

CONCOURS ENM 2013

Droit public

Questions à réponses courtes

Corrigé proposé par Raphaël Matta-Duvignau

1 - Le référendum (6 points)

Le régime politique français contemporain combine, par l'article 3 C (« *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par voie du référendum* »), deux conceptions de la souveraineté nées au XVIIIe siècle : l'une, présentée par Sieyès, considère la nation comme une entité et dont les députés disposent du monopole de l'expression de la souveraineté nationale ; l'autre, tenue par Rousseau, prétend que les hommes, associés sur la base de leur égalité juridique, ont le pouvoir de légiférer directement et qu'il n'existe que des commis exécutant un mandat. La France de la Ve République consacre ainsi un système de démocratie semi directe, dans lequel le pouvoir normatif (légiférer, au sens large) est normalement exercé par des représentants, mais où les citoyens peuvent, dans certaines conditions, intervenir directement : c'est le mécanisme du **référendum, lequel constitue une technique de démocratie directe permettant de faire trancher une question politique directement par le peuple au cours d'une consultation électorale.**

Le référendum a longtemps été perçu comme un corps étranger dans la tradition constitutionnelle française : l'appel au peuple est une innovation révolutionnaire mais son usage à des fins plébiscitaires par Napoléon Bonaparte d'abord, Louis-Napoléon ensuite, l'a pour une longue période discrédité, jusqu'à ce que le Général de Gaulle y recoure le 21 octobre 1945 pour donner une légitimité démocratique à la reconstruction constitutionnelle de la France. C'est par un nouveau référendum constituant, le 28 septembre 1958, que le régime de la Ve République s'est substitué à celui de la IVe République. Dès lors, les révisions constitutionnelles successives ont progressivement permis aux citoyens de bénéficier d'un poids accru et réel en bénéficiant de la possibilité d'intervenir concrètement dans la vie politique, en décidant directement et sans intermédiaire. Plusieurs types de référendum coexistent : constituant (89 C), afférent aux « collectivités d'outre-mer » (73 C), ou encore portant sur l'adhésion d'un État à l'Union européenne (88-5 C, inséré en 2005). Cependant, les trois mécanismes les plus importants, et sur lesquels il convient de revenir successivement, sont le référendum législatif (11 C), profondément réformé par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 par l'introduction du référendum « d'initiative partagée » ainsi, enfin, que les référendums locaux.

Le référendum législatif (11 C) représente l'un des pouvoirs propres du Président de la République. Il fait ainsi appel au peuple « le législateur d'un jour » (de Gaulle). La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la loyauté des consultations va dans le sens d'une question unique et claire. La question posée « doit satisfaire à la double exigence de loyauté et de clarté de la consultation » et « ne doit comporter d'équivoque » ni sur le sens de la question posée, ni la portée de la consultation (CC n° 87-226 DC du 26 juin 1987, *Statut de la Nouvelle-Calédonie* ; CC n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Consultation de la population de Mayotte sur son avenir statutaire*). L'initiative référendaire appartient au Président sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions, ou sur proposition conjointe des chambres. Dans un premier temps, le champ matériel du référendum portait sur trois catégories de projets de loi : organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. Depuis la réforme constitutionnelle du 4 août 1995, la deuxième catégorie a été remplacée par les projets visant des « réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent », la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 substituant la formule « réformes relatives à la politique, économique, sociale ou environnementale et aux services publics qui y concourent ». Le référendum est soumis au contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel en ce qui concerne les décrets de convocation des électeurs (CC, *Hauchemaille*, 25 juillet 2000). Mais, une fois le peuple s'étant prononcé, toute contestation devient impossible (n°62-20 DC ; n°92-313 DC).

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit un alinéa 3 à l'article 11 C, lequel instaure un référendum, à l'initiative d'1/5^e des parlementaires soutenus pas 1/10^e des électeurs, organisé dans le champ naturel de l'article 11 al 1 C. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an. Si le projet de loi organique portant application de l'article 11 n'a toujours pas été promulgué, il est possible de mettre en exergue les grands principes directeurs de cette réforme. 1° Le Conseil constitutionnel est appelé à se prononcer deux fois : d'abord, sur la conformité de l'objet de la proposition de loi à la Constitution, ensuite, sur la validation des soutiens populaires apportés à cette proposition. 2° L'encadrement du recueil des soutiens (par voie électronique) par le ministère de l'Intérieur. 3° La proposition de loi devra faire l'objet d'au moins une lecture par chacune des deux assemblées du Parlement. A défaut, le Président de la République soumettra la proposition de loi au référendum. En vérité, l'expression *populaire* se trouve donc sensiblement encadrée dans son objet et sa fréquence, mais aussi contingentée par un contrôle juridictionnel du juge constitutionnel qui semble être en mesure d'opérer un contrôle de constitutionnalité *a priori* de la proposition de loi.

« Décentralisation et démocratie sont inséparables » (J. F. Lachaume). La démocratie locale est une technique institutionnelle permettant aux organes délibérants des collectivités locales, de soumettre au référendum un projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de cette collectivité. Les référendums locaux sont principalement issus de l'article 21 de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. Le résultat de la consultation locale n'était cependant pas obligatoire pour la collectivité concernée (CE 1995, *M. Géniteau*). La loi du 4 février 1995 relative à l'aménagement et au développement du territoire, prévoit la possibilité d'organiser une consultation communale à l'initiative des citoyens sur une question d'aménagement du territoire de la commune, ou relative aux conventions de délégation de service public. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003, qui a introduit un nouvel article 72-1 al.2 C, ouvre ainsi la possibilité d'un *référendum local* à caractère décisionnaire sur les questions relevant de la compétence de la collectivité. Il s'agit d'un référendum décidé par l'assemblée délibérante de la collectivité afin de soumettre à la décision de ses électeurs un projet de texte (acte ou délibération) relevant de ses compétences (un référendum portant sur une question ne relevant pas de la compétence de la collectivité serait immédiatement annulé, cf. TA Cergy-Pontoise, 23 février 2006). Le champ de ce référendum décisionnel ne peut recouvrir qu'une question relevant de la compétence de la collectivité, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir : un référendum local ne peut porter sur un acte individuel (TA Limoges, 25 septembre 2006). L'existence de ce référendum local, à l'instar des autres modes de démocratie locale, permet l'approfondissement de la participation démocratique des administrés à la gestion publique locale.

Cependant, la pratique référendaire en France a souvent été dénaturée en plébiscite, c'est-à-dire en consultation apparemment organisée sur une question, en réalité consacrée à la confiance que portent les citoyens à l'auteur de ladite question.

2 - L'hospitalisation sous contrainte (7 points)

Parmi les cas prévoyant de privation de liberté, certains paraissent ambigus : l'hospitalisation sous contrainte serait, avec toutes les réserves de rigueur, un mécanisme hérité d'une pratique très redoutée sous l'Ancien Régime : la *lettre de cachet*, en ce sens qu'elle permet à l'autorité administrative compétente de décider l'internement, pour raisons médicales, d'une personne dont le comportement pourrait compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes. **L'hospitalisation sous contrainte résulte dans la prise en charge à temps plein dans un établissement de soins régi par la loi n°90-527 du 27 juin 1990 et répondant notamment aux articles L.342 et s du code de la santé publique (CSP). Elle est prononcée à Paris par le préfet de police et dans les départements par les préfets, avec prise d'un arrêté motivé au vu d'un certificat médical circonstancié qui ne peut pas être établi par un médecin de l'établissement d'accueil.**

La nature de telles mesures soulève de manière incessante des questionnements du point de vue juridique, médical, philosophique et éthique. Comment concilier de potentielles menaces à l'ordre public et à l'ordre social de la part de personnes souffrant de troubles mentaux et les atteintes portées à leur liberté individuelle, nécessairement induites par une mesure d'enfermement et de soumission aux soins ? Un équilibre fragile, pour ne pas dire introuvable, a été depuis une vingtaine d'année recherché attentivement par le juge et le législateur. Pendant longtemps, le dispositif s'articulait autour de deux types d'hospitalisation sans consentement : d'une part, l'hospitalisation sur demande d'un tiers et, d'autre part, l'hospitalisation d'office, motivée par la sécurité des personnes et l'ordre public et ordonnée par le Préfet. Le dispositif précité a été profondément modifié par

l'entrée en vigueur, le 1^{er} août 2011, de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge et de ses trois décrets d'application. Cette réforme a permis de mettre en conformité les dispositions du Code de la santé publique (CSP) avec la Constitution, à la suite des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées en 2010 et en 2011 par le Conseil constitutionnel dans le cadre de procédure de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) : six décisions (n° 2010-71-QPC ; n° 2011-135/140-QPC ; n° 2011-174-QPC ; n° 2011-185-QPC ; n° 2011-202-QPC ; n° 2012-235-QPC), appuyées par deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 18 nov. 2010, *Baudoin c. France*, 35935/03 ; CEDH 14 avr. 2011, *Patoux c. France*, 35079/06), ont modifié de manière significative l'état du droit existant en matière d'hospitalisation sous contrainte.

Si le niveau de protection offert par les juges constitutionnel et européen et leurs raisonnements sont équivalents, les deux contrôles se renforcent mutuellement dans leur approche en procurant à l'édifice une véritable cohérence d'ensemble en offrant dorénavant une protection plus satisfaisante des patients - justiciables. Tous les acteurs tentent de concilier le droit à la sûreté (celui du patient hospitalisé) et la prévention de l'ordre public (y compris du patient contre lui-même). Leur objectif principal réside donc dans l'encadrement le plus strict possible des atteintes résultant de la privation de la liberté que constitue l'hospitalisation sous contrainte. Pour la CEDH, le principe de prééminence du droit ne permet pas de considérer une détention arbitraire comme « régulière ». Le Conseil constitutionnel a quant à lui souligné que la mesure d'hospitalisation devait être « adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ». Les enseignements tirés des décisions QPC ont notamment permis de réduire les lacunes existantes en consacrant, en cas de désaccord, la prééminence des avis médicaux sur le pouvoir de police. Le souci de réduire les risques d'arbitraire était déjà perceptible dans la loi Evin, qui mettait l'accent sur le fait qu'en matière d'hospitalisation psychiatrique le consentement était le principe et la contrainte, l'exception. La menace de l'hospitalisation complète en cas de non respect de l'obligation de soins est potentiellement constitutive d'une contrainte portant atteinte à la liberté personnelle du patient. Par sa décision 2012-235-QPC, le juge constitutionnel est venu par ailleurs censurer, pour absence de garanties légales suffisantes, la disposition du CSP prévoyant des conditions plus strictes concernant la levée d'une mesure d'hospitalisation d'irresponsables pénaux et de personnes ayant séjourné en unité pour malades difficiles au motif que, si leur situation justifie les mesures particulières, le législateur doit adopter « les garanties légales contre le risque d'arbitraire encadrant la mise en œuvre de ce régime particulier ». Des motivations comparables apparaissent régulièrement dans la jurisprudence de la CEDH depuis l'arrêt *Winterwerp* du 24 octobre 1979. L'importance accordée à la liberté individuelle dans les deux jurisprudences exclut une divergence entre elles. Dans le domaine des garanties judiciaires, si l'article 66 C et l'article 5 CEDH n'imposent pas la saisine systématique d'une autorité judiciaire préalablement à toute mesure privative de liberté, le respect de la liberté individuelle exige une intervention vigilante et dans un bref délai d'un juge appelé à contrôler le maintien d'une mesure en privant un individu. Le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité dans les décisions QPC ont mis l'accent sur l'absence de certaines garanties entourant les mesures d'hospitalisation sous contrainte, principalement l'ineffectivité des recours juridictionnels existants et les faiblesses de la garantie judiciaire dont la liberté individuelle doit être entourée. Ainsi, le contrôle du juge constitutionnel a permis un contrôle plus global dans la mesure où son objectif était de déclarer les dispositions du CSP conformes ou non à la Constitution. Alors que la CEDH a pointé, les incohérences et les insuffisances en termes de garanties juridictionnelles du régime de l'hospitalisation sous contrainte, le législateur tardait à concrétiser les réformes entamées. Il a fallu un *ultimatum* du Conseil constitutionnel, exprimé lors de la décision 2010-71-QPC, pour rendre le contrôle du juge judiciaire obligatoire. Le juge constitutionnel a ainsi accéléré l'aboutissement de la réforme en donnant par la même occasion toute sa portée à la jurisprudence européenne. Si le raisonnement des deux juges aboutit aux mêmes conclusions et offre un niveau de protection équivalent, l'intervention du Conseil constitutionnel a permis de renforcer et de donner toute son importance aux indications formulées depuis plusieurs années par la Cour EDH. Le Conseil d'Etat a par ailleurs jugé que, si les mesures d'hospitalisation d'office provisoires décidées par le maire ou, à Paris, le commissaire de police, doivent être motivées, elles peuvent, en cas d'urgence, intervenir sans que la personne intéressée ait été mise en mesure de présenter ses observations (CE 13 mars 2013, n°354976). S'agissant des droits des personnes contraintes aux soins psychiatriques, le législateur dispose que l'exercice des libertés individuelles de la personne peut être restreint, à condition toutefois que ces restrictions apparaissent « adaptées, nécessaires et proportionnées à son état de santé mentale et à la mise en œuvre du traitement requis » (L.3211-3 CSP). Après avoir énoncé que la dignité de la personne admise en soins psychiatriques sans consentement doit être respectée en toutes circonstances, la loi

réduit la participation du patient aux décisions administratives prononçant le maintien de la mesure ou la forme de prise en charge à l'exercice des droits de la défense.

Le législateur a, en adoptant la loi du 5 juillet 2011, modifié certaines dispositions jugées inconstitutionnelles du CSP. Il a notamment décidé de simplifier l'accès au juge, des personnes hospitalisées sous contrainte en s'attaquant au partage des compétences existant entre le juge administratif et le juge judiciaire. La dualité des juridictions dans ce domaine n'a frontalement été remise en cause par aucun des deux juges. Le Conseil constitutionnel a renvoyé la balle dans le camp du législateur en rappelant que celui-ci demeurait libre d'unifier les règles de compétence juridictionnelle dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. La CEDH, tout en soulevant les contrariétés des décisions de deux ordres ou les retards à l'origine de son constat de violation, n'a toutefois pas remis en cause directement l'éclatement du contentieux, alors même qu'une personne hospitalisée sous contrainte se heurtait à toute une série d'inconvénients en devant saisir le juge des libertés et de la détention pour demander sa sortie immédiate, le juge administratif pour annuler la décision de placement et enfin le juge judiciaire pour obtenir la réparation en cas d'irrégularité de la procédure ou de son caractère abusif. Le raisonnement des juges constitutionnel et européen semblait cependant *de facto* exiger de placer le contrôle des mesures d'hospitalisation attentatoires à la liberté individuelle entre les mains d'un seul et même juge. L'idée de l'unification du contentieux entre les mains du juge administratif a pu être avancée, le législateur a décidé de le confier au juge judiciaire, gardien de cette liberté. À partir du 1^{er} janvier 2013, seul le juge judiciaire est dorénavant compétent pour connaître de la régularité des décisions administratives en matière de soins psychiatriques sans consentement. Le domaine de l'hospitalisation sous contrainte démontre donc plus une convergence des jurisprudences que leur réelle complémentarité.

Toutefois, de nouvelles QPC ont respectivement porté sur les dispositions inchangées par le législateur, puis sur celles introduites par la nouvelle loi, qui, adoptée dans l'urgence, n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Quelques mois après son adoption, une première QPC a été soulevée et a donné lieu à une première censure constitutionnelle (20 avr. 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*). La loi doit être modifiée d'ici le 1^{er} octobre 2013. D'ici là, le juge judiciaire recevra la compétence pour juger de la régularité des décisions administratives prises en application des dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement (art. L. 3212-1 à L. 3214-5 CSP). Ce transfert de compétences risque de poser quelques difficultés au juge judiciaire qui aura désormais à connaître de la légalité externe des décisions administratives et devra donc « s'approprier » les règles applicables notamment à la notification et à la motivation des décisions administratives.

3 - L'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « (...) [La loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse (...) » (6 points)

« La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. **Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.** Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Le 26 août 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) est proclamée ; elle doit permettre d'éclairer les peuples et d'éviter le retour des abus du passé. La première partie de l'article 6 de la DDHC, laquelle a acquis depuis 1971 et la décision *Liberté d'association* du Conseil Constitutionnel pleine valeur constitutionnelle, traite du principe de souveraineté et met en évidence deux thèses principales, la souveraineté populaire (démocratie directe) d'abord, défendue par Rousseau, et la souveraineté nationale (pouvoir représentatif), ensuite, de Sieyès. Tous les citoyens ont le droit de participer au processus de l'élaboration législative. Toutefois, c'est la deuxième phrase de cet article qui doit retenir ici l'attention car il énonce l'un des principes fondamentaux du droit français : l'égalité entre citoyens : **l'égalité devant la loi est le principe selon lequel tout individu doit être traité de la même façon par la loi. Aucun individu ou groupe d'individus ne doit donc avoir de privilèges garantis par la loi.** Il est alors possible de distinguer, d'un côté, l'Homme, notion philosophique, du Citoyen, ressortissant d'une conception plutôt juridique, politique et organique. L'égalité, longtemps envisagée comme un concept philosophique, un commandement chrétien ou encore un idéal politique, a achevé sa mue en devenant en droit français un principe à valeur constitutionnelle, c'est-à-dire une norme juridique à part entière. Il aura fallu attendre la grande décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 1973, « *Taxation d'office* », pour que la haute juridiction en fasse enfin un paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois. Ce principe a donc valeur constitutionnelle, mais sa portée en droit pénal est relative. Certes la loi ne peut établir de discrimination entre les délinquants au stade de la peine encourue. Mais ce

principe cède le pas au principe de la personnalisation de la peine, lequel a été consacré tardivement par le Conseil Constitutionnel comme une exigence à valeur constitutionnelle (CC, n 2005-520 DC du 22 juillet 2005). Le juge va prendre en compte au moment de son prononcé de la personnalité du délinquant et adapter peine envisagée. Ce mouvement ne s'est pas démenti depuis lors puisque, désormais dans près d'une décision sur deux rendue par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* de l'article 61 C, mais aussi dans le cadre du contrôle *a posteriori* de l'article 61-1 C, il est fait application du principe d'égalité. Cette tendance à l'expansion continue du principe constitutionnel d'égalité envisagé en tant que droit fondamental est également observable dans la jurisprudence de la plupart des juridictions constitutionnelles européennes.

Les sources du principe d'égalité sont multiples. La Constitution française contient une large palette de représentations de l'égalité. Cette situation remarquable provient du fait que même si les textes qui composent le « bloc de constitutionnalité » ont été adoptés à des époques différentes, suivant des inspirations ou des nécessités conjoncturelles particulières, l'exigence d'égalité, elle, a été constamment réaffirmée du texte fondateur de 1789 jusqu'à la Constitution de 1958 en passant par le Préambule de la Constitution de 1946. Or, ces trois textes étant bien distincts, tant par leur inspiration philosophique que par leur contenu, il ne fait pas de doute que les sources textuelles du principe d'égalité possèdent une richesse sans équivalent par rapport à celles des autres droits fondamentaux. Ainsi, le principe d'égalité prend sa source dans un ensemble d'au moins une quinzaine de textes appartenant au « bloc de constitutionnalité ». L'exigence d'égalité est contenue, non seulement, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux articles premier (égalité en général), 6 (égalité dans l'accès aux emplois publics) et 13 (égalité devant les charges publiques) ; dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux alinéas premier (non-discrimination), 3 (égalité entre les femmes et les hommes), 11 (égalité dans la protection de la santé), 12 (égalité devant les charges résultant de calamités nationales), 13 (égalité d'accès à l'instruction), 16 (égalité avec les peuples d'outre-mer) et 18 (égal accès aux fonctions publiques pour les peuples d'outre-mer) ; mais aussi dans la Constitution du 4 octobre 1958, dès le Préambule (égalité avec les peuples d'outre-mer) et aux articles premier (non-discrimination), 2 (devise de la République) et 3 (égalité du suffrage). Il faut ajouter que depuis une décision du 16 mars 2006 intervenue à propos de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, le Conseil constitutionnel comme l'avait déjà fait le Conseil d'État dans un arrêt *Guilhaumé* de 1980, se réfère désormais aussi à l'article 1 de la DDHC qui prévoit que : « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Ce visa est important car ce texte, peut-être le plus célèbre du droit français, recèle paradoxalement encore des potentialités inexploitées. En particulier, la seconde phrase de cet article qui fait référence à la notion d'« utilité commune » pourrait permettre de trouver un ancrage textuel à la notion d'intérêt général lorsqu'elle est utilisée afin de servir de justification aux dérogations au principe constitutionnel d'égalité. Le droit européen fait lui aussi une large place au principe d'égalité, à partir du principe de non-discrimination. Par sa décision *Ruchdeschel* du 19 octobre 1977, le CJCE a indiqué que le principe d'égalité « appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire ». L'article 14 de la Conv. EDH énonce que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou tout autre situation ». La Charte des droits fondamentaux de l'UE indique quant à elle en son article 20 que « toutes les personnes sont égales en droit » et en son article 21 qu'« est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Les implications du principe d'égalité découlant de l'article 6 DDHC. Il convient, de manière générale, d'entendre l'article 6 DDHC comme la pierre angulaire des principes fondamentaux du droit public français. S'il pose les bases de la dichotomie : égalité devant la loi / égalité par la loi, il n'en demeure pas moins que ce principe irradie toute l'activité administrative. Ainsi, l'égalité devant le (ou du) service public est le corollaire de celui devant la loi. Elle s'applique aussi bien : à l'accès aux emplois publics, quelques soient les opinions, à l'interdiction de toute discrimination, à la passation des contrats publics, ou encore, entre autres, au droit des usagers à un traitement égal tant pour l'accès même au service que dans sa gestion. En outre, selon le Conseil Constitutionnel, le principe de neutralité du service public constitue un corollaire du principe d'égalité du (et devant le) service public (CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Liberté de communication*). Par conséquent, le principe de neutralité du service public est un corollaire du principe d'égalité devant la loi. Enfin, la jurisprudence administrative a, par le truchement d'une innovation en 1895 (*Cames*), fondé le principe de responsabilité sans faute de l'administration sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques : la

personne qui est la seule à souffrir des conséquences d'un acte ou d'une activité menée dans l'intérêt général doit pouvoir être indemnisée. De cette création jurisprudentielle découle, entre autres, la responsabilité du fait des actes juridiques réguliers (CE 1938 *La Fleurette* ; CE 1966 *Cie générale d'énergie radioélectrique* ; CE 2007 *Gardedieu*).

Le principe d'égalité est au cœur du droit public et la jurisprudence précise les modalités de mise en œuvre du principe d'égalité. Présent au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, le principe d'égalité est précisé par la jurisprudence et il fait l'objet des évolutions nécessaires pour répondre aux aspirations d'aujourd'hui. Avant même que sa décision du 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, qualifie expressément le principe d'égalité de principe général du droit et affirme qu'il « régit le fonctionnement des services publics », le Conseil d'Etat avait affirmé l'égalité devant les charges publiques (CE 1923, *Couitéas*), devant le service public (CE 1938, *Société l'Alcool dénaturé*) et devant l'accès aux emplois publics (CE 1936, *Delle Bobard*). L'article 6 pose le principe de l'égalité des citoyens devant la loi et devant l'accès aux emplois publics. L'égalité irrigue également les principes particulièrement nécessaires à notre temps proclamés par le préambule de la Constitution de 1946, qu'il s'agisse de l'égalité de droits entre les sexes, de l'égalité devant les charges qui résultent des calamités nationales ou encore de l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. Le principe d'égalité se décline sur de nombreux terrains tels que l'égalité devant les charges publiques, devant l'impôt, devant l'accès à la fonction publique ou encore entre les usagers du service public. Pour le Conseil d'Etat, le principe d'égalité s'oppose à ce qu'un traitement différent soit appliqué à des administrés qui se trouveraient dans une situation identique (25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore* ; 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*). Par une formule proche, le Conseil constitutionnel juge de manière constante que le principe d'égalité « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Le principe d'égalité n'interdit pas de traiter différemment des personnes qui seraient placées dans des situations différentes. Dans sa décision de principe sur ce point *Denoyez et Chorques* (1974), le Conseil d'Etat indique que « la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure ». Ce critère de l'intérêt général en rapport avec l'objet ou les conditions de fonctionnement du service trouve un écho direct dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle il est possible de déroger au principe d'égalité « pour des raisons d'intérêt général pourvu que [...] la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (DC, 9 avril 1996). La décision d'assemblée GISTI du 11 avril 2012 témoigne de cette influence réciproque des jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel. Ces définitions sont aussi celles de la jurisprudence des deux cours européennes qui s'est développée à partir de l'interdiction de toute discrimination, directe ou indirecte, qui pourrait fausser le libre jeu de la concurrence, avant de s'étendre au domaine des droits fondamentaux, à une nuance près. Le Conseil d'Etat considère en effet que « le principe d'égalité n'implique pas que des [personnes] se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents », comme l'indique sa décision *Société Baxter et autres* du 28 mars 1997. Dans des termes presque identiques, le Conseil constitutionnel juge que « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes » (DC, 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004). Pour les juges européens, au contraire, « le principe d'égalité veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale », comme l'illustrent la décision *Racke* du 13 novembre 1984 de la CJCE ou l'arrêt *Thlimennos c/ Grèce* du 6 avril 2000 de la Cour EDH. Il existe ainsi en droit européen une obligation, au moins dans son principe, de traiter différemment des situations différentes. Pour répondre aux aspirations d'aujourd'hui, la jurisprudence du Conseil d'Etat a consacré en droit public français, par une décision *Commune de Gennevilliers* du 29 décembre 1997, le principe de discrimination positive, ou principe d'égalité des chances. Cet arrêt juge qu'« eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que le conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction selon leurs possibilités financières, le conseil municipal de Gennevilliers a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre les usagers du service public, fixer des droits d'inscription différents selon les ressources des familles ». Dans la foulée, le Conseil constitutionnel a également fait sa place au principe de discrimination positive, en jugeant, dans sa décision du 11 juillet 2001,

qu'eu égard à l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction, l'Institut d'études politiques de Paris pouvait ouvrir une voie d'accès particulière en proposant des conventions aux établissements situés dans une zone d'éducation prioritaire, afin de permettre la diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations qu'il dispense, à la condition que ces modalités particulières de recrutement reposent sur des critères objectifs. Le principe d'égalité a pour corollaire immédiat le principe de non-discrimination, défini à l'article 1132-1 du Code du travail.

Mais aussi, il convient de ne pas mésestimer un certain affaiblissement contemporain du principe d'égalité des citoyens devant la loi. En effet, si l'expression « *La loi doit être la même pour tous* » concerne l'idée selon laquelle le droit doit être unifié sur le plan national (corollaire de l'État unitaire), il existe actuellement plusieurs tempéraments à ce principe, liés notamment à des particularismes territoriaux : spécificité du droit local d'Alsace – Moselle (cf. notamment CC 5 août 2011, *Sté SOMODIA*, n° 2011-157 QPC), l'expérimentation des collectivités territoriales (loi constitutionnelle du 28 mars 2003 insérant deux dispositions nouvelles, art. 37-1 et 72 al. 4 C) et la possibilité pour ces dernières de s'administrer librement (72 C) ; les lois de pays en Nouvelle Calédonie et en Polynésie française, etc. Autant de marques de l'affaiblissement contemporain du principe d'unité de la loi républicaine, remettant potentiellement en cause le principe d'égalité de tous devant la loi et, maintenant, le service public.
