injustifiée à la date à laquelle elle a été formée.

Mais on relèvera aussi et surtout, en tout état de cause, que l'article D. 262 du code de procédure pénale, qui autorise les détenus à adresser des correspondances à certaines autorités administratives et judiciaires, ne prévoit la possibilité de prononcer une sanction à raison de l'exercice de ce droit que dans l'hypothèse où celui-ci aurait été mis à profit "soit pour formuler des outrages, des menaces ou des imputations calomnieuses, soit pour multiplier des réclamations injustifiées ayant déjà fait l'objet d'une décision de rejet". Or, si la sanction litigieuse était bien fondée sur le caractère prétendument injustifié de la réclamation de M. Marie, il n'est pas même allégué au dossier que cette dernière ait succédé à d'autres réclamations du même type, ainsi que l'auraient pourtant exigé ces dispositions pour rendre l'intéressé passible d'une sanction disciplinaire. Aussi l'administration s'est-elle en l'occurrence fondée, pour prendre la décision attaquée, sur des faits qui n'étaient pas également de nature à la justifier.

Il est vrai que, devant le juge, le Garde des Sceaux s'est pour sa part efforcé de légitimer néanmoins cette sanction en faisant valoir que la réclamation incriminée aurait par ailleurs comporté des imputations calomnieuses à l'encontre des services pénitentiaires. Mais, d'une part, il ne nous apparaît pas que le document en cause ait en l'espèce revêtu, quelle que soit la vivacité de ses termes, un caractère véritablement calomnieux. D'autre part et surtout, le ministre ne saurait en tout état de cause utilement invoquer devant vous un grief qui ne figurait pas dans les motifs de la décision attaquée, et qu'il ne lui est évidemment pas possible de substituer a posteriori à celui initialement retenu.

L'annulation est donc ici encourue à tous égards, et on observera que ce constat confirme d'ailleurs, s'il en était besoin, l'utilité d'un contrôle du juge dans le domaine disciplinaire. L'exemple de la sanction en cause, qui apparaît fâcheusement teintée d'arbitraire, témoignage en effet, à nos yeux, des errements auxquels peut conduire l'habitude d'une immunité juridictionnelle trop longtemps maintenue en la matière.

La requête de M. Hardouin nous semble en revanche vouée, pour sa part, à une solution de rejet.

Pour contester la punition qui lui a été infligée, l'intéressé fait d'abord valoir que celle-ci aurait été prononcée en méconnaissance des droits de la défense. Mais il ressort des pièces du dossier que le requérant avait bien été mis à même, conformément à la procédure prévue à l'article 33 du règlement de discipline générale, de s'expliquer préalablement devant son chef de corps sur les faits qui lui étaient reprochés.

M. Hardouin fait ensuite grief à la décision du ministre de la défense ayant rejeté son recours hiérarchique de ne pas avoir été motivée, alors que les sanctions disciplinaires entrent évidemment dans le champ d'application de la loi du 11 juillet 1979. Mais, après quelques hésitations jurisprudentielles sur ce point, vous avez précisément jugé, par une décision du 30 novembre 1994, Guyot, en cours de publication au Recueil, que la décision d'une autorité hiérarchique se bornant - comme en l'espèce - à rejeter un recours formé contre une décision régulièrement motivée, n'avait pas à être elle-même motivée.

Le requérant soutient alors que les faits d'ivresse ayant justifié la sanction litigieuse ne seraient pas

établis, dès lors qu'il avait refusé de se soumettre à l'alcootest et qu'il n'avait alors pas fait l'objet, comme une instruction interne à la marine le prévoyait normalement en telle hypothèse, d'une prise de sang. Il faut savoir, en effet, qu'un contrôle d'imprégnation alcoolique par cette dernière méthode s'était en l'espèce avéré impossible pour des raisons d'ordre technique. Mais, pour regrettable qu'elle soit, cette circonstance ne saurait à notre sens justifier une éventuelle annulation de la punition prononcée - ce qui reviendrait en l'occurrence à donner une certaine prime à la mauvaise foi. Aussi vous proposerons-nous de considérer les faits comme suffisamment établis par le témoignage de l'officier de garde faisant état, chez l'intéressé, de signes d'ébriété manifestes.

Enfin, il est clair que ces faits étaient bien de nature à justifier une sanction disciplinaire et il nous apparaît qu'en choisissant d'infliger, à raison de ceux-ci, la punition de dix jours d'arrêts, l'autorité militaire n'a en l'espèce commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons :

- dans l'affaire n° 97754, à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Versailles en date du 29 février 1988, ainsi qu'à l'annulation de la décision du directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis du 29 juin 1987 et de la décision implicite confirmative du directeur régional des services pénitentiaires ;

- et, dans l'affaire n° 107766, à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Rennes en date du 6 avril 1989, ainsi qu'au rejet de la demande présentée par M. Hardouin devant ce tribunal et au rejet du surplus des conclusions de la requête.

## **II. Arrêts CE Ass, 17 février 1995, M. Marie, req. n° 097154 et M. Hardouin, req. n° 107766**

Conseil d'État, Asemblée - 17 février 1995.

*M. Boucher, rapp. ; M. Frydman, c. du g. Aff. : M. Marie, Req. n° 097754.*

*Vu la requête et le mémoire complémentaire, enregistrés les 6 mai 1988 et 10 juin 1988 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État, présentés par M. Pascal Marie, demeurant (...); M. Marie demande au Conseil d'État :*

*1) d'annuler le jugement du tribunal administratif de Versailles qui, le 29 février 1988, a rejeté comme irrecevable sa demande tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du 29 juin 1987 par laquelle le directeur de la maison d'arrêt des hommes de Fleury-Mérogis lui a infligé la sanction de la mise en cellule de punition pour une durée de huit jours, avec sursis, ensemble la décision implicite du directeur régional des services pénitentiaires rejetant son recours contre ladite sanction ;*

*2) d'annuler ces deux décisions pour excès de pouvoir, (.....)*

*Vu les autres pièces du dossier ;*

*Vu le code de procédure pénale ;*

*Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;*

*Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;*

*Après avoir entendu en audience publique :*

- *le rapport de M. Philippe Boucher, Conseiller d'État,*
- *les conclusions de M. Frydman, Commissaire du gouvernement ;*

*Considérant qu'aux termes de l'article D.167 du code de procédure pénale :*

*"La punition de cellule consiste dans le placement du détenu dans une cellule aménagée à cet effet et qu'il doit occuper seul ; sa durée ne peut excéder quarante cinq jours..." ; que l'article D. 169 du même code prévoit que "La mise en cellule de punition entraîne pendant toute sa durée, la privation de cantine et des visites. Elle comporte aussi des restrictions à la correspondance autre que familiale..." ; qu'en vertu de l'article 721 du même code, des réductions de peine peuvent être accordées aux condamnés détenus en exécution de peines privatives de libertés "s'ils ont donné des preuves suffisantes de bonne conduite" et que les réductions ainsi octroyées être rapportées "en cas de mauvaise conduite du condamné en détention" ; que, eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ;*

*que M. Marie est, dès lors, fondé à demander l'annulation du jugement attaqué, par lequel le tribunal administratif de Versailles a rejeté comme non recevable sa demande tendant à l'annulation de la décision du 29 juin 1987 par laquelle le directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis lui a infligé la sanction de mise en cellule de punition pour une durée de huit jours, avec sursis, ainsi que de la décision implicite du directeur régional des services pénitentiaires rejetant son recours hiérarchique contre cette décision ;*

*Considérant qu'il y a lieu d'évoquer et de statuer immédiatement sur la demande présentée par M. Marie devant le tribunal administratif de Versailles ;*

*Considérant qu'aux termes de l'article D. 262 du code de procédure pénale, "Les détenus peuvent, à tout*

*moment, adresser des lettres aux autorités administratives et judiciaires françaises (...) Les détenus qui mettraient à profit la faculté qui leur est ainsi accordée soit pour formuler de outrages, des menaces ou des imputations calomnieuses, soit pour multiplier des réclamations injustifiées ayant déjà fait l'objet d'une décision de rejet, encourent une sanction disciplinaire, sans préjudice de sanctions pénales éventuelles " ;*

*Considérant que, pour infliger à M. Marie la sanction de huit jours, avec sursis, de cellule de punition, le directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis s'est fondé sur ce que la lettre du 4 juin 1987 adressée par ce détenu au chef du service de l'inspection générale des affaires sociales, pour se plaindre du fonctionnement du service médical de l'établissement, avait le caractère d'une réclamation injustifiée ;*

*Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier et qu'il n'est du reste pas allégué, que cette réclamation, à la supposer injustifiée, ait fait suite à de précédentes plaintes ayant fait l'objet de décisions de rejet ; que si le garde des sceaux, ministre de la justice soutient que cette réclamation comportait des imputations calomnieuses, un tel grief ne figure pas dans les motifs de la décision attaquée et qu'au surplus, si la lettre de M. Marie énonce des critiques dans des termes peu mesurés, elle ne contient ni outrage, ni menace, ni imputation pouvant être qualifiés de calomnieux ; que, dès lors, en prenant la décision attaquée, le directeur de la maison d'arrêt dont la décision a été implicitement confirmée par le directeur régional des services pénitentiaires, s'est fondé sur des faits qui ne sont pas de nature à justifier une sanction ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, M. Marie est fondé à demander l'annulation de ces décisions ;*

**DÉCIDE :**

Article 1er : *Le jugement du 29 février 1988 du tribunal administratif de Versailles est annulé.*

Article 2 : *La décision susvisée du 29 juin 1987 du directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, ensemble la décision implicite du directeur régional des services pénitentiaires, sont annulées.*

(...)

Conseil d'État, Assemblée - 17 février 1995.

*M. Philippe Boucher, rapp. ; M. Frydman, c. du g. Aff. : M. Hardouin, Req. n° 107766.*

*Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés les 12 juin 1989 et 6 octobre 1989 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés pour M. Philippe Hardouin, demeurant (...); M. Hardouin demande au Conseil d'État :*

*1) d'annuler le jugement du 6 avril 1989 par lequel le tribunal administratif de Rennes a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la décision du 14 mars 1986 aux termes de laquelle le ministre de la défense a rejeté son recours hiérarchique contre la punition de dix jours d'arrêt qui lui avait été infligée le 8 novembre 1985, ensemble à l'annulation de cette dernière décision ;*

*2) d'annuler pour excès de pouvoir les décisions des 8 novembre 1985 et 14 mars 1986 ;*

*Vu les autres pièces du dossier ;*

*Vu la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 ;*

*Vu le décret n° 75-675 du 28 juillet 1975 modifié par le décret n° 78-1024 du 11 juillet 1978 et du n°85-914 du 21 août 1985 ;*

*Vu la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ;*

*Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;*

*Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;*

*Après avoir entendu en audience publique :*

- le rapport de M. Philippe Boucher, Conseiller d'État,*
- les observations de la SCP Masse-Dessen, Georges, Thouvenin, avocat de M. Philippe Hardouin,*
- les conclusions de M. Frydman, Commissaire du gouvernement ;*

*Considérant qu'aux termes du dernier alinéa de l'article 30 du décret du 28 juillet 1975 modifié portant règlement de discipline générale dans les armées : "A l'exception de l'avertissement, les sanctions disciplinaires font l'objet d'une inscription motivée au dossier individuel ou au livret matricule"*

*; que l'article 31 du même décret, dans sa rédaction résultant du décret du 21 août 1985 dispose : "Les arrêts sanctionnent une faute grave ou très grave ou des fautes répétées de gravité moindre. Le militaire effectue son service dans les conditions normales mais il lui est interdit, en dehors du service de quitter son unité ou le lieu désigné par son chef de corps (...). Le nombre de jours d'arrêt susceptibles d'être infligés est de un à quarante. Pendant l'exécution de cette punition, le militaire ne peut prétendre au bénéfice d'une permission" ; que, tant par ses effets directs sur la liberté d'aller et venir du militaire, en dehors du service, que par ses conséquences sur l'avancement ou le renouvellement des contrats d'engagement, la punition des arrêts constitue une mesure faisant grief, susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ; que M. Hardouin est, dès lors, fondé à demander l'annulation du jugement attaqué, par lequel le tribunal administratif de Rennes a rejeté comme non recevables ses conclusions tendant à l'annulation de la décision du 14 mars 1986 par laquelle le ministre de la défense a rejeté son recours contre la punition de dix jours d'arrêts qui lui a été infligée le 8 novembre 1985 par le commandant de son unité ;*

*Considérant qu'il y a lieu d'évoquer et de statuer immédiatement sur la demande présentée par M. Hardouin devant le tribunal administratif de Rennes ;*

*Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, conformément aux dispositions de l'article 33 du décret du 28 juillet 1975 modifié, M. Hardouin a été mis à même de s'expliquer devant son chef de corps avant qu'une punition ne lui soit infligée ;*

*Considérant que si M. Hardouin, se fondant sur les dispositions de la loi du 11 juillet 1979, soutient que la décision par laquelle le ministre de la défense a rejeté son recours hiérarchique contre la décision qui lui avait infligé des arrêts, est irrégulière faute d'être motivée, l'obligation de motivation des sanctions posées par cette loi concerne la décision infligeant la sanction et non la décision qui se borne à rejeter la réclamation contre cette sanction ;*

*Considérant qu'il est établi que, lors de son retour le 8 novembre 1985 vers 0 h 45 sur l'unité navale sur laquelle il servait, M. Hardouin, alors maître timonier manifestait des signes d'ébriété ; qu'il a refusé de se soumettre à l'épreuve d'alcootest ; que ces faits étaient de nature à justifier une punition disciplinaire et qu'en infligeant une punition de 10 jours d'arrêt, l'autorité militaire n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ;*

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. Hardouin n'est pas fondé à soutenir que la décision du ministre de la défense, en date du 14 mars 1986, est entachée d'excès de pouvoir ;

**DÉCIDE :**

### III. Commentaire de Xavier Latour, allocataire-moniteur à l'Université de Paris V - René Descartes, chercheur au Centre Droit et Défense

L'acceptation par le Conseil d'État du contrôle de certaines mesures disciplinaires prises dans le milieu carcéral<sup>1</sup> et militaire<sup>2</sup>, jusque là assimilées à des mesures d'ordre intérieur<sup>3</sup> et donc insusceptibles de recours contentieux, constitue un apport remarquable à la protection des droits des agents et des usagers face au nécessaire pouvoir de gestion autonome du service public.

I. Le Conseil d'État a rompu avec une jurisprudence ancienne que l'on aurait pu croire figée.

1. 1. M. Marie, détenu dans une maison d'arrêt, s'était vu infligé, avec sursis, une mise en cellule de punition de huit jours pour s'être plaint du mauvais fonctionnement du service médical de l'établissement. Quant à M. Hardouin, maître timonier sur un navire de guerre, il reçut une punition de 10 jours d'arrêt pour ivresse. Tous deux demandaient, en appel, l'annulation des jugements rendus en premier ressort par les Tribunaux administratifs de Versailles (29 février 1988) et de Rennes (6 avril 1989) qui avaient rejeté pour irrecevabilité leur recours pour excès de pouvoir formulé à l'encontre des sanctions et du refus des autorités administratives de les annuler. Dans les deux cas il s'agissait pour le Conseil d'État de déterminer si ces sanctions devaient être assimilées à des mesures d'ordre intérieur. Selon des critères bien admis<sup>4</sup>, ces mesures correspondent à des décisions purement discrétionnaires, internes à l'administration, et sans effet juridique pour ceux

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Rennes en date du 6 avril 1989 est annulé.

Article 2 : La demande présentée par M. Hardouin devant le tribunal administratif de Rennes, ensemble le surplus des conclusions de sa requête sont rejetés (...).

qui les subissent<sup>5</sup>. Or, sous les coups portés par le commissaire du Gouvernement Patrick Frydman dans des conclusions (communes aux deux affaires) particulièrement longues (40 pages) et détaillées<sup>6</sup>, dans deux arrêts d'Assemblée, le Conseil d'État a annulé les jugements et accepté de vérifier la légalité des mesures disciplinaires prises et, pourtant, généralement considérées comme le "noyau dur"<sup>7</sup> des mesures d'ordre intérieur. Ayant admis sa compétence, le Conseil d'État se prononça sur le fond, grâce à son pouvoir d'évocation. A ce titre, il reçut la requête de M. Marie, mais rejeta celle de M. Hardouin.

Il admit ainsi les critiques du commissaire du Gouvernement qui dénonçait les refus précédemment formulés, et rendus selon lui plus en "opportunité" qu'en "droit"<sup>8</sup>.

1. 2. Ce revirement, dont les conséquences se feront surtout sentir dans les relations des agents et usagers avec du service public plus que dans la théorie même des mesures d'ordre intérieur, n'est pourtant pas une surprise. Au contraire, il était prévisible, mais sa justification, en l'espèce, est parfois surprenante.

Plusieurs signes annonciateurs laissaient entrevoir l'éventualité d'une attitude plus souple des juges administratifs dans l'appréciation des mesures d'ordre intérieur, et en particulier des mesures disciplinaires.

1 CE, Ass., 17 février 1995, Marie, req. n° 97754.

2 CE, Ass., 17 février 1995, Hardouin, req. n° 107766.

3 Sur cette notion voir Jean Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives, Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, éd. Sirey, 1934.

4 Pour des exemples voir : CE, 11 juillet 1947, Dewavrin, Leb. p. 307 ; CE, 13 juillet 1968, Chenal, Leb. p. 446 ; CE, 4 mai 1979, Comité d'action des prisonniers, Leb. p. 182.

5 Pour un rappel de ces critères voir les conclusions du Commissaire du Gouvernement Scanvic sur l'affaire Cherbonnel, CE, 15 janvier 1992, RFDA 1993, pp. 1132-1133.

6 Celles-ci avaient d'ailleurs fait l'objet d'articles dans *Le Monde* des 5-6 février 1995.

7 Voir Maryvonne Hecquard-Theron, "De la mesure d'ordre intérieur", AJDA 1981, p. 240.

8 Sur l'absence de motivation véritable des punitions en mesure d'ordre intérieur, voir par exemple CE, 13 juillet 1968, Chenal, Leb. p. 446.

La jurisprudence administrative eut à plusieurs reprises l'occasion de démontrer que toutes les mesures (pas forcément disciplinaires) de gestion interne des services n'étaient pas systématiquement des mesures d'ordre intérieur. Sont par exemple concernées : les mesures portant atteinte aux attributions essentielles d'un agent<sup>9</sup>, celles perturbant la scolarité des élèves<sup>10</sup>, ou méconnaissant les dispositions du Code de procédure pénale relatives aux achats de cantine, à la composition et à l'espacement des repas dans une prison<sup>11</sup>.

Dans un ordre d'idées identique, plusieurs commissaires du Gouvernement incitèrent le Conseil d'État à modifier son attitude sur l'assimilation de sanctions à des mesures d'ordre intérieur. Les conclusions de M. Bruno Genevois sur l'affaire *Caillol*<sup>12</sup> et celles de M. David Kessler sur l'affaire *Kherouaa*<sup>13</sup> (dite du "foulard islamique") illustrent bien ce phénomène. Si dans le premier cas, le Conseil d'État ne suivit pas les conclusions de M. Genevois et qualifia de mesure d'ordre intérieur le placement d'un prévenu dans un "quartier de plus grande sécurité", en revanche dans le second il rejeta cette qualification pour l'exclusion d'élèves d'un établissement d'enseignement.

Il était ainsi proposé au juge administratif de pallier le refus du juge judiciaire de se prononcer sur la légalité de sanctions disciplinaires, même privatives de liberté<sup>14</sup>.

II. Sous l'effet de cette double tendance les perspectives d'une appréciation plus souple de la notion de mesure d'ordre intérieur s'élargissaient ; elles signifiaient même, pour certains auteurs, que, dans le domaine des punitions disciplinaires et particulièrement des punitions dans les armées, elle serait "à terme condamnée"<sup>15</sup>.

Les affaires *Marie* et *Hardouin* offrent au Conseil d'État l'occasion d'infléchir sa jurisprudence et donc

d'aligner le contentieux des sanctions prises dans les prisons et les armées sur celui des établissements d'enseignement, un infléchissement justifié, selon M. Patrick Frydman, à la fois par l'évolution du contexte socio-juridique, par les faits particuliers et symboliques des deux espèces, mais également par la nécessité pour la France de respecter ses engagements internationaux.

2. 1. Depuis quelques années, nous assistons incontestablement à une nette évolution des relations, entre d'une part l'administration et d'autre part ses agents et les usagers du service, dans le sens d'une meilleure garantie des droits de ces derniers, mais aussi d'une plus grande clarté. Même les mondes longtemps fermés des prisons et des armées se sont progressivement ouverts, comme en témoignent le décret du 28 janvier 1983 sur l'allègement des contraintes à la vie carcérale, ou encore l'amélioration des procédures de recours offertes aux militaires à travers le décret du 28 juillet 1975 portant règlement de discipline générale dans les armées (RDGA), et particulièrement son article 13 (modifié par décret le 21 août 1985<sup>16</sup>).

En revanche, il est possible d'émettre davantage de réserves sur la nature des sanctions infligées. Étaient-elles aussi peu insignifiantes que cela rendait impossible l'application d'un principe couramment admis pour déceler des mesures d'ordre intérieur : *de minimis non curat praetor*<sup>17</sup> ? Le Conseil d'État soutient que les mesures prises portaient atteinte à la fois à des droits protégés<sup>18</sup> et à la situation juridique et statutaire des intéressés. Si l'atteinte aux droits ne peut être niée, il n'est pas certain que leur nature et leur remise en cause justifiaient l'intervention du juge. Pour M. Marie l'accès à la cantine et la suspension du droit de visite ont-ils besoin d'être protégés, d'autant plus que la sanction n'avait été infligée qu'avec sursis ? La mise entre parenthèses du droit de M. Hardouin d'aller et venir est sans doute plus importante que dans le cas précédent, encore convient-il de préciser qu'il ne s'agit malgré tout que d'une gêne limitée et

9 CE, 3 novembre 1989, *Fassiaux*, RA 1990, n° 40.

10 Par exemple un refus d'admission en classe de neige : CE, 1er avril 1977, *Epoux Deleersnyder*, Leb. p. 173.

11 CE, 15 janvier 1992, *Cherbonnel*, op. cit. note 5.

12 CE, 17 décembre 1982, *Caillol*, Leb. p. 429, AJDA 1984, p. 72, chron. de MM. Lasserre et Delarue ; RFDA 1984, p. 187, note F. Moderne ; *Gaz. Pal* 1984, 1, p. 284, note X. Prétot.

13 CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, Leb. p. 389 ; AJDA 1992, p. 790, chron. Maugué et Schwartz ; RDP 1993, p. 220, note Paul Sabourin ; LPA 24 mai 1994, p. 4, note G. Lebreton ; RFDA 1993, p. 112, concl. David Kessler.

14 Incompétence issue de l'arrêt du T. C., 31 octobre 1885, *Francomme c/ Trovalet*, Rec. p. 804.

15 Sur la condamnation de la théorie des mesures d'ordre intérieur en général voir, Jean-Yves Plouvin, "Du possible déclin de la notion de mesure d'ordre intérieur ?", RA 1979, p. 51 ; sur celle des punitions voir, Marcel-René Tercinet, "Punitions militaires et 'ordre intérieur'", ARÈS 1982, p. 132.

16 Décret n° 75-675, JO du 30 juillet 1975, p. 7732 ; décret n° 85-914, JO du 21 août 1985, p. 10025.

17 Principe sur la validité duquel il serait possible de s'interroger dès lors que les mesures auxquelles il s'applique font grief ; sur ce point voir les observations de F. Moderne sur l'affaire *Caillol*, op. cit. note 12, p. 189.

18 Sur l'impossibilité de qualifier un acte portant atteinte à un droit protégé de mesure d'ordre intérieur, voir par exemple CE, 10 octobre 1990, *Garde des Sceaux c/ Hyver*, Leb. Tables p. 911, au sujet de l'interdiction d'entrée de publications relatives aux armes à feu dans une prison ; CE, 21 octobre 1988, *Syndicats des avocats de France*, Leb. p. 772, au sujet de l'installation d'un portique de télé-détection à l'entrée d'une maison d'arrêt.

d'une sanction beaucoup moins grave que celles infligées par le passé et que le juge avait pourtant refusé de contrôler.

Il est en revanche indéniable que les conséquences des sanctions sur le statut juridique des intéressés sont réelles. Dans la première espèce, l'éventualité d'une libération anticipée s'éloignait, tandis que dans la deuxième, il pouvait y avoir risque de blocage ou de ralentissement de la carrière (toutes les autres punitions, même moins importantes peuvent avoir un effet identique dès lors qu'elles sont inscrites au dossier). Il est à souligner par ailleurs que, concernant M. Hardouin, l'assimilation de la sanction à une mesure d'ordre intérieur aurait conduit à placer les militaires dans une situation discriminatoire par rapport aux fonctionnaires civils puisque ces derniers ont le droit de contester une sanction inscrite dans leur dossier<sup>19</sup>. Or, si les arrêts ne constituent pas une sanction statutaire, ils sont pourtant inscrits au dossier individuel ou au livret matricule de l'intéressé en vertu de l'article 30 § 4 du RDGA avec les conséquences qui en découlent.

2. 2. Il était enfin capital pour la France, non seulement de ne pas conserver une jurisprudence radicalement différente de celle de ses partenaires européens (et mise en évidence par M. Frydman), mais encore de respecter ses engagements internationaux. Si le commissaire du Gouvernement se réfère au pacte des Nations Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques est important, il semble attacher davantage d'importance à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950<sup>20</sup> (ci-après la Convention) sans doute à cause du rôle joué par la Cour européenne des droits de l'homme. La Convention contient deux articles qui ne manquent pas d'intérêt : l'article 6 relatif à l'accès au juge, et 13 sur "l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale". Empêcher MM. Marie et Hardouin d'accéder au juge administratif et leur accorder un simple recours hiérarchique ne présentant pas toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité, aurait pu placer la France en situation d'infraction par rapport à la Convention, et ce en dépit des réserves formulées par elle à l'application de l'article 6, s'agissant des punitions infligées aux

militaires<sup>21</sup>. En effet, la réserve à cet article n'écarte pas l'obligation résultant de l'article 13. Bien que les postulats de la qualité des recours administratifs prévus puissent être contestés, il n'est pas mauvais que la France écarte un risque de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme dont les effets, surtout politiques, ne sont pas bons pour l'image d'un État partie à la Convention.

III. Si certains arguments avancés sont plus faibles que d'autres, l'attitude du Conseil d'État est globalement justifiée.

La portée de ces deux arrêts diffère selon les domaines. S'ils auront vraisemblablement une assez grande influence sur les relations des agents et usagers avec le service, ils ne modifient cependant pas radicalement le concept de mesure d'ordre intérieur.

3. 1. Bien qu'il soit encore trop tôt pour savoir si les relations d'autorité ou les rapports hiérarchiques seront bouleversés, il est en revanche certain que les intéressés voient en principe leurs droits désormais beaucoup mieux garantis.

Comme le soulignait le Professeur Hecquard-Théron "la mesure d'ordre intérieur coïncide parfaitement avec le pouvoir hiérarchique"<sup>22</sup>. Par conséquent, le tournant opéré par le Conseil d'État peut faire craindre à certains une remise en cause systématique de la souplesse dans l'utilisation du pouvoir hiérarchique menaçant la cohésion et l'efficacité du service, ce qui serait particulièrement problématique pour les armées auxquelles le principe "la discipline fait la force principale des armées" a longtemps été appliqué<sup>23</sup>, mais aussi pour les prisons. Dans cette optique le Professeur René Chapus n'hésitait pas à soutenir que l'ancienne jurisprudence "ne manque ni de sagesse, ni de raison d'être"<sup>24</sup>. La disparition de

19 CE, 25 mars 1981, *Ministre du Budget c/ Arbault*, Leb. Tables p. 859.

20 Ratifiée en France par le décret présidentiel 74-360 du 3 mai 1974, JO du 4 mai 1974, p. 4750.

21 La réserve concernait également l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme sur "le droit à la liberté et à la sûreté" interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme comme garantissant aux militaires l'intervention d'une autorité juridictionnelle en cas de privation de leur liberté, et dès lors qu'ils ne sont plus en mesure de s'acquitter de leurs tâches (C.E.D.H. arrêt *Engel*, du 8 juin-23 novembre 1976, série A, n° 22 ; voir Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, éd. Sirey, 1994, pp. 183-187).

22 Maryvonne Hecquard-Théron, "De la mesure d'ordre intérieur", *Op. cit.* note 7, p. 241.

23 Règle inscrite dans le RDGA jusqu'à sa suppression par le décret 75-675 du 28 juillet 1975, JO du 30 juillet 1975, p. 7732.

24 René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, éd. Montchrestien, 1990, p. 337.

la "souple de sûreté" <sup>25</sup> que représentait la mesure d'ordre intérieur pour des administrations soumises à une forte pression ne va-t-elle dès lors les placer dans une situation intenable ?

M. Frydman prit soin de réfuter ce type d'arguments. Il soutint en premier lieu que les personnes sanctionnées, soit par crainte, soit par méconnaissance, n'utiliseraient pas à chaque fois la voie du recours pour excès de pouvoir ; en second lieu que les détenteurs du pouvoir disciplinaire, par crainte du recours, en appréciant mieux les sanctions limiteront d'eux-mêmes les risques d'arbitraire. Or, un pouvoir mieux utilisé, de façon plus juste, n'est-il pas un pouvoir mieux accepté et donc beaucoup mieux toléré et plus efficace ? Une meilleure garantie des droits, telle est la motivation de cette jurisprudence.

Il convient pourtant de préciser différents points. D'abord, et alors même que le commissaire du Gouvernement suggérait d'imposer un recours hiérarchique préalable à tout recours contentieux, il serait bon, pour les militaires, d'apporter une réponse claire sur l'articulation entre le recours de l'article 13 RDGA et le recours contentieux. A ce titre il est très probable que les services du ministère de la Défense auront à cœur de préciser, conformément à ce suggérait M. Frydman, que la voie de l'article 13 constitue un recours préalable obligatoire à tout recours juridictionnel. Par ailleurs, il est exact que le recours pour excès de pouvoir, par nature exercé *a posteriori*, ne peut apporter qu'une satisfaction juridique et morale que plusieurs années (en l'espèce 8 et 9 ans) après les faits. A la lumière de ces délais peu "raisonnables", l'idée de M. Frydman d'accélérer la procédure en la confiant à "un juge de proximité" paraît fondée, mais assez floue dans ses perspectives de mise en application concrète.

S'inscrit aussi dans la perspective d'une meilleure protection des droits, la faculté désormais ouverte d'intenter, pour les punitions les plus graves, un recours de plein contentieux, les sanctions n'étant plus assimilées à des mesures d'ordre intérieur <sup>26</sup>.

**3. 2.** Quoique représentant un véritable revirement de jurisprudence, ces deux arrêts ne semblent pas remettre radicalement en cause la théorie des mesures d'ordre intérieur.

<sup>25</sup> Expression employée par Franck Moderne dans sa note sur la jurisprudence *Caillol*, *op. cit.* note 12, p. 189.

<sup>26</sup> Sur l'impossibilité de demander l'indemnisation de dommages causés par des mesures d'ordre intérieur voir par exemple, CE, 20 février 1989, *Mollaret*, RA 1989, n° 178.

En effet, le Conseil d'État pour se prononcer s'est référé à la "nature et à la gravité" (Affaire *Marie*) et à l'atteinte portée à "la liberté d'aller et venir du militaire" à travers deux décisions "faisant grief", donc à une argumentation traditionnelle. Ni M. Frydman, ni le Conseil d'État ne sont allés jusqu'à vouloir prononcer l'arrêt de mort des mesures d'ordre intérieur ; le postulat pourtant posé dans l'affaire *Vigier* dans laquelle la Haute Assemblée soutenait qu'"il appartient (au juge administratif) d'exercer son contrôle sur le respect des principes et des règles qui imposent aux auteurs de tout acte accompli dans l'exercice d'une mission de service public" <sup>27</sup> n'a pas été repris. En revanche ce qui est beaucoup moins traditionnel, ce sont les domaines dans lesquels est intervenue l'évolution de la jurisprudence, et c'est bien cela qui lui confère une portée remarquable. En réalité, la notion de mesure d'ordre intérieur n'est pas détruite, seul son champ d'application est réduit par le Conseil d'État, tout comme il a restreint celui d'une autre théorie jurisprudentielle : les actes de Gouvernement <sup>28</sup>.

Cette portée dépendra cependant de l'appréciation des sanctions, par les juges au cas par cas. Un important paramètre devra alors être pris en considération : l'appréciation, nécessairement subjective, qu'ils feront, dans le cadre du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (proposé par M. Frydman et qu'ils ont retenu <sup>29</sup>), du degré d'atteinte à des droits supposés protégés (qu'il conviendra d'identifier) et/ou au statut juridique des intéressés.

C'est en fonction de cette appréciation que se dessinera véritablement l'avenir du pouvoir hiérarchique, mais aussi celui de la garantie des droits des administrés et des usagers face à "un pouvoir normatif spontané qui n'a pas sa place dans le système juridique français" <sup>30</sup> et symbolisé par les mesures d'ordre intérieur.

X.L.

<sup>27</sup> CE, 25 janvier 1991, *Vigier*, Leb. p. 29.

<sup>28</sup> Pour un exemple voir : CE, 14 décembre 1994, *Gouvernement suisse*, AJDA 20 janvier 1995, concl. Vigouroux, p. 56 ; sur cette question voir Josiane Auvret-Finck, "Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ?", RDP, 1995/1, pp. 131 à 174.

<sup>29</sup> Ce qui permet d'éviter tout risque de discrimination avec le contrôle opéré sur les sanctions infligées aux fonctionnaires civils depuis l'arrêt du CE, *Lebon*, du 9 juin 1978, Leb. p. 245, et ce qui apparaît clairement dans le cinquième motif de l'arrêt *Hardouin*.

<sup>30</sup> Maryvonne Hecquard-Theron, "De la mesure d'ordre intérieur", *op. cit.* note 7, p. 241.