



**HAL**  
open science

# La liberté fondamentale au sens du référé-liberté : une notion fonctionnalisée

Sarah Schmalian

► **To cite this version:**

Sarah Schmalian. La liberté fondamentale au sens du référé-liberté : une notion fonctionnalisée. Droit administratif, 2023. hal-04598125

**HAL Id: hal-04598125**

**<https://hal.science/hal-04598125>**

Submitted on 4 Jun 2024

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

## **La liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : une notion fonctionnalisée**

Par Sarah Schmalian, doctorante contractuelle en droit public, Université Grenoble Alpes, CRJ

*Résumé : L'indétermination de la notion de « liberté fondamentale », inscrite à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative par la loi du 30 juin 2000 et entretenue par le Conseil d'État, a été le terreau fertile d'une fonctionnalisation de cette notion. Celle-ci constitue un déplacement du processus de qualification des libertés fondamentales en dehors du cadre d'indétermination du Code de justice administrative. Ce déplacement influence doublement la liste des droits et libertés consacrés en tant que liberté fondamentale, puisque c'est à la fois par le refus de ce qualificatif à certains droits et par la formulation des libertés fondamentales effectivement consacrées qu'il se manifeste.*

Si toute notion juridique présente une part d'incertitude<sup>1</sup>, la notion de « liberté fondamentale », au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (CJA), présente, elle, un « coefficient d'indétermination »<sup>2</sup> significativement élevé.

Ce caractère équivoque est la conséquence d'un choix du législateur lors de la rédaction de l'article L. 521-2 du CJA : le travail définitionnel de cette notion a été délégué au Conseil d'État<sup>3</sup>. Cela s'explique par la marge d'appréciation que cette indétermination confère à la juridiction administrative suprême pour déterminer l'office du juge du référé-liberté<sup>4</sup>. En cela, il s'agit, selon la classification établie par HANS KELSEN, d'une « indétermination intentionnelle »<sup>5</sup> ouvrant un « cadre d'indétermination »<sup>6</sup> à l'intérieur duquel il existe plusieurs alternatives d'application régulière du droit.

Le Conseil d'État a alors fait le choix de consacrer, au fur et à mesure des ordonnances, différents droits et libertés en tant que « liberté fondamentale », sans jamais expliciter les critères que celui-ci aurait mobilisés lors de son raisonnement. Il se contente d'affirmer que tel droit ou

---

<sup>1</sup> LE PILLOUER (A.), « Indétermination du langage et indétermination du droit », *Droit & philosophie*, 2017, Vol. 9-1, p. 19).

<sup>2</sup> LE BOT (O.), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, Inst. Unit. Varenne, coll. Thèses, LGDJ, 2007, p. 60.

<sup>3</sup> Voir en ce sens : COLCOMBET (F.), Rapport n° 2002 présenté au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, 1999. [En ligne] URL : <https://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r2002.asp>.

<sup>4</sup> En ce sens OLIVIER LE BOT relève que ce « caractère indéfini [...] est apparu comme un atout pour la procédure du référé-liberté » au regard de la « souplesse dans la détermination de son champ d'application » qu'il permettait (LE BOT (O.), *La protection des libertés fondamentales... op. cit.* p. 60).

<sup>5</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (C.), Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962, p. 454

<sup>6</sup> *Ibidem*.

telle liberté « est une »<sup>7</sup>, « constitue une »<sup>8</sup> ou encore « revêt le caractère d'une »<sup>9</sup> liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA sans apporter de précision sur les critères lui ayant permis cette consécration<sup>10</sup>. De même, ce dernier n'a jamais développé les éléments l'ayant amené à juger qu'un droit ou une liberté n'était pas une « liberté fondamentale » au sens du référé-liberté<sup>11</sup>. En outre, la plupart des libertés fondamentales ont été érigées à l'occasion d'ordonnances rendues à juge unique. Si bien que, dans la majorité des cas, il n'existe pas de conclusions de rapporteurs publics susceptibles d'éclairer les consécutions en question.

Ainsi, la méthode de qualification des différentes libertés fondamentales du Conseil d'État déjoue, selon les mots du rapporteur public, DAMIEN BOTTEGHI, « tous les désirs de systématisation »<sup>12</sup> et fait de la notion de « liberté fondamentale » une notion non définie<sup>13</sup>. Cette absence de définition prétorienne ne doit pas être attribuée à une négligence de la part du Conseil d'État. Celle-ci est intentionnelle : elle lui permet de « préserver à sa jurisprudence une grande adaptabilité »<sup>14</sup>.

C'est précisément cette indétermination qui permet une fonctionnalisation de la notion de liberté fondamentale. En cela, le Conseil d'État a excédé le cadre d'indétermination découlant de l'article L. 521-2. Ce dépassement s'incarne doublement sur la liste des droits et libertés éligibles à la procédure du référé-liberté. Il se manifeste, d'une part, par le refus à certains d'entre eux du qualificatif de liberté fondamentale et, d'autre part, par les formulations choisies pour les libertés effectivement consacrées. Ainsi, la fonctionnalisation de la notion de liberté fondamentale se traduit par un déplacement du processus de qualification des libertés fondamentales en dehors du cadre d'indétermination du CJA (I) qui se manifeste doublement sur la liste des droits et libertés consacrés en tant que liberté fondamentale (II).

---

<sup>7</sup> CE, 24 février 2001, n°230611.

<sup>8</sup> Voir en ce sens : CE, 9 janvier 2001, n°228928 ; CE, 12 novembre 2001, n°239840 ; CE, 14 mars 2005, n°278435.

<sup>9</sup> Voir en ce sens : CE, 16 août 2002, n°249552 ; CE, 9 décembre 2003, n°262186.

<sup>10</sup> Il arrive, néanmoins, que le Conseil d'État indique que le droit ou la liberté en question est consacré au niveau international, constitutionnel ou encore législatif

<sup>11</sup> Voir en ce sens : CE, 8 septembre 2005, n°284803.

<sup>12</sup> BOTTEGHI (D.), Conclusions sur CE, Section, 16 novembre 2011, n°353172, *Ville de Paris et autres, RFDA*, 2012, p. 269.

<sup>13</sup> Si une notion dispose d'un « *Begriffskern* », c'est-à-dire d'un noyau « étendu », autrement dit si elle « possède un contenu et un contour clairs, on se trouve devant [une notion] défini[e] ». À l'inverse, si « le *Begriffskern* s'amincit jusqu'à disparaître dans le *Begriffshof*, en d'autres termes si le doute l'emporte sur la conviction, on se trouve devant un[e notion] non défini[e] » (FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987, p. 313-315).

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 315. Dans le même sens, Matthieu Carpentier estime que celles-ci constituent des « outils stratégiques » permettant de « conférer [...] aux organes d'application une marge d'appréciation » (CARPENTIER (M.), « Présentation », *Droit & philosophie*, 2017, Vol. 9-1, p. 5).

## I. Le déplacement du processus de qualification des libertés fondamentales en dehors du cadre d'indétermination du CJA

La dichotomie entre notion fonctionnelle et notion conceptuelle a été pensée par le Doyen GEORGES VEDEL dans deux articles des années 1950 relatifs à la voie de fait<sup>15</sup>. Les notions conceptuelles correspondent à celles pouvant « recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels »<sup>16</sup>. Ainsi, leur « contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes »<sup>17</sup> et ne dépend pas de leur fonction. À l'inverse, les notions fonctionnelles sont celles dont la fonction joue un rôle essentiel dans la détermination de leur contour.

Néanmoins, d'une part, l'idée de notion fonctionnelle est d'une utilité relativement limitée si l'on en fait une acceptation *lato sensu*. De sorte qu'il faut distinguer la possibilité d'adopter, pour toutes notions, un mode de définition fonctionnelle de la nécessité qu'il y a, pour certaines notions, à recourir à une approche fonctionnelle pour saisir pleinement les contours de celles-ci<sup>18</sup>. Symétriquement, les notions exclusivement fonctionnelles n'existent pas. Aucune notion ne peut être uniquement comprise par son rôle : il faut « toujours un brin de contenu pour limiter un champ qui sans cela risque d'être infini »<sup>19</sup>. Ainsi, la dichotomie entre les « métanotions »<sup>20</sup> de notion fonctionnelle et de notion conceptuelle doit être comprise comme constituant un outil permettant d'enrichir le processus définitionnel. Autrement dit, il s'agit d' « un instrument qui permet de reconsidérer d'un œil neuf les définitions traditionnelles »<sup>21</sup>.

D'autre part, la nature fonctionnelle ou conceptuelle d'une notion n'est pas la conséquence d'une prédétermination intrinsèque de celle-ci. Ainsi, le fait qu'une notion soit, initialement, conçue comme conceptuelle n'empêche en rien que celle-ci subisse une mutation fonctionnalisante postérieure. Pour reprendre la formulation de PHILLIPE YOLKA, « il est permis de ne pas croire que, dans l'éther des idées, existeraient deux types de notions (les unes “ouvertes”, les autres

---

<sup>15</sup> VEDEL. (G.), De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires), *JCP*, 1948, I. 682 ; *Id.*, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, *JCP*, 1950. I. 851.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Comme le relève GUILLAUME TUSSEAU, aucune notion juridique n'est « totalement dépourvue d'utilité à quelque fin que ce soit » (TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, p. 641). Dans le même sens, STEPHANE RIALS relève que « toute notion [...] peut se voir appliquer avec profit le fameux conseil wittgensteinien : “Don't ask for the meaning, ask for the use” » (RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1980, p. 49).

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Guillaume Tusseau utilise l'expression de métanotion fonctionnelle, car elle « vise à opérer une classification d'autres notions qu'elle prend pour objets et qui, de ce fait, apparaissent dans des niveaux de discours subordonnés à celui auquel se situe la distinction [entre notion fonctionnelle et notion conceptuelle] elle-même » (TUSSEAU (G.), *op. cit.*).

<sup>21</sup> RIALS (S.), *op. cit.*

“ fermées ”) ; et de penser plutôt que toute notion peut être “ fonctionnalisée ” ou “ conceptualisée ” »<sup>22</sup>.

Ainsi, bien que la notion de « liberté fondamentale », ait initialement été pensée comme conceptuelle<sup>23</sup>, qu’il soit effectivement possible d’établir une liste des libertés fondamentales au sens de l’article L. 521-2 du CJA<sup>24</sup>, de même que de déterminer des caractères communs à ces droits et libertés, il s’agit d’une notion fonctionnelle puisque, pour pleinement saisir les contours de cette notion, il est impératif de s’interroger sur sa fonction.

Pour s’en convaincre, il convient de s’intéresser aux arguments mobilisés par les rapporteurs publics lorsque ces derniers soutiennent, dans leurs conclusions, la consécration d’une nouvelle liberté fondamentale. Ils s’attachent à démontrer que reconnaître tel droit ou telle liberté en tant que liberté fondamentale n’aura pas pour conséquence une trop grande ouverture du prétoire du juge du référé-liberté ou de placer le juge dans une situation où celui-ci devra prononcer des injonctions dont l’exécution serait incertaine. Dès lors, le Conseil d’État décide de consacrer, ou non, une liberté fondamentale en fonction de la portée qu’une telle consécration aura sur l’effectif des requêtes présentées sur le fondement de l’article L. 521-2 du CJA ainsi que sur les mesures qu’il conviendra d’enjoindre à l’administration pour préserver une telle liberté.

En ce sens, à l’occasion de l’arrêt *Ville de Paris*<sup>25</sup>, le rapporteur public DAMIEN BOTTEGHI, avait soutenu : « il semble que vous affirmiez, sans le justifier, le caractère de “ liberté fondamentale ” en fonction à la fois de ce que vous voulez protéger – l’objet de la liberté doit être important et suffisamment précis pour qu’on puisse s’en prévaloir – *et de ce que vous pouvez protéger – votre crédibilité est aussi en jeu : il faut enjoindre ce qui peut être raisonnablement fait par l’administration, en évitant le trop-plein contentieux et la délivrance de prestations*

---

<sup>22</sup> YOLKA (P.), « La bonne administration de la justice : une notion fonctionnelle ? », *AJDA*, 2005, p. 233.

<sup>23</sup> Voir en ce sens : LE BOT (O.), .), *La protection des libertés fondamentales ... op. cit.*, p. 104.

<sup>24</sup> Voir en ce sens : LANTERO (C.), « Les libertés fondamentales au sens de l’article L. 521-2 du Code de justice administrative », *Le blog du droit administratif* ; DE MONSEMBERNARD (M.), « Référés d’urgence : le référé-liberté », *in Répertoire de contentieux administratif*, Juillet 2021 ; « Vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé reconnu liberté fondamentale », site officiel du Conseil d’État. [En ligne] URL : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/vivre-dans-un-environnement-equilibre-et-respectueux-de-la-sante-reconnu-liberte-fondamentale>.

Lors de la publication, sur le site officiel du Conseil d’État, de la liste des libertés fondamentales au sens de l’article L. 521-2 du CJA, celle-ci différait de la liste établie par Caroline Lantero. Celle-ci a depuis été modifiée et contient aujourd’hui, comme la liste établie par le Conseil d’État, trente-neuf libertés fondamentales. Néanmoins, des contradictions persistent entre les deux listes. À titre d’exemple, la liste du Conseil d’État présente le droit de solliciter le statut de réfugié et de demeurer en France le temps nécessaire à l’examen de la demande comme une liberté fondamentale. Tandis que Caroline Lantero la classe dans les corollaires du droit d’asile. De même, le droit de mener une vie familiale normale est absent de la liste du Conseil d’État alors même que celui-ci a jugé, le 30 octobre 2001, que « la liberté qu’à toute personne de vivre avec sa famille, le droit de mener une vie familiale normale constitue une liberté fondamentale au sens [...] de l’article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, 30 octobre 2001, *Ministre de l’Intérieur c/ Mme Tliba*, n°238211). Preuve qu’il existe une véritable incertitude entourant la notion de « liberté fondamentale ».

<sup>25</sup> CE, 11 novembre 2011, n°353172.

*irréalistes*<sup>26</sup> »<sup>27</sup>. De même, à l’occasion de l’arrêt par lequel le Conseil d’État a fait du droit à un environnement sain une liberté fondamentale<sup>28</sup>, le rapporteur public PHILIPPE RANQUET s’est référé à la définition du rapporteur BOTTEGHI en estimant que « les considérations fonctionnelles »<sup>29</sup> étaient, « décisives »<sup>30</sup> pour déterminer les droits et libertés susceptibles de constituer une liberté fondamentale au sens de l’article L. 521-2 du CJA. De l’aveu même de la doctrine organique, la notion de « liberté fondamentale » n’est pas conceptuelle puisque son contenu dépend de sa fonction.

On pourrait être tenté de voir dans la fonctionnalisation de cette notion la conséquence logique de l’attractivité du référé-liberté<sup>31</sup>. En ce sens, JEAN-FRANÇOIS SESTIER comprend l’« instrumentalisation »<sup>32</sup> de la notion de « liberté fondamentale » en ce qu’elle n’est « qu’une forme de réponse à une volonté législative »<sup>33</sup> qui « conduite par des intentions louables »<sup>34</sup> aurait trop sollicité « la plasticité d’un concept »<sup>35</sup> prenant ainsi le « risque d’une inflation contentieuse difficile à assumer ou à assurer par le juge »<sup>36</sup>. Autrement dit, des considérations pratiques seraient de nature à justifier la fonctionnalisation de la notion étudiée.

Néanmoins, se saisir de l’incertitude de cette notion afin de résoudre la problématique de l’encombrement des juridictions ou encore du caractère raisonnable des injonctions à adresser à l’administration, c’est sortir du cadre d’indétermination du CJA. Autrement dit, c’est déplacer le processus de qualification des libertés fondamentales en dehors du cadre d’indétermination prévu par le législateur<sup>37</sup>. En effet, s’il existe une « indétermination intentionnelle »<sup>38</sup> quant au *contenu* de la notion de « liberté fondamentale », le *rôle* de cette dernière est clairement établi : il s’agit de la finalité du référé-liberté<sup>39</sup>. Le juge peut prononcer toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d’une liberté fondamentale dès lors qu’il constate une atteinte grave et manifestement illégale à une telle liberté<sup>40</sup>. Or, en intégrant, dans le processus définitionnel, les éléments mentionnés

---

<sup>26</sup> C’est nous qui soulignons.

<sup>27</sup> BOTTEGHI (D.), *op. cit.*

<sup>28</sup> CE, 20 septembre 2022, n°451129.

<sup>29</sup> RANQUET (P.), Conclusions sur Conseil d’État, 20 septembre 2022, n° 451129, *M. et Mme C., RFDA*, 2022 p. 1091.

<sup>30</sup> *Ibidem.*

<sup>31</sup> Sur l’attractivité du référé-liberté voir : LE BOT (O.), « Le référé-liberté est-il victime de son succès ? », *RFDA*, 2021, p. 657.

<sup>32</sup> SESTIER (J-F.), « La pratique du référé : la perception par le barreau », *RFDA*, 2007, p. 80.

<sup>33</sup> *Ibidem.*

<sup>34</sup> *Ibidem.*

<sup>35</sup> *Ibidem.*

<sup>36</sup> *Ibidem.*

<sup>37</sup> En effet, selon HANS KELSEN, lorsqu’il y a indétermination, il s’ouvre un « cadre à l’intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d’application [du droit], tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque, est régulier », (KELSEN (H.), *op. cit.*).

<sup>38</sup> *Ibidem.*

<sup>39</sup> Voir en ce sens : LE BOT (O.), *La protection des libertés fondamentales ... op. cit.*, p. 472-473.

<sup>40</sup> Et que la saisie des requérants est justifiée par une situation d’urgence.

précédemment, la juridiction administrative suprême a modifié la fonction assignée à la notion de « liberté fondamentale » à deux égards.

D'une part, le faible afflux contentieux, conséquence de la fundamentalité, a été transformé en critère d'identification de celle-ci. La notion de liberté fondamentale a effectivement vocation à influencer sur le nombre de litiges présenté devant le juge du référé-liberté. Le législateur a, en effet, choisi de réserver le référé-liberté aux droits et libertés consacrés en tant que libertés fondamentales. Ainsi et nécessairement, un nombre moins important de requêtes est formé sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA que si cette voie de droit avait été ouverte à l'ensemble des droits et libertés. Néanmoins, l'influence de la notion étudiée sur l'afflux contentieux a été pensée comme la conséquence de l'épithète fondamental, non pas comme un critère d'identification de la fundamentalité.

D'autre part, la juridiction administrative suprême a inversé la logique propre au rapport entre le pouvoir d'injonction du juge du référé-liberté et l'atteinte à une liberté fondamentale. C'est parce qu'un droit ou une liberté est fondamental que le juge peut prononcer des injonctions en application de l'article L. 521-2 du CJA. Or, avec la fonctionnalisation identifiée, c'est parce que le juge considère être en mesure de protéger une liberté que celle-ci peut se voir qualifier de fondamentale.

En pratique, la fonctionnalisation identifiée se traduit doublement sur la liste des droits et libertés consacrés, en tant que liberté fondamentale, par le Conseil d'État.

## **II. La double incidence de la fonctionnalisation de la notion de « liberté fondamentale » sur la liste des droits et libertés consacrés**

La fonctionnalisation de la notion de « liberté fondamentale » se manifeste, d'une part, par le refus à certains droits ou libertés du qualificatif de « liberté fondamentale » et d'autre part par la formulation choisie pour les libertés fondamentales effectivement consacrées.

Paradoxalement, le refus à certains droits et libertés de ce qualificatif, résultant de la fonctionnalisation de la notion de « liberté fondamentale », est permis par l'approche ouverte de la notion de « liberté fondamentale ». Dès les premières ordonnances rendues sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA, celle-ci a été qualifiée, à juste titre, de « moderne »<sup>41</sup>, d'« inattendue »<sup>42</sup>,

---

<sup>41</sup> En effet, à l'occasion de l'arrêt *Commune de Venelles* le Conseil d'État a fait de la libre administration des collectivités territoriales une liberté fondamentale alors même qu'il s'agit d'une liberté locale et non attributive de l'individu (CE, 18 janvier 2001, n°229247). Voir en ce sens : VANDERMEEREN (R.), « Assouplissement des règles de recevabilité et conception extensive de la notion de liberté fondamentale », *D*, 2002, p. 2227 ; FAVOREU (L.), « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D*, 2001, p. 1739.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

« d’innovante »<sup>43</sup>, ou encore d’ « extensive »<sup>44</sup>. En effet, la notion de « liberté fondamentale » a été comprise comme dépassant les droits et libertés fondamentaux dits classiques<sup>45</sup>. Tout particulièrement, la fundamentalité, au sens de l’article L. 521-2 du CJA, a été comprise comme étant substantielle. La constitutionnalité n’a pas été érigée en condition pour qu’un droit ou une liberté se voie reconnaître le qualificatif de liberté fondamentale.

Néanmoins, c’est également cette acception qui permet de refuser à certains droits et libertés le qualificatif de « liberté fondamentale ». Plus encore, la possibilité de ces refus explique — du moins partiellement<sup>46</sup> — le recours à cette approche substantielle. Preuve en est, le Conseil d’État met en œuvre une lecture substantielle à géométrie variable. En effet, en dépit du caractère substantiel de la fundamentalité, la Constitution reste la source privilégiée pour qualifier les libertés au sens de l’article L. 521-2. Ainsi, lorsqu’est consacrée une liberté fondamentale protégée au niveau constitutionnel, il est fait fi des potentielles protections internationales dont celle-ci dispose<sup>47</sup>. À cet égard, l’ancien président de la section du contentieux du Conseil d’État, BRUNO GENEVOIS, avait affirmé : « c’est son fondement constitutionnel qui confère à une liberté un caractère fondamental. Le rattachement conventionnel ne joue quant à lui qu’un rôle second »<sup>48</sup>. L’acceptation substantielle est donc mobilisée pour permettre au juge du référé-liberté de décliner sa compétence, alors même que le droit ou la liberté en cause est consacré par le bloc de constitutionnalité<sup>49</sup>.

Ainsi, tous les droits bénéficiant d’une protection constitutionnelle — et spécifiquement les droits-créances — ne sont pas qualifiés de « liberté fondamentale ». Tel est, notamment, le cas pour le droit à la santé<sup>50</sup>. Ce cas est particulièrement éclairant sur l’interférence des considérations fonctionnelles dans le processus de qualification des libertés fondamentales. Il a été interprété comme étant la conséquence de l’absence de compatibilité entre la structure du droit à la santé et la procédure du référé-liberté. La décision du Conseil d’État a été attribuée à l’absence d’effet direct de ce droit ainsi qu’aux obligations à la charge de l’administration qu’une consécration, en

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> VANDERMEEREN (R.), « Assouplissement ... », *op. cit.*

<sup>45</sup> Voir en ce sens : GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d’État juge d’appel », *AJDA*, 2001, p. 153 ; VANDERMEEREN (R.), « Assouplissement ... », *op. cit.* FAVOREU (L.), « La notion de liberté fondamentale ... », *op. cit.*

<sup>46</sup> Cette approche permet également au Conseil d’État de consacrer, en tant que liberté fondamentale, des droits et libertés protégés au niveau infraconstitutionnel. Voir en ce sens : WACHSMANN (P.), *op. cit.* ; LE BOT (O.), *La protection des libertés fondamentales ... op. cit.*, p. 182-187.

<sup>47</sup> Voir en ce sens : *Ibidem*.

<sup>48</sup> GENEVOIS (B.), « Préface », in *La liberté personnelle. Une autre conception de la liberté ?* ROUSSILLON (H.), BIOY (X.) (dir.), LGDJ, coll. Actes de colloques de l’IFR, 2006. p. 9.

<sup>49</sup> Voir en ce sens : WACHSMANN (P.), *op. cit.*

<sup>50</sup> Le 8 septembre 2005 Conseil d’État a jugé que « si [...] la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n’en résulte pas [...] que “ le droit à la santé ” soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s’applique l’article L. 521-2 du Code de justice administrative » (CE, 8 septembre 2005, n°284803).



tant que liberté fondamentale, que celui-ci entraînerait<sup>51</sup>. Autrement dit, pour reprendre l'expression de PATRICK WACHSMANN, le droit à la santé ne serait pas « référo-compatible »<sup>52</sup>.

Ces explications ne nous paraissent pas satisfaisantes à deux égards. D'une part, le droit à la santé aurait tout de même pu être qualifié en tant que liberté fondamentale si celui-ci avait été consacré dans sa dimension de droit défensif à la protection de la santé<sup>53</sup>. Les faits d'espèces invitaient pourtant le Conseil d'État à juger en ce sens puisque le requérant, exécutant une peine privative de liberté, demandait à ne plus subir le tabagisme passif de ses codétenus, car cette situation présentait un risque certain pour sa santé au regard de la maladie coronaire dont il était atteint. C'était donc bien dans sa dimension défensive qu'était invoqué le droit à la santé en l'espèce.

D'autre part, car l'absence d'effet direct d'une norme ou la consécration de droits ou libertés ayant pour conséquence la prise en compte d'obligations positives à la charge de l'administration ne sont pas des critères discriminants pour la consécration d'une liberté fondamentale. La possibilité de se prévaloir des carences de l'administration a été consacrée à l'occasion de l'arrêt *Ville de Paris*<sup>54</sup>. Le juge du référé-liberté constate donc, fréquemment, l'existence d'atteinte à une liberté fondamentale résultant d'obligations positives à la charge de l'État. De même, le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé a été consacré en tant que liberté fondamentale<sup>55</sup> en dépit de l'absence d'effet direct de droit<sup>56</sup>.

La dimension fonctionnelle de la notion de « liberté fondamentale » s'exprime également — et parfois en conséquence de ce qui vient d'être démontré — dans la formulation des libertés fondamentales effectivement consacrées. Nombre d'entre elles sont exprimées en des

---

<sup>51</sup> En ce sens, XAVIER BIOY estime que le droit à la santé ne correspond pas « aux finalités propres de la procédure du référé » et que le cadre de celui-ci « se prête mieux à la protection de l'autonomie individuelle qu'à la prise en compte des obligations positives de l'État » (BIOY (X.), « Le tabagisme est un domaine propice au développement de nouveaux principes relatifs aux libertés », *D.*, 2006, p. 124). Dans le même sens, Louis Favoreu a affirmé que les droits-créances « sont bien des libertés fondamentales », mais que ces derniers « ne sont pas protégés de la même manière que les autres et il peut arriver que le référé-liberté ne soit pas utilisable à leur profit parce [qu'ils] ne produisent des effets qu'à l'égard des gouvernants » (FAVOREU (L.), *op. cit.*).

<sup>52</sup> WACHSMANN (P.), *op. cit.*

<sup>53</sup> LAURENCE GAY a, en effet, mis en évidence que le refus du Conseil d'État du 8 mars 2005 est « contestable » dans la mesure où il méconnaît la multiplicité des interprétations pouvant être faites de l'alinéa 11 du préambule de la constitution de 1946 et plus précisément celle « selon laquelle peut en être déduit un droit individuel à être protégée contre des atteintes à sa santé ayant reçu l'aval de la juridiction constitutionnelle » (GAY (L.), « Le principe constitutionnel de protection de la santé peut-il être au fondement d'une liberté », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1579).

<sup>54</sup> CE, 16 novembre 2011, *op. cit.* Voir en ce sens : FRIEDRICH (C.), « Le référé-liberté en carence de l'administration », *RDP*, 2018, p. 1297.

<sup>55</sup> CE, 20 septembre 2022, *op. cit.*

<sup>56</sup> À cet égard, Olivier Le Bot avait qualifié de « fort improbable » le fait que le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé se voit consacrer en tant que liberté fondamentale puisque celui-ci ne pouvait fonder la reconnaissance d'un droit subjectif. (LE BOT (O.), *La protection des libertés fondamentales ...*, *op. cit.*, p. 146).

termes ayant vocation à circonscrire la possibilité de leur mobilisation<sup>57</sup>. À cette fin, différentes approches peuvent être identifiées.

Il s'agit, notamment, de consacrer des « libertés sectorielles » n'ayant vocation à être exercées que dans des domaines précis. À titre d'exemple, la liberté d'exercice de la profession d'expert en automobile a été consacrée en tant que liberté fondamentale<sup>58</sup>. On peut également citer la liberté de pratiquer un sport<sup>59</sup> ou encore la liberté de création artistique et d'accès aux œuvres culturelles<sup>60</sup>. Ces libertés sont consacrées dans des termes ayant pour conséquence qu'elles ne peuvent être invoquées que dans un nombre très limité de litiges<sup>61</sup> et que les injonctions pouvant découler du constat de leur violation peuvent être « raisonnablement »<sup>62</sup> adressées à l'administration.

C'est également par la consécration de « libertés de ne pas » que les possibilités de mobilisations de certaines libertés sont limitées. En effet, ces libertés circonscrivent précisément

---

<sup>57</sup> Ce qui tranche avec la formulation de certaines libertés fondamentales en des termes absolus. À titre d'exemple, ont été consacrés, en tant que liberté fondamentale, le droit de propriété (CE, 31 mai 2001, n°234226), la liberté d'aller et venir (CE, 9 janvier 2001, n° 228928), la liberté de manifestation (CE, 5 janvier 2007, n°300311), le droit de grève (CE, 9 décembre 2003, n°262186) ou encore la liberté personnelle (CE, 2 avril 2001, n°231965).

<sup>58</sup> CE, 12 décembre 2005, n°288024. Cette ordonnance peut être interprétée comme établissant qu'une décision refusant le renouvellement de l'inscription d'un requérant sur la liste nationale des experts en automobile peut constituer une atteinte grave à une liberté fondamentale telle que la liberté d'entreprendre. (Voir en ce sens : DE MONSEMBERNARD (M.), « Référé d'urgence : le référé-liberté », in *Répertoire de contentieux administratif*, Juillet 2021). Néanmoins, le fichage de cette décision indique que la solution implicite de cette ordonnance est que la liberté d'exercice de la profession d'expert en automobile constitue une liberté fondamentale (Sur l'importance du « fichage » voir : CASSIA (P.), « Une autre manière de dire le droit administratif : le “ fichage ” des décisions du Conseil d'État au Recueil Lebon », *RFDA*, 2011, p. 830). De même, il s'agit de la vingt-troisième liberté fondamentale de la liste publiée sur le site du Conseil d'État (« Vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé reconnu liberté fondamentale », site officiel du Conseil d'État *op. cit.*)

<sup>59</sup> CE, 16 octobre 2020, n°445102. En l'espèce, le Conseil d'État ne reconnaît pas explicitement que la liberté de pratiquer un sport constitue une liberté fondamentale sans pour autant lui refuser clairement cette qualité. Néanmoins, la lecture de l'ordonnance laisse à penser qu'il rejette la demande des requérants en se fondant sur l'absence d'illégalité manifeste plutôt que sur l'absence d'atteinte à une liberté fondamentale, car des libertés fondamentales sont bel et bien en jeu et non pas, car il ouvre la voie à une future reconnaissance de la liberté de pratiquer un sport en tant que liberté fondamentale. En effet, il juge que « les libertés fondamentales invoquées, à savoir la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie pour les exploitants de salle et les entraîneurs, ainsi que le droit au respect de leur liberté personnelle, pour les sportifs eux-mêmes, doivent être conciliées avec les autres libertés fondamentales ». À l'inverse, Vincent Cressin estimait que « l'apparente stérilité de la solution [tranchait] fermement avec la fécondité des implications dont elle [était] porteuse » (CRESSIN (V.), « l'exercice d'une activité sportive : nouvelle liberté fondamentale », *Jurisport*, n°217, 2021, p. 39). Le temps lui aura donné raison puisque la liberté de pratiquer un sport constitue la trente-sixième liberté fondamentale de la liste du Conseil d'État. L'étonnement n'en est que plus grand lorsque l'on sait que la juridiction administrative suprême avait jugé qu'« en dépit du caractère d'intérêt général reconnu par la loi du 16 juillet 1984 aux activités physiques et sportives et, en particulier, au développement du sport de haut niveau, ni le droit de pratiquer un sport ni celui de participer à des compétitions sportives ne constituent des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, 22 octobre 2001, n°23820).

<sup>60</sup> CE, 23 décembre 2020, n°447698.

<sup>61</sup> On peut même s'interroger sur la nécessité de leur reconnaissance : la liberté de pratiquer un sport n'est-elle pas une des facettes de la liberté personnelle ? De même, la liberté d'exercice de la profession d'expert en automobile n'est-elle pas une expression de la liberté d'entreprendre ?

<sup>62</sup> BOTTEGHI (D.), *op. cit.*

quel type de comportement de l'administration sera susceptible d'être qualifié d'atteinte à une liberté fondamentale. À titre d'exemple, ont été consacrés, en tant que liberté fondamentale, la « liberté du salarié de ne pas être astreint à un travail forcé »<sup>63</sup>, le « droit du patient [...] de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable<sup>64</sup> »<sup>65</sup> ou encore « le droit de ne pas subir un traitement inhumain ou dégradant<sup>66</sup> »<sup>67</sup>. Il aurait pourtant été envisageable de raccrocher, respectivement, ces libertés au droit à la dignité humaine ou au droit à la santé.

Il ne fait pas de doute que les contours de la notion de liberté fondamentale sont destinés à être source de questionnements au regard de la difficulté qu'il y a à définir la fundamentalité<sup>68</sup>. Néanmoins, le processus de qualification des libertés fondamentale ne doit pas être parasité par des considérations conséquentialistes au risque de s'éloigner de la vocation du référé-liberté : la protection des libertés fondamentales. La régulation de cette voie de droit devant passer par le rappel que le référé-liberté « ce n'est pas n'importe quelle urgence, ni n'importe quelle illégalité »<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> CE, 3 mars 2005, n°279999.

<sup>64</sup> Cette formulation est la conséquence directe du refus de consacrer le droit à la santé.

<sup>65</sup> CE, 14 février 2014, n°375081, 375090 et 375091.

<sup>66</sup> En outre, la formule exacte devrait être « le droit de ne pas subir un traitement inhumain ou dégradant lorsque l'administration dispose des moyens matériels d'empêcher le traitement en question » puisque « le caractère manifestement illégal de l'atteinte [à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA] doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente » (CE, 27 mars 2020, *GISTI*, n°439720). Ainsi, si ce n'est pas par leur non-consécration ou par leur formulation, c'est par leur régime que les libertés fondamentales participent à limiter l'afflux contentieux ou à prévenir le prononcé d'injonctions dont l'exécution serait incertaine.

<sup>67</sup> CE, 23 novembre 2015, n°394540, 394568. Le choix de cette formulation est à mettre en lien avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Néanmoins, consacrer la dignité humaine comme liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 en se fondant sur le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (CC, DC, 27 juillet 1994, n° 94-343/344) aurait été en meilleure adéquation avec la place prépondérante accordée à la source constitutionnelle dans le processus de qualification des libertés fondamentales (*cf. supra*). Le choix de la formulation choisie peut donc être interprété comme une volonté de circonscrire les possibilités de saisie du juge du référé-liberté.

<sup>68</sup> En ce sens, RENE CHAPUS faisait valoir qu'« il n'est ni aisé, ni de définir de façon générale la notion de liberté fondamentale ni même d'établir le dénombrement des libertés fondamentales, dont il n'existera sans doute jamais un catalogue faisant foi. Au-delà d'un "noyau dur" [...], le fruit est mou et chacun peut le modeler à sa guise, en fonction de ses convictions et sous l'influence de sa subjectivité ». (CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13ème édition, Montchrestien, 2006, n°1597).

<sup>69</sup> BOTTEGHI (D.), *op. cit.*