



HAL
open science

La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative

Olivier Le Bot

► **To cite this version:**

Olivier Le Bot. La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Droit. université d'aix-marseille, 2006. Français. NNT: . tel-01704108

HAL Id: tel-01704108

<https://hal.science/tel-01704108>

Submitted on 8 Feb 2018

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.

**LA PROTECTION
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES
PAR LA PROCÉDURE DU RÉFÉRÉ-LIBERTÉ**

***Les ouvrages publiés dans cette collection
ont été sélectionnés par le jury suivant :***

Président du jury : Daniel POUZADOUX (Président de la Fondation Varenne),

- Florence BENOÎT-ROHMER (Université de Strasbourg),*
- Bernard BOULOC (Université de Paris I),*
- Jean GICQUEL (Université de Paris I),*
- Maïté LAFFOURCADE (Université de Pau-Bayonne),*
- Michel LESAGE (Université de Paris I),*
- Anne LEVADE (Université de Paris XII),*
- Jean-Pierre MASSIAS (Université d'Auvergne),*
- Slobodan MILAČIĆ (Université de Bordeaux IV),*
- Claude OPHELE (Université de Tours),*
- Albert RIGAUDIÈRE (Université de Paris II),*
- André ROUX (Université d'Aix-Marseille III),*
- Paul SAIGNE (Président d'honneur de la Fondation Varenne),*
- Jean STOUFFLET (Université d'Auvergne),*
- Michel TROPER (Université de Paris X),*

*Cet ouvrage est la version publiée d'une thèse
soutenue à Aix-en-Provence le 9 décembre 2006.*



© Collection des Thèses

Directeurs scientifiques : Daniel POUZADOUX et Jean-Pierre MASSIAS

Publiée par la Fondation Varenne, Clermont-Ferrand

Diffusion : L.G.D.J

Maquette-Illustration de couverture réalisée par S.A. Diazo 1

ISBN 978-2-916606-08-8

Dépôt légal : troisième trimestre 2007

*Les travaux du jury ont été coordonnés par :
Marie-Elisabeth Baudoin, Christine Guillard, Virginie Lemmonier-Lesage,
Magali Prodhomme et Jean-François Riffard.*

« Collection des Thèses », n° 9

**LA PROTECTION
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES
PAR LA PROCÉDURE DU RÉFÉRÉ-LIBERTÉ**

Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative

OLIVIER LE BOT

PRÉFACE

MONSIEUR BERNARD STIRN

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

AVANT-PROPOS

MONSIEUR ANDRÉ ROUX

Professeur à l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence

Prix Henri Texier I, Académie des sciences morales et politiques

UNIVERSITÉ PAUL CÉZANNE - AIX-MARSEILLE III
Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

(Doctorat nouveau régime, discipline Droit public)

Présentée et soutenue publiquement à Aix-en-Provence
le 9 décembre 2006 par

Monsieur Olivier LE BOT

Directeurs de recherche :

Monsieur Louis FAVOREU (†),

Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

Monsieur André ROUX,

Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence

Membres du jury :

Madame Laurence BURGORGUE-LARSEN,

Professeur à l'Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne

Monsieur Paul CASSIA,

Professeur à l'Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne

Monsieur Jean-Paul NÉGRIN,

Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

Monsieur Bernard STIRN,

Président de la Section du contentieux du Conseil d'État

À mes parents

À Julie

À la mémoire du doyen Louis Favoreu

*Je souhaite ici rendre hommage au doyen Louis Favoreu,
initiateur de cette recherche.
J'adresse ensuite mes remerciements à Monsieur le Professeur André Roux
pour son soutien constant, ses conseils avisés et sa disponibilité.*

*A ma famille, et spécialement à mes parents,
je voudrais exprimer toute mon affection et ma gratitude.
Qu'il me soit aussi permis de dire à Julie
combien son soutien, sa patience et ses encouragements
m'ont aidé tout au long de ce travail.*

*Enfin, je tiens à remercier tous ceux
qui m'ont apporté leur aide dans les derniers pas de ce travail.
En particulier, au sein de l'Institut Louis Favoreu, Catherine et Alexis.*

SOMMAIRE

PRÉFACE	XI
AVANT-PROPOS	XIX
TABLE DES ABRÉVIATIONS	1
INTRODUCTION GÉNÉRALE	3
PARTIE I. UNE PROCÉDURE CONÇUE POUR DES SITUATIONS EXCEPTIONNELLES	
TITRE I. LA MISE EN CAUSE D'UNE « LIBERTÉ FONDAMENTALE »	53
Chapitre 1. Un champ d'application non défini <i>a priori</i> : le caractère ouvert et malléable de la notion de liberté fondamentale	59
Chapitre 2. Une définition large de la notion de liberté fondamentale	119
Chapitre 3. La définition du contenu des différentes libertés fondamentales : une démarche d'enrichissement	189
TITRE II. DES CONDITIONS D'OCTROI DRACONIENNES	223
Chapitre 1. L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale	229
Chapitre 2. Une urgence extrême	295
Chapitre 3. Une administration agissant dans l'exercice de ses pouvoirs	331
CONCLUSION DE LA PARTIE I	347
PARTIE II. UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE RAPIDE ET EFFICACE	
TITRE I. UNE POSSIBILITÉ D'INTERVENTION IMMÉDIATE	361
Chapitre 1. Un juge accessible	365
Chapitre 2. Un juge rapide	413
TITRE II. UN POUVOIR DE RÉACTION EFFICACE	467
Chapitre 1. Une efficacité due à la possibilité de choisir la mesure adéquate	471
Chapitre 2. Une efficacité due au caractère pérenne des mesures prises	535
Chapitre 3. Une efficacité qui soulève la question du maintien de la voie de fait	567
CONCLUSION DE LA PARTIE II	593
CONCLUSION GÉNÉRALE	607
ANNEXES	617
TABLE DES MATIÈRES	663



PRÉFACE

Dans les dernières années de sa vie, le doyen Louis Favoreu s'était beaucoup intéressé au référé-liberté. Sans doute y voyait-il un rapprochement, conforme à une orientation de recherche qui lui était chère, entre la protection des droits fondamentaux et la jurisprudence administrative. Aussi espérait-il beaucoup de la thèse qu'il avait confiée à Olivier Le Bot sur le référé-liberté fondamentale. Son décès prématuré ne lui a pas permis de voir le résultat de ce travail. Mais nul doute qu'il en aurait été fier.

Après la disparition du doyen, Olivier Le Bot a poursuivi son étude sous la direction du professeur André Roux. Sa thèse, brillamment soutenue à Aix le 9 décembre 2006, répond à toutes les attentes qu'il était possible d'avoir sur le sujet. Il m'est agréable d'en écrire la préface au moment où, après avoir obtenu le prix de la fondation Varenne, elle reçoit, sous le titre « la protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté », les honneurs mérités de la publication.

La tâche affrontée par Olivier Le Bot n'était pas facile. Institué par la loi du 30 juin 2000, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, le référé-liberté n'en était qu'à ses débuts lorsqu'il a commencé ses recherches. La jurisprudence se formait en même temps qu'il lui incombait d'en définir la portée et d'en exprimer la synthèse. Mais les difficultés qui en résultaient ont été surmontées grâce à la richesse des informations rassemblées et à la qualité de la réflexion construite avec rigueur et recul sur cette nouvelle procédure.

Nul doute – et Olivier Le Bot le souligne avec vigueur – que le référé-liberté correspondait à un besoin. Certes le juge administratif protégé de longue date les libertés publiques. Dès ses conclusions sur l'arrêt Baldy, rendu par le Conseil d'Etat le 10 août 1917, le commissaire du gouvernement Corneille déclarait que « toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception ». Avec l'arrêt Benjamin du 19 mai 1933 s'affirme, ancêtre du principe de proportionnalité, la règle selon laquelle une mesure de police n'est légale que si elle est nécessaire pour la sauvegarde de l'ordre public. Mais, si elles posent le socle du droit des libertés, ces décisions interviennent trop longtemps après les faits sur lesquels elles portent pour avoir des conséquences concrètes. Or les exigences d'aujourd'hui ne se satisfont plus d'un droit platonique pour les requérants.

Faute de disposer devant le juge administratif de recours qui assurent une protection effective, les citoyens risquent de se tourner vers d'autres juges, qui peuvent leur prêter une écoute complaisante, fût-ce en négligeant les règles de compétence. Avant l'institution du référé-liberté, le recours anormalement large à la voie de fait en a témoigné. Dans l'affaire du passager clandestin maintenu à bord d'un navire, le Tribunal des Conflits a jugé, le 12 mai 1997, qu'aucune voie de fait n'apparaissait dès lors que la décision préfectorale en cause, à la supposer illégale, n'était pas manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration. A l'origine d'une polémique excessive, cette décision a été, comme le note Olivier Le Bot, un « événement déclencheur ». Il devenait urgent qu'un recours aussi efficace que le référé civil fût ouvert pour permettre à la juridiction administrative de remplir en temps utile son office de protection des libertés.

Des précédents avaient montré que la juridiction administrative savait s'organiser pour statuer dans des délais très brefs. La loi de décentralisation du 2 mars 1982 institue le déféré liberté du préfet : lorsqu'une décision d'une collectivité territoriale compromet l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le préfet peut en demander la suspension au tribunal administratif, qui se prononce par un juge unique, dans les quarante-huit heures, avec un appel devant le président de la section du contentieux qui se prononce dans le même délai. Ce délai de quarante-huit heures sera également retenu, avant d'être porté à soixante-douze heures, par la loi du 10 janvier 1990 qui institue un recours suspensif, devant un juge unique, contre les arrêtés de reconduite à la frontière. Un lien de filiation existe entre le référé-liberté et ces deux procédures, mises en place antérieurement avec succès dans des matières qui touchent aux libertés. En particulier avec la reconduite à la frontière, le juge administratif s'est habitué à la tenue de permanences, à l'oralité des débats, aux décisions rapides d'un juge unique. Tout aussi innovant, le pouvoir d'injonction, qui deviendra une composante majeure du référé-liberté, apparaît en contentieux administratif avec la loi du 8 février 1995. Olivier Le Bot rappelle à juste titre que le président Labetoulle, dont on sait le rôle déterminant qu'il a joué dans la conception des nouvelles procédures de référé, déclarait que le référé-liberté « trouve son inspiration directe » dans cette dernière loi.

Même si elle s'appuie sur des textes annonciateurs, la loi du 30 juin 2000 franchit avec le référé-liberté une étape dont la thèse d'Olivier Le Bot démontre l'importance et l'originalité.

En se référant, sans davantage de précision, à la notion de « liberté fondamentale », elle soulève des interrogations théoriques auxquelles la jurisprudence apporte progressivement des réponses. Olivier Le Bot réfléchit avec talent aux contours, indéfinis et symboliques, de termes apparus en contentieux avec la voie de fait. Il montre avec rigueur comment le Conseil d'Etat a retenu une acception large et autonome de la liberté fondamentale. Le niveau de protection, constitutionnel ou conventionnel, est un élément d'appréciation mais il n'est pas décisif à lui seul. Les grandes libertés publiques, liberté d'aller et venir, libertés d'opinion et d'expression, liberté de culte, libertés de réunion et d'association, libre expression du suffrage sont des libertés fondamentales. Des droits ont également ce caractère, droit d'asile, droit de propriété, droit de mener une vie familiale normale, droit syndical, droit de grève et même, selon une jurisprudence dont le maniement ne recueille pas l'entière approbation d'Olivier Le Bot – qui sur ce point, mais il en faut bien un, n'a pas convaincu l'auteur de cette préface – droit pour le patient majeur de consentir à un traitement médical. La présomption d'innocence et l'interdiction du travail forcé sont regardées comme des libertés fondamentales. Celles-ci sont reconnues aux personnes physiques, y compris, dans les limites qu'imposent les exigences inhérentes à la détention, les prisonniers. Les personnes morales peuvent en être titulaires, puisque la libre administration des collectivités territoriales est une liberté fondamentale.

Prévu en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, le référé-liberté répond à des situations extrêmes, sans doute peu fréquentes en pratique, mais qui nécessitent d'autant plus l'intervention très rapide d'un juge doté de pouvoirs étendus. Une urgence caractérisée, qui soit telle qu'elle impose que le juge statue dans les quarante-huit heures, est requise. Si les conditions d'octroi du référé-liberté sont, comme le dit Olivier Le Bot, « draconiennes », il n'en résulte pas une limitation excessive de cette voie de recours : tout au contraire, centrée sur les hypothèses qui le méritent, elle n'en a que plus de pertinence.

Le juge des référés n'est pas un juge du principal. Aussi les mesures qu'il prescrit sont-elles par nature provisoires. Mais, en référé-liberté, le provisoire peut épuiser le litige. Olivier Le Bot l'a bien compris et les passages de sa thèse sur ce point sont comme l'annonce d'une jurisprudence ultérieure, selon laquelle lorsqu'aucune mesure provisoire n'est de nature à faire disparaître les effets d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, il appartient au juge des référés de « prendre

toute disposition de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause »¹.

Tout en exposant de manière claire et complète la jurisprudence, Olivier Le Bot a le mérite de chercher, au-delà des constructions juridiques, les réalités concrètes. Grâce à une pratique régulière non seulement des arrêts mais aussi des juridictions, il a saisi les caractéristiques de la nouvelle procédure. Aussi donne-t-il une image exacte des qualités attendues du juge des référés, de l'importance du tri des dossiers, qui permet de ne mettre à l'instruction que les affaires qui le méritent véritablement, de la dimension de persuasion et de conciliation qui marque l'audience : l'importance statistique des non-lieu et des désistements, soulignée en annexe, en témoigne. Des constatations fines rapprochent le droit et la pratique, par exemple lorsqu'Olivier Le Bot affirme « que le juge du référé-liberté intervient dans une logique d'excès de pouvoir mais avec une coloration subjective nettement affirmée ».

Fidèle aux enseignements de l'École d'Aix, Olivier Le Bot enrichit sa réflexion d'éléments de droit comparé, notamment en soulignant ce qui distingue le référé-liberté de l'amparo européen et ce qui le rapproche de l'amparo d'Amérique latine. Nul doute en tout cas qu'avec le référé-liberté, le droit public français possède désormais une voie de protection des libertés fondamentales, qui, en rapidité comme en efficacité, soutient largement la comparaison avec les procédures des autres pays.

Par la lettre même du texte qui l'institue comme par la jurisprudence du Tribunal des Conflits, le référé-liberté se concilie avec la voie de fait, qu'il permet de cantonner aux cas dans lesquels une décision ou un agissement de l'administration est manifestement étranger à l'exercice de ses compétences. Faut-il en conclure qu'ainsi limitée à ce qui a toujours été son objet, la construction jurisprudentielle de la voie de fait finirait par présenter un intérêt trop résiduel pour justifier sa pérennité ? Le débat certes est ouvert mais l'exemplarité, relevée par Olivier Le Bot, que revêt dans certains cas exceptionnels le recours à la voie de fait peut plaider pour son maintien.

Si, entre les deux guerres, Gaston Jèze pouvait écrire que « le recours pour excès de pouvoir est l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés », de telles appréciations supposaient, pour demeurer pertinentes dans un monde plus pressé et davantage soucieux d'effectivité, l'aménagement de procédures rapides qui débouchent sur des mesures immédiatement applicables. Tel a été l'objet du référé-liberté, qu'Olivier Le Bot a su décrire et analyser dans le temps même où il se mettait en place. « Le référé-liberté fondamentale sert peu, dans la mesure où les situations particulières pour lesquelles il a été conçu se produisent rarement. Néanmoins, lorsqu'elles se présentent, l'existence de ce recours constitue une

1 Juge des référés du Conseil d'Etat, 30 mars 2007, *Ville de Lyon* ; CE, 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Intercro 28*.

garantie précieuse et irremplaçable pour la sauvegarde des libertés fondamentales ». Cette phrase de la conclusion de la thèse résume bien les riches réflexions de l'auteur, dont l'ouvrage, par l'éclairage complet et réfléchi qu'il apporte sur une procédure encore nouvelle, est déjà un livre de référence.

Bernard STIRN

Président de la section du contentieux du Conseil d'État
Professeur associé à l'Institut d'études politiques de Paris



AVANT-PROPOS

Il faut être reconnaissant, une nouvelle fois, à la Fondation Alexandre Varenne de permettre la publication d'une thèse qui s'impose comme un ouvrage de référence sur un sujet majeur du contentieux administratif et qui représente aussi une fort utile contribution à l'étude des libertés fondamentales. C'est d'ailleurs cette dernière dimension du « référé-liberté » qui avait incité le doyen Favoreu à le proposer comme sujet de thèse, alors même que cette procédure n'en était qu'à ses débuts et que son succès n'était pas encore garanti.

Pour avoir suivi les dernières années de la recherche conduite par Olivier Le Bot, il m'est permis d'affirmer que le travail qu'il nous livre est à l'image de la personnalité de son auteur. On y retrouve en effet la plupart de ses qualités : sérieux et rigueur, curiosité intellectuelle et maturité sans compter un sens affirmé de la pédagogie.

Fondés sur l'exploitation systématique et minutieuse de toutes les ordonnances de référé du Conseil d'État prises en vertu de l'article L 521-2 du Code de justice administrative, éclairés par de nombreux entretiens avec des membres de la Haute assemblée, les développements s'organisent en une démonstration à la fois simple et efficace : si le champ de compétence du juge du référé-liberté a été conçu largement (ce qui permet au juge administratif de reconquérir une partie de sa compétence sur le juge judiciaire, au détriment de la voie de fait...), le juge a défini de manière plutôt étroite les atteintes aux libertés susceptibles de faire l'objet de cette procédure. Si bien que le « référé-liberté » qui apparaît conçu pour des situations somme toute exceptionnelles n'aboutit que rarement à donner satisfaction aux justiciables. Il ne faudrait pas cepen-

dant déduire de son caractère subsidiaire une forme d'inefficacité puisque son utilité doit aussi se mesurer en tenant compte de son caractère dissuasif et des satisfactions accordées en cours d'audience.

Au-delà des qualités du chercheur, l'ouvrage révèle aussi d'indéniables qualités pédagogiques – la pensée est claire et les démonstrations convaincantes – ainsi qu'une vaste culture juridique. L'auteur ne s'est pas laissé enfermer dans des considérations purement techniques. Il a su inscrire son sujet dans une problématique plus générale en ayant recours lorsque c'était utile au droit comparé (on appréciera ainsi les développements sur l'amparo constitutionnel) et à la théorie générale des libertés fondamentales. Olivier Le Bot, dans cette matière, comme d'ailleurs sur des questions plus ponctuelles, n'hésite pas à affirmer des positions critiques et des vues personnelles qui font de sa thèse une véritable thèse. Celle-ci présente en outre le mérite de se situer au carrefour de plusieurs branches du droit, et son caractère transdisciplinaire contribue aussi sans conteste à l'intérêt et au plaisir de sa lecture.

André ROUX

Professeur à l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence
Directeur du Groupe d'études et de recherches sur
la justice constitutionnelle – Institut Louis Favoreu



TABLE DES ABRÉVIATIONS

AEAP	Annuaire européen d'administration publique
AJFP	Actualité juridique – fonction publique
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
Ass.	Assemblée
AJDA	Actualité juridique – droit administratif
APD	Archives de philosophie du droit
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
BJDCP	Bulletin juridique des contrats publics
BJDU	Bulletin juridique de droit de l'urbanisme
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CAA	Cour administrative d'appel
Ccass	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Coll. ter	Collectivité territoriale – Intercommunalité
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Concl.	Conclusions
Cons.	Considérant
Constr. urb.	Construction et urbanisme
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
Com. com. électr.	Communication et commerce électronique
CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

D.P.	Recueil Dalloz
Dr. adm.	Droit administratif
DH	Dalloz hebdomadaire
DP	Dalloz périodique
Dr. Soc.	Droit social
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13 ^{ème} éd., Dalloz, 2001 (M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolve, B. Genevois)
GDCC	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 12 ^{ème} éd., Dalloz, 2003 (L. Favoreu, L. Philip)
GP	Gazette du Palais
JCP G	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
JCP A	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition Administrations et collectivités territoriales
Jcl.	Jurisclasseur
JO	Journal officiel
Lebon T.	Tables annuelles du Recueil Lebon
LPA	Les petites affiches
Ord.	Ordonnance
RA	La revue administrative
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RDI	Revue de droit immobilier
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDP	Revue du droit public et de la science politique
REDP	Revue européenne de droit public
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGCT	Revue générale des collectivités territoriales
RGDM	Revue générale de droit médical
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJE	Revue juridique de l'environnement
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTDCiv	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
S.	Sirey
SC	Sommaires commentés
Sect.	Section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance



INTRODUCTION GÉNÉRALE

*Dans le domaine des relations complexes
qui se nouent entre l'administration et les administrés,
il y a place pour des situations conflictuelles.
L'Etat de droit est, à cet égard, celui qui n'abandonne pas
leur règlement aux interventions du plus fort ou du plus débrouillard.
Il est celui qui instaure les procédures qui visent à apporter à ces conflits
un dénouement qui réponde non seulement aux impératifs de la légalité
mais présente, de surcroît, les vertus de la simplicité,
de la célérité et de l'efficacité¹*

1. « Dans le domaine de la protection des droits fondamentaux par le juge administratif, l'Histoire distinguera peut-être deux époques : l'ancienne et la nouvelle, c'est-à-dire avant et après la réforme du référé administratif (...) »². L'idée d'une césure historique ainsi évoquée par le président Vandermeeren, trouve son origine dans l'article 6 la loi du 30 juin 2000³,

-
- 1 F. DELPEREE, « Contrôle juridictionnel et nouvelles protections », *AEAP* 1983/VI, p. 255.
 - 2 R. VANDERMEEREN, « La réforme du référé administratif », in *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000* (G. LEBRETON dir.), L'Harmattan, 2002, p. 143.
 - 3 Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JO* 1^{er} juillet 2000, p. 9948. Cette loi a été complétée par le décret d'application n° 2000-1115 du 22 novembre 2000, *JO* 23 novembre 2000, p. 18611. Le nombre élevé de commentaires consacrés à cette réforme témoigne de son extrême importance. Sur le projet de loi, voir M.-C. ROUAULT, « Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence », *LPA* 3 août 1999, n° 153, pp. 9-18 ; O. DUGRIP, « Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : la réforme des procédures d'urgence », *JCP G* 1999, Act., pp. 2281-2283 ; S. DEYGAS, « La loi sur les référés administratifs. Une réforme attendue et redoutée », *Procédures* 1999, chron. n° 8 ; F. THIRIEZ, « Le projet de loi relatif aux procédures d'urgence devant le juge administratif des référés », *LPA* 21 avril 1999, n° 79, pp. 4-7 ; J.-M. FEVRIER, « Un projet de loi sur les procédures d'urgence », *Dr. adm.* 1999, comm. n° 203 ; S. DEYGAS, « De nouveaux pouvoirs pour le juge des référés administratifs », *Procédures* 2000, comm. n° 193. *ID.*, « Publication du décret d'application sur les référés administratifs », *Procédures* 2001, chron. n° 1. Sur la loi elle-même, voir M. FOULETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* 2000, pp. 963-983 ; B. PACTEAU, « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFDA* 2000, pp. 959-962 ; C. BOITEAU, « Le référé

qui a introduit dans le code de justice administrative⁴ une disposition rédigée comme suit :

« Article L 521-2. Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

Par cette disposition, le législateur a instauré une procédure originale et entièrement nouvelle de protection des libertés fondamentales contre les actes et agissements de la puissance publique. Cette voie de droit, que l'on désignera sous le qualificatif de *référé-liberté* ou *référé-liberté fondamentale*⁵ est en application effective depuis le 1^{er} janvier 2001, date à laquelle sont simultanément entrées en vigueur les dispositions du code de justice administrative et celles de la loi du 30 juin 2000⁶. Après avoir exposé les

devant les juridictions administratives », *JCP G* 2001, Act. n° 2, pp. 53-55 ; M.-C. ROUAULT, « La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif », *D.* 2001, pp. 398-403 ; S. DEYGAS, « Publications du décret d'application sur les référés administratifs », *Procédures* 2001, chron. n° 1 ; J.-R. ETCHEGARAY, « La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ? », *Constr. urb.* 2001, chron. n° 1 ; I. MONTEILLET, « La réforme des pouvoirs du juge administratif face à l'urgence », *GP* 2000, 1, pp. 1517-1521 ; R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, pp. 706-721 ; C. MORLOT-DEHAN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *LPA* 4 septembre 2000, n° 176, pp. 4-11 ; X. BRAUD, « Commentaire partiel de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RJE* 2000, pp. 575-594 ; Y. MARCHAND « Le nouveau référé administratif : un danger pour l'intérêt général », *RGCT* 2000, pp. 89-91 ; C. CLEMENT, « Le juge administratif des référés : un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000 », *LPA* 10 août 2000, n° 159, pp. 6-11 ; P. BOULISSET, « Commentaire de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *Annales des loyers* 2000, pp. 12-27 ; J.-M. FAVRET, « Les procédures d'urgence devant le juge administratif après la loi du 30 juin 2000 », *Dr. adm.* 2000, chron. n° 11.

4 Remplaçant les textes épars qui régissaient avant son adoption la procédure administrative contentieuse, le code de justice administrative rassemble dans un ensemble clair et ordonné les règles générales de procédure applicables aux juridictions administratives de droit commun. Il a été édicté, quant à sa partie législative, par l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000, pour ce qui est de sa partie réglementaire, par les décrets n° 2000-388 et 389 de la même date. Cette ordonnance a été ratifiée par l'article 31 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit (*JO* 3 juillet 2003, p. 11192). Pour une présentation du nouveau code, voir R. CHAPUS, « Lecture du code de justice administrative », *RFDA* 2000, pp. 929-939, et J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Le code de justice administrative », *AJDA* 2000, pp. 639-643.

5 Voir *infra*, § 34.

6 Il avait été prévu, dans un premier temps, que la loi relative au référé devant les juridictions administratives entrerait en vigueur avec le décret d'application « et au plus tard à l'expiration d'un délai de six mois à compter de sa publication » (article 21 du projet de loi n° 269). L'articulation avec le code en préparation n'avait pas été envisagée. Suite à la publication, le 4 mai 2000, de l'ordonnance portant code de justice administrative, la question s'est posée de la coordination entre les deux textes. La commission mixte paritaire, qui se réunissait le 7 juin 2000, a décidé d'intégrer dans le nouveau code les dispositions du projet de loi. Elle a, en conséquence, codifié les dispositions relatives au référé et procédé à la renumérotation du code de justice administrative. Ce choix conduisit logiquement

raisons et les étapes de sa création, il conviendra d'amorcer une réflexion sur l'apport, le rôle et les caractéristiques de la procédure de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

I. LES RAISONS DE SON ADOPTION

2. Pourquoi s'être doté, à la fin du XX^e siècle, d'une procédure rapide de protection des libertés ? Pourquoi avoir créé cette procédure et précisément à cette période ?

3. Précisons, tout d'abord, que la création du référé-liberté ne correspondait pas pour le législateur à une *obligation*. En effet, aucune norme de rang supralégislatif n'impose aux autorités françaises l'instauration d'une procédure d'urgence spécifiquement consacrée à la sauvegarde des libertés. Comme le relève M. Andriantsimbazovina, « Aucun texte ni aucun principe de droit national n'exige l'établissement d'un moyen spécifique pour protéger les droits fondamentaux garantis par le droit international et le droit européen. De même, en droit international et européen, ni les textes ni la jurisprudence des organes de protection ne formulent une telle exigence »⁷. Si le Conseil constitutionnel a érigé le droit à un recours juridictionnel effectif en norme de valeur constitutionnelle⁸, il n'a en aucun cas imposé l'instauration d'un recours spécifique en cas d'atteinte à une liberté. En outre, telle qu'elle est conçue dans la jurisprudence constitutionnelle, la possibilité d'exercer un recours effectif devant une juridiction n'est pas limitée aux seuls droits et libertés constitutionnels mais concerne l'ensemble des normes juridiques sans opérer de distinction en fonction de leur nature ou de leur valeur juridique. La situation des instruments internationaux et européens est sur ce point différente dans la mesure où le droit au recours est expressément prévu en cas de violation des droits et libertés protégés par ces textes. Prenant modèle sur l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁹ et l'article 2.3.a du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁰, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Les organes de

à faire coïncider la date de mise en application des deux textes, devenus indissociables. L'article 30 de la loi du 30 juin 2000 a donc prévu qu'elle entrerait en vigueur « le même jour que l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative », soit le 1^{er} janvier 2001.

7 J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de « fondamentale » », *RFDA* 2002, p. 133.

8 Voir *infra*, § 18.

9 « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi ».

10 « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à ... garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

protection du pacte international et de la convention européenne reconnaissent que les Etats contractants jouissent d'une certaine latitude quant à la manière d'honorer leurs obligations à cet égard¹¹. La Cour européenne des droits de l'homme a notamment indiqué que l'article 13 de la Convention européenne « ne va pas jusqu'à exiger (...) une forme particulière de recours »¹². Les organes du Conseil de l'Europe n'ont rien ajouté ni préconisé à cet égard. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 13 septembre 1989 une résolution sur la protection juridictionnelle provisoire contre les actes administratifs. Ce texte, au demeurant non contraignant, ne formule pas l'exigence d'instituer une procédure spécifiquement consacrée à la protection des libertés¹³ comme le fait, par exemple, l'article 25 de la Convention américaine sur les droits de l'homme¹⁴. En ce qui concerne enfin le droit communautaire, ni les traités ni le droit dérivé n'ont imposé aux Etats membres la mise en place de procédures d'urgence spécifiques pour la protection des droits et libertés qualifiés de fondamentaux par la Cour de justice.

Les droits communautaire et européen n'ont pas davantage exercé *une pression* en faveur de la création d'une telle procédure¹⁵. Dans la mesure où la Cour européenne des

-
- 11 voir P. MERTENS, Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, 161 p.
- 12 CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, Rec. 1999-6, §135. Voir également A. DRZEMCZEWSKI et C. GIAKOUPOPOULOS, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (L. PETTITI dir.), 2^{ème} éd., Economica, 1999, p. 467.
- 13 Résolution n° R (89) 8, du 13 septembre 1989. Le texte de la résolution peut être consulté sur le site Internet du Conseil de l'Europe (www.Coe.int). Il est également reproduit, en texte intégral, dans l'ouvrage de M. LEROY, *Contentieux administratif*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2000, pp. 675-676.
- 14 L'article 25.1 de la Convention américaine sur les droits de l'homme stipule que « Toute personne a droit à un recours simple et rapide ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles ».
- 15 Et ce alors même qu'ils ont influé de façon déterminante sur l'évolution de la procédure administrative contentieuse au cours des années 1990. En ce qui concerne le droit européen, les principales innovations procédurales sont liées à l'application de l'article 6§1 de la Convention et, dans une moindre mesure, à son article 13 (voir notamment S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp. 1135-1211 ; L. SERMET, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Bruylant, 1996, 450 p.). Le droit communautaire a également favorisé la modernisation du contentieux administratif, particulièrement dans le domaine des procédures d'urgence. Les directives « recours », en obligeant les Etats membres à organiser au profit des soumissionnaires s'estimant irrégulièrement évincés de procédure de passation de marchés publics, des recours « efficaces et rapides » (directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, 3^{ème} considérant, JOCE L 395 du 30 décembre 1989, p. 33), sont à l'origine directe de la création, en droit français, de la procédure du référé précontractuel. D'autre part, la Cour de justice des communautés européennes a contribué au développement des pouvoirs d'urgence du juge administratif en affirmant que le juge interne ne peut être empêché par son droit national de suspendre l'acte étatique présumé incompatible avec le droit communautaire (CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, Rec. I-1990, p. 2494) et en lui permettant d'accorder le sursis à exécution d'un acte national pris sur la base d'un acte communautaire dont la validité est contestée (CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. C 143/88 et C-92/89, Rec. I-1991, p. 415). Cf. J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruylant, 1995, 527 p. ; J. SCHWARZE

droits de l'homme ne prend pas en compte l'existence d'une procédure d'urgence dans l'analyse de la raisonnable du délai¹⁶, les condamnations prononcées sur ce fondement¹⁷ ne commandaient nullement l'amélioration de ces procédures. Par ailleurs, les mécanismes classiques du référé et du sursis étant conformes à la Convention européenne, standard minimum¹⁸, aucune amélioration n'était imposée sur ce point par la Cour européenne. En effet, comme le faisait remarquer le professeur Sermet, « la Convention n'est susceptible d'exercer aucune incidence (...) lorsque le contentieux administratif offre des garanties procédurales supérieures »¹⁹. Enfin, le droit communautaire n'a pas davantage incité, par ses textes ou sa jurisprudence, à la création du référé-liberté.

C'est donc en dehors de toutes contraintes strictement juridiques que le législateur a décidé de la création de cette procédure. Le rapport du groupe de travail ayant préparé la réforme des référés ne fait d'ailleurs pas la moindre allusion à l'influence qu'auraient pu avoir certaines sources supralégislatives. Celles-ci n'ont pas joué un rôle direct dans la création du référé-liberté²⁰. Les raisons qui ont conduit à la mise en place de cette procédure ne sont pas strictement ni même principalement juridiques.

4. Si le Conseil d'Etat et le législateur ont voulu cette réforme, c'est avant tout dans l'objectif de répondre à un *besoin* de protection juridictionnelle exprimé par les justiciables dans les hypothèses où la puissance publique porte gravement atteinte aux libertés. Le besoin se faisait ressentir depuis très longtemps mais aucune solution n'y avait été apportée. Si cette procédure a vu le jour en 2000 et non pas auparavant, c'est que les conditions de son instauration n'étaient pas réunies jusqu'alors. Des évolutions

(dir.), *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 1996, notamment le rapport français de J.-F. FLAUSS, pp. 81-85 ; G. MARCOU, « Intégration juridique et logiques nationales », in *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences* (G. MARCOU dir.), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, pp. 11-62 ; C. DEBOUY, « Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français », *JCP G* 1992, I, 3616 ; J.-F. FLAUSS, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français », *LPA* 9 janvier 1995, n° 4, pp. 4-16 (1^{ère} partie), et 16 janvier 1995, n° 7, pp. 4-17 (2^{ème} partie) ; B. LE BAUT-FERRARESE, « Le droit communautaire à la recherche d'un juge administratif français de l'urgence », in *Référé et droit communautaire*, Les cahiers du CRDE n° 1, avril 1999, Université Jean Moulin Lyon III, pp. 39-72.

16 La lenteur d'une instance au fond sera sanctionnée sur le fondement de l'article 6§1 nonobstant l'octroi d'une provision (CEDH, 19 mars 2002, *Goubert et Labbe c/ France*, n° 49622/99) ou du sursis à exécution (CEDH, 16 avril 2002, *Ouendeno c/ France*, n° 49622/99).

17 La lenteur de la justice administrative a valu à la France de nombreuses condamnations de la Cour européenne pour dépassement du délai raisonnable de jugement. La première condamnation remonte à l'arrêt du 24 octobre 1989, *H. c/ France*, série A, n° 162. Voir J.-M. LEMOYNE DE FORGES, « La lenteur de la justice administrative et les droits de l'homme », *Administration* 1990, n° 46, pp. 120-122.

18 Ces mécanismes allaient même au-delà du standard minimum résultant de la Convention. Cf. S. PERDU, *Le déroulement du procès administratif à l'épreuve des droits européen, constitutionnel et judiciaire*, thèse Pau, 2002, pp. 57-72.

19 L. SERMET, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, thèse Aix-en-Provence 1994, p. 477.

20 Elles n'en n'ont pas moins exercé un rôle *indirect* en favorisant la diffusion des idées de prééminence du droit, d'efficacité de la sanction juridictionnelle et de garantie concrète et effective des libertés. Voir *infra*, §18.

intervenues au cours des années 1980 et 1990 vont rendre à la fois *possible* et *plus pressante* la création d'une procédure de sauvegarde en urgence des libertés. La création d'une telle voie de droit correspondait à un besoin. A la fin du XX^e siècle se trouvent réunies les conditions de son avènement.

A. Un besoin de protection juridictionnelle non satisfait

5. Il est souvent affirmé que le référé-liberté a été créé en vue de mettre fin au détournement du contentieux administratif des libertés par la juridiction judiciaire. En réalité, cet objectif n'était que second pour les auteurs de la réforme du 30 juin 2000. En effet, la finalité première de l'instauration de cette procédure était de répondre aux besoins exprimés par les justiciables en matière de protection urgente des libertés. L'attente était forte et se manifestait par le nombre anormalement élevé de saisine du juge judiciaire sur le fondement de la voie de fait. En remédiant sur ce point aux insuffisances de la procédure administrative contentieuse, le référé-liberté devait certes agir sur ce phénomène et contribuer à le faire cesser. Néanmoins, il s'agissait là d'un *effet* que devait induire la réforme et non pas son *objet* même.

Les insuffisances du contentieux administratif en matière de protection urgente des libertés conduisaient les justiciables, depuis plus d'un siècle, à se tourner vers le juge judiciaire sur le fondement dénaturé de la voie de fait. Il y avait là un contentieux que la juridiction administrative était incapable de satisfaire et une importante carence à laquelle il convenait de remédier.

1. L'impuissance de la justice administrative

6. Le contentieux des libertés présente la particularité d'être particulièrement sensible à l'écoulement du temps. Bien souvent, l'acte ou l'agissement de la puissance publique va, dans un laps de temps très bref, épuiser ses effets ou affecter de manière durable et irréversible la situation du demandeur. Ce contentieux nécessite, par conséquent, une réaction juridictionnelle immédiate à laquelle ne peut à l'évidence satisfaire, quels que soient ses efforts et sa volonté, le juge du fond. Non seulement le recours devant la juridiction administrative est dépourvu d'effet suspensif²¹ mais en outre, les règles procédurales régissant l'instruction et le jugement des demandes rendent im-

21 Comme l'indiquait le professeur Rivero à son célèbre Huron, « la sagesse du législateur n'a pas voulu accorder, au recours, le caractère suspensif ; il n'appartient donc pas au juge d'arrêter le bras de l'Administration au moment où elle exécute ; c'est après coup qu'intervient sa censure redoutée » (J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron., p. 37). En effet, afin de donner à l'administration la sécurité juridique indispensable à son action, le juge lui reconnaît un privilège fondamental : le privilège du préalable, qui fait présumer la légalité de ses décisions. En dehors de certains cas particuliers, la saisine du juge n'emporte pas suspension des effets de la décision attaquée. Malgré l'introduction du recours, celle-ci continue de produire ses effets sur la situation de l'administré. Cette règle peut alors, dans certains cas, devenir « redoutable pour les administrés » (R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, 1969, p. 91) et « le priver de ses droits essentiels si la décision contestée produit tous ses effets avant d'être annulée » (O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 14).

possible l'intervention d'un tribunal statuant au fond dans des délais inférieurs à une année²². En dépit de l'œuvre historique du Conseil d'Etat pour soumettre l'administration au respect du droit²³ et malgré sa détermination à censurer les décisions portant illégalement atteinte aux libertés²⁴, l'intervention du juge du fond en ce domaine se révèle presque toujours tardive et, par conséquent, inefficace²⁵. La lenteur de la justice administrative elle-même, maintes fois analysée et dénoncée²⁶, n'est pas en cause dans

- 22 On doit néanmoins faire état de cas, demeurés exceptionnels, dans lesquels le juge administratif est intervenu dans des conditions de très grande rapidité lorsque les libertés étaient en cause. Ainsi, lors de la campagne électorale pour les élections législatives de 1993, le Conseil d'Etat examine en deux jours la légalité d'une décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel interdisant à une formation politique de diffuser un message télévisé (CE, Sect., 26 mars 1993, *Parti des travailleurs*, *Lebon* p. 87 ; voir également, pour une intervention en 48 heures dans le contentieux électoral : CE, 28 mai 1979, *Ministre de l'Intérieur c/ R.U.C.*, *Lebon* p. 243). Dans l'arrêt *Galdéano*, le Conseil a statué le 26 septembre 1984 après instruction contradictoire et échange de mémoires par les parties, sur la demande formée par un ressortissant espagnol contre un décret du 23 août 1984 accordant son extradition aux autorités espagnoles (CE, Ass., 26 septembre 1984, *Galdéano*, *Lebon* p. 308). Le président Genevois déclarera, à propos de la décision *Galdéano*, que l'« On a ici un bon exemple de ce que pourrait être une procédure de « référé-liberté » en matière de libertés publiques » (B. GENEVOIS, Intervention au débat, in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ Montchrestien, 1988, p. 451).
- 23 Comme l'a souligné Prosper Weil, « le juge administratif a mis à profit sa liberté d'action par rapport au droit civil, non pas pour brimer l'individu au profit de l'action administrative, mais pour limiter et contrôler cette dernière en vue de protéger le citoyen contre le pouvoir » (P. WEIL, « Les techniques de protection des libertés publiques en droit français », in *Mélanges Marcel Bridel*, Imprimeries réunies S.A., 1968, p. 622). A force d'audaces calculées et de progrès mesurés, le Conseil d'Etat est parvenu à assurer la soumission de l'administration au droit et à lui opposer le respect des libertés.
- 24 Son histoire est jalonnée de grands arrêts dans lesquels le juge administratif pose les principes protecteurs des libertés et annule les actes administratifs qui y contreviennent. La célèbre décision *Benjamin* demeure sans conteste l'une des illustrations les plus emblématiques de cette jurisprudence. Le Conseil y pose l'exigence selon laquelle l'atteinte aux libertés doit être la plus faible possible au regard de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public poursuivi. L'affaire concernait une décision par laquelle le maire de Nevers avait interdit à René Benjamin de tenir une conférence dans sa commune. Les opinions politiques controversées du conférencier avaient conduit l'exécutif communal, effrayé par l'annonce des manifestations qu'elle susciterait, à interdire sa tenue. Cette décision sera annulée comme portant une atteinte excessive à la liberté de réunion. Pour le Conseil, l'éventualité de troubles alléguée par le maire de Nevers « ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre » (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Lebon* p. 541, *GAJA* n° 49).
- 25 Dans l'affaire *Benjamin* précitée, le requérant obtient certes l'annulation de la décision par lequel le maire de Nevers lui a illégalement interdit de tenir conférence dans sa commune. Toutefois, il n'obtient cette décision favorable que le 19 mai 1933 alors que la conférence projetée devait avoir lieu le 11 mars 1930, soit trois ans auparavant. A la satisfaction morale et purement platonique que dut ressentir l'orateur empêché s'ajoute seulement une réparation pécuniaire, qui lui fut accordée par un arrêt du Conseil d'Etat du 3 avril 1936 (CE, Sect., 3 avril 1936, *Syndicat d'initiative de Nevers et Benjamin*, *Lebon* p. 453). La violation de la liberté de réunion a été sanctionnée et le préjudice réparé, mais la liberté n'a pas été exercée.
- 26 Le phénomène est si ancien qu'il se confond presque avec l'histoire de la justice administrative. Au début du siècle dernier, Gaston Jèze dénonçait son insupportable « ataxie locomotrice » (G. JEZE, note sous CE, 2 juin 1911, *De Pressensé*, *RD* 1911, p. 695). En raison de cette lenteur du procès administratif « La sanction contentieuse de l'arbitraire vient trop tard pour être efficace » (C. GABOLDE, « Les nouveaux pouvoirs d'urgence du juge administratif et le sursis à exécution », *D.* 1953, chron., p. 189). « Le recours devient une sorte de baroud d'honneur, l'annulation une sanction de principe et le métier de juge un aveu d'impuissance » (O. VALLET, « La fin du droit public ? », *RA* 1992, n° 265,

ces situations. En effet, même si les décisions étaient rendues plus rapidement, une intervention juridictionnelle immédiate conserverait sa nécessité dans les hypothèses d'atteintes graves aux libertés. Quand bien même le juge pourrait statuer dans des délais raisonnables, ceux-ci resteraient encore trop longs en présence de telles situations. La nécessité d'une intervention se mesure ici en jours, et non pas en années ni même en mois. Lorsqu'il est porté gravement atteinte à une liberté, « c'est d'extrême urgence que, comme les services de secours, la justice administrative doit être à même d'intervenir (...) »²⁷. Dans un tel cas de figure, le juge doit disposer de procédures d'urgence lui permettant de se porter très rapidement au secours des justiciables.

7. Or, sur ce point, la situation de la procédure administrative contentieuse était particulièrement insatisfaisante, le juge administratif ne disposant ni de la procédure adaptée à une intervention rapide ni des pouvoirs permettant de réagir énergiquement à une atteinte. En l'absence de mécanisme spécifique de protection en urgence des libertés par la juridiction administrative, celle-ci devait s'effectuer au moyen des mécanismes classiques du sursis à exécution et du référé. Ces deux procédures, qui constituaient le « talon d'Achille du contentieux administratif »²⁸, n'étaient pas de nature à procurer un résultat satisfaisant à l'administré victime d'une atteinte à ses libertés. Le sursis, tout d'abord, conférait au juge le pouvoir de suspendre l'exécution d'une décision contre laquelle un recours au fond était engagé en attendant qu'il soit statué sur ce dernier par le juge du principal. Telle qu'elle était conçue par le législateur et appliquée par le juge, cette procédure se trouvait affectée d'une triple limite. En premier lieu, la demande de sursis ne pouvait être formée qu'à l'encontre d'une décision administrative exécutoire, ce qui excluait de son champ d'application les demandes présentées contre les décisions négatives²⁹ et les agissements matériels de l'administration³⁰. En deuxième lieu, le juge a retenu une lecture restrictive des deux conditions d'octroi du sursis, réduisant à l'extrême les possibilités d'utilisation de cette procédure. Selon la formule du président Gazier, le sursis n'était autre chose qu'une « grâce »³¹. La notion de « moyen sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué » était assimilée à celle de moyen fondé, ce qui conduisait à réserver le prononcé du sursis au

p. 6). Les auteurs n'ont eu de cesse de dénoncer cette lenteur. Voir notamment G. LIET-VEAUX, « La justice administrative au ralenti », *D.* 1948, chron., p. 133-136 ; J. RIVERO, « Sur la réforme du contentieux administratif », *D.* 1951, chron., pp. 163-168, spé p. 163 ; H. OBERDORFF, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, thèse Paris II, 1981, pp. 135-155 ; M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse Paris II, 1975, pp. 152-165 ; G. BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE* 1961, pp. 53-65 ; J. GEORGEL, « Le juge et la montre », *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, pp. 115-124 ; D. LOCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 53.

27 D. CHABANOL, *Le juge administratif*, LGDJ, coll. Systèmes, 1993, p. 74-75.

28 P. DELVOLLE, *Le droit administratif*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002, p. 127.

29 CE, Ass., 23 janvier 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros*, *Lebon* p. 51, *RDP* 1970, pp. 1036-1042, note M. WALINE.

30 Voir, par exemple, déclarant irrecevable la demande de sursis à exécution de travaux de construction : CE, 1^{er} mars 1972, *Sieur Lorenzi c/ SCI Saint-François*, *Lebon T.* p. 1192.

31 Cité par O. DUGRIP, « Les procédures d'urgence : l'économie générale de la réforme », *RFDA* 2002, p. 246.

cas où l'annulation paraissait certaine et après un examen approfondi de la requête. La notion de préjudice difficilement réparable était assimilée à celle de conséquences difficilement réversibles dans les faits et insusceptibles de compensation monétaire. Comme le relevait Mme Lochak, « ni le licenciement d'un agent public qui se retrouve sans moyen d'existence, ni l'interdiction d'une réunion dont l'annulation plusieurs années après n'aura plus aucun intérêt ne sont aux yeux du Conseil d'Etat de nature à « entraîner des conséquences difficilement réparables » justifiant le sursis à exécution »³². En troisième lieu, les règles procédurales manquaient de spécificité par rapport à la procédure de droit commun. En effet, le sursis ne pouvait être accordé que par une formation collégiale après une instruction écrite et une audience tenue dans des conditions ordinaires, ce qui portait à un délai de six mois la durée moyenne des instances. « S'il y a vraiment urgence, le mal sera fait depuis longtemps. Et si, dans l'intervalle, la décision a déjà produit tous ses effets, il n'y aura plus lieu de prononcer le sursis, ce qui représente évidemment une forte incitation pour l'administration à pratiquer une politique du fait accompli en poursuivant rapidement l'exécution de ses décisions frappées d'un recours »³³. Au regard de cette triple insuffisance, le sursis n'était pas à même de permettre une protection efficace des libertés face à l'administration. Comme le relevait Mme Joliot, « que ce soit par la rareté de son emploi ou par l'inefficacité qui peut marquer sa mise en œuvre, le sursis se révèle parfaitement inadapté à une protection véritable des droits et libertés des citoyens »³⁴.

Quant au référé, il permettait à un juge unique de prononcer des mesures conservatoires et provisoires au terme d'une procédure simplifiée³⁵. L'article R. 130 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel habilitait le président du tribunal ou son délégué à prendre en cas d'urgence « toutes mesures utiles » ; mais il ne pouvait ni « faire préjudice au principal » ni surtout « faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ». Ces deux conditions restrictives ont limité la por-

32 D. LOCHAK, *La justice administrative*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs politiques, 1998, p. 107.

33 D. LOCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 53.

34 M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse Paris II, 1975, p. 151. De manière non anecdotique, le Conseil d'Etat avait refusé de voir dans le sursis à exécution une « garantie pour l'exercice des libertés publiques » au sens de l'article 34 de la Constitution. Il a jugé que les dispositions régissant le sursis « ne touchent ni aux règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ni à aucune des règles et des principes fondamentaux relevant du domaine de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution » (CE, 8 octobre 1971, *SA Librairie François Maspero, Lebon* p. 589). Dans ses conclusions – contraires – sur cet arrêt, le commissaire du gouvernement Vught affirmait qu'« il n'est sans doute pas de meilleur exemple de ces garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques que la faculté donnée au juge de l'excès de pouvoir d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des décisions qui lui sont déférées. Quels que soient les effets d'une décision d'annulation rendue sur un recours pour excès de pouvoir et pour importantes que soient en pratique les vertus préventives ou normatives de votre jurisprudence, rien ne peut sur ce point, et pour l'exercice courant des libertés publiques, remplacer le sursis à exécution. (...) Pour que ces libertés aient, dans certains cas, un contenu réel, il ne suffit pas de pouvoir obtenir une éventuelle annulation. Il faut aussi que le juge puisse, lorsque les conditions posées par la loi sont réunies, paralyser immédiatement l'action administrative » (concl. inédites, citées *in* chron. D. LABETOULLE et P. CABANES *AJDA* 1971, I, p. 647). Insensible à cette argumentation, le Conseil d'Etat refusera d'envisager le sursis comme un instrument de protection des libertés.

35 Voir P.-L. FRIER, « Un inconnu : le vrai référé administratif », *AJDA* 1980, pp. 67-76.

tée du pouvoir d'injonction du juge des référés, qui n'a connu d'applications notables qu'en ce qui concerne la communication de décisions administratives ou l'expulsion des occupants sans titre du domaine public. Ses maigres pouvoirs ne lui permettaient ni de surseoir à l'exécution d'une décision de l'administration ni « de lui adresser des injonctions dans les situations exceptionnelles où ses agissements portent gravement atteinte aux libertés fondamentales des citoyens »³⁶.

8. La juridiction administrative était ainsi incapable de réagir avec célérité face à un comportement de la puissance publique entaché d'une irrégularité flagrante et portant gravement atteinte aux libertés. Les carences qui affectaient le sursis à exécution et le référé compromettaient irrémédiablement l'efficacité pratique de ces procédures et condamnaient le juge administratif à l'impuissance dans les hypothèses d'atteintes graves aux libertés. Pour remédier à l'insuffisance chronique du juge administratif dans le domaine des procédures d'urgence, le législateur a donc mis en place, à partir de 1976, de nombreuses procédures à juge unique, ponctuelles et juxtaposées, qui dérogeaient au droit commun du sursis afin d'en faciliter et d'en accélérer le prononcé. Deux de ces procédures auraient pu constituer les instruments d'une protection rapide et efficace des libertés : d'une part le « déféré-liberté », dont c'était l'objet même³⁷, d'autre part la procédure de suspension provisoire qui, sans poursuivre ce seul objectif, était néanmoins susceptible d'y contribuer³⁸. Ces dispositions ont pu servir de fondement

36 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3737.

37 L'article 3 de la loi du 2 mars 1982 a permis au préfet de demander le sursis à exécution des actes des collectivités territoriales « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle », le président du tribunal administratif ou son délégué devant statuer dans un délai de 48 heures. Pour qualifier cette procédure, la doctrine parlait habituellement de « sursis accéléré », « sursis à grande vitesse » ou « sursis de quarante-huit heures », mettant ainsi l'accent sur la nature de cette procédure et la rapidité d'intervention du juge (sur les différentes dénominations, voir R. ETIEN, « Le sursis de quarante-huit heures », *RDP* 1988, pp. 743-761, spé p. 747). La loi du 30 juin 2000 ayant supprimé le régime du sursis à exécution en abattant la cloison qui le séparait jusque là du référé, ces expressions ne peuvent plus avoir cours dans la mesure où elles font référence à une nature que la procédure ne présente plus. Doit donc lui être substituée l'expression « déféré-liberté », qui met en avant le titulaire du recours et l'objet de la procédure. Cette expression a été utilisée durant les travaux parlementaires et postérieurement à l'adoption de la loi du 30 juin 2000. Voir notamment S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865 ; D. LABETOUILLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque du 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 24 ; J.-M. MAILLOT, note sous TA Montpellier, ord. 25 avril 2003, *Préfet des Pyrénées-Orientales*, *LPA* 5 avril 2004, n° 68, pp. 3-5.

38 Instituée par la loi du 8 février 1995, cette procédure visait selon M. Gohin « à protéger les administrés de la tentation que la puissance publique peut avoir d'exploiter ses prérogatives : l'effet non suspensif du recours juridictionnel et donc le caractère exécutoire de la décision administrative à l'encontre notamment des libertés fondamentales » (O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Litec, coll. Manuels, 2002, p. 311). Cette procédure de « pré-sursis », codifiée à l'article L. 10 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, permettait au président du tribunal administratif, lorsqu'une décision administrative faisait l'objet d'une demande de sursis, de prononcer par ordonnance la suspension provisoire de l'exécution de cette décision. La loi exigeait que la requête comporte un moyen sérieux et que l'exécution de la décision risque d'entraîner des « conséquences irréversibles ». L'ordonnance de suspension produisait effet jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur le sursis ou, au plus tard, jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois. Sur cette procédure, voir N. NGUYEN, « L'article L. 10 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'ap-

à des interventions extrêmement rapides du juge administratif³⁹. Cela étant, elles présentaient des caractéristiques limitant considérablement la possibilité d'assurer par leur biais une protection satisfaisante des libertés. Non seulement deux lacunes du sursis à exécution – l'interdiction de prononcer des injonctions et l'impossibilité de contester les simples comportements de l'administration – se sont transmises à ces procédures. Par ailleurs, le déféré-liberté n'était pas ouvert aux particuliers et ne pouvait être exercé par le préfet qu'à l'encontre des actes des collectivités locales à l'exclusion des décisions prises par les organes de l'Etat⁴⁰.

9. Disposant d'un arsenal juridictionnel limité pour s'opposer aux actes et agissements de la puissance publique portant gravement atteinte aux libertés, le juge administratif était incapable d'offrir aux justiciables la protection rapide et efficace à laquelle ils aspiraient. Dans ces conditions, déclarait le professeur Mathiot, « On en est presque réduit à souhaiter de subir, de la part de l'autorité administrative, l'une de ces atteintes graves à la propriété ou aux libertés publiques (...) » donnant compétence au juge judiciaire sur le fondement de la voie de fait⁴¹. Mettant en échec le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire qui interdit au juge judiciaire d'intervenir dans un litige mettant en cause la puissance publique, la voie de fait permet exceptionnellement aux tribunaux civils de connaître d'agissements de l'administration et d'adresser à celle-ci des injonctions pour prévenir ou faire cesser l'atteinte portée à une liberté fondamentale ou au droit de propriété⁴². Or, relevait M. Benoît, « En pareil hypothèse il n'est pas douteux que le recours au juge judiciaire procure aux particuliers des avantages plus grands que le recours au juge administratif »⁴³. Aussi les justiciables n'ont-ils pas attendu de subir effectivement de telles atteintes pour s'adresser aux juridictions civiles sur le fondement de la voie de fait. Devant l'incapacité du juge administratif à assurer une protection rapide et efficace de leurs libertés, les victimes d'abus de la puissance publique se sont tournées, toujours plus

pel : redondance ou nouveauté par rapport au sursis à exécution ? », *Procédures* 1996, chron. n° 3 ; J.-P. MARTIN, « La suspension provisoire : premières réflexions sur un presque rien », *Dr. adm.* 1996, chron. n° 8 ; J. GOURDOU, « La nouvelle procédure de suspension provisoire des actes susceptibles de sursis à exécution. Premières applications de l'article L. 10 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel », *RFDA* 1996, pp. 991-1011.

39 Permettant le prononcé très rapide d'une décision, la procédure du déféré-liberté a montré son efficacité les rares fois où les préfets ont saisi le juge administratif de telles demandes (voir *infra*, §§ 270 et 535). Quand au pré-sursis, il a donné lieu à certaines applications remarquées du fait de la rapidité d'intervention du juge. Ainsi, dans une affaire concernant l'inversion du match de football Olympique de Marseille - Lille Olympique Sporting Club, le président du tribunal administratif de Marseille avait suspendu, sur une requête introduite un samedi à 11 heures, une rencontre qui devait avoir lieu l'après-midi même (TA Marseille, ord. 18 janvier 1997, *RFDA* 1998, pp. 759-766, note J.-P. NEGRIN ; *LPA* 13 août 1997, n° 97, note J.-P. BARALLE : suspension provisoire de la décision par laquelle la commission centrale de la coupe de France avait fixé la date et le lieu de la rencontre sportive). Elle n'a, en revanche, donné lieu à aucune application notable dans le domaine des libertés.

40 De fait, le déféré-liberté était une procédure fort peu utilisée puisque l'on comptait en moyenne une dizaine de demandes par an pour l'ensemble des tribunaux administratifs (voir R. ETIEN, *op. cit.*, p. 760).

41 A. MATHIOT, Note sous CE, 28 décembre 1949, *Société des automobiles Berliet*, S. 1951, 3, p. 6.

42 Voir *infra*, §§ 324-325.

43 F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 432.

nombreuses, vers le juge civil des référés sur le fondement dévoyé de la voie de fait⁴⁴. La fuite du contentieux administratif vers les tribunaux judiciaires apparaissait comme la conséquence de l'impuissance du juge administratif, et le signe d'une carence de ses procédures en la matière.

2. *L'attrait du référé judiciaire*

10. Pour le justiciable en quête d'une justice rapide et efficace, le référé civil présentait incontestablement un caractère attractif. Depuis longtemps, des prérogatives étendues et une procédure organisée pour tenir compte de l'urgence permettent au juge judiciaire d'intervenir efficacement pour protéger les intérêts du demandeur. Selon les termes de M. Lacabarats, le référé civil incarne, « pour les parties comme pour le juge, l'idéal d'une justice rapide, efficace, dépouillée de son formalisme et de la complexité de ses mécanismes »⁴⁵. En cas de voie de fait notamment, il dispose des pouvoirs les plus étendus à l'égard de l'administration. Dans ces conditions, l'efficacité du juge civil des référés contrastait avec l'impuissance du juge administratif en la matière⁴⁶. La distorsion qui existait entre la procédure administrative contentieuse et le droit judiciaire privé ne pouvait rester sans influence sur le comportement des plaideurs. En cas d'atteinte administrative aux libertés, « la promptitude avec laquelle le juge des référés civils est en mesure de répondre, a conduit le justiciable à tenter parfois une sorte de détournement de procédure (...) »⁴⁷. Séduits par l'étendue des pouvoirs du juge civil des référés et la rapidité de son intervention, les plaideurs en quête d'efficacité s'efforçaient, en s'abritant derrière la théorie de la voie de fait, de faire juger les litiges administratifs par le juge judiciaire. Au mépris de la règle de la séparation des ordres de juridiction, les justiciables ont ainsi pris l'habitude de « former leur recours là où la loi ne les a pas placés »⁴⁸. Dans le seul objectif que leurs demandes soient jugées rapidement, les plaideurs poursuivaient les personnes publiques sur le fondement de la voie de fait alors même que les conditions requises n'étaient à l'évidence pas réunies⁴⁹.

44 Le juge des conflits a très tôt reconnu à l'autorité judiciaire le droit d'empêcher la voie de fait par une décision en référé (TC, 28 janvier 1899, *Maire de Périgueux*, cité par M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Larose, 1901, p. 253).

45 A. LACABARATS, « Le référé », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, p. 214. L'alinéa 1^{er} de l'article 485 du nouveau code de procédure civile prévoit que le demandeur cite son adversaire à comparaître « à une audience tenue à cet effet aux jours et heures habituels des référés ». Si la demande est à ce point urgente qu'elle ne peut attendre la prochaine audience de référé, son second alinéa organise une procédure accélérée de référé dite « d'heure à heure », le juge pouvant permettre d'assigner son adversaire à heure indiquée, même les jours fériés et chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes.

46 Voir F. HAMON et H. MAISL, « L'urgence et la protection des libertés contre l'administration », *D.* 1982, chron. n° VII, pp. 49-54 ; J. RIVERO, « Dualité de juridictions et protection des libertés », *RFDA* 1990, pp. 734-738, spé p. 737.

47 H. LE FOYER DE COSTIL, « Le vol d'aigle du juge des référés », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 344.

48 J.-H. STAHL, « Le juge administratif, garantie de l'administration ? », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique ?, p. 58.

49 Comme l'avait souligné M. Abraham, l'invocation abusive de la voie de fait par les plaideurs s'expliquait par une raison simple : « En s'adressant de préférence (et à tort) au juge du référé civil, le

« Effet d'entraînement, banalisation de la voie de fait, volonté surtout de mettre un terme immédiat aux irrégularités les plus graves, tous facteurs confondus, les juges des référés ont été pressés d'intervenir dans les secteurs les plus divers »⁵⁰.

11. Le juge civil des référés n'hésitait pas à prêter une oreille complaisante à ces récriminations et à se déclarer compétent pour les satisfaire, quitte à déborder le cadre habituellement fixé à la voie de fait. Il retenait par devers lui des affaires qui, manifestement, ne relevaient pas de sa compétence, baptisant pour l'occasion « voies de fait » des comportements relativement éloignés de la définition qu'en donnait le Tribunal des conflits et la Cour de cassation elle-même⁵¹. Sur ce fondement, les magistrats judiciaires se sont en effet aventurés à censurer des mesures édictées par l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs, telles la révocation d'un attaché communal en l'absence de toute consultation du conseil de discipline⁵², une mutation dans l'intérêt du service prononcée à l'encontre d'un inspecteur de police ayant contrevenu à son obligation de réserve⁵³, la décision d'abattage d'arbres intervenue dans le cadre légal de la prévention des incendies de forêts⁵⁴, la mesure décidant l'expulsion d'un ressortissant étranger⁵⁵ ou la suspension de l'abonnement téléphonique d'une entreprise n'ayant pas acquitté ses factures⁵⁶. Le juge judiciaire s'est également reconnu compétent en l'absence d'atteinte à une liberté fondamentale, acceptant par exemple de connaître de la poursuite des travaux du pont de l'île de Ré⁵⁷, de la relégation d'un club de football dans la division inférieure⁵⁸ ou du refus de restituer un permis de chasser à son titulaire⁵⁹. Cette conception abusivement extensive du domaine de la voie de fait conduisait le juge civil des référés à « investir progressivement toutes les matières réservées au juge administratif »⁶⁰. Au prix d'une interprétation excessivement souple et distendue du champ de

requérant ne manifeste aucune défiance particulière pour le juge administratif : il est à la recherche du juge de l'urgence, et ne le trouve que dans l'ordre judiciaire » (R. ABRAHAM, « L'avenir de la voie de fait et le référé administratif », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 12).

- 50 J. NORMAND, « Le juge judiciaire, gardien non exclusif des libertés. Le cas des étrangers », *RTDCiv* 1996, p. 238.
- 51 A cet égard, le professeur Chapus dénonçait les « égarements judiciaires », les « dérapages désordonnés » et « l'usage aisément abusif qu'en font maints magistrats judiciaires, que le Tribunal des conflits, trop souvent sollicité, ne parvient guère cependant à ramener dans le droit chemin » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, n° 1087).
- 52 CA Aix-en-Provence, 1^{er} décembre 1987, *Piselli*, *AJDA* 1988, p. 550.
- 53 TC, 4 juillet 1991, *Gaudino*, *Lebon* p. 468, *AJDA* 1991, p. 697, chron. C. MAUGÛE et R. SCHWARTZ.
- 54 TC, 25 janvier 1993, *SCI Oasis*, *Lebon* p. 389 ; *D.* 1994, SC. p. 109, obs. D. MAILLARD DES-GREES DU LOU.
- 55 TC, 20 juin 1994, *Madaci et Youbi*, *Lebon* p. 603, *D.* 1995, p. 193, note P. DIDIER ; *LPA* 20 mai 1996, n° 61, pp. 7-11, note L. GROS.
- 56 TC, 15 avril 1991, Préfet de la région Lorraine, *Lebon* p. 463.
- 57 TC, 25 janvier 1988, *Préfet de la Charente-Maritime*, *RFDA* 1990, p. 191, note M. LAROQUE.
- 58 TC, 13 janvier 1992, Association nouvelle des Girondins de Bordeaux, *Lebon* p. 473.
- 59 TC, 24 février 1992, *Préfet de la Gironde*, *Lebon* p. 477.
- 60 J.-Y. PLOUVIN, « Au secours, le juge civil des référés arrive ! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés) », *GP* 4 mars 1989, 1, p. 105.

la voie de fait, les juridictions civiles acceptaient en définitive de connaître de toute atteinte illégale aux droits et libertés des administrés.

12. Pourtant, c'est de manière erronée que les tribunaux judiciaires du premier degré se déclaraient compétents, comme en atteste le nombre important d'affaires dans lesquels le conflit positif d'attribution était élevé avec succès. En effet, la saisine de la juridiction judiciaire amenait l'autorité préfectorale à solliciter l'arbitrage du Tribunal des conflits et, presque toujours, l'arrêt de conflit était confirmé par le juge répartiteur, révélant de la part du juge civil une conception dénaturée de la voie de fait. Depuis ses origines, la voie de fait est considérée comme une exception d'interprétation stricte. Avec constance, le Tribunal des conflits a veillé à ce que les magistrats judiciaires ne puissent s'affranchir des limites qui, en la matière, s'imposent à eux⁶¹. Pourtant, malgré une ligne jurisprudentielle emprunte de fermeté (et rigoureusement conforme à la définition classique de la notion), le Tribunal des conflits n'est jamais réellement parvenu à mettre fin aux invocations abusives de la voie de fait par les plaideurs, ni aux incursions intempestives de l'autorité judiciaire dans la sphère administrative. Le besoin de protection juridictionnelle était trop important pour que ces rappels à l'ordre appuyés puissent suffire à modifier les comportements sans qu'il ne soit remédié aux carences de la procédure administrative contentieuse. Le phénomène était fort ancien et n'avait jamais réellement cessé.

3. Un problème ancien

13. Au début du XX^e siècle déjà, les justiciables en appelaient aux tribunaux civils dans des litiges administratifs afin de mettre fin aux abus des institutions de la III^e République dans leur lutte contre les congrégations religieuses. Dans l'arrêt du Tribunal des conflits de 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, l'autorité administrative avait apposé des scellés sur un immeuble privé après en avoir ordonné l'évacuation. La société propriétaire de l'immeuble demandait au juge civil des référés d'en ordonner la levée sur le fondement de la voie de fait. Sur élévation du conflit, le juge répartiteur dessaisit la juridiction judiciaire et attribua la connaissance du litige à la juridiction administrative. L'administration ayant agi « dans le cercle de ses attributions », la juridiction judiciaire ne pouvait valablement connaître de ces agissements⁶². Condamnée

61 En droit, en l'absence de normes juridiques pouvant la soutenir, la pratique hétérodoxe des tribunaux judiciaires ne pouvait être sérieusement défendue dans la mesure où elle méconnaissait le principe de séparation qui possède un fondement législatif et des assises constitutionnelles (voir *infra*, § 538). L'attitude des tribunaux judiciaires, qui était à l'origine de désordres dans la répartition des compétences juridictionnelles, ne pouvait notamment être justifiée par la commodité que procurait aux plaideurs l'intervention du juge civil des référés. Des considérations de pure opportunité ne sauraient en effet prévaloir sur des normes juridiques et conduire de ce seul chef à en écarter l'application. Les principes gouvernant la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction justifiaient la persévérance avec laquelle le Tribunal des conflits sanctionnait les débordements de compétence du juge judiciaire.

62 TC, 2 décembre 1902, *Lebon* p. 713, concl. ROMIEU ; *GAJA* n° 11 ; *D.* 1903, 3, p. 41, concl. ROMIEU ; *S.* 1904, 3, p. 17, concl. ROMIEU, note M. HAURIOU, publiés in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits* vol. 1, éditions La Mémoire du Droit, 2000, pp. 84-109.

à s'adresser à la juridiction administrative pour faire cesser l'atteinte au droit de propriété, la société requérante voyait disparaître avec cette décision tout espoir qu'il soit mis fin rapidement à la situation litigieuse. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Romieu déplorait lui-même l'insuffisance des pouvoirs du juge administratif et l'inadaptation de ses procédures. L'illustre conseiller d'Etat déclarait que « la juridiction administrative n'est pas outillée pour protéger utilement les droits privés qui seraient violés d'une manière flagrante par les abus des actes d'exécution de la puissance publique ; elle n'a pas en cette matière de juges locaux du premier degré ; elle n'a pas la procédure de référé, et la lenteur de son intervention peut souvent rendre son efficacité illusoire »⁶³. Le juge administratif, en effet, ne disposait pas des pouvoirs lui permettant une intervention rapide et efficace en matière de protection des droits individuels⁶⁴. Commentant cette même décision, Hauriou devait déclarer : « Le malheur n'est pas qu'il y ait une juridiction administrative, ni qu'elle soit compétente en ces matières ; le malheur est que cette juridiction (...) soit insuffisamment outillée, et que, notamment, il n'y ait pas devant elle, pour de semblables occasions, de procédure de référé »⁶⁵. Se fondant sur les abus commis par l'administration dans la lutte anticléricale, notamment en ce qui concerne les expulsions des congréganistes, le maître de Toulouse préconisait dès 1903 « l'institution d'une sorte de référé »⁶⁶ : « Il faut un juge des référés qui, dans les 48 heures, ou du moins dans les 8 jours, puisse rendre une ordonnance »⁶⁷. L'emploi du référé serait limité « aux cas de dépossession provisoire d'une propriété et de violation d'un domicile »⁶⁸.

14. Au milieu du XX^e siècle, la question se pose en des termes strictement identiques. Dans le contexte de l'immédiat après-guerre, elle concerne alors les réquisitions réalisées dans des conditions gravement irrégulières par les autorités de la Libération. La justice administrative demeurant incapable de porter secours aux victimes de dépossession arbitraires, les justiciables s'adressent là encore à la juridiction judiciaire. Comme le relève M. Liet-Veaux, « Privés de la procédure du référé administratif, les administrés ont, par la force des choses, fait appel aux tribunaux judiciaires, au nom de la voie de fait »⁶⁹. En effet, la saisine du juge judiciaire sur ce fondement « permet au prestataire d'agir par la procédure du référé, malheureusement à peu près inconnue du droit administratif et qui réalise une protection rapide et pratique des droits fondamentaux de l'individu »⁷⁰. En d'autres termes, « Si les particuliers se sont tournés volontiers

63 Concl. ROMIEU précitées, D. 1903, p. 41.

64 Par l'expression droits individuels, Hauriou entend, au point de vue de la législation positive, « les facultés essentielles dont le libre exercice est garanti à l'individu, à la fois vis-à-vis de l'Etat et vis-à-vis des autres hommes » (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} éd., Larose, 1897, p. 163).

65 M. HAURIOU, note précitée, p. 108.

66 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd., Larose, 1903, p. XIX. Jacquelin exprima des réserves sur cette proposition, en mettant en avant le manque d'indépendance et d'impartialité de la juridiction administrative (R. JACQUELIN, « L'évolution de la procédure administrative » (2^{nde} partie), *RDP* 1903, t. XX, p. 17).

67 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd., Larose, 1903, p. XX.

68 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd., 1903, Larose, p. XXI.

69 G. LIET-VEAUX, *RA* 1954, p. 613.

70 A. MESTRE, note sous CE, 17 février 1947, *Cons. Perrin*, S. 1948, 3, p. 2.

vers la juridiction judiciaire, c'est parce que celle-ci disposait de moyens ultra-rapides pour leur donner satisfaction »⁷¹. Les mêmes maux conduisent, là encore, à préconiser les mêmes remèdes. Les auteurs proposent de doter le juge administratif des moyens d'une rapidité et d'une efficacité comparables à ceux dont dispose le juge judiciaire en cas de voie de fait. En cas d'atteinte aux libertés, il faut que le juge administratif « puisse mettre en œuvre des procédures accélérées du type de celles qui s'ouvrent aux justiciables devant les tribunaux judiciaires », déclarait ainsi le doyen Vedel⁷².

15. Face aux lacunes persistantes de la justice administrative en ce domaine, les justiciables se tournent de nouveau vers les tribunaux civils à partir du milieu des années 1980. Les invocations abusives de la voie de fait, particulièrement dans le contentieux des étrangers, mettent une fois encore en lumière la nécessité d'une procédure rapide et efficace en cas d'atteinte grave aux libertés. La mise en place d'un mécanisme calqué sur la procédure du référé civil s'impose là encore comme la solution idoine. M. Abraham déclare que « C'est d'un référé entièrement réaménagé sur de nouvelles bases qu'a besoin (...) le juge administratif aujourd'hui (parce qu'il est nécessaire à ses justiciables) »⁷³. « Les juridictions administratives seraient-elles frappées d'une incapacité congénitale à faire face à l'urgence ? Nous sommes persuadé du contraire. Sont-elles moins soucieuses de la protection des libertés fondamentales que leurs homologues judiciaires ? Elles ont prouvé qu'il n'en était rien. Il reste à leur donner les moyens d'intervenir efficacement lorsque le temps presse »⁷⁴. Cette réforme était réclamée depuis des décennies. Sa mise en place va devenir possible, et plus pressante encore, à partir des années 1980.

B. Des conditions réunies pour sa création

16. Le problème de l'aptitude du juge administratif à intervenir rapidement et efficacement dans les hypothèses d'atteintes graves aux libertés par la puissance publique est ancien. Les moyens d'y remédier sont connus. Pourtant, rien n'avait été mis en place. Si le problème est aussi ancien et que la procédure du référé-liberté n'a vu le jour qu'en 2000, c'est, nécessairement, que d'autres facteurs ont joué un rôle dans la mise en place de cette procédure. A l'attente très forte exprimée par les justiciables de disposer d'une telle procédure est venue s'ajouter, dans les années 1980 et 1990 une série de facteurs qui à des degrés divers, ont justifié, favorisé ou rendu possible sa création.

71 C. GABOLDE, « Pour un véritable référé administratif », *D.* 1949, chron. n° XLI, p. 174.

72 G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682, §17. Voir également F. GAZIER, « L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat en matière de réquisitions », *EDCE* 1948, pp. 67-72 ; et A. MATHIOT, note précitée.

73 R. ABRAHAM, article précité, p. 12.

74 R. ABRAHAM, article précité, p. 13.

1. Un contexte favorable

17. Une pression très forte s'exerçait sur la juridiction administrative en faveur d'un changement. De plus en plus en décalage avec les attentes sociales et les évolutions du droit, le juge administratif faisait l'objet d'une contestation croissante qui rendait nécessaire l'instauration d'une procédure rapide de protection des libertés.

18. Comme l'a observé le président Stirn, « Les exigences en matière de garanties des droits fondamentaux se renforcent, sous l'effet conjugué de la jurisprudence constitutionnelle, du droit international et, plus largement, des préoccupations de notre temps, qui s'orientent vers le débat contentieux et la protection de l'individu »⁷⁵. Cette exigence accrue d'effectivité du droit et des procédures⁷⁶ résulte, en premier lieu, d'une attente sociale plus forte. Dans tous les domaines, et notamment celui des libertés, « la demande sociale d'effectivité réelle et rapide de la décision du juge s'accroît »⁷⁷. Comme le relève le professeur Melleray, « Le sieur Benjamin du XXI^e siècle n'admet plus d'obtenir réparation six ans plus tard pour n'avoir pu donner une conférence illégalement interdite par le maire de Nevers. Il veut qu'un juge statuant en urgence lui permette de s'exprimer (...) »⁷⁸. En deuxième lieu, l'individualisme – ou « exaltation de l'individu »⁷⁹ – conduit à un recentrage du droit sur le sujet, et imprime une dimension nouvelle à la relation entre la puissance publique et les particuliers⁸⁰. Toutes les grandes réformes du droit administratif et de la procédure administrative contentieuse de la fin du XX^e siècle s'inscrivent dans ce mouvement d'individualisation du droit et de rééquilibrage de la relation entre administration et administrés⁸¹. L'accent est mis sur la protection des droits et intérêts légitimes de l'individu. En troisième lieu, la consécration du droit au juge, au niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes, emporte pour les justiciables le droit à une décision juridictionnelle efficace. Cette reconnaissance implique que le juge puisse intervenir en temps utile et dispose des pouvoirs nécessaires pour garantir la prééminence du droit et la protection des justiciables⁸².

75 B. STIRN, « Le Conseil d'Etat et les libertés », in *La liberté dans tous ses états. Liber amicorum en l'honneur de Jacques Geogel*, éd. Apogée, 1998, p. 222.

76 L'effectivité de celui-là étant conditionnée par l'efficacité de celles-ci. Cf. *Procédure(s) et effectivité des droits* (D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER et C. GREWE dir.), Bruylant Nemesis, coll. Droit et justice, n° 49, 2003, notamment M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », pp. 1-23. Voir également W. BARANES et M.-A. FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, chron., pp. 301-303.

77 M.-A. LATOURNERIE, « Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française », *RFDA* 2000, p. 926.

78 F. MELLERAY, « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloque des 11 et 12 décembre 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, p. 308-309.

79 M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Domat Montchrestien, 1945, p. 15.

80 Voir Y. MADIOT, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, pp. 353-365 ; C. RAUX, *La construction du sujet de droit : recherches sur la nature et les formes de l'individualisme juridique*, thèse Université de Bourgogne, 2004, 447 p.

81 Voir C. DEBOUY, « Le droit administratif : tendances récentes », *LPA* 5 décembre 1997, n° 146, pp. 4-12.

82 Voir S. GUINCHARD et alii., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, pp. 391-482 ; *Le droit au juge dans l'Union européenne* (J. RIDEAU dir.),

Ces évolutions traduisent un enrichissement du concept d'Etat de droit⁸³. Dans son acception formelle, l'Etat de droit renvoyait à une certaine structuration de l'ordre juridique impliquant le respect de la hiérarchie des normes par les organes de l'autorité publique⁸⁴. En revanche, l'acception matérielle de l'Etat de droit met l'accent sur le contenu de celui-ci. Il « n'évoque plus seulement l'existence d'un ordre juridique hiérarchisé, mais encore un ensemble de droits et libertés ; supposant un certain « état de droit », il tend à acquérir un caractère « substantiel », qui le rapproche de la protection

LGDJ, 1998, spé J. RIDEAU, « Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit », pp. 3-7, J.-F. RENUCCI, « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme », pp. 131-140, T.-S. RENOUX, « La constitutionnalisation du droit au juge en France », pp. 109-118 et F. CHEVALLIER, « Le droit au juge devant les juridictions administratives », pp. 181-190 ; G. COHEN-JONATHAN, « Le droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, pp. 471-504 ; P. TERNEYRE, « Le droit constitutionnel au juge et ses limites », *LPA* 4 décembre 1991, n° 145, pp. 4-14 ; T.-S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Vélu*, t. 1, Bruylant, 1992, pp. 307-324 ; *ID.*, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G* 1993, I, 3675 ; M. BRANDAC, « L'action en justice, droit fondamental », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, pp. 1-17 ; R. VANDERMEEREN, « Permanence et actualité du droit au juge », *AJDA* 2005, pp. 1102-1107.

- 83 Sur la thématique de l'Etat de droit, voir, parmi une littérature abondante : E.-W. BOCKENFORDE, « Naissance et développement de la notion d'Etat de droit », in *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000, pp. 127-147 ; L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, coll. NBT, 2002, 739 p. ; A. VIALA, « La notion d'Etat de droit : l'histoire d'un défi à la science juridique », *REDP* printemps 2000, vol. 13, n° 1, pp. 673-693 ; J. CHEVALLIER, « L'Etat de droit », *RDJ* 1988, pp. 313-380 ; *ID.*, *L'Etat de droit*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs, 1999, 160 p. ; O. PFERSMANN, « Prolegomènes pour une théorie normativiste de l'« Etat de droit » », in *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN dir.), PUS, 2001, pp. 53-78 ; S. GOYARD-FABRE, « L'Etat de droit. Problématiques et problèmes », *Cahiers de philosophie politique et juridique* 1993, n° 24, L'Etat de droit (M. TROPER dir.), pp. 9-21.
- 84 Soumise au droit, celle-ci doit agir dans le respect des règles préétablies. Sur le plan des principes, la soumission de l'administration au droit était fondée, non pas sur des considérations extra-juridiques – inopposables, en tant que telles, à la puissance publique – mais sur le droit positif lui-même, à travers la théorie de l'autolimitation. Telle qu'elle fut développée par Carré de Malberg, cette théorie prétendait à une effectivité car elle était consubstantielle à la personnalité juridique de l'Etat. Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, l'auteur affirmait que « la théorie moderne de l'Etat est pénétrée par l'idée que la puissance de domination étatique, étant une puissance de nature juridique, est par là même une puissance soumise au droit, donc aussi nécessairement une puissance limitée » (R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat (1920-1922)*, t. 1, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2003, p. 229). Certes, « L'idée essentielle qui se trouve à la base de cette doctrine, c'est que l'Etat ne peut se trouver obligé, lié ou limité qu'en vertu de sa propre volonté » (*op. cit.*, p. 231). Mais dès que l'Etat est doté d'une Constitution et de la personnalité juridique, elle devient institutionnelle car tous ses organes se trouvent soumis à l'organisation constitutionnelle de l'Etat. La hiérarchie des organes et des normes complète cette limitation et enferme le pouvoir exécutif dans le système juridique : l'administration ne dispose d'aucun pouvoir autonome susceptible de fragiliser sa soumission au droit positif (*op. cit.*, p. 232-233). L'Etat souverain se présente alors sous les traits d'une puissance soumise et assujettie au droit, au point que l'on a pu parlé de « miracle » du droit administratif. M. Weil affirme en effet que « Né d'un miracle, le droit administratif ne subsiste que par un prodige chaque jour renouvelé. Non seulement aucune force ne peut contraindre matériellement le gouvernement à se soumettre à la règle de droit et à la sentence du juge, mais l'Etat peut, en théorie du moins, mettre fin, quand il le désire, à l'autolimitation qu'il a consentie » (P. WEIL et D. POUYAUD, *Le droit administratif*, 20^{ème} éd., PUF, QSJ, 2003, p. 5).

britannique du *Rule of law* »⁸⁵. Aussi, dans tous les systèmes juridiques se produit une mutation de la fonction de juger. Cette évolution se traduit notamment par « l'aménagement de procédures permettant d'instituer au sein de la société un lieu qui assure efficacement un contrôle des actes du pouvoir, public ou privé, au regard des valeurs que le groupe ressent comme constitutives d'une vie démocratique »⁸⁶. Il conduit à doter le juge des pouvoirs et des procédures qui doivent lui permettre non plus seulement de s'opposer aux actes illégaux de l'administration, mais également de défendre efficacement les libertés face à l'arbitraire du pouvoir. Dans cette perspective, « Le juge apparaît comme la clef de voûte et la condition de réalisation de l'Etat de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée ; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour assurer leur protection »⁸⁷. Comme le relève également Mme Zoller, « un Etat de droit (...) appelle une justice forte et indépendante, capable de faire face aux autres pouvoirs et d'opposer à leurs abus le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁸⁸. Cette évolution induit un rôle redéfini pour le juge administratif. Celui-ci n'est plus seulement le contrôleur de l'administration et le gardien du droit objectif ; il doit aussi devenir le protecteur de l'individu et le défenseur des situations juridiques subjectives. Le phénomène est général en Europe. Comme l'observait M. Fromont, « les principaux pays d'Europe considèrent de plus en plus que la justice administrative doit être principalement un instrument de défense des citoyens contre les agissements des autorités administratives »⁸⁹.

19. La position du juge administratif apparaissait de plus en plus en décalage avec ces exigences, au point que sa légitimité s'en trouvait fortement contestée : « l'image modélisque que le droit administratif français, fort de son histoire singulière et de la grande œuvre jurisprudentielle conduite par le Conseil d'Etat, ne dédaignait pas de donner de lui-même à l'extérieur, se trouvait passablement ternie par l'insuffisance no-

85 J. CHEVALLIER, ouvrage précité, p. 71. Cette évolution est particulièrement nette en Allemagne, où la consécration explicite de la notion d'« Etat de droit » par la Loi fondamentale du 23 mai 1949 (article 28) a été assortie d'un élargissement des perspectives. « Dorénavant, la notion est à la fois formelle et matérielle : formelle dans la mesure où l'Etat de droit demeure un Etat dont les organes ont des compétences bien délimitées, matérielle dans la mesure où ces compétences doivent être exercées dans le respect des normes supérieures. En effet, pour que le droit ne soit pas bafoué par les gouvernants, il ne suffit pas qu'ils appliquent les règles relatives à l'organisation des pouvoirs, il faut encore que leurs décisions ne soient pas en contradiction avec les règles essentielles d'un Etat libéral et démocratique. Parmi ces règles, les plus importantes sont sans conteste les droits fondamentaux (Grundrechte) » (M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, p. 49 ; voir également, du même auteur, « République fédérale d'Allemagne : l'Etat de droit », *RD* 1984, pp. 1203-1226).

86 J. LENOBLE, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in *La crise du juge* (J. LENOBLE dir.), LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 145.

87 J. CHEVALLIER, ouvrage précité, p. 134.

88 E. ZOLLER, « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaines et française », *RIDC* 2001/3, p. 560.

89 M. FROMONT, « La justice administrative en Europe : Convergences », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 207.

toire de ses procédures d'urgence susceptibles de soutenir efficacement les administrés dans leur lutte permanente contre les abus du pouvoir »⁹⁰. La justice administrative se trouvait marginalisée sur le terrain de la protection des libertés ; son utilité même était mise en cause par les leçons d'efficacité que lui donnait le juge civil des référés sur son propre terrain. Comme l'affirmait le professeur Gaudemet, « Cette offensive du juge civil des référés dans un certain nombre de cas contribue à accréditer le sentiment du caractère artificiel, voire de l'inutilité du procès administratif ; le juge administratif y est implicitement condamné parce que privé des attributs d'un juge, tels que les exerce le juge judiciaire »⁹¹. Il devenait urgent pour la juridiction administrative de se doter d'une procédure rapide de sauvegarde des libertés. Celle-ci pouvait s'y trouver d'autant plus encouragée que le Conseil constitutionnel avait reconnu l'égale aptitude des deux ordres de juridiction à garantir de manière effective les droits des justiciables⁹².

Pour permettre au juge administratif de réagir efficacement en cas d'atteinte aux libertés, il restait « à lui fournir les moyens d'y remédier de façon effective en l'habilitant à faire, dans ce domaine, ce qu'il s'interdit dans les autres »⁹³. Les propositions tendant à l'instauration d'une procédure d'urgence spécifiquement destinée à la protection des libertés se sont multipliées à partir de la seconde moitié des années 1980. Deux voies étaient envisagées. La première solution consistait à s'appuyer sur l'existant – la procédure du déféré-liberté – et d'y apporter les améliorations nécessaires en élargissant la sphère des requérants et le champ des actes susceptibles de recours. Sylvie Hubac et Yves Robineau affirmaient ainsi qu'« Un juge protecteur des libertés publiques doit (...) pouvoir statuer, par une mesure provisoire, dans un délai maximum de quelques jours »⁹⁴. Rappelant que la loi du 2 mars 1982 « a mis en place une procédure de sursis dans les quarante-huit heures qui a donné pleine satisfaction », ils suggéraient « d'étendre cette voie de droit, dès lors que les libertés publiques sont en cause, à d'autres

90 F. MODERNE, « Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif ? », *D.* 2001, p. 3283. Pour une présentation des causes et des manifestations de l'érosion de la légitimité de la juridiction administrative, voir D. LOCHAK, « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », in *Droit et politique* (CURAPP dir.), PUF, 1993, pp. 141-151, spé pp. 142-146.

91 Y. GAUDEMET, « Crise du juge et contentieux administratif en droit français », in *La crise du juge* (J. LENOBLE dir.), LGDJ, coll. La pensée juridique, 1990, p. 100. Voir également P.-L. FRIER, *L'urgence*, LGDJ, coll. BDP, t. 150, 1987, p. 324.

92 Voir CC, n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* p. 81. Afin de donner des garanties juridictionnelles effectives aux étrangers dépourvus d'un titre de séjour, le législateur avait voulu mettre en place une procédure d'urgence spécifique devant le juge judiciaire. Il était prévu que la personne faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière puisse saisir, dans les 24 heures, le président du tribunal de grande instance, obligation étant faite à celui-ci de statuer selon la forme applicable aux référés dans les 48 heures. Le Conseil constitutionnel déclara contraire à la Constitution le transfert à la juridiction judiciaire d'un contentieux relatif à l'annulation de décisions prises par une autorité administrative dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. Pour justifier la dérogation au principe fondamental reconnu par les lois de la République, le gouvernement faisait notamment valoir la bonne administration de la justice en ce qu'elle commande que « l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés ». Le Conseil constitutionnel écarte l'argument en affirmant que cette exigence « peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative » (cons. n° 29).

93 J. RIVERO, « Dualité de juridictions et protection des libertés », *RFDA* 1990, p. 737.

94 S. HUBAC et Y. ROBINEAU, « Droit administratif : vues de l'intérieur », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 124.

requérants que le préfet et à d'autres cas que ceux des collectivités décentralisées »⁹⁵. La seconde voie consistait à instituer une procédure entièrement nouvelle de protection des libertés. En ce sens, M. Lachaume suggérait de « mettre en place une procédure de référé permettant au juge administratif, confronté à une décision administrative illégale portant atteinte à la mise en œuvre d'un droit fondamental, de la suspendre, ou de faire obstacle à son application, en urgence et si possible « à jour fixe » »⁹⁶. M. Costa indiquait, sans autre précision, qu'« un « référé liberté » devrait être institué devant toutes les juridictions appelées à statuer (...) »⁹⁷.

2. *Une création possible*

20. Deux séries d'innovations ont préparé et rendu possible l'avènement du référé-liberté. Sans l'introduction en droit du contentieux administratif de ces procédés très novateurs, la procédure de l'article L. 521-2 n'aurait pu voir le jour sous cette forme ni être conçue comme elle l'a été.

21. La première série d'innovation concerne l'introduction, au début des années 1990, de deux procédures d'urgence à juge unique entièrement nouvelles : d'une part la procédure de contestation des arrêtés de reconduite à la frontière par la loi du 10 janvier 1990⁹⁸, d'autre part celle du référé-précontractuel par la loi du 4 janvier 1992⁹⁹. S'agissant de la reconduite à la frontière, le juge saisi doit se prononcer en 48 heures à compter de l'enregistrement de la requête. A l'occasion de ce contentieux massif, et qui a impliqué tous les membres de la juridiction administrative, « on a pu percevoir qu'un magistrat statuant seul, cela pouvait fonctionner ; que l'introduction de l'oralité à l'audience, cela pouvait fonctionner ; que l'introduction du contradictoire par le biais de l'oralité à l'audience, cela pouvait fonctionner ; et que des délais très brefs et face à des sujets délicats pouvaient être honorés par le juge »¹⁰⁰. Le référé-précontractuel a lui aussi profondément bouleversé la procédure administrative contentieuse en raison de la rapidité d'intervention du juge et, surtout, de l'étendue de ses pouvoirs. Selon les

95 *Ibid.* Voir dans le même sens J.-Y. PLOUVIN, « Au secours, le juge civil des référés arrive ! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés) », *GP* 4 mars 1989, 1, p. 106 ; B. DELAUNEY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. BDP, t. 172, 1993, p. 804 ; M. CAZO, *Le juge des référés dans le contentieux administratif*, thèse Rennes I, 1998, p. 324.

96 J.-F. LACHAUME, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA* 1998, numéro spécial, p. 104.

97 J.-P. COSTA, « Le juge et les libertés », *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 86.

98 Procédure aujourd'hui codifiée à l'article L. 776-1 du code de justice administrative, reprenant l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France.

99 Procédure codifiée à l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

100 D. LABETOUILLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », *op. cit.* p. 16. Selon M. Denizet, « Les reconduites à la frontière ont bouleversé la culture traditionnelle du juge administratif tout en démontrant que celui-ci, pourvu qu'on le dote de moyens suffisants, savait s'adapter au changement » (J.-P. DENIZET, « Les reconduites à la frontière », *LPA* n° 52, numéro spécial L'urgence, mode d'emploi, colloque de la Conférence nationale des présidents de juridictions administratives, Poitiers, 15 septembre 2000, p. 14).

termes de la loi, le juge peut « ordonner », suspendre », « annuler », « supprimer »¹⁰¹. Ces prérogatives sont considérables et parfois supérieures à celles que notre droit reconnaît au juge du principal. Comme l'affirmait Roland Drago, « Jamais on n'aurait pu concevoir que de tels pouvoirs seraient un jour conférés au juge administratif »¹⁰². L'auteur précisait que « Dans les autres Etats de l'Union, les contrats en cause relèvent du juge judiciaire et, pour ce juge, les pouvoirs qui lui sont conférés en application des directives n'ont rien d'anormal. En France, ces contrats sont de la compétence du juge administratif et c'est pourquoi la portée théorique de la réforme a tant d'importance avec des conséquences induites insoupçonnables »¹⁰³. Chacune à leur manière, ces deux procédures ont contribué à l'émergence d'une culture de l'urgence dans la juridiction administrative et démontré sa capacité à assumer dans des délais extrêmement brefs des pouvoirs parfois très importants. Ce faisant, ces procédures ont permis de lever deux obstacles à l'instauration d'une procédure d'extrême urgence autonome, et accordant des pouvoirs étendus à un juge unique.

22. La seconde grande innovation ayant permis la création de l'article L. 521-2 résulte de la loi du 8 février 1995 attribuant au juge administratif un pouvoir d'injonction au service de l'exécution de ses décisions. Avec ce pouvoir de commandement inédit, le juge administratif s'est vu conférer la possibilité de rétablir dans ses droits le requérant victime d'une illégalité. Pour la première fois de son histoire, le juge pouvait adresser directement des ordres à l'autorité administrative, en lui prescrivant les conséquences qu'elle doit tirer d'une annulation contentieuse. Pour le président Labetoulle, c'est dans cette « innovation fondamentale » que le référé-liberté « trouve son inspiration directe »¹⁰⁴. Sans ce texte, a-t-il précisé, « le référé-injonction n'aurait sans doute pas été possible »¹⁰⁵. Avec cette importante innovation s'effondrait le dernier obstacle à la création d'un référé-liberté.

23. Pour autant, ni les alarmes liées à la fuite du contentieux administratif vers la juridiction judiciaire ni le contexte favorable à la création de cette procédure n'avaient amené les pouvoirs publics à repenser l'existant. Pour que s'affirme une réelle volonté de mettre en place une procédure rapide de protection des libertés, il manquait un électrochoc. En cristallisant les tensions autour de la mise en œuvre de la voie de fait, une affaire de passagers clandestins constituera l'évènement déclencheur.

101 Le juge peut enjoindre à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il peut suspendre la passation du contrat ou l'exécution des décisions qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions. Enfin, la loi l'autorise à modifier directement le contrat en « supprimant les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat ». Pour des illustrations, voir C. BERGEAL, « Référé en matière de passation des contrats et marchés », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 55 (11, 2001), n° 66-74 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1664.

102 R. DRAGO, « Un nouveau juge administratif », in *Jean Foyer, auteur et législateur. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 460.

103 *Ibid.*

104 D. LABETOULLE, « Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique ?, p. 80.

105 *Ibid.*

II. LES ÉTAPES DE SON ADOPTION

A. L'évènement déclencheur : l'arrêt du 12 mai 1997

24. Dans la nuit du 8 au 9 août 1996, le cargo *Félix* fait escale dans le port de Honfleur en Normandie. Le commandant du navire signale aux autorités de police la présence à son bord de deux passagers clandestins de nationalité marocaine, MM. Ben Salem et Taznaret, dépourvus des documents exigés pour l'entrée sur le territoire français. Le 9 août au matin, les services de contrôle de l'immigration prennent à l'encontre de ces deux personnes des décisions de refus d'entrée, conformément aux dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Mais ils s'écartent ensuite des prescriptions de ce texte, dont l'article 35 *quater* prévoit que l'étranger qui arrive en France par voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français est maintenu, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, dans une zone d'attente délimitée par le préfet dans l'enceinte de la gare, du port ou de l'aéroport. Apparemment pour des raisons pratiques, l'administration choisit – de façon évidemment irrégulière – de consigner les deux passagers clandestins à bord du *Félix*¹⁰⁶. Un dispositif de surveillance est mis en place sur le quai afin de faire échec à toute tentative de débarquement jusqu'au départ du navire prévu pour la soirée du 10 août. L'armateur, auquel s'associent MM. Ben Salem et Taznaret, saisit alors le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris par la voie d'une assignation d'heure à heure, en lui demandant d'enjoindre à l'administration de mettre fin au maintien à bord et de placer les intéressés en zone d'attente. Le préfet de police dépose un déclinatoire de compétence. Le juge des référés statue le jour même en reconnaissant l'existence d'une voie de fait. Il fonde son intervention sur l'article 136 du code de procédure pénale, qui attribue aux tribunaux judiciaires une compétence exclusive « dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle »¹⁰⁷. Le juge rejette par conséquent le déclinatoire de compétence adressé par le préfet et surseoit à statuer jusqu'à l'intervention de la décision du Tribunal des conflits. Neuf mois plus tard, le juge des conflits règlera la question de compétence en faveur de la juridiction administrative¹⁰⁸.

106 Une telle mesure est illégale puisqu'elle prive l'étranger des garanties qui lui sont accordées lorsqu'il est placé en zone d'attente. Lorsqu'elle procède à l'exécution forcée d'une décision de refus d'entrée opposée à un étranger arrivant par voie aérienne, ferroviaire ou maritime, l'administration est tenue de procéder au placement en zone d'attente à l'exclusion de toute autre modalité.

107 TGI Paris, ord. 9 août 1996, *GP* 1997, 2, pp. 395-396. Le juge affirme qu'en refusant de satisfaire aux prescriptions de l'article 35 *quater* instituant une procédure spécifique de contrôle des étrangers arrivant par la voie maritime, « l'autorité administrative (...) a commis un acte insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir lui appartenant ». A maintes reprises, avant comme après que la loi du 6 juillet 1992 n'ait imposé l'institution de zone d'attente, les juges des référés de la région parisienne s'étaient prononcés dans le même sens. Voir TGI Paris, 25 mars 1992, *Levelt* (*D.* 1993, p. 47, note M. DESGREES DU LOU ; *GP* 1992, 1, p. 438, note P. BERTIN), TGI Créteil, ord. 31 mars 1992 (*GP* 1992, 1, p. 441) et, maintenant cette solution sous le nouvel état du droit, TGI Paris, ord. 29 juin 1994, *Mwinyi* (*GP* 1994, 2, p. 587, note S. PETIT), TGI Paris, ord. 15 février 1995, *Osas et Ojo* (*GP* 1995, 2, p. 489).

108 TC, 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ Tribunal de grande instance de Paris*, affaire Ben Salem et Taznaret, dite « des Marocains d'Honfleur », *Lebon* p. 528. Cette décision a donné lieu à un nombre

Pour affirmer qu'il n'appartenait qu'aux juridictions de l'ordre administratif de connaître du litige, le juge répartiteur écarte successivement deux terrains de compétence judiciaire. Le Tribunal des conflits indique, en premier lieu, que les dispositions de l'article 136 du code de procédure pénale « ne sauraient être interprétées comme autorisant les tribunaux judiciaires à faire obstacle à l'exécution des décisions prises par l'administration en dehors des cas de voie de fait »¹⁰⁹. Or, relève-t-il en second lieu, les mesures ici contestées ne présentent pas ce caractère ; elles « ne sont pas insusceptibles de se rattacher au pouvoir d'exécution forcée des décisions de refus d'entrée sur le territoire français que le législateur a conféré à l'administration ». En effet, indique le juge répartiteur, « il ressort des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance (...) du 2 novembre 1945 que le législateur a attribué en principe à l'administration le pouvoir de procéder à l'exécution forcée des décisions d'éloignement et de celles prononçant un refus d'entrée qu'elle est amenée à prendre au titre de la police des étrangers ». Dans ces conditions, et « à les supposer mêmes illégales, les mesures prises en l'espèce à l'encontre de MM. Ben Salem et Taznaret n'étaient pas manifestement insusceptibles d'être rattachées à un pouvoir appartenant à l'administration ». La solution retenue par le Tribunal des conflits n'était pas en elle-même innovante : elle s'inscrivait dans une jurisprudence du Tribunal qui, depuis 1994¹¹⁰, subordonnait la caractérisation d'une voie de fait à la condition que l'administration ait manifestement agi en dehors de toute habilitation légale¹¹¹.

important de commentaires. Voir *AJDA* 1997, pp. 575-584, chron. D. CHAUVAUX et T. GIRAR-DOT ; *RFDA* 1997, pp. 512-524, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *GP* 1997, 2, pp. 737-745, rapport P. SARGOS, obs. S. PETIT ; *JCP G* 1997, II, 22861, rapport P. SARGOS ; *D.* 1997, pp. 567-571, note A. LEGRAND ; *JCP G* 1997, I, 4066, spé. 499-500, chron. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *JCP G* 1997, I, 4072, chron. J. PETIT ; *LPA* 24 décembre 1997, n° 154, pp. 19-25, note C. MAMONTOFF ; *LPA* 19 janvier 1998, n° 8, pp. 15-19, note J.-P. MARKUS ; *GP* 1997, 1, pp. 386-396, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, note S. PETIT. Voir également J.-C. RICCI, « Feu sur la voie de fait ? », *RRJ* 1998/1, pp. 9-11 ; J. NORMAND, « Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle », *RTDciv* 1998, pp. 181-191 ; S. GUERARD, « L'article 136 du code de procédure pénale : réflexions à partir de deux décisions récentes du Tribunal des conflits », *RRJ* 1999/1, pp. 219-235.

109 Pour le Tribunal, « le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, qui permet de priver les décisions de celle-ci de leur caractère exécutoire, est (...) de même nature que celui consistant à annuler ou à réformer les décisions prises par elles dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ». Or, en vertu d'un principe constitutionnel, ce pouvoir relève « de la seule compétence de la juridiction administrative, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire ». Ainsi, une décision entrant dans le champ de l'article 136 du code de procédure pénale – c'est-à-dire portant atteinte à la liberté individuelle – ressortit néanmoins de la compétence du juge administratif lorsqu'elle a été prise par une autorité administrative agissant dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Cette disposition n'autorise pas les tribunaux judiciaires à adresser des injonctions à l'administration et, ainsi, à faire obstacle à l'exécution de ses décisions en dehors des cas de voie de fait.

110 TC, 20 juin 1994, *Madaci et Youbi*, préc.

111 Cette exigence ne concernait traditionnellement que la voie de fait par manque de droit, et non la voie de fait par manque de procédure. Néanmoins, le Tribunal des conflits reviendra rapidement à sa jurisprudence antérieure en limitant l'exigence d'une atteinte commise par l'administration en dehors de l'exercice de ses pouvoirs aux seules voies de fait par manque de procédure (voir *infra*, § 325).

25. Pour autant, cette décision ne passa pas inaperçue. Rendue sous la présidence du garde des Sceaux, elle fut suivie de la démission d'un membre du Tribunal des conflits et provoqua une crise de légitimité de la juridiction administrative.

La première raison expliquant l'écho inhabituel donné à cette affaire, y compris dans la grande presse¹¹² est qu'il fallu l'intervention du ministre de la Justice en personne pour départager les membres du Tribunal. La question de compétence avait d'abord été soumise au Tribunal des conflits lors de sa séance du 13 janvier 1997, « qui devait aboutir à un partage égal des voix et à la nécessité de recourir à la présidence du Garde des Sceaux, ministre de la Justice »¹¹³. Bien que prévue par les textes en cas de partage des voix, une telle intervention n'en revêt pas moins un caractère exceptionnel¹¹⁴.

Ensuite, fait sans précédent, la décision a été suivie de la démission d'un membre du Tribunal, le conseiller-rapporteur Sargos, magistrat à la Cour de cassation. Ce dernier avait conclu dans son rapport à la compétence judiciaire et entendait mettre fin à ses fonctions en raison d'une règle de répartition jugée excessivement favorable à la compétence des juridictions de l'ordre administratif, voire à la préservation des intérêts de l'administration.

Enfin et surtout, l'arrêt a « ému les milieux juridiques en jetant ostensiblement le doute sur la capacité du juge administratif à traiter correctement le contentieux de l'urgence lorsque les droits fondamentaux de l'individu étaient en cause »¹¹⁵. En principe, le règlement d'une question de compétence ne devrait pas avoir d'incidence sur la garantie des droits du plaideur. Mais dans cette affaire, reconnaître la compétence de la juridiction administrative revenait en même temps à admettre la totale inefficacité des voies procédurales offertes aux requérants et l'absence de protection juridictionnelle de leurs droits et libertés. En effet, dépourvus de décision préalable, les requérants n'étaient pas recevables à agir directement devant le juge administratif. Pour pouvoir introduire un recours contentieux, il leur fallait, au préalable, susciter une prise de position de l'administration et, le cas échéant, attendre l'intervention d'une décision implicite de rejet à l'issue d'un délai de quatre mois¹¹⁶. En outre, seul un recours pour excès de pouvoir pouvait valablement être introduit contre la décision de refus. En effet, une demande

112 Voir les éditions du journal *Le Monde* des 14, 16 et 24 mai 1997.

113 P. SARGOS, rapport précité, *GP* 1997, p. 737.

114 Seule une dizaine d'affaires ont conduit ce dernier à exercer ses fonctions de juge répartiteur. La décision du 12 mai 1997 ne soulève pas moins de façon incidente la question de la présidence du Tribunal des conflits par une autorité politique. Le Tribunal des conflits est authentiquement une institution de nature juridictionnelle et il doit donc comporter toutes les garanties attachées à cette qualité. Comme l'affirmait M. Braconnier, « on a du mal à imaginer que des décisions ayant des implications directes sur les droits des individus puissent encore être acquises grâce à la voie prépondérante du Garde des Sceaux, membre du Gouvernement » (S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, p. 192). Dans l'arrêt *Bulut c/ Autriche*, la Cour européenne développe le concept « d'allié objectif », susceptible de violer le principe de l'égalité des armes et qui caractérise le ministre de la justice lorsqu'il préside le Tribunal des conflits (CEDH, 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*, *RTDH* 1996, p. 627, note MARTENS, cité par S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 192).

115 F. MODERNE, « Le référé-liberté devant le juge administratif », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque précité, p. 133.

116 A l'époque des faits, la loi fixait à quatre mois le délai d'intervention d'une décision implicite de rejet (règle issue de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, réaffirmée et généralisée par la loi du 7 juin 1956

de sursis à exécution ou de suspension provisoire aurait, en vertu de la jurisprudence *Amoros*, été déclarée irrecevable. Quant au référé, il attribuait certes un pouvoir d'injonction au juge administratif mais celui-ci ne pouvait être mis en œuvre pour faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. La seule voie ouverte contre cette décision était donc celle du recours pour excès de pouvoir. Or, les délais qu'impliquent le respect du contradictoire et l'obligation de statuer en formation collégiale excluaient que le tribunal prononce à brève échéance l'annulation de la mesure. Faute de procédure adéquate, « L'administration avait donc pu impunément éluder la loi imposant la rétention dans une zone d'attente des étrangers auxquels l'entrée sur le territoire français est interdite. Le vide juridique existant quant aux procédures d'urgence devenait alors apparent et menaçait la crédibilité même de la justice administrative dans le domaine si sensible des libertés »¹¹⁷.

26. La décision a provoqué une crise de légitimité de la juridiction administrative en raison de son inaptitude à assurer une défense effective des libertés. A travers la critique de son efficacité, et donc de son utilité pour les justiciables, c'est l'existence même de la justice administrative qui se trouvait visée. Au lendemain de la décision du Tribunal des conflits, des magistrats de l'ordre judiciaire réclamaient purement et simplement sa disparition¹¹⁸. Au Palais-Royal, on était conscient du « risque de déstabilisation »¹¹⁹ que comportait pour la justice administrative la crise ouverte par la décision du 12 mai 1997¹²⁰. Sous peine que la crise ne s'amplifie et n'en vienne à menacer l'existence même de la justice administrative, il devenait urgent de remédier au problème de l'incapacité du juge administratif à mettre fin rapidement aux agissements administratifs portant gravement atteinte aux libertés. La crise ne pouvait être endiguée que par une intervention législative attribuant au juge administratif des prérogatives lui permettant de garantir énergiquement les libertés des particuliers menacés par l'autorité publique.

Des propositions en ce sens sont formulées dans les jours qui suivent la décision du Tribunal des conflits. Répondant aux attaques des magistrats judiciaires, Solon – pseudonyme dissimulant l'identité d'un conseiller d'Etat – entend redéfinir les termes du

et le décret du 11 janvier 1965). Ce délai a été abaissé à deux mois par la loi du 12 avril 2000 (voir article R. 421-2 du code de justice administrative).

117 P. WACHSMANN, « Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration ? », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque précité, p. 97.

118 L'Association professionnelle des magistrats demandait que l'on réfléchisse « à la disparition des deux ordres de juridiction, une curiosité dans le paysage judiciaire européen » (*Le Monde* 16 mai 1997).

119 P. WACHSMANN, « Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration ? », *op. cit.*, p. 106.

120 A l'époque où a surgit la polémique, l'ethnologue Bruno Latour avait été autorisé à réaliser une ethnographie du Conseil d'Etat. De façon tout à fait exceptionnelle et durant plusieurs mois, il a bénéficié d'un laissez-passer lui permettant de circuler librement au sein de l'institution. De ce travail d'observation et d'analyse est né un ouvrage : *La fabrique du droit*, publié aux éditions La Découverte. Bruno Latour y relate notamment les événements de mai 1997, décrivant avec un grand luxe de détails la façon dont est vécue, de l'intérieur, la crise déclenchée par la décision du Tribunal des conflits, ainsi que la stratégie mise en place par le Conseil d'Etat pour l'endiguer (voir B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2002, pp. 44-55).

débat. Alors que pour ces derniers, l'enjeu concerne l'existence même d'une justice administrative, Solon affirme que « La vraie question est de savoir si le juge administratif est doté d'outils aussi puissants que le juge judiciaire pour se porter en urgence au secours d'une liberté illégalement menacée par l'administration ». Il affirme que « Beaucoup a été fait depuis quelques années dans ce sens », mais qu'« Il faut aller plus loin »¹²¹. M. Arrighi de Casanova avait lancé un appel à l'attention du législateur dans ses conclusions sur l'arrêt du 12 mai 1997, déclarant que « Si les procédures applicables par le juge compétent en vertu des principes fondamentaux régissant la dualité de juridiction sont insuffisamment commodes, il revient aux pouvoirs publics de réfléchir à leur adaptation »¹²². Certains magistrats judiciaires rejoignaient l'analyse des membres du Conseil d'Etat quant à la nécessité d'instaurer une procédure rapide et efficace en ce domaine¹²³.

En l'absence de réaction des pouvoirs publics, le Conseil d'Etat a pris l'initiative d'une réforme dont il supervisera le déroulement jusqu'à son terme. Un groupe de travail constitué en son sein, à l'initiative de son vice-président, fut chargé de réfléchir aux améliorations envisageables¹²⁴.

B. La proposition du groupe de travail : l'alternative entre deux variantes de référé-injonction

27. Le référé-liberté et, de manière plus générale, la réforme du 30 juin 2000 sont avant tout l'œuvre du Conseil d'Etat et de son groupe de travail. Certes, le référé-liberté relève du domaine de la loi¹²⁵ et c'est par un texte formellement législatif qu'il a

121 SOLON, « Un émoi à côté de la plaque », *Le Monde*, 24 mai 1997, p. 19.

122 J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. précitée, *RFDA* 1997, p. 523.

123 Voir, en ce sens S. PETIT, obs. précitée *GP* 1997, 1, p. 745 : « Souhaitons que le vœu souvent formé par les magistrats de l'Ordre administratif de s'attribuer la défense des libertés individuelles dans leur champ de compétence, s'accompagne des moyens juridiques, techniques et procéduraux à la hauteur de la revendication exprimée. Il y va de la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux du citoyen ».

124 Alors que la crise du 12 mai concernait essentiellement la carence du juge administratif en matière de protection urgente des libertés, le Conseil d'Etat décida d'entreprendre une réforme de plus grande envergure visant à remédier à l'ensemble des insuffisances de ses procédures d'urgence. Par une lettre du 31 octobre 1997 (voir *RFDA* 2000, p. 954), le vice-président du Conseil d'Etat demandait à un groupe de travail d'« identifier les hypothèses dans lesquelles, en l'état des textes et de la jurisprudence, le juge administratif n'est pas en mesure de répondre de façon satisfaisante aux besoins des justiciables ». Il lui revenait ensuite de proposer des mesures de réforme propres à rendre ce droit plus simple et plus efficace. Le groupe de travail, institué par arrêté du 7 novembre 1997 (voir *RFDA* 2000, pp. 954-955), était composé de huit membres du Conseil d'Etat, quatre magistrats des juridictions du fond et deux professeurs d'Université (René Chapus et Bernard Pacteau). Aux termes de ses travaux, le groupe de travail a élaboré un rapport et préparé des avant-projets de textes traduisant ses propositions ainsi que les variantes examinées (voir *RFDA* 2000, pp. 941-958).

125 Deux fondements ont été mis en avant par les commentateurs pour justifier la compétence du Parlement. Le premier repose sur l'article 34 de la Constitution, qui place sous la sauvegarde du législateur la détermination des garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques. Si la notion de liberté fondamentale ne coïncide pas exactement avec celle de liberté publique, il existe néanmoins de nombreuses plages de coïncidences entre les deux notions. Par conséquent le référé-liberté intéresse,

été instauré en droit positif après discussion, modifications parlementaires et adoption par les deux assemblées. Toutefois, la loi sur les référés constitue, à l'instar des précédentes réformes intervenues en matière de procédure administrative contentieuse, un retour à la loi en forme de trompe l'œil¹²⁶. Comme l'affirme M. Pacteau, « La loi du 30 juin 2000 est le prototype des grandes réformes du contentieux administratif dont le Conseil d'Etat aura eu l'idée autant que l'initiative, qu'il a préparée et conduite jusqu'à sa bonne adoption parlementaire (...) »¹²⁷. Bien qu'il se défende d'être à l'origine de la loi¹²⁸, il ne fait aucun doute que le Conseil d'Etat en est « à la fois l'inspirateur et l'artisan »¹²⁹. Mettant à profit la fonction de proposition que lui confère l'article L. 112-3 du code de justice administrative¹³⁰, le Conseil d'Etat a rédigé dans le cadre

au moins en partie, la garantie des libertés publiques. Le professeur Chapus a ajouté un second fondement à la compétence législative : le respect des droits de la défense tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1536).

- 126 Comme l'a relevé M. Gaudemet, « à l'origine de la plupart des grands textes qui, ces dernières années, ont transformé le contentieux administratif, on trouve en effet la volonté et l'initiative du Conseil d'Etat » (Y. GAUDEMET, « Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 338). De façon remarquable, « c'est toujours en fait le Conseil d'Etat, à partir de sa pratique et de sa connaissance du contentieux et parce qu'il a construit le droit du contentieux, qui est à l'origine des solutions nouvelles et qui en est, pour une large part au moins, le rédacteur » (*op. cit.*, p. 339). Sa place au sein des pouvoirs publics, son expérience du contentieux et aussi l'autorité qui est aujourd'hui la sienne lui donnent une large maîtrise formelle de toute normativité en cette matière. Comme le résume M. Melleray, « c'est toujours le Conseil d'Etat qui décide et derrière des textes formellement législatifs, il faut généralement voir la main du Palais-Royal » (F. MELLERAY, « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloque des 11 et 12 décembre 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, p. 294). Voir également B. PACTEAU, « Procédure administrative contentieuse, retour à la loi, et après ? », *RFDA* 1996, pp. 5-9.
- 127 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 262.
- 128 Le président Labetoulle a tenu à rappeler la dissociation institutionnelle entre le Conseil d'Etat et le groupe de travail qui a fonctionné en son sein : « contrairement à ce qui a été parfois dit ou écrit, il n'y a pas eu d'intervention organique du Conseil d'Etat pris en tant que tel. Le groupe de travail a fonctionné à l'intérieur du Conseil d'Etat avec des personnalités extérieures. Les travaux du groupe de travail sont passés directement du groupe de travail sur le bureau de Madame Guigou. Il n'y a pas eu de délibération du Conseil d'Etat ; il n'y a pas eu de prise de position du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat, en tant que tel, n'a connu du texte que lorsque le gouvernement lui a soumis, dans sa fonction consultative, un projet de loi » (D. LABETOULLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque précité, p. 17). Cette dissociation n'est certes pas factice. Elle doit toutefois être relativisée dès lors que le groupe de travail était composé essentiellement de membres du Conseil d'Etat.
- 129 I. LEGRAND et L. JANICOT, Note sous CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas, AJDA* 2001, p. 973. Comme l'indique le président Vandermeeren, « Selon une pratique qui a concerné, ces dernières années, tous les textes, réglementaires ou législatifs, modifiant le droit du contentieux administratif, la réforme des procédures d'urgence a eu pour initiateur le Conseil d'Etat qui l'a proposée et préparée avant qu'elle ne soit arrêtée par le gouvernement et votée par le Parlement » (R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, p. 708).
- 130 « Le Conseil d'Etat peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général » (ancien article 24 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945).

de son groupe de travail un « avant-projet de loi »¹³¹ dont il proposera l'adoption au législateur.

28. Au sein du groupe de travail, c'est sous l'angle du pouvoir d'injonction qu'est apparu le référé-liberté. L'absence d'un tel pouvoir y est présentée comme une lacune ; sa reconnaissance au profit du juge de l'urgence comme une solution. Ainsi, c'est de l'idée de référé-injonction qu'est né le référé-liberté.

Le groupe de travail part d'un constat : la limitation des pouvoirs d'injonction du juge des référés représente une grave lacune dans la protection que la juridiction administrative apporte aux justiciables. « Dans les hypothèses d'agissements matériels, de comportements administratifs irréguliers, de carence, voire même de décisions purement négatives – toutes hypothèses pour lesquelles le mécanisme de sursis à exécution s'avère inadapté –, l'absence de pouvoirs d'injonction adéquats prive les justiciables d'une intervention utile et efficace, en urgence, du juge administratif »¹³². Afin de remédier à ces insuffisances, il est apparu essentiel « d'accompagner la rénovation du sursis à exécution par un accroissement des pouvoirs d'injonction confiés au juge administratif de l'urgence »¹³³. Il s'agit de permettre au juge administratif « d'intervenir de façon efficace dans les situations où ne sont pas en cause des décisions administratives aisément identifiables, c'est-à-dire dans les situations où la simple suspension de l'exécution d'une décision administrative ne suffit pas à garantir les droits des justiciables. Ce « référé-injonction » permettrait au juge administratif d'ordonner à toutes parties en cause, y compris aux autorités administratives, de prendre toutes mesures conservatoires utiles »¹³⁴. En raison de l'étendue de ces prérogatives il « est apparu nécessaire d'encadrer ce pouvoir d'injonction et de le cantonner aux hypothèses d'agissements administratifs graves et manifestement illégaux : pour que le juge, statuant en référé, c'est-à-dire seul et dans l'urgence, intervienne en faisant usage de pouvoirs exorbitants du droit commun, il faut que l'illégalité commise se caractérise par sa gravité et son évidence »¹³⁵.

29. La question du champ d'application de cette procédure a fait l'objet d'importants débats au sein du Groupe de travail. Conformément à la méthode définie par le

131 L'expression est utilisée par le groupe de travail lui-même (voir notamment l'annexe n° 8 du rapport, *RFDA* 2000, p. 958). Elle fut reprise par la suite (voir par exemple L. TOUVET, concl. sur CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, p. 383). Cet avant-projet de loi correspond à ce que M. Henry qualifie de « pré-rédactions » en forme juridique » (O. HENRY, *La fonction de proposition du Conseil d'Etat*, thèse Montpellier I, 2000, p. 249). Comme l'indique l'auteur, « Le Conseil d'Etat se garde en principe de rédiger lui-même un texte de loi article par article, pour ne pas empiéter d'une manière qui serait jugée excessive, sur la mission dévolue au Parlement. Mais l'incursion dans la fonction législative peut parfois prendre ce tour lorsque, au terme d'une étude, le groupe de travail chargé de la réaliser trouve opportun de proposer un texte-source (rassemblant l'ensemble des propositions dans un avant-projet de loi, qui peut – et a vocation à... – être reprise tel quel) » (*ibid.* ; voir les exemples cités pp. 249-251).

132 Rapport préc., p. 944.

133 Rapport préc., p. 947.

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*

groupe de travail lors de sa mise en place, consistant non pas à décider mais à éclairer des choix et à présenter des options, deux variantes de référé-injonction ont été envisagées : d'une part la protection des libertés fondamentales, d'autre part la « très grande urgence ». L'avant-projet de loi reposant sur une conception extensive du domaine de la loi envisage ainsi deux systèmes alternatifs à son article 3¹³⁶ :

Variante 1 : « Dans le cas où, du fait de l'Administration, une atteinte grave et manifestement illégale est portée à une liberté fondamentale, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, peut ordonner toutes mesures nécessaires de sauvegarde ».

Variante 2 : « Sous réserve des dispositions de l'article précédent [relatif à la procédure de référé-suspension], le juge des référés peut, en cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, ordonner toute mesure qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse et que justifie la nécessité de protéger l'exercice d'un droit ou d'une liberté mis en cause par un acte ou un comportement de l'autorité administrative. A la demande de tout intéressé, il peut y être mis fin à tout moment ».

Selon le président Labetoulle, l'alternative se présentait en ces termes : « ou bien un champ d'application très étendu mais où naturellement les pouvoirs du juge des référés auraient peut-être été moins marqués, ou, au contraire, un champ d'application plus restreint et des pouvoirs plus forts »¹³⁷. La première formule, limitée à la seule protection des libertés fondamentales, permettrait au juge de prononcer toute mesure de sauvegarde. La seconde, concernant l'ensemble des droits et libertés, n'autoriserait le juge à prononcer une mesure qu'en l'absence de contestation sérieuse. La majorité du groupe de travail a marqué une nette préférence pour la première solution. Quatre considérations ont été déterminantes dans ce choix¹³⁸. Tout d'abord, l'hypothèse de l'atteinte à une liberté fondamentale lui a paru correspondre aux situations dans lesquelles l'intervention urgente du juge des référés, avec des pouvoirs très étendus, était la plus justifiée. Ensuite, dans la plupart des cas, l'intervention du juge des référés correspondra à des situations nées de décisions administratives, à l'égard desquelles le référé-suspension, éventuellement accompagné de la mise en œuvre du pouvoir d'injonction résultant de la loi du 8 février 1995, suffira à rétablir les justiciables dans leurs droits. De plus, assigner à cette procédure un champ d'application plus large risquait d'attirer dans l'orbite du référé la plus grande part du contentieux administratif au détriment des garanties de qualité qu'offrent les jugements rendus au fond par une formation collégiale après une instruction écrite. Enfin, le groupe de travail redoutait qu'une trop large extension des pouvoirs du juge des référés ne conduise à un nombre de saisines excessif débordant les capacités de traitement de la juridiction administrative.

136 Annexe n° 4 au rapport du groupe de travail, *RFDA* 2000, p. 955.

137 D. LABETOULLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », *op. cit.*, p. 20.

138 Cf. Rapport du groupe de travail précité, *RFDA* 2000, p. 948.

Le rapport du groupe de travail fut remis au garde des Sceaux au cours de mois de mai 1998. Les deux formules de référé-injonction y étaient présentées.

C. La décision du Gouvernement : le choix du référé-liberté

30. Le gouvernement a d'abord procédé à une concertation auprès des organisations professionnelles de magistrats et d'avocats. Il a ensuite piloté des réunions à caractère interministériel afin d'harmoniser les points de vue de toutes les administrations centrales. Des deux variantes de référé-injonction proposées par le groupe de travail, le gouvernement a retenu la formule stricte : celle d'un référé « élargi dans ses potentialités mais circonscrit dans son domaine »¹³⁹. L'article 4 du projet de loi reprend la formule proposée par le groupe de travail en y apportant une modification d'ordre rédactionnel. Le gouvernement ajoute en outre un second alinéa, qui reconnaît l'intérêt à agir du préfet dans le cadre de cette procédure :

« Lorsqu'une atteinte grave et manifestement illégale est portée à une liberté fondamentale du fait de l'administration, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde de cette liberté.

Cette demande peut être présentée par le représentant de l'Etat si l'atteinte mentionnée à l'alinéa précédent est le fait d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local »

Le projet de loi n° 269 *relatif au référé devant les juridictions administratives* fut adopté en Conseil des ministres le 17 mars 1999 et déposé le jour même sur le bureau du Sénat.

D. Les améliorations parlementaires

31. De manière générale, la phase législative s'est caractérisée par un large consensus parlementaire dépassant les clivages politiques. Bien qu'adopté après réunion de la commission mixte paritaire, le texte ne suscita, en général, que des désaccords relativement minimes entre le Sénat et l'Assemblée nationale, qui laissèrent intacte l'économie du dispositif gouvernemental. Sur l'ensemble du projet, « Seul le régime du nouveau *référé-liberté* souleva de véritables difficultés »¹⁴⁰. Celles-ci portaient sur la question des

139 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278. Voir V. TARDY, « Le projet de réforme de la procédure de référé », *LPA* 11 décembre 1998, n° 148, pp. 7-13.

140 R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, p. 708 (souligné). En deuxième lecture, la moitié des amendements proposés par la commission des Lois du Sénat, soit cinq amendements sur dix, concernaient le seul *référé-liberté* (R. GARREC, Rapport Sénat n° 210, pp. 12-13). Devant la commission mixte paritaire, deux des points encore en discussion avaient trait spécifiquement à cette procédure (Rapport AN n° 2460, et Sénat n° 396).

voies de recours, la qualité pour agir du préfet et la compétence du juge judiciaire en matière de voie de fait.

Finalement, le texte fut adopté par le Parlement en quinze mois. « Cet étalement du processus d'élaboration paraît interminable pour un texte sur le principe duquel se dégageait un consensus, et dont le contenu apparaissait à première vue essentiellement technique »¹⁴¹. Pourtant, il s'agit d'« un délai *raisonnable*, surtout si l'on se souvient (outre l'encombrement des Assemblées) de la difficulté d'adoption de plusieurs autres grandes réformes juridiques administratives, et surtout contentieuses, des vingt dernières années (...) »¹⁴².

Le texte définitif fut adopté à une large majorité par les deux assemblées, par le Sénat le 21 juin 2000¹⁴³, par l'Assemblée nationale le 22 juin 2000¹⁴⁴. La loi fut promulguée par le Président de la République le 30 juin 2000, sans saisine du Conseil constitutionnel : « on imagine d'ailleurs mal par qui, sur quels moyens ni avec quelle chance de succès elle aurait pu être intentée »¹⁴⁵. Rares sont les auteurs à s'être interrogés sur la question. Des réserves ont néanmoins été formulées par Mme Rouault. L'auteur a émis des doutes sur la constitutionnalité du référé-liberté, au motif que « la Constitution fait du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle et du droit de propriété, ce qui justifie sa compétence en cas d'atteinte à ces libertés. Si le Conseil constitutionnel a reconnu au législateur la faculté de créer des blocs de compétence, on peut se demander s'il est conforme aux principes constitutionnels de transférer au juge administratif cette compétence précise »¹⁴⁶. Mais en réalité, le grief d'inconstitutionnalité n'était pas fondé. D'une part, le juge administratif bénéficie d'une réserve constitutionnelle de compétence pour connaître des actes pris par les autorités administratives dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. Si ce principe doit être concilié avec le principe, d'égale valeur, plaçant sous la protection de l'autorité judiciaire la liberté individuelle et la propriété privée, le Conseil constitutionnel considère qu'il s'agit pour le juge judiciaire d'une compétence *privilegiée*, et en aucun cas d'une compétence exclusive¹⁴⁷. D'autre part, la loi ne procède nullement à un « transfert » du contentieux de la juridiction judiciaire vers la juridiction administrative. Son objet vise uniquement à renforcer les pouvoirs d'urgence du juge administratif sans modifier la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. En toute hypothèse, les rédacteurs de l'avant-projet de loi s'étaient prémunis contre tout risque en évitant toute référence expresse à la liberté individuelle et au droit de propriété dans le texte présenté aux assemblées.

141 M. FOULETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* 2000, p. 964.

142 B. PACTEAU, « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFDA* 2000, p. 959 (souligné).

143 *JO déb. Sénat*, CR séance 21 juin 2000, p. 4226.

144 *JO déb. AN*, CR séance 22 juin 2000, p. 5808.

145 B. PACTEAU, « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFDA* 2000, p. 959.

146 M.-C. ROUAULT, « Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence », *LPA* 3 août 1999, n° 153, p. 15.

147 Voir *infra*, § 119.

III. LES AXES DE LA RECHERCHE

32. Cette procédure, dont l'on tracera dans un premier temps les caractères généraux en abordant la question de sa dénomination, a été plébiscitée par la doctrine et les justiciables. Une réflexion doit être menée sur l'apport, la place et les caractéristiques de cette voie de droit.

A. La formule retenue et l'appellation de la procédure

33. Comme le relève le professeur Pacteau, le référé-liberté a été inscrit à l'article L. 521-2 du code de justice administrative « en termes à la fois forts et canalisés » : « chaque mot pèse et a été voulu pour canaliser et finaliser précisément » la compétence du juge des référés¹⁴⁸. Formellement, l'article L. 521-2 unit dans une formule unique pouvoirs du juge et conditions d'octroi. Les termes retenus sont délibérément larges et à certains égards indéterminés, afin de donner une grande souplesse à cette voie de droit. La formule est une synthèse de plusieurs procédures existant avant elle en droit du contentieux administratif et en droit judiciaire privé¹⁴⁹.

34. Comme il en va habituellement, le législateur s'est abstenu de donner une appellation à cette procédure. En l'absence de dénomination officielle, plusieurs formules ont été proposées par la doctrine. On dénombre pas moins de cinq expressions : référé-liberté, référé-liberté fondamentale, référé-injonction, référé-sauvegarde et, enfin, référé-sauvegarde d'une liberté fondamentale. Si toutes ces dénominations ont en commun de placer au premier plan la nature de la procédure – à savoir un référé –, chacune d'elle met ensuite en relief un aspect différent de celle-ci. Les deux premières expressions mettent l'accent sur l'*objet* de la procédure : les libertés (fondamentales). La troisième insiste sur *le pouvoir* dévolu au juge en cas d'atteinte à une liberté ou, plutôt l'un de ses pouvoirs – le plus emblématique : le pouvoir d'injonction. Les deux dernières appellations mettent en avant *le but* de cette procédure : la protection, la sauvegarde des libertés. Si le premier terme de l'appellation n'est pas sujet à discussion, comme tend à le démontrer son emploi dans toutes les formules proposées, le second doit en revanche être discuté du fait notamment des divergences exprimées à son sujet. Au regard de sa nature, la procédure de l'article L. 521-2 du code de justice administrative constitue un *référé*. « D'une façon générale, le référé est le recours au juge pour

148 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

149 L'article L. 521-2 emprunte à ces procédures certaines de leurs expressions. Ses premiers mots (« Saisi d'une demande en ce sens ») sont une reprise mot pour mot de l'article L. 10 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. L'exigence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale n'est pas sans rappeler la formulation jurisprudentielle de la voie de fait. La référence à « une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public » est immédiatement empruntée à la loi du 8 février 1995. Quant aux pouvoirs du juge – « ordonner toutes mesures nécessaires » –, on ne peut que souligner la proximité qui existe entre cette formule et celle de l'article 484 du nouveau code de procédure civile, conférant au juge civil des référés « le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».

faire statuer sur-le-champ et provisoirement »¹⁵⁰. En droit judiciaire privé comme en contentieux administratif, ces procédures répondent au besoin de traiter rapidement une question que la procédure juridictionnelle normale mettrait trop de temps à prendre en considération. De façon tout à fait concrète pour le justiciable, le référé « offre l'avantage de l'économie de temps »¹⁵¹ ; il « apporte une réponse immédiate à une situation de crise »¹⁵². La rapidité est donc l'essence du référé¹⁵³. Au regard des conditions dans lesquelles le juge administratif intervient sur le fondement de cette disposition, la procédure instituée par l'article L. 521-2 relève incontestablement de la catégorie des référés. Il s'agit, plus précisément, d'un référé *d'urgence*¹⁵⁴ et, pour reprendre l'intitulé de la loi du 30 juin 2000, d'un référé « devant les juridictions administratives »¹⁵⁵.

- 150 R. JACQUELIN, « L'évolution de la procédure administrative », *RDJ* 1903, 2^{me} partie p. 14. En France, la première institution que l'on peut rapprocher d'un référé véritable fut instaurée par un Edit royal du 22 janvier 1865 organisant la procédure du Châtelet. Inspirée de la pratique du lieutenant civil du Châtelet de Paris, cette procédure réunissait deux des caractères essentiels qui sont l'essence même du référé : une procédure simplifiée, mise en œuvre en cas d'urgence. Elle fut par la suite codifiée aux articles 806 à 811 du code de procédure civile de 1806. Le référé fut transposé en contentieux administratif grâce à une pratique du Conseil de préfecture de la Seine. Le procédé fut ensuite consacré par la loi du 22 juillet 1889, mais au seul profit des Conseils de préfecture. Il fallut attendre l'article 34 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, passé inaperçu à l'époque, pour que le Conseil d'Etat se voit doté de cette même prérogative ; il ne disposait jusqu'alors que du seul sursis à exécution en vertu de l'article 3 du décret du 22 juillet 1806. Sur l'origine historique du référé devant les juridictions judiciaire et administrative, voir respectivement Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, pp. XIII-XXV ; C. GABOLDE, « Pour un véritable référé administratif », *D.* 1949, chron., p. 172, et J. GOURDOU, « Juge des référés. Organisation. Dispositions générales », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), p. 2. Voir également O. GERARD, *Des origines des référés et des principes de compétence en cas d'urgence en droit français*, thèse Paris, 1886, 232 p.
- 151 F. COURIVAUD, *Des référés. Principes de compétence et de procédure*, Imprimerie Blais et Roy, 1900, p. 11.
- 152 A. LACABARATS, « Le référé », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, p. 213.
- 153 Le Premier Président Estoup indique que la doctrine classique, « avec juste raison, a vu dans la rapidité de la procédure un caractère distinctif du référé » (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{me} éd., Litec, 1998, p. 28). Si ce critère s'est estompé, en raison de l'existence dans le droit processuel moderne de nombreuses procédures également caractérisées par la rapidité, « il reste néanmoins de l'essence du référé, après en avoir justifié la création et commandé l'organisation » (*ibid.*).
- 154 La mise en œuvre de l'article L. 521-2 est conditionnée par l'urgence. A l'instar du référé-suspension de l'article L. 521-1, qui remplace la procédure de sursis à exécution, et du référé-conservatoire de l'article L. 521-3, qui s'inscrit dans la continuité de l'ancien référé de l'article 130 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le prononcé d'une mesure est subordonné à l'urgence de l'intervention juridictionnelle.
- 155 De prime abord, cette expression peut sembler préférable à celle communément admise de « référé administratif ». En effet, comme le faisait remarquer le professeur Drago en 1953, il existe des procédures de référé purement administratives qui ont pour objet de faire prendre, en cas d'urgence, des mesures provisoires par l'autorité administrative (R. DRAGO, « La procédure de référé devant le Conseil d'Etat », *RDJ* 1953, pp. 297-316, spé p. 304-305). De telles procédures existent aujourd'hui encore en droit français, notamment l'article 79 du code minier, remanié par loi du 15 juillet 1994, qui confère à l'autorité administrative le pouvoir de prescrire même pendant la durée des travaux, toute mesure nécessaire pour assurer la protection de l'environnement. Ces procédures se distinguent à l'évidence des référés applicables « devant les juridictions administratives », ces derniers constituant, avant comme après la réforme du 30 juin 2000, d'authentiques procédures juridictionnelles. De ce fait, le professeur Drago estimait « fort discutable » d'employer l'expression référé « administratif »

Outre sa nature, quel élément caractérise de la manière la plus significative la procédure de l'article L. 521-2 ? Est-ce son objet ou son but ? Est-ce le pouvoir d'injonction confié au juge administratif ?

Les formules faisant référence au but de la procédure n'ont pas prospéré. L'expression « référé-sauvegarde », proposée par le professeur Chapus dans un premier temps¹⁵⁶, n'a été que peu reprise. Cela s'explique par le caractère insuffisamment évocateur de la formule. Celle-ci n'indique pas ce qui est sauvegardé. Or, comme l'a fait remarquer le professeur Gohin, « il semble préférable de préciser ce qui est sauvegardé alors surtout qu'il s'agit de l'essentiel »¹⁵⁷. En outre il arrive que cette expression soit utilisée par les spécialistes du droit judiciaire privé pour désigner la procédure de référé de l'article 809 al. 1 du nouveau code de procédure civile, sur le fondement duquel les victimes d'une voie de fait poursuivent l'administration devant le juge civil des référés¹⁵⁸. S'appuyant également sur le but de la procédure, le professeur Pacteau a proposé la formule, plus complète, de « référé-sauvegarde d'une liberté fondamentale »¹⁵⁹. Cette formule présente le mérite d'indiquer à la fois l'objet et le but de la procédure. Son manque de concision a toutefois empêché qu'elle s'impose comme une expression courante.

La formule « référé-injonction » met l'accent sur l'un des pouvoirs reconnu au juge dans le cadre de cette procédure. Cette expression a prévalu au cours des travaux préparatoires et demeure d'usage assez courant dans la pratique des tribunaux administratifs. Le choix de cette expression pouvait parfaitement se concevoir durant la phase préparatoire de la réforme. Lorsque le groupe de travail envisageait deux variantes quant au champ d'application de cette procédure, la caractéristique principale de celle-ci résidait dans le pouvoir d'injonction reconnu au juge. Dès l'instant où le gouvernement et, à sa suite, le Parlement ont opté pour la formule au champ d'application strict, l'utilisation de cette formule ne se justifie plus et doit être abandonnée. En effet, non seulement le juge de l'article L. 521-2 n'est pas le seul juge des référés doté d'un pouvoir d'injonction¹⁶⁰ mais en outre, il peut prononcer des mesures autres que des

pour désigner les procédures en vigueur devant le Conseil d'Etat et les Conseils de préfecture (*op. cit.*, p. 305). Aujourd'hui toutefois, il n'existe plus de risque de confusion entre les procédures de référé organisées devant l'autorité administrative et celles qui existent devant les juridictions administratives. Nul ne songe aujourd'hui à une procédure purement administrative, mise en œuvre devant une personne publique lorsque l'on parle de référé administratif. L'expression étant couramment utilisée par la doctrine sans que ne surgisse la moindre équivoque, on doit admettre la validité de son utilisation à propos des référés organisés devant la juridiction administrative.

156 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 1534-1535 ; *ID.*, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, n° 1087.

157 O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Litec, 2002, p. 311, note n° 145.

158 Cf. par exemple A. CROZIO, « Décisions récentes en matière de mesures conservatoires et voies d'exécution », *LPA* 13 avril 1988, n° 40, p. 5.

159 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

160 Sur le fondement de l'article L. 521-3, le juge du référé-conservatoire peut par exemple enjoindre à l'autorité publique de communiquer des documents administratifs. Le juge du référé-suspension de l'article L. 521-1 peut assortir la mesure de suspension d'une injonction d'exécution (voir *infra*, § 480). Au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le juge du référé-précontractuel peut ordonner à une personne publique de se conformer à ses obligations (voir *infra*, § 487). De même, le président de la Section du contentieux peut adresser des injonctions dans le cadre du référé audiovisuel (voir *infra*, § 529).

injonctions¹⁶¹. Le juge de l'article L. 521-2 n'est pas uniquement juge de l'injonction et il n'est pas le seul juge de l'injonction. En l'absence de rapport de correspondance strict et exclusif entre le pouvoir d'injonction reconnu au juge et la procédure de l'article L. 521-2, l'appellation référé-injonction doit être exclue¹⁶².

Sans conteste, les expressions les plus satisfaisantes pour qualifier cette procédure sont celles qui mettent en avant *l'objet* de celle-ci, à savoir les libertés fondamentales. Aussi est-il préférable de désigner la procédure de l'article L. 521-2 par l'expression référé-liberté(s) fondamentale(s) ou la formule, plus concise, de référé-liberté(s) qui était employée dans l'exposé des motifs du projet de loi¹⁶³. Ces deux expressions se sont très largement imposées à l'intérieur du Conseil d'Etat¹⁶⁴ et au sein de la doctrine universitaire¹⁶⁵. La formule « référé liberté » a reçu une consécration dans les textes

- 161 Au prononcé d'une injonction, il pourra, dans certains cas, préférer une mesure de suspension (cf. *infra*, §§ 479-480).
- 162 On observera en outre que celle-ci est déjà communément utilisée dans le langage du Palais pour qualifier la procédure de l'article 809 al. 2 du nouveau code de procédure civile.
- 163 On pourrait objecter, avec René Chapus (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 1534), que l'appellation « référé-liberté » est déjà affectée par la doctrine pénaliste à la procédure de suspension des détentions provisoires (article 187-1 du code de procédure pénale). Toutefois, s'il peut arriver qu'une procédure juridictionnelle administrative soit confondue avec une procédure civile, un tel risque est en revanche exclu s'agissant d'une procédure de détention provisoire qui, par hypothèse, ne concerne pas les personnes morales ni, par conséquent, les personnes publiques.
- 164 Voir B. STIRN, « Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat : concurrence ou complémentarité ? », in *Mélanges Paul Sabourin*, Bruylant, 2001, p. 377 ; G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA* 2002, pp. 261-268 ; M. GUYOMAR et P. COLLIN, *AJDA* 2001, chron. p. 153, pp. 1054-1059 ; R. DENOIX DE SAINT MARC, « allocution d'ouverture » du colloque *Le juge administratif et les libertés publiques*, *RFDA* 2003, p. 1048 ; D. CHAUVAUX, concl sur CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage*, *RFDA* 2001, pp. 390-398 ; F. LAMY, concl. sur CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *RFDA* 2001, pp. 849-854 ; I. DE SILVA, concl sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, pp. 324-335 ; P. FOMBEUR, concl sur CE, Sect., 28 février 2001, Casanovas, *RFDA* 2001, pp. 399-406 ; L. TOUVET, concl. sur CE, Sect., 19 janvier 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, pp. 378-388.
- 165 Voir par exemple L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, pp. 1739-1744 ; B. FAURE, « Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002) ; J. TREMEAU, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *AJDA* 2003, pp. 653-658 ; N. JACQUINOT, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA* 2003, pp. 658-666 ; A. BOURREL et J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, 112 p. ; M.-C. ROUAULT, « La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif », *D.* 2001, pp. 398-403 ; F. MODERNE, « Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif ? », *D.* 2001, Point de vue, pp. 3283-3285 ; P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. systèmes Droit, 2003, 198 p. ; O. DUGRIP, « Les procédures d'urgence : l'économie générale de la réforme », *RFDA* 2002, pp. 245-249 ; C. DEBOUY, « La suspension des décisions en matière d'urbanisme par la procédure du référé administratif », *CJEG* n° 584, 2002, pp. 65-83 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Litec, coll. Manuels, 2002, 479 p. ; H. MOUTOUH, « La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la « folle du logis » enfin domestiquée ? », *D.* 1999, dernière act., pp. 1-2 ; L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, 347 p. ; G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *Dr. adm.* 2004, Etude n° 11, pp. 7-11 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 121 ; L. GAY, « Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté », *RFDC* 2003, pp. 309-333 (1^{ère} partie) et 527-

relatifs à l'organisation de l'aide juridique¹⁶⁶ et dans la jurisprudence administrative elle-même¹⁶⁷.

B. Une procédure plébiscitée

35. Nombreux sont ceux qui, parlementaires, magistrats administratifs ou universitaires, ont souligné le caractère innovant, voire révolutionnaire du référé-liberté¹⁶⁸. La doctrine a également mis en avant l'originalité de la procédure¹⁶⁹ tout en y voyant « l'apport majeur (tout à la fois le plus novateur et le plus prometteur) de la loi du 30 juin 2000 »¹⁷⁰, « l'un des éléments majeurs de la réforme du référé administratif »¹⁷¹, « La plus importante et, déjà, la plus célèbre innovation introduite par la loi du 30 juin 2000 »¹⁷². Elle a été présentée par un garde des Sceaux comme « la plus emblématique »¹⁷³ des procédures instituées par la loi du 30 juin 2000. Ainsi, le référé-liberté est

546 (2nde partie). Après avoir dans un premier temps refusé cette formule (voir *supra*), M. Chapus a par la suite affirmé que l'article L. 521-2 méritait « sa dénomination usuelle de « référé-liberté » (...) » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1534).

166 Voir l'article 1^{er}, IV, 2° du décret n° 2004-1025 du 29 septembre 2004 modifiant le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relatif à l'aide juridique (*JO* 30 septembre 2004, p. 16809).

167 Voir CE, ord. 18 octobre 2006, *Djabrailova, Lebon* p. 431, *AJDA* 2006, pp. 2352-2356, note M. GAUTIER. Le juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, se présente comme « le juge administratif du référé-liberté ».

168 « L'innovation, c'est le « référé-liberté », a déclaré Jean-Jacques Hyest au Sénat (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3742) tandis que le rapporteur du projet de loi présentait cette procédure comme « une innovation majeure » de la réforme (R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 22, 29 et 49). Auditionné par la commission des Lois du Sénat, le président Labetoulle a indiqué qu'il s'agissait de « la disposition la plus novatrice » du projet (« Audition de M. Daniel Labetoulle par la Commission des Lois du Sénat », 26 mai 1999, p. 2, www.senat.fr). Des membres de la doctrine universitaire ont également vu dans le référé-liberté une « novation absolue » (J. GOURDOU, « Juge des référés. Organisation. Dispositions générales », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), p. 3), « une innovation spectaculaire » (G. COHEN-JONATHAN, « Le droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 490) ou « une innovation absolue » (R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 1534). Cette procédure a été présentée comme la « grande innovation » de la loi du 30 juin 2000 (J. VUITTON et X. VUITTON, *Les référés*, Litec, Pratique professionnelle, 2003, p. 312), « son innovation la plus remarquable » (B. FAURE, *op. cit.*, n° 2), la procédure « la plus innovante de la réforme » (A. BOURREL et J. GOURDOU, *op. cit.*, p. 55), « l'innovation majeure » en matière de référés d'urgence (J.-L. PISSALOUX, « Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures de référé administratif », *Dr. adm.* 2001, chron. n° 18, 1^{ère} partie, p. 7). On est allé jusqu'à parler de « La révolution du référé liberté » (M. FOLETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* 2000, p. 971).

169 « C'est sans doute ici que la loi du 30 juin 2000 (...) réalise l'œuvre la plus originale », déclarait le président Vandermeeren (R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, p. 712). MM. Debbasch et Ricci affirmaient que de tous les référés, celui de l'article L. 521-2 est incontestablement « le plus original » (C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556).

170 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

171 R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, *SC contentieux administratif*, p. 2227.

172 J.-C. RICCI, « Chronique du contentieux administratif », *RGCT* 2001, p. 965.

173 D. PERBEN, Clôture du colloque Le juge administratif et les libertés publiques, *RFDA* 2003, p. 1123.

salué comme « la véritable « star » de cette réforme »¹⁷⁴. Elle représente « une super-procédure qui octroie une super-protection aux libertés fondamentales concernées »¹⁷⁵. Tous les superlatifs ont été utilisés pour le décrire. « Si l'on considère que le législateur établit une gradation des pouvoirs juridictionnels suivant l'ampleur de l'urgence et la qualité des droits à protéger, le référé liberté incarne le point ultime de la protection des droits des requérants »¹⁷⁶. Les plus grands honneurs lui ont été décernés, jusqu'à son couronnement par le professeur Chapus comme « roi des référés »¹⁷⁷.

Toutefois, le plus grand hommage rendu à cette procédure est venu des requérants eux-mêmes. Comme l'avait annoncé le président Vandermeeren, les justiciables ont promu le référé-liberté « au rang de « vedette » contentieuse, appelée à occuper une place privilégiée »¹⁷⁸. Il est vrai que le référé-liberté est une procédure particulièrement attractive. Ses atouts proviennent, tout d'abord, de la souplesse de son déclenchement puisqu'il n'est subordonné ni à l'existence d'une décision administrative ni à l'exercice d'un recours au fond. Son intérêt tient également à la brièveté du délai imparti au juge pour statuer – 48 heures – et à l'étendue de ses pouvoirs, puisqu'il peut ordonner « toutes » mesures nécessaires. Son attrait résulte enfin du domaine concerné, celui des « libertés fondamentales », expression dont l'invocation suffit à elle seule à donner une ampleur au recours. Le requérant, sensible au caractère moral d'une condamnation prononcée sur ce fondement, et « peut être séduit pas la magie des mots »¹⁷⁹, peut rechercher par ce biais ce qui lui apparaîtra comme une sanction quelque peu solennelle ou exemplaire d'un comportement administratif. Pour ces raisons, l'attrait du référé-liberté est réel. Les plaideurs ont à leur tour succombé aux charmes de cette procédure et pressé le juge d'intervenir dans les circonstances les plus diverses. Ils ont fait appel au juge du référé-liberté de manière fréquente et à de nombreuses occasions¹⁸⁰.

174 J.-R. ETCHEGARAY, « La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ? », *Contr-urb* 2001, chron. n° 1, p. 6.

175 L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 30.

176 M. FOULETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* 2000, p. 971.

177 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1514.

178 R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, p. 712.

179 G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA* 2002, p. 268.

180 De manière générale, l'attractivité est le lot de toutes les procédures ayant pour objet la protection des libertés. Par exemple en Allemagne, « L'idée de départ selon laquelle le recours constitutionnel devait être une voie de droit extraordinaire dans laquelle on ne s'engagerait qu'en tout dernier lieu afin de protéger les droits fondamentaux a aussitôt été dépassée par les événements. (...) De 1951 à 1999 : 127 171 recours inscrits au rôle (...) » (A. DITTMANN, « Le recours constitutionnel en droit allemand », *CCC* n° 10, 2001, p. 77). Comme l'observe M. Dittmann, « cet instrument n'est pas utilisé uniquement en cas de grave violation de droits fondamentaux exigeant en guise d'ultime recours un remède émanant de la cour constitutionnelle (...) » (*op. cit.*, p. 77-78). En Colombie, plusieurs milliers d'*accion de tutela* sont exercées chaque année, près de 4000 pour la seule année 1998 (A.-C. SEPULVEDA, « La protection des droits fondamentaux en Amérique latine », V^e Congrès de l'AFDC, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002, Atelier n° 6, p. 4).

C. La philosophie du référé-liberté fondamentale

36. L'engouement, tant doctrinal que contentieux pour le référé-liberté est-il parfaitement justifié ? Premièrement, les demandes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 se soldent presque toujours par un rejet. Sur dix demandes en référé-liberté, une seule en moyenne est introduite avec succès. Dans neuf cas sur dix, les conditions justifiant l'intervention du juge ne sont pas satisfaites, ce qui traduit une utilisation fréquente de cette procédure en dehors des hypothèses pour lesquelles elle a été conçue. Deuxièmement, les honneurs aujourd'hui décernés au référé-liberté ne sont pas sans rappeler ceux dont bénéficiait le recours pour excès de pouvoir à une autre époque et qui, du point de vue de la protection pratique qu'en retirait le justiciable, ne s'avéraient nullement justifiés. Souvenons nous en effet qu'en 1929, Gaston Jèze n'hésitait pas à présenter le recours pour excès de pouvoir comme « la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés »¹⁸¹. Dans le même ordre d'idée, Pierre-Henri Teitgen soulignait en 1958 que « De l'avis unanime des juristes et hommes politiques du monde entier, il n'est pas de meilleur système de garantie des libertés individuelles que le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat français »¹⁸². Pourtant, l'on sait les graves lacunes et insuffisances dont était affecté le recours pour excès de cette époque en raison notamment de la lenteur du juge et de son absence de pouvoir d'injonction. Dans le domaine des libertés, l'intervention du juge de l'excès de pouvoir était bien souvent tardive et, d'un point de vue *pratique*, parfaitement inutile pour le requérant¹⁸³.

A la lumière de ces éléments, comment appréhender le véritable apport du référé-liberté ? Au-delà du symbole que représente son instauration¹⁸⁴, qu'apporte réellement cette procédure en terme de protection des justiciables ?

37. Avec une moyenne de 150 décisions par an rendues par le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 521-2, la masse jurisprudentielle concernant le référé-liberté est considérable et fournit une base de travail appréciable pour une étude de cette procédure. L'analyse de la jurisprudence s'appuiera sur l'intégralité des décisions rendues par la juridiction administrative suprême entre le 1^{er} janvier 2001 et le 31 juillet 2007 : en formation collégiale ou à juge unique, en qualité de juge de premier et dernier ressort, d'appel ou de cassation. Les décisions intervenues au niveau des tribunaux

181 G. JEZE, « Rapport à l'Institut international de droit public », *Annuaire de l'Institut*, 1929, p. 162.

182 P.-H. TEITGEN, « Intervention au débat », in Travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958. Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, La documentation française, 1960, p. 77.

183 Voir notamment J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron., pp. 37-40, spé. p. 38-39 ; *ID.*, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, t. II, pp. 813-836.

184 Comme l'observait Mme Fombeur, le Conseil d'Etat a voulu cette procédure pour « montrer que le juge judiciaire n'avait pas le monopole de la défense rapide et efficace des libertés » (P. FOMBEUR, concl. sur CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas, RFDA* 2001, p. 403).

administratifs seront en principe exclues du champ d'investigation dès lors qu'elles n'expriment pas l'état de la jurisprudence et sont toujours exposées à un désaveu possible du Conseil d'Etat.

En outre, afin de mettre en perspective les résultats obtenus, l'approche sera tournée vers les systèmes juridiques étrangers. En réponse à l'invitation lancée par le président René Cassin¹⁸⁵, l'étude s'enrichira d'éléments de comparaison puisés par delà nos frontières¹⁸⁶. Avec Jürgen Schwarze, « il est possible de décrire le droit comparé comme une mise en correspondance de différents ordres juridiques, ce processus pouvant porter aussi bien sur des systèmes juridiques complets, dans leur esprit et dans leur style (« macro-comparaison ») que sur certaines solutions proposées par les systèmes juridiques considérés (« micro-comparaison ») »¹⁸⁷. En ce qui concerne l'étude de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, l'entreprise se limitera à une micro-comparaison portant essentiellement sur la notion de liberté fondamentale et sur les procédures d'urgence ayant pour objet exclusif la protection de ces libertés.

Dans une perspective strictement positiviste, ce travail de recherche fera du droit positif l'objet premier et ultime de l'étude entreprise. Les affirmations doctrinales seront systématiquement passées au crible de l'analyse critique et, surtout, confrontées à la réalité du droit positif. Cette précaution apparaît d'autant plus nécessaire qu'il arrive assez souvent dans ce domaine, et semble-t-il davantage que dans les autres disciplines juridiques, que les auteurs donnent une vision déformée des règles applicables, un

185 « Que tous ceux qui le peuvent fassent bénéficier les droits de l'homme des avantages d'émulation que recèle la comparaison des institutions » (R. CASSIN, « Droits de l'homme et méthode comparative », *RIDC* 1968/3, p. 492).

186 Les bénéfices de l'approche comparatiste ne sont plus à démontrer dans le domaine de la recherche juridique. Présentée comme « la méthode de la science juridique de l'avenir » par R. von Iehring (cité in P. MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, LGDJ, coll. BDP, t. 205, 1999, p. 1), la comparaison est selon M. Muir Watt « une source d'interrogation, de réflexion et d'ouverture » (H. MUIR-WATT, « La fonction subsidive du droit comparé », *RIDC* 2000/3, p. 503). Elle offre « l'avantage d'une meilleure connaissance du droit national, grâce aux réflexions que suscitent les règles en vigueur dans les droits étrangers : le jeu des miroirs permet d'apercevoir certains aspects particuliers d'un objet qu'un regard direct n'a pas permis de découvrir » (R. CASSIN, *op. cit.*, p. 543). Comme par une sorte d'effet réflexe, lié au retour comparatif sur soi-même, la connaissance du droit étranger favorise une meilleure compréhension des solutions du droit national. En cela, « le droit comparé est (...) l'instrument le plus puissant pour décrire le droit national » (O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Société de législation comparée, 2001, p. 133). Sur les avantages et les techniques du droit comparé, voir également A.-J. VAN DER HELM et V.-M. MEYER, *Comparer en droit*, CERDIC, 1991, 213 p. ; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, 1991, 175 p. ; P. HASSENTEUFEL, « Deux ou trois choses que je sais d'elle. Remarque à propos d'expériences de comparaisons européennes », in *Les méthodes au concret. Démarches, formes de l'expérience et terrains d'investigation en science politique* (CURAPP dir.), PUF, 2000, pp. 105-124 ; K. ZWEIGERT, « Méthodologie du droit comparé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 1, Librairie Dalloz & Sirey, 1960, pp. 579-596 ; J. BELL, « La comparaison en droit public », *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, pp. 33-44 ; I. SZABO, « Le droit comparé et les droits de l'homme », in *Miscellanea WJ Ganshof Van der Meersch*, t. 2, LGDJ, 1972, pp. 925-941 ; G. MARTY, « Droits de l'homme et droit comparé », in *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*, t. 4 *Méthodologie des droits de l'homme*, Pédone, 1972, pp. 259-270.

187 J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, t. 1, Bruylant, 1994, p. 90.

éclairage altéré de la réalité du droit, le décrivant non pas tel qu'il est mais tel qu'ils voudraient qu'il soit¹⁸⁸.

38. Le Conseil d'Etat considère que dans l'architecture des actions ouvertes aux justiciables à l'encontre des actes et agissements de la puissance publique, la place de la procédure de l'article L. 521-2 ne doit pas être définie isolément mais s'envisager par rapport à celle de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. De manière appuyée, le Conseil d'Etat a entendu marquer la spécificité de la procédure du référé-liberté par rapport à celle du référé-suspension. Il consacre l'idée selon laquelle les deux procédures de référé ont pour objet de répondre à des situations différentes et selon des modalités différentes¹⁸⁹. La procédure de l'article L. 521-2 confère au juge de larges pouvoirs destinés à remédier très rapidement à des situations inacceptables ; la procédure de l'article L. 521-1 lui reconnaît un pouvoir de suspension lorsque l'exécution d'une décision dont la légalité est douteuse est de nature à provoquer un préjudice. Une distinction nette est ainsi établie, au sein des référés d'urgence, entre la procédure « de droit commun »¹⁹⁰ de l'article L. 521-1 et la procédure « exceptionnelle »¹⁹¹ ou « particulière »¹⁹² de l'article L. 521-2.

188 Voir F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, LGDJ Bruylant, 1995, pp. 381-398, spé pp. 381-382.

189 Très explicitement, il affirme « qu'en distinguant les deux procédures ainsi prévues par les articles L. 521-1 et L. 521-2 le législateur a entendu répondre à des situations différentes ; que les conditions auxquelles est subordonnée l'application de ces dispositions ne sont pas les mêmes, non plus que les pouvoirs dont dispose le juge des référés » (CE, ord. 28 février 2003, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 68 ; CE, 16 juin 2003, *Hug-Kalinkova et autres, Lebon T.* p. 931 ; CE, ord. 29 octobre 2003, *Société EURL « Il était une fouace », n° 261304* ; CE, ord. 4 février 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon T.* p. 828 ; CE, ord. 6 février 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var, n° 264169* ; CE, ord. 9 août 2004, *Yilmaz, Lebon T.* p. 816 ; CE, 23 janvier 2004, *Koffi, Lebon T.* p. 827 ; CE, ord. 9 mars 2007, *Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons, n° 302182*, mentionnée au recueil *Lebon* ; CE, ord. 6 avril 2007, *Commune de Saint Gaudens, n° 304361*, mentionnée au recueil *Lebon*).

190 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 22. L'expression est également utilisée par Isabelle de Silva (I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFDA* 2002, p. 325).

191 CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105 ; CE, ord. 29 mars 2002, *Bonny, Lebon* p. 119.

192 Le juge des référés évoque « la protection juridictionnelle particulière prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154 ; CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158 ; CE, ord. 23 juillet 2003, *Ducastel et autres, n° 258678* ; CE, ord. 29 avril 2004, *Département du Var, n° 266902*) ; « la procédure particulière de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523 ; CE, ord. 5 mars 2002, *Fikry, Lebon T.* p. 872 ; CE, ord. 10 février 2003, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté, n° 254029* ; CE, ord. 21 mars 2003, *Société le grand café Thomas, n° 255248*) ; « la procédure particulière de protection instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 9 août 2001, *Medrinal, Lebon T.* p. 1127 ; CE, ord. 27 janvier 2003, *Amraoui, n° 253601* ; CE, ord. 13 juillet 2005, *Société Combé Chavat 2, n° 282220*) ; « la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 » (CE, 21 novembre 2001, *Zhary, Lebon T.* p. 1125) ; « la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 20 janvier 2005, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T.* p. 1022 ; CE, ord. 1^{er} mars 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat, n° 290417*, mentionnée au recueil *Lebon*) ; « la procédure particulière de l'article L. 521-2 » (CE, ord. 19 novembre 2001, *Commune de Escueillens*

Cette qualification de voie de droit exceptionnelle ou particulière, le référé-liberté doit à la gravité des situations auxquelles est subordonné son déclenchement et à l'originalité de son mécanisme procédural. D'une part, le référé-liberté est conçu pour des situations que l'on peut qualifier de graves. Non seulement une liberté fondamentale doit être mise en cause – ce qui exclut le recours à cette procédure pour sanctionner de simples illégalités. Mais, en outre, la loi exige que l'atteinte qui y est portée présente un caractère grave, manifestement illégal, et que le demandeur justifie de l'urgence à obtenir dans un délai très bref le prononcé d'une mesure de sauvegarde. D'autre part, le caractère exceptionnel du référé-liberté tient à la singularité du mécanisme procédural institué. En effet, en vue d'offrir aux utilisateurs de cette procédure une protection juridictionnelle rapide et efficace, le législateur a dérogé très largement aux règles habituelles de la procédure administrative contentieuse. Ces deux dimensions du caractère exceptionnel du référé-liberté sont étroitement liées : la gravité de la situation justifie l'étendue de la protection offerte au justiciable et, ainsi, la dérogation aux règles traditionnelles ; inversement, le caractère dérogatoire de cette procédure justifie de cantonner strictement sa mise en œuvre à des situations particulières qui le requièrent d'évidence¹⁹³.

Ces deux aspects se trouvent réunis dans l'objet de cette voie de droit, qui est de *mettre fin très rapidement aux situations les plus graves*. Le souci de ne s'attacher qu'aux situations les plus exceptionnelles explique et justifie le caractère draconien des conditions auxquelles est subordonné son engagement. La volonté de réprimer très rapidement ces atteintes fonde le caractère dérogatoire des règles procédurales. Celles-ci se caractérisent ainsi par une grande souplesse, les règles substantielles par une importante rigueur. C'est dans ce subtil équilibre entre la rigueur des conditions d'engagement et le libéralisme de sa procédure que se résume la philosophie du référé-liberté. La voie de droit instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative est conçue pour s'appliquer à des situations exceptionnelles. A travers un mécanisme procédural dérogatoire, elle garantit à la victime d'une atteinte une protection juridictionnelle rapide et efficace de ses libertés fondamentales.

Partie I. Une procédure conçue pour des situations exceptionnelles

Partie II. Une protection juridictionnelle rapide et efficace

et Saint-Just de Bellengard, n° 240174) ; « la procédure particulière organisée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 10 janvier 2002, *Massal*, n° 241746) ; « la procédure particulière de référé organisée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 25 avril 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155) ; « la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité » (CE, ord. 4 décembre 2002, *Lagbouri*, n° 252164) ; « cette procédure particulière de référé » (CE, ord. 13 mai 2002, *Centre hospitalier de Valence c/ Nouri*, n° 246551) ; « la protection particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 9 août 2001, *Ait-Taleb, Lebon T.* p. 1128 ; CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* p. 551) ; « la procédure de protection particulière des libertés fondamentales » (CE, ord. 29 octobre 2004, *Ben Habbab*, n° 273612) ; « la procédure particulière de référé prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 21 février 2003, *Maillois, Lebon T.* p. 914).

193 Pour MM. Guyomar et Collin, « La contrepartie de l'étendue de la protection conférée par cette procédure réside dans le caractère strict des conditions auxquelles est subordonné son accès » (M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056).



PARTIE I

**UNE PROCÉDURE CONÇUE
POUR DES SITUATIONS
EXCEPTIONNELLES**

39. Selon l'expression du président Vandermeeren, les conditions de mise en œuvre du référé-liberté « caractérisent une situation particulière »¹⁹⁴. En vertu des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, cette procédure est conçue pour s'appliquer aux situations d'urgence dans lesquelles l'administration porte, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Les termes de la loi font du référé-liberté une procédure exigeante, conçue pour répondre à « des situations extrêmes »¹⁹⁵. Les cas dans lesquels le juge du référé-liberté peut intervenir sont strictement limités par cette disposition. Soumis à des conditions restrictives, le référé de l'article L. 521-2 est « conçu pour les cas heureusement inhabituels où l'exercice d'une liberté fondamentale se trouve mise en cause, d'une manière à la fois grave et manifestement illégale, par une mesure administrative ou par un agissement de l'administration »¹⁹⁶.

Lors de la présentation du dispositif aux parlementaires, le garde des Sceaux avait relevé la carence traditionnelle des procédures d'urgence, le juge des référés ne pouvant adresser à l'administration « des injonctions dans les *situations exceptionnelles* où ses agissements portent gravement atteinte aux libertés fondamentales des citoyens »¹⁹⁷. Selon les termes de M. Colcombet, cette procédure ne peut être mise en œuvre qu'en

194 R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, p. 712.

195 F. THIRIEZ, « Le projet de loi relatif aux procédures d'urgence devant le juge administratif des référés », *LPA* 21 avril 1999, n° 79, p. 4.

196 D. CHAUVAUX, concl. sur CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage*, p. 391.

197 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3737. Non souligné.

présence d'« agissements graves exigeant une réponse particulièrement rapide »¹⁹⁸. Aussi, comme l'ont affirmé MM. Guyomar et Collin dans le domaine du droit des étrangers – mais la remarque revêt une portée plus générale –, l'usage du référé-liberté doit être réservé aux « situations les plus inacceptables »¹⁹⁹.

40. Le cantonnement de cette procédure à des situations exceptionnelles se traduit par la rigueur de ses conditions d'engagement. De fait, le référé-liberté comporte un niveau d'exigence élevé, que certains requérants peuvent avoir du mal à comprendre, mais qui résulte du texte même de l'article L. 521-2. Les conditions tenant à l'existence d'une liberté fondamentale, à une atteinte grave et manifestement illégale à une telle liberté et à l'urgence sont exigeantes et ne peuvent être banalisées. Le caractère exceptionnel résulte ainsi du texte lui-même ; il ne doit rien à une quelconque rigueur dont aurait fait preuve le Conseil d'Etat dans son application.

La mise en œuvre de l'article L. 521-2 est subordonnée à des conditions cumulatives « dont chacune comme la réunion desquelles est destinée à faire du référé-liberté une procédure subsidiaire (...) parce que plus difficile à mettre en œuvre que le référé-suspension »²⁰⁰. Le référé-liberté fondamentale représente en effet une procédure subsidiaire, non pas au sens où serait exigé au préalable l'épuisement avec insuccès des autres voies de droit ouvertes au requérant, mais en ce que cette procédure ne peut valablement être engagée qu'en présence de circonstances rares et exceptionnelles. Le juge des référés souligne à loisirs le caractère plus exigeant du référé-liberté par rapport au référé-suspension en mettant en perspective les conditions de mises en œuvre de chacune des procédures. Dans l'arrêt *Tliba* du 30 octobre 2001, le Conseil d'Etat a solennellement affirmé, après avoir cité les dispositions de l'article L. 521-1 et celles de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, qu'« à la différence d'une demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 de ce code, à laquelle il peut être satisfait s'il est justifié d'une situation d'urgence et de l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée, une demande présentée au titre de la procédure particulière de l'article L. 521-2 du code de justice administrative implique, pour qu'il y soit fait droit, qu'il soit justifié, non seulement d'une situation d'urgence, mais encore d'une atteinte grave portée à la liberté fondamentale invoquée ainsi que de l'illégalité manifeste de cette atteinte »²⁰¹. Les décisions du juge du référé-liberté ont par la suite régulièrement souligné la plus grande rigueur du référé-liberté par rapport au référé-suspension, en citant successivement le texte de chacun des deux articles²⁰², ou en reprenant la formule utilisée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Tliba* du 30 octobre 2001²⁰³. La mise en perspective des deux procédures répond à une finalité précise :

198 F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 42.

199 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. préc., p. 1058.

200 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes droit, 2003, p. 110.

201 CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523.

202 CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace*, *Lebon* p. 105 ; CE, 16 juin 2003, *Hug-Kalinkova et autres*, *Lebon T.* p. 931 ; CE, ord. 4 février 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon T.* p. 828 ; CE, ord. 6 février 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169 ; CE, ord. 9 août 2004, *Yilmaz*, n° 270860 ; CE, 23 janvier 2004, *Koffi*, *Lebon T.* p. 827.

203 Voir CE, ord. 5 mars 2002, *Fikry*, *Lebon T.* p. 872 ; CE, ord. 27 janvier 2003, *Kartboub*, n° 253603 ; CE, ord. 25 avril 2002, *Labhini*, n° 245547 ; CE, ord. 6 juin 2003, *Benmessaoud*, n° 257429. Dans

montrer que le référé-liberté est seul soumis à une exigence d'atteinte grave à une liberté fondamentale²⁰⁴, et que l'appréciation de la légalité²⁰⁵ et de l'urgence²⁰⁶ y est plus stricte. Non seulement les conditions de l'article L. 521-2 qui ont leur pendant à l'article L. 521-1 sont conçues de manière restrictive mais, en outre, cette procédure est soumise à des exigences – présence d'une liberté fondamentale, atteinte grave portée à celle-ci – dont est dispensé le référé-suspension. Aussi le requérant est-il expressément invité à se pourvoir sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative lorsqu'il ne satisfait pas aux conditions énoncées à son article L. 521-2, faute pour lui de justifier d'une atteinte grave à une liberté fondamentale²⁰⁷, d'une situation d'urgence extrême²⁰⁸ ou d'une illégalité manifeste²⁰⁹.

l'ordonnance *Labhini* précitée, le juge des référés du Conseil d'Etat affirme, après avoir réaffirmé la formule de l'arrêt *Tliba*, « qu'il convient d'apprécier au regard de ces principes l'appel formé par M. *Labhini*, qui a d'ailleurs introduit devant le tribunal administratif une instance distincte fondée sur l'article L. 521-1 du code de justice administrative ».

- 204 CE, ord. 5 mars 2002, *Fikry, Lebon T.* p. 872 ; CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105 ; CE, ord. 27 janvier 2003, *Kartboub*, n° 253603 ; CE, ord. 6 juin 2003, *Benmessaoud*, n° 257429 ; CE, ord. 28 juin 2004, *Bernat*, n° 269141. La rédaction des décisions *Kartboub* et *Bernat* est sur ce point particulièrement explicite. Dans la première ordonnance, le juge des référés affirme que « si une décision de rejet d'une demande de regroupement familial, qui ne fait pas directement obstacle à la poursuite de la vie en commun des membres d'une famille, peut faire l'objet d'une demande de suspension par le juge des référés dans les conditions, tenant en particulier à l'urgence, prévues à l'article L. 521-1 du code de justice administrative, elle ne constitue pas une atteinte grave portée par l'autorité administrative à la liberté de vivre avec sa famille au sens et pour l'application de l'article L. 521-2 du même code ». Dans la décision *Bernat*, le juge indique « que la possibilité pour le juge des référés de mettre en œuvre les pouvoirs prévus par la procédure exceptionnelle – distincte de celle de l'article L. 521-1 – de l'article L. 521-2 est subordonnée notamment à la condition qu'une atteinte manifestement illégale soit portée à une liberté fondamentale ».
- 205 CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523 ; CE, ord. 25 avril 2002, *Labhini*, n° 245547.
- 206 CE, ord. 28 février 2003, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 68.
- 207 Dans l'ordonnance *Fikry* précitée, le juge du référé-liberté ayant conclu à l'absence de gravité de l'atteinte à une liberté fondamentale, invite le requérant à introduire une demande sur le fondement de l'article L. 521-1 qui n'est pas soumis à une telle exigence : le demandeur « peut, s'il s'y croit fondé, demander au juge de l'excès de pouvoir l'annulation d'un refus de lui délivrer le récépissé de sa demande ou celle d'un refus implicite de lui délivrer ce titre de séjour ; (...) lui est également ouverte la procédure de référé organisée par l'article L. 521-1 du code de justice administrative permettant, si les conditions en sont remplies, de suspendre l'exécution de ces décisions et d'ordonner à l'autorité administrative de prendre les mesures provisoires appropriées ». Voir également, invitant le requérant à engager un référé-suspension faute pour lui de justifier d'une atteinte à une liberté fondamentale : CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18 ; CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105 ; CE, ord. 27 juin 2002, *Centre hospitalier général de Troyes, Lebon* p. 228 ; CE, ord. 6 juin 2003, *Benmessaoud*, n° 257429 ; CE, ord. 28 juin 2004, *Bernat*, n° 269141. Dans cette dernière décision, le juge précise que le rejet des conclusions présentées « sur le fondement, inapproprié en l'espèce, de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » faute de mise en cause d'une liberté fondamentale, « ne fait pas obstacle à ce que s'il s'y croit fondé [le requérant] présente devant le tribunal administratif une nouvelle demande de référé fondée cette fois sur les dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ».
- 208 Voir *infra*, § 294, et les décisions citées.
- 209 CE, ord. 29 octobre 2004, *Ben Habbab*, n° 273612. Dans cette décision, le juge constate le non-lieu à statuer puisqu'en cours d'instance, l'administration a délivré au requérant le visa sollicité. Néanmoins, il tient à signaler au demandeur que son action n'a pas été engagée sur un fondement adapté à sa situation. En l'absence d'illégalité manifeste, c'est par la voie du référé-suspension qu'il aurait dû

41. Il est ainsi très clairement affirmé que les justiciables ne peuvent recourir à cette procédure que dans des situations exceptionnelles. D'une part, l'article L. 521-2 ne peut être utilement engagé que si une liberté fondamentale est en cause dans le litige qui oppose le demandeur à la puissance publique. D'autre part, la loi exige, outre l'urgence, qu'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale soit portée par l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs. Ces dernières conditions sont strictes et appliquées avec toute leur rigueur par le juge administratif des référés.

contester le refus de visa qui lui a été opposé. Si l'administration ne lui avait pas donné satisfaction avant l'intervention de la décision du juge, sa demande introduite au titre de l'article L. 521-2 aurait été rejetée.



TITRE I

LA MISE EN CAUSE

D'UNE « LIBERTÉ FONDAMENTALE »

42. La procédure de l'article L. 521-2 du code de justice administrative a pour vocation exclusive la sauvegarde des « libertés fondamentales ». Par conséquent, la présence d'une telle liberté représente un préalable indispensable à l'intervention du juge. Le rejet s'impose lorsque la décision contestée par ce biais « ne met en cause aucune liberté fondamentale et, ainsi, n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »²¹⁰. Comme cela a été souligné au cours des travaux préparatoires, la notion de liberté fondamentale se trouve « au cœur »²¹¹ du référé-liberté. Notion centrale de l'article L. 521-2, elle en délimite le champ d'application et constitue, à ce titre, un moyen d'ordre public²¹².

210 CE, ord. 9 février 2001, *Philippart et Lesage*, n° 230112. La même exigence se retrouve, naturellement, dans la procédure de la voie de fait : l'intervention du juge judiciaire est subordonnée à la présence d'une liberté fondamentale dont il doit être fait expressément mention dans la décision (TC, 25 janvier 1988, *Fondation Cousteau, Lebon*, p. 484 ; TC, 15 avril 1991, *Préfet de la région Moselle, AJDA* 1991, p. 463 ; Civ 1^{ère}, 5 février 1991, *Bull. civ. I*, n° 56 ; Civ 1^{ère}, 22 octobre 1991, *Bull. civ. I*, n° 281).

211 S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865.

212 Il en résulte, d'une part, que la question de l'existence d'une liberté fondamentale peut être discutée à tout moment de la procédure, y compris pour la première fois devant le juge d'appel. Ainsi, dans l'arrêt *Tliba*, l'administration déconcentrée n'avait semble-t-il pas contesté la nature de liberté fondamentale du droit au respect de la vie familiale au cours de l'instance de premier degré. Devant le juge d'appel, le ministre a pu utilement exprimé des réserves sur l'éligibilité de ce droit à la procédure de l'article L. 521-2 (voir I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 326). Dans la mesure où ce moyen tient au champ d'application de la loi, il en résulte, d'autre part, que le juge administratif des référés est tenu, le cas échéant, de soulever d'office la question de l'existence d'une liberté fondamentale. Ainsi, dans l'ordonnance *Bunel* du 8 septembre 2005, le requérant invoquait l'atteinte au seul droit à la santé. Le juge des référés refuse d'y voir une li-

43. Le choix de cette notion de liberté fondamentale a fait couler beaucoup d'encre lors de l'adoption de la loi du 30 juin 2000, et plus encore à compter de sa mise en application. L'engouement dont elle a été l'objet peut d'ailleurs surprendre si on le compare à la relative indifférence entourant les notions employées dans les autres procédures de protection des libertés en France²¹³.

44. À l'étranger, les procédures consacrées à la protection des libertés ont en général un champ d'application clairement délimité par les dispositions qui les régissent. Trois situations se rencontrent en pratique. Dans un premier cas de figure, le bénéfice de la protection est expressément réservé à certains droits et libertés constitutionnels²¹⁴.

berté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 mais affirme « que toutefois, entrent notamment dans le champ des prévisions de cet article le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués ainsi que le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle (...) » (CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388). Ces libertés n'ayant été invoquées par le demandeur à aucun moment de la procédure, c'est d'office que le juge en a soulevé l'existence.

213. Aucune recherche d'envergure n'a été réalisée sur la notion de liberté fondamentale dans le cadre de la voie de fait, ni sur la notion de liberté publique ou individuelle dans le cadre du déféré-liberté. Les auteurs se contentent, dans le meilleur des cas, de donner une liste indicative des libertés concernées. Cela peut aisément se comprendre pour le déféré-liberté, procédure relativement confidentielle et dont l'utilisation se limite à quelques décisions par an. Le cas de la voie de fait est en revanche plus déconcertant dans la mesure où son champ d'application se trouve défini à partir d'une expression strictement identique à celle retenue pour l'article L. 521-2. Pourquoi une notion suscite-t-elle la curiosité, la réflexion et l'enthousiasme dans un cas, et l'indifférence la plus totale dans l'autre ? Comment expliquer la différence de traitement entre la notion de liberté fondamentale au sens du référé-liberté et la notion de liberté fondamentale au sens de la voie de fait ? Il est malaisé d'apporter une réponse catégorique ou même un tant soi peu assurée à cette question. Néanmoins, il semblerait que deux éléments soient de nature à expliquer cette disparité.

La première raison réside semble-t-il dans l'audience dont bénéficiait la notion de liberté fondamentale lors de son irruption dans chacune de ces deux procédures. Lorsqu'elle fut consacrée dans le cadre de la voie de fait, la notion de liberté fondamentale était encore peu employée. Son sens, par conséquent, ne pouvait pas être véritablement défini ni discuté au regard d'autres référents. En revanche, lorsque le législateur a retenu cette notion en 2000, celle-ci était largement diffusée dans le domaine juridique – et même en dehors de celui-ci – au point de justifier une réforme de l'enseignement du droit des libertés à l'Université. Dès l'année universitaire 1999-2000, le cours de Libertés publiques, obligatoirement enseigné en troisième année de droit depuis 1962, est devenu officiellement un cours de « droit des libertés fondamentales » par volonté ministérielle (arrêté du 13 février 1993, dont l'entrée en vigueur fut différée, mais qui fut confirmé par l'arrêté du 30 avril 1997, publié au *JO* du 4 mai 1997, p. 6766). L'utilisation de cette dénomination a également été retenue pour l'épreuve d'exposé-discussion de l'examen d'accès aux centres régionaux de formation professionnelle des avocats, dont le programme est fixé par arrêté du ministre de la justice en date du 29 janvier 1998 (*JO* 21 janvier 1998, p. 1553).

La deuxième explication est propre au référé-liberté. Elle réside dans les attentes très fortes suscitées par l'avènement de cette procédure en droit français : attentes des justiciables à la recherche d'un juge administratif de l'urgence véritablement efficace en cas d'atteinte aux libertés ; attentes d'une juridiction administrative en quête de légitimité dans ce domaine si sensible ; attentes enfin d'une doctrine enthousiaste, qui voit dans le référé-liberté la possibilité d'une connaissance affinée de son objet d'étude. Toutes ces attentes ont contribué à focaliser l'attention des observateurs sur la procédure de l'article L. 521-2. Attirant à elle tous les regards, il était naturel que cette procédure fasse naître des interrogations sur ses conditions de mise en œuvre et, notamment, sur la notion de liberté fondamentale qui en détermine le champ d'application.

214. En Espagne, l'article 53-2 de la Constitution prévoit que le recours d'*amparo* (recours en protection) assure la protection des seuls droits et libertés énoncés par les articles 14 à 30 du texte constitutionnel. En Allemagne, l'article 93 al. 1 n° 4 a de la Loi fondamentale énonce que le *Verfassungsbeschwerde* (re-

Dans certains systèmes juridiques, la procédure concerne l'ensemble des droits et libertés reconnus par la Constitution²¹⁵. Enfin, selon la troisième hypothèse, le champ de protection s'étend au-delà des seuls droits et libertés constitutionnellement garantis²¹⁶.

45. Le droit français en revanche, ne contient pas de « catalogue »²¹⁷ ordonné de droits et libertés à quelque niveau que ce soit de la hiérarchie des normes. Initiées à

cours constitutionnel) peut être mis en œuvre pour la protection des *Grundrechte* (droits fondamentaux) énoncés dans son titre 1^{er} et pour la protection des droits énoncés dans six autres dispositions de ce texte. Au Chili, l'article 20 de la Constitution prévoit que le recours en protection ne concerne qu'un nombre limité de droits et libertés constitutionnels dont elle dresse la liste de façon limitative. En Colombie, l'*accion de tutela* (action de tutelle) vise, en vertu de l'article 86 de la Constitution, la protection des « droits constitutionnels fondamentaux » énoncés dans le chapitre I (articles 11 à 41).

215 Au Vénézuéla, l'*amparo* institué par l'article 49 de la Constitution se présente comme un instrument de protection d'absolument tous les droits et garanties que la Constitution consacre. Cette disposition se trouve dans le chapitre I, contenant les « Dispositions générales » du titre III, lequel se réfère aux « Devoirs, Droits et Garanties institutionnelles ». En outre, l'article 1^{er} de la loi organique sur l'*amparo* ouvre expressément cette voie de droit pour la protection des droits et « garanties » constitutionnels (voir R.A. BREWER CARIAS, « La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire », in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, pp. 1074-1075). Dans d'autres pays, la protection de l'ensemble des droits et garanties constitutionnels peut être assurée au moyen de plusieurs procédures. Ainsi, au Costa Rica, en Argentine, en Uruguay, au Pérou et au Guatemala, l'*amparo* assure la protection de tous les droits et garanties constitutionnels, à l'exception de la liberté individuelle, protégée par une procédure spécifique d'*habeas corpus* (voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, pp. 1075-1079). Au Brésil la protection de l'ensemble des droits et garanties constitutionnels est particulièrement segmentée puisqu'elle est réalisée au moyen de quatre procédures spécifiques (voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1079).

216 Au Vénézuéla, l'*amparo* bénéficie également aux droits fondamentaux qui ne sont pas mentionnés dans le texte constitutionnel puisqu'en vertu de l'article 50 de la Constitution, « L'énonciation des droits et garanties contenus dans la Constitution ne doit pas se considérer comme une négation d'autres droits qui, pour être inhérents à la personne humaine, n'y figurent pas expressément ». L'article 1^{er} de la loi organique de 1988 dispose que le droit d'*amparo* concerne « la jouissance et l'exercice des droits et garanties constitutionnels, et même les droits fondamentaux de la personne humaine qui ne figurent pas dans la Constitution ». Dans d'autres pays d'Amérique latine, l'*amparo* couvre également, outre les droits constitutionnels, les droits contenus dans les traités internationaux (Argentine, Costa Rica, Equateur) et les droits reconnus par la loi, comme en Argentine ou en Equateur (voir A. C. SEPULVEDA, « La protection des droits fondamentaux en Amérique latine », V^e *Congrès de l'AFDC*, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002, Atelier n° 6, p. 5). En Suisse, le recours de droit public couvre un vaste ensemble de droits, principes et libertés : les droits garantis par la Constitution fédérale et par les constitutions cantonales ; quatre droits constitutionnels non-écrits (la liberté personnelle, la liberté d'opinion, la liberté de réunion et la liberté des langues) ; les droits et libertés consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme ; une série de garanties qui ont été dérivées par le Tribunal fédéral de la garantie de l'égalité (droit d'être entendu, droit à l'assistance judiciaire, droit d'être traité selon le principe de la bonne foi, etc.) ainsi que certains principes constitutionnels visant l'organisation de l'Etat mais reconnus comme ayant un aspect de protection individuelle, comme le principe de la séparation des pouvoirs et celui de l'autonomie des communes (voir P. SALADIN, « Rapport suisse », *AJJC 1991/VII, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 12-13 juillet 1991, p. 150).

217 L'expression « catalogue » de libertés ou de droits fondamentaux nous vient de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. L'expression est entendue dans son sens premier, c'est-à-dire comme désignant une liste énumérative et méthodique, d'objets présentant des caractéristiques communes. Ce terme s'est diffusé dans la doctrine française et a notamment été repris dans le cadre du référé-liberté. Ainsi, le professeur Chapuis a relevé, à propos des libertés fondamentales qu'« il n'existera sans doute

plusieurs reprises sous la V^e République, les tentatives de définition des libertés « sous forme de codification ou de loi constitutionnelles, ont tourné court »²¹⁸. Le droit positif français ne définit pas davantage la notion de liberté fondamentale à laquelle se réfère l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Le champ d'application de cette procédure n'étant pas défini *a priori*, c'est au juge qu'est revenu le soin d'en tracer les contours. Optant pour un champ de protection étendu, le juge des référés a retenu une acception large de la notion de liberté fondamentale et développé une démarche d'enrichissement dans la détermination du contenu de chacune des libertés reconnues.

jamais un catalogue faisant foi » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1596). De même, Mme de Silva indiquait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Tliba*, que les premiers mois d'application de la réforme permettaient de « dresser un premier catalogue des libertés justiciables du référé-liberté (...) » (I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 325).

- 218 A. HEYMANN-DOAT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7^{ème} éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2002, p. 102. Une commission, créée par un décret n° 74-937 du 8 novembre 1974, fut chargée de proposer un code des libertés fondamentales de l'individu (*JO* 13 novembre 1974, p. 11404) ; aucun projet ne vit le jour. Au cours des années suivantes, plusieurs propositions de loi constitutionnelle visant à codifier et compléter les droits et libertés constitutionnels furent déposés par la majorité parlementaire et l'opposition (voir notamment la proposition de loi constitutionnelle n° 2128 du 20 décembre 1975 « portant déclaration des libertés » et, enregistrée le même jour, la proposition n° 2131 « visant à compléter le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 par une « Charte des libertés et des droits fondamentaux »). Faute de réelle volonté politique, aucune de ces initiatives ne fut adoptée. Voir J. MORANGE, « Vers une codification des libertés en France ? », *RDP* 1977, pp. 259-281.

Chapitre 1

Un champ d'application non défini *a priori* : le caractère ouvert et malléable de la notion de liberté fondamentale

46. Le champ d'application du référé-liberté n'a pas été limité *a priori* par une liste exhaustive des droits et libertés protégés ni par une définition conceptuelle de son contenu. Au contraire, le texte de l'article L. 521-2 définit son champ d'application par référence à la notion, générique, de « liberté fondamentale ». Ce faisant, le législateur a retenu, sans la définir, une notion au contenu relativement indéterminé. Comme l'a souligné le professeur Chapus, « Il n'est 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 » (la déclaration de 89), le fruit est mou et chacun peut le modeler à sa guise, en fonction de ses convictions et sous l'influence de sa subjectivité »²¹⁹. La notion de liberté fondamentale présentant un caractère ouvert et malléable, c'est au juge que revient le soin d'en définir les contours.

SECTION 1. UNE NOTION JURIDIQUE INDEFINIE

47. Le groupe de travail du Conseil d'Etat a retenu la notion de liberté fondamentale dans le seul objectif de limiter l'intervention du juge à des situations mettant en

219 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1597.

cause des droits et libertés particulièrement essentiels. Sans *a priori* conceptuel ni idée préconçue sur le sens de cette notion, le groupe de travail a fait ce choix dans le seul but de marquer le caractère exceptionnel de la procédure, sa vocation à ne servir et n'être mise en œuvre que pour assurer la protection d'un nombre limité de droits et libertés – ceux comptant parmi les plus importants de notre ordre juridique²²⁰. Dans l'esprit des rédacteurs de l'avant-projet de loi, il s'agissait de circonscrire l'intervention du juge à des libertés dont l'importance justifie une attention particulière. A cette fin, le groupe de travail aurait également pu retenir – les expressions ont été envisagées au cours des discussions – les notions de liberté essentielle, liberté importante ou liberté publique.

48. A l'évidence, le groupe de travail n'ignorait pas que cette notion était affectée d'un coefficient d'indétermination élevé. Si au fond, toute notion utilisée en droit « comporte un degré de non-définition »²²¹, ce caractère est davantage marqué pour certaines d'entre elles et notamment pour la notion de liberté fondamentale. Toutefois, son caractère relativement imprécis n'a pas été perçu comme un obstacle aux yeux des rédacteurs de l'avant-projet de loi. Au contraire, ce caractère indéfini est apparu comme un atout pour la procédure du référé-liberté en ce qu'il introduit une certaine souplesse dans la détermination de son champ d'application. En retenant une notion juridique indéterminée, le Conseil d'Etat a ainsi pu se ménager, sans être contrarié par le Parlement, une marge de liberté importante dans la délimitation du champ d'application de cette procédure.

49. Comme l'avait souligné Kelsen, l'imprécision d'une notion juridique – et corrélativement le choix d'une définition jurisprudentielle de son contenu – peut résulter d'une volonté délibérée de l'auteur d'un texte normatif. Le maître de Vienne appelle cette hypothèse celle de l'indétermination intentionnelle : « Il se peut que l'indétermination ait été parfaitement voulue, c'est-à-dire qu'elle ait été dans les intentions de l'organe qui a posé la norme à appliquer »²²². En revanche, « parfois c'est par simple

220 La même raison a présidé au choix de la notion de liberté publique ou individuelle lors de l'instauration du déféré-liberté. Comme l'avait souligné le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, « Si l'on doit instaurer une procédure exceptionnelle de sursis à exécution, ce ne doit être que dans ces cas particulièrement graves, ceux que l'on pourrait assimiler, dans l'ancienne jurisprudence, à la voie de fait, c'est-à-dire ceux où il est porté atteinte à une liberté publique » (A. RICHARD, *JO déb. AN*, CR séance 22 janvier 1982, p. 396).

221 T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 152, 1987, p. 314.

222 H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1960), 2nd éd., trad. C. EISENMANN, LGDJ Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 336. Voir également M. DELMAS-MARTY et J.-F. COSTE, « L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit », in *Lire le droit. Langue, texte, cognition* (D. BOURCIER et E. MACKAAY dir.), LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 117 : les auteurs indiquent que l'imprécision peut être voulue « comme telle, comme il apparaît (...) chaque fois qu'un concept ou une catégorie juridique est imprécis par nature ». Cette méthode de rédaction est couramment utilisée par le Conseil d'Etat lorsqu'il est appelé à préparer les textes régissant le droit et le contentieux administratif. Le président Chabanol a par exemple indiqué que, « participant à tel ou tel groupe de travail ayant pour mission de préparer un texte, il [lui] est arrivé d'entendre des membres du Conseil d'Etat exprimer leur hostilité à des rédactions trop précises, arguant que l'on ne peut tout prévoir, et que le juge pourvoira aux imprécisions du texte » (D. CHABANOL, *Le juge administratif*, LGDJ, coll. Systèmes, 1993, p. 106). Cette souplesse de terminologie est recherchée pour la marge de liberté appréciable qu'elle confère au juge. Sur ce point, voir D. LOCHAK, *Le rôle politique du*

facilité qu'il se décharge volontiers sur une autre autorité du soin de définir le vocable ou l'expression concernés »²²³. Concernant la notion de liberté fondamentale, la loi du 30 juin 2000 présente la particularité de combiner les deux approches : c'est de manière intentionnelle que le groupe de travail du Conseil d'Etat a choisi une notion floue ; c'est par facilité que le Parlement l'a conservée sans la définir.

I. UN COEFFICIENT D'INDÉTERMINATION ÉLEVÉ

50. La notion de liberté fondamentale présente un contenu relativement indéfini. Si l'on part du droit positif – comme on doit le faire²²⁴ –, en s'attachant aux normes que le droit qualifie de « liberté fondamentale »²²⁵ à travers une démarche lexicogra-

jugé administratif français, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, pp. 138-150 ; *ID.*, « L'agencement des catégories juridiques : la structure du droit administratif », in *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, 1985, pp. 89-106.

- 223 A. BALDOUS et J.-P. NEGRIN, « L'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif », *RRJ* 1987/4, p. 1049.
- 224 La recherche juridique vise non pas au changement, mais à la connaissance. L'objet de la science du droit est de décrire, de constater non d'agir ou de créer. L'office du juriste consiste à décrire et analyser « une réalité donnée, existant en dehors de lui, qui s'impose à lui, dont il ne dispose pas davantage que le physicien de la nature. Cette réalité, objet de la science du droit, est le droit positif » (C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse Paris 1928, rééd. Economica PUAM, coll. DPP, 1986, p. 86). Le positivisme pose « comme règle suprême de la science du droit la stricte soumission à la réalité juridique » (*op. cit.*, p. 90). « Il affirme en particulier la distinction fondamentale entre jugement de valeur et jugement de réalité, appréciations et constatations, et, en conséquence, que les critiques du juriste n'affectent jamais une réalité qu'il n'a pas faite et ne peut donc défaire. Attitude non d'exclusivisme étroit et borné, mais de logique et de clarté intellectuelle, tel est le positivisme juridique ; il ne condamne nullement telle ou telle forme de pensée – il les comprend et les admet toutes –, mais seulement leur confusion ou leur mélange, qui seraient la négation de toute méthode » (*op. cit.*, p. 91). N'étant pas jurisléateur, il lui appartient exclusivement de rendre compte le plus fidèlement possible de la réalité du droit positif.
- 225 Cette méthode exige en particulier, pour l'étude de la notion de liberté fondamentale, de se départir des idées préconçues ou préétablies qui ne reposent nullement sur l'étude du droit positif. Il convient notamment de faire table rase des affirmations doctrinales qui ne font qu'obscurcir la notion et de ne s'attacher, à ce stade, qu'à la seule étude du droit. A cet égard, Eisenmann mettait en garde contre le « péché méthodologique capital » auquel succombe nombre d'auteurs : celui qui consiste à substituer à la réponse que donne le droit positif « la réponse qui leur semble, à eux, la meilleure, logiquement et pragmatiquement, ou l'un des deux. Ou au moins à faire un cocktail d'éléments des deux réponses ». Une telle approche conduit à « une sorte de défiguration du droit positif, de ses données immédiates, qui aboutit à obscurcir les recherches et à éterniser les controverses piétinantes » (C. EISENMANN, Préface de la thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. II.). Cette exigence n'est pas toujours respectée en ce qui concerne la notion de liberté fondamentale. Nombre d'auteurs développent une conception des libertés fondamentales détachée du droit positif ; une conception qui ne procède pas de l'observation des normes textuelles et jurisprudentielles mais résulte d'un sentiment personnel sur ce qui, d'après eux, mérite cette qualification. Loin de décrire un objet juridique, ils placent d'emblée leur discours – et d'ailleurs sans en avoir toujours conscience – à un niveau extra ou méta-juridique, privilégiant l'esthétisme et la cohérence de leur construction à la description de la réalité du droit. Cette approche est très répandue et ceci explique pourquoi le sens d'une même notion *juridique* diffère parfois considérablement d'un auteur à un autre. Ceux-ci ne présentent pas la notion telle qu'elle est mais telle qu'ils la conçoivent. Or, « une définition juridiquement utile

phique²²⁶, on ne peut qu'être frappé par le caractère largement indéterminé de cette

ne doit pas correspondre aux aspirations personnelles de celui qui la forge, mais avant tout à l'état du droit positif » (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} éd., Armand Collin, 2001, p. 15). Le juriste n'est pas libre de donner de cette notion le sens qu'il entend, ou de proclamer d'autorité que son sens est clair et univoque. Certes, une telle démarche est envisageable pour définir les notions qui n'ont pas d'existence proprement juridique, c'est-à-dire les notions *doctrinales* dont se dotent les auteurs pour rendre compte ou décrire le droit, comme la notion de droit subjectif. Ce n'est plus le cas lorsque la notion a ou acquiert un caractère juridique. A partir du moment où elle fait l'objet d'une consécration juridique, le juriste doit avant tout, pour faire œuvre utile, décrire la notion telle qu'elle existe en droit positif et ne pas en proposer une définition *personnelle*.

L'attitude observée relativement à la notion de liberté fondamentale serait parfaitement justifiée si la notion présentait un caractère purement doctrinal. Tel n'est pourtant pas le cas. Comme cela a pu être souligné durant les travaux préparatoires, la notion de liberté fondamentale est « une notion juridique » (J.-J. HYEST, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3743). On ne peut affirmer, comme le font certains auteurs, qu'elle ne serait « qu'une notion doctrinale » (C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556). Pour définir la notion de délégation de service public, d'affermage ou de contrat administratif, le juriste se tourne vers le droit positif. Rien ne justifie qu'il en aille différemment pour l'étude de la notion de liberté fondamentale. La même méthode d'observation, d'analyse et de description du droit doit être retenue. C'est d'ailleurs ainsi qu'il est procédé en Allemagne pour définir les droits fondamentaux, les auteurs présentant la notion de *Grundrecht* telle qu'elle existe en droit positif et non pas telle qu'ils la conçoivent personnellement. Aucune raison ne justifierait qu'il en aille différemment en France, alors que la notion présente un caractère strictement juridique. La rigueur méthodologique exclut de partir d'une définition préétablie ou présupposée de la notion de liberté fondamentale, d'assimiler *a priori* droit fondamental et liberté fondamentale, de se limiter à un niveau donné de la hiérarchie des normes ou de désigner d'autorité comme liberté fondamentale des normes qui ne sont pas qualifiées comme telles par un organe juridictionnel ou par un texte juridique. Au contraire, afin de décrire de la manière la plus précise l'objet « liberté fondamentale » tel qu'il existe en droit, il convient de prendre appui sur les éléments que les systèmes français et étranger offrent de cet objet juridique. Il convient de rendre compte du droit positif textuel et jurisprudentiel sans faire intervenir jugement de valeur ou opinion personnelle. Il ne s'agit pas de condamner par principe le recours aux définitions théoriques mais seulement d'affirmer que pour définir une notion juridique, le premier réflexe du juriste doit être de se tourner vers l'objet de son analyse et de recueillir l'acceptation qui en est donnée par le droit positif.

- 226 La perspective d'analyse retenue implique, logiquement, une approche lexicographique de la notion de liberté fondamentale. Celle-ci consiste à identifier la signification ou les multiples significations que revêt l'expression « liberté fondamentale » afin, non pas de conclure d'autorité à un sens qui serait prétendument le seul valable de la notion, mais à éprouver les différentes acceptions qui lui sont données en droit positif. Il s'agit de se fonder sur les occurrences d'invocation de la notion pour examiner à chaque fois le sens précis qui lui est attribué. Le professeur Scarpelli a mis en évidence trois modes définitoires des notions juridiques (U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, traduit de l'italien par C. CLAVREUL, Bruylant LGDJ, 1996, pp. 5-11). La définition *lexicale* est « la simple reprise de significations du genre de celles que l'on rencontre dans les usages linguistiques effectifs de personnes ou de groupes » ; elle est celle qui correspond à l'usage (*op. cit.*, p. 5). La définition *stipulative* a « la nature d'une convention entre les usagers futurs du langage : on admet qu'à partir de maintenant (...), une expression donnée (...) sera utilisée dans une signification donnée » (*op. cit.*, p. 5). Les définitions stipulatives reposent sur un système de convention ; « leurs rapports avec des usages préexistants n'ont que peu d'importance » (*op. cit.*, p. 6). La définition *explicative* se situe à mi-chemin entre la définition lexicale et la définition stipulative. « Comme la définition lexicale, la définition explicative cherche à correspondre à l'usage, mais à la différence de la définition lexicale, elle ne s'attache pas à saisir toutes les variétés et les transformations de l'usage. Elle ne prend au contraire que ce qu'elle veut retenir, pour éventuellement ajuster et réélaborer le point nodal le plus important, celui qui a la plus grande valeur opératoire, pour parvenir à un instrument sémantique précis et efficace, capable d'éclairer et d'orienter la discipline dans laquelle il sera employé » (*ibid.*). Aucune de ces approches

notion. Contrairement à une opinion assez répandue, la notion de liberté fondamentale ne revêt pas, en droit, un sens clair, unique et précis, qui proviendrait des systèmes étrangers, de la tradition juridique ou du droit positif lui-même²²⁷.

La notion de liberté fondamentale, sans être obscure, « n'en est pas moins nimbée d'un certain flou »²²⁸. Elle constitue une catégorie juridique « porteuse de certaines ambiguïtés »²²⁹. Des auteurs ont souligné, dans le même sens, « l'imprécision de cette notion »²³⁰ ou le fait qu'« elle comporte une très grande part d'indétermination »²³¹. Il s'agit en effet d'une « notion par nature indéfinissable et fluctuante »²³², « difficile à cerner »²³³. Théodore Fortsakis avait déjà relevé l'indétermination, l'imprécision et l'élasticité de la notion de liberté fondamentale dans le cadre de la théorie jurisprudentielle de la voie de fait²³⁴. Un constat identique s'impose sur le concept, *a priori* voisin, de droit

ne peut en soi être condamnée. Aucun de ces modes définitoires ne peut par principe être privilégié à un autre. C'est seulement l'usage que l'on entend faire d'une notion qui commande, selon les cas, l'adoption d'une définition lexicale, stipulative ou explicative. En particulier, le recours à une définition stipulative apparaît nécessaire lorsqu'il s'agit d'élaborer une *théorie* des libertés fondamentales. Voir en ce sens la position retenue – et défendue – par le professeur Pfersmann qui, pour construire une théorie des « droits fondamentaux » (désigné sous le signe « DF »), se dote pour les besoins de celle-ci d'une définition stipulative de la notion et rejette par voie de conséquence une démarche lexicographique : « le recensement des usages de « fondamental » et de « droit fondamental » ne permet pas de construire une théorie des DF mais uniquement une théorie des multiples significations/usages de ces expressions dans de multiples contextes. Il convient en effet de distinguer *la construction d'un objet* déterminé <DF> de *l'analyse de l'objet* <significations/usages de l'expression « droits fondamentaux » dans des contextes multiples>. Dans le premier cas, un usage unique est fixé par convention, dans le deuxième cas, l'on dégage les régularités multiples d'usages multiples » (L. FAVOREU et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 81. Non souligné). Retenir une définition théorique du terme « droit fondamental » est indispensable pour certaines recherches de droit comparé tant le sens de ce terme varie d'un ordre juridique à un autre. Vouloir comparer ce qui est qualifié de droit fondamental dans un système juridique et de droit fondamental dans un autre conduirait à étudier deux objets juridiques différents. Pour dépasser la pluralité des acceptions d'un terme selon les ordres juridiques, voire au sein d'un même ordre juridique, il peut apparaître nécessaire d'en donner une définition stipulative. Voir en ce sens D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse Aix-en-Provence, 2005, spé p. 37 et p. 47 et s.

- 227 Il n'y a pas davantage d'étalon de référence dans la doctrine. Celle-ci se divise en plusieurs courants fort hétérogènes, les auteurs ne s'accordant ni sur une définition unique des libertés fondamentales, ni sur une position unique face à la notion. Comme le relève M. Israël, « les notions de libertés publiques et de libertés fondamentales n'ont pas de définition textuelle précise. Les auteurs eux-mêmes ne s'accordent pas sur un intitulé ou une définition unique » (J.-J. ISRAËL, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, p. 5). Voir *infra*, §§ 91-97.
- 228 R. MARTIN, « Les nouveaux référés administratifs », *Annales des loyers* 2002, p. 1113.
- 229 J.-M. FEVRIER, « Un projet de loi sur les procédures d'urgence », *Dr. adm.* 1999, comm. n° 203, p. 25.
- 230 N. JACQUINOT, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA* 2003, p. 665.
- 231 P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2002, n° 7.
- 232 P. CASSIA et A. BEAL, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier 2001-28 février 2001) », *JCP G* 2001, I, 319, p. 985.
- 233 I. LEGRAND et L. JANICOT, Note sous CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *AJDA* 2001, p. 977.
- 234 T. FORTSAKIS, *op. cit.*, p. 318-319. M. Sandevoyr avait également relevé le caractère « vague et imprécis » de ce qualificatif (P. SANDEVOIR, note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 1965, *Echermier c/ Ville de*

fondamental. Lors de la clôture du colloque *Cours constitutionnelles et droit fondamentaux*, organisé les 19, 20 et 21 février 1981, Jean Rivero classait parmi les problèmes non résolus par les travaux du colloque celui de la notion même de droit fondamental. Il ajoutait que « la formule, dans la plupart de nos pays et dans l'ensemble de la pensée juridique, n'a pas un contour d'une précision absolue. Le concept reste vague »²³⁵. En fin de compte, affirmait-il, « Une sorte de flou enveloppe la notion même, la notion clé, de droits fondamentaux »²³⁶.

51. Bien évidemment, cette équivocité ou absence de clarté de la notion n'a pas été recherchée. Elle constitue simplement le résultat d'une utilisation non ordonnée de la notion en droit positif. Depuis son apparition, la notion de liberté fondamentale a été utilisée par des acteurs juridiques différents, dans les contextes les plus variables et en vue de désigner des objets juridiques différents²³⁷. Ce manque de coordination, somme toute naturel, a conduit par la force des choses à un développement non harmonisé de la notion. Il ne résulte pas des droits français et étranger une définition précise des libertés fondamentales. Les normes, principes ou exigences qualifiés comme telles par le législateur ou par le juge procèdent de sources normatives variées. Il n'y a pas et il n'y a jamais eu d'unité au niveau du rang normatif occupé par les libertés fondamentales. En droit pur, on ne peut caractériser les libertés fondamentales au regard d'un critère unique fondé sur la valeur juridique des textes qui les portent. Le seul dénominateur commun à toutes les utilisations de la notion réside dans le fait que les normes ainsi qualifiées sont regardées comme particulièrement importantes et qu'elles disposent, bien souvent, d'un ancrage constitutionnel.

A. Dans l'ordre juridique français

52. Il n'existe pas de définition ou de catalogue officiel des libertés fondamentales en droit positif français²³⁸. La notion de liberté fondamentale n'y revêt pas un sens clairement et abstraitement déterminé ; elle ne présente pas non plus d'unité formelle. La

Thonon-les-Bains, JCP G 1965, II, 14252).

235 J. RIVERO, « Rapport de synthèse », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 19-21 février 1981, Economica PUAM, coll. DPP, 1982, rééd. 1987, p. 521.

236 J. RIVERO, *op. cit.*, p. 522. Cf., parvenant à un même constat, et exprimant son inquiétude face à la prolifération des textes employant cette notion : J. FAVARD, « Le labyrinthe des droits fondamentaux », *Dr. soc.* 1999, pp. 215-219.

237 Voir D. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, pp. 748-753, spé p. 749 : « L'adjectif fondamental était, le plus souvent, tenu pour synonyme d'essentiel. Il introduisait une dose de subjectivité dans le langage juridique pour souligner l'importance de certains droits. La multiplication des sources est sans doute responsable de ce phénomène : concurrentes, elles ont affirmé l'importance de leurs droits respectifs pour justifier chacune leur existence ».

238 Aussi peut-on exprimer certaines réserves vis-à-vis de l'affirmation du professeur Moderne selon laquelle il existerait un « catalogue officiel des libertés fondamentales (parce que reconnues et protégées par le droit constitutionnel ou par le droit international conventionnel) » (F. MODERNE, « Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif ? », *D.* 2001, p. 3285). Le « catalogue » évoqué par l'auteur n'est pas reconnu par le droit. Correspondant à une construction purement doctrinale, il ne saurait revendiquer le moindre caractère officiel.

notion est parfois utilisée par le juge lorsque des conséquences juridiques s'attachent à cette qualification. Il arrive également qu'elle soit employée dans le seul but de mettre l'accent sur l'importance de la liberté ainsi qualifiée et justifier ainsi un choix réalisé par un juge ou une autorité normative.

1. *L'utilisation contentieuse de la notion*

53. Dans certains contentieux, des conséquences juridiques bien précises découlent de l'utilisation de la notion de liberté fondamentale.

54. Elle est, tout d'abord, une condition d'intervention du juge dans le contentieux de la voie de fait administrative. C'est l'arrêt *Dame Klein* de 1961 qui, le premier, a utilisé l'expression « liberté fondamentale »²³⁹. Pour qualifier l'existence d'une telle liberté, le juge s'attache non pas à la valeur juridique de la norme considérée – qui peut être des plus diverse – mais à l'étendue des garanties dont est assorti son exercice. « Par liberté fondamentale ou essentielle, il faut entendre soit la liberté corporelle et son corollaire l'inviolabilité du domicile (...), soit une liberté bénéficiant d'une garantie spécialement organisée »²⁴⁰. Le juge de la voie de fait accorde ainsi la qualification de liberté fondamentale aux libertés que le législateur a entendu tout particulièrement protéger. M. Goyard affirmait que « par droits fondamentaux, il faut entendre les droits auxquels la jurisprudence admet que le législateur a expressément reconnu un caractère de droit éminemment protégé »²⁴¹. Si le juge tient compte du degré de protection accordé par le législateur, la méthode d'identification reste néanmoins marquée d'une grande souplesse²⁴². Il n'existe pas de critère précis de définition des libertés fondamentales au sens de la voie de fait.

55. Dans le contentieux de l'extradition, la notion de liberté fondamentale est utilisée pour apprécier les garanties offertes par le système judiciaire de l'Etat requérant. Dans trois arrêts du 26 septembre 1984, le Conseil d'Etat a consacré le principe général du droit selon lequel le système judiciaire de l'Etat requérant doit respecter « les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine »²⁴³. Toutefois, nulle défini-

239 CE, 8 avril 1961, *Dame Klein*, *Lebon* p. 216 ; *D.* 1961, p. 587, concl. HENRY ; *S.* 1961, note LASALE. Avant cet arrêt, le juge limitait déjà l'utilisation de la voie de fait à un nombre limité de droits et libertés mais n'avait pas opté pour une expression générique. Si le Tribunal des conflits a un temps opté pour le terme de « liberté essentielle » (TC, 10 décembre 1956, *Randon c/ Brunel, Préfet de l'Yonne*, *Lebon* p. 592, concl. GUIONIN ; *AJDA* 1957, p. 94, chron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; *RDP* 1957, note M. WALINE ; *Rev. Adm.* 1958, p. 29, note LIET-VEAUX), c'est néanmoins le qualificatif de liberté fondamentale qui s'imposera à la suite de l'arrêt *Dame Klein*. Voir notamment, pour une reprise du qualificatif l'année suivante : TA Lille, 3 novembre 1961, *Consorts Vassal*, *AJDA* 1962, II, pp. 298-301, concl. QUANDALLE.

240 R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP Paris, fasc. I, 1981, p. 543.

241 C. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Montchrestien, 1962, p. 444.

242 Voir S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, p. 102 et s.

243 CE, Ass., 26 septembre 1984, *Lujambio Galdeano, Garcia Ramirez, Martinez Beiztegui* (3 espèces), *Lebon* p. 308 ; *JCP G* 1985, II, 20346, concl. B. GENEVOIS ; *AJDA* 1984, pp. 669-675, chron. J.-E. SCHOETTL et S. HUBAC ; *AJDA* 1985, pp. 158-163, note R. ERRERA. Voir également, re-

tion n'est donnée de ces « droits et libertés fondamentaux de la personne humaine » dans les arrêts du Conseil d'Etat. Au regard des indications fournies par les conclusions des commissaires du gouvernement dans les décisions précitées, cette notion se limite pour l'essentiel aux garanties offertes par le système pénal de l'Etat requérant, notamment en ce qui concerne le droit au juge, la présomption d'innocence et le respect des droits de la défense.

56. On relèvera que la notion de liberté fondamentale ou essentielle est parfois employée par les commissaires du gouvernement dans le cadre du contrôle de la légalité des mesures de police administrative. Lorsque l'autorité de police met en cause une telle liberté, le pouvoir de l'administration est plus restreint et le contrôle du juge plus rigoureux. Les commissaires du gouvernement désignent sous le qualificatif de liberté fondamentale les libertés bénéficiant d'un degré élevé de protection juridique. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Nouvelle Imprimerie*, M. Letourneur indiquait qu'« Une liberté essentielle et strictement réglementée par la loi étant en cause, les pouvoirs appartenant aux autorités de police sont particulièrement restreints, c'est-à-dire que, non seulement conformément à la règle générale, ils ne peuvent s'exercer qu'au cas où l'ordre public est menacé, ce qui exclut une réglementation absolue sans limitation de temps, mais encore vous devez vous montrer sévères pour définir en l'espèce l'ordre public ; et pour apprécier les cas où il y a menace à l'ordre public (...) »²⁴⁴. Dans le même sens, le commissaire du gouvernement Galmot affirmait que « Pour une liberté fondamentale ou spécialement protégée comme la liberté de réunion ou celle des cultes, vous êtes particulièrement stricts »²⁴⁵.

57. Dans les contentieux précités, des conséquences juridiques s'attachent à la qualification de liberté fondamentale. Il arrive également que cette notion soit employée par les autorités normatives et juridictionnelles de manière symbolique, c'est-à-dire sans qu'aucune conséquence juridique ne résulte de cette utilisation.

2. L'utilisation symbolique de la notion

58. Fréquemment, l'emploi de la notion de liberté procède d'une démarche purement argumentative. L'utilisation de ce vocable devient, pour l'autorité qui l'utilise, un moyen rhétorique de justifier la solution retenue.

59. Cette démarche explique tout d'abord la référence à la notion de liberté fondamentale ou de droit fondamental dans certains textes législatifs. En effet, le recours à cette notion permet de valoriser l'objectif poursuivi par la loi et ainsi de justifier son

prenant cette formule : CE, 14 décembre 1987, *M. Urizar Murgoitio*, RFDA 1989, pp. 54-56, concl. O. SCHRAMECK ; CE, 27 octobre 1989, *Picabea-Burunza, Lebon* p. 218.

244 Concl. LETOURNEUR sur CE, 23 novembre 1951, *Société Nouvelle Imprimerie*, RDP 1951, p. 1098.

245 Concl. GALMOT sur CE, 21 janvier 1966, *Legastelois*, JCP G 1966, II, 15303, p. 435. Cf. P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 42, 1962, pp. 112-115. Voir également les observations des auteurs des Grands arrêts sous l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933 (GAJA n° 49).

adoption. Un certain nombre de droits, principes ou libertés ont été qualifiés comme tels par la loi, le plus souvent dans leur article 1^{er}, notamment la protection de la santé²⁴⁶, la sécurité²⁴⁷, le droit à l'habitat²⁴⁸ et le droit au logement²⁴⁹. Aucune conséquence juridique ne s'attache à cette qualification pour le déroulement de la procédure législative ni au stade de l'application de la loi. En employant cette notion, le législateur entend simplement mettre en avant l'importance, voire le caractère impérieux d'un droit ou d'une liberté dont il entend assurer la promotion.

60. Il arrive également aux tribunaux ordinaires d'utiliser la notion de liberté fondamentale ou de droit fondamental à cette fin.

S'agissant des juridictions judiciaires, des cours d'appel ont consacré la notion de « droit fondamental des copropriétaires »²⁵⁰ ou qualifié le droit au mariage de « droit fondamental de la personnalité »²⁵¹. La Cour de cassation a qualifié la défense de « droit fondamental à caractère constitutionnel »²⁵² et le droit de propriété de « droit fondamental, de valeur constitutionnelle »²⁵³. Les normes ainsi désignées par les juridictions de l'ordre judiciaire sont de nature et de valeur différentes. En outre, ces qualifications sont parfaitement superfétatoires. N'emportant aucune conséquence juridique, leur utilisation n'obéit à d'autre logique que d'insister sur l'importance du droit ou de la liberté ainsi qualifié.

Dans certaines de ses décisions, le juge administratif va également employer l'expression liberté fondamentale sans que cela ne soit juridiquement nécessaire ni même utile. Par exemple, le juge de l'excès de pouvoir a affirmé que l'arrêté autorisant la mention dans le dossier scolaire des élèves des observations du personnel médical et éducatif, « ne touche en rien à la liberté fondamentale que constitue, conformément aux prescriptions de l'article 9 du code civil, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 17 juillet 1970 le respect de la vie privée et de son intimité »²⁵⁴. L'expression a été utilisée de manière tout aussi surabondante dans un arrêt concernant une délibération par laquelle l'Assemblée territoriale de Polynésie française avait institué « une taxe de sortie sur les voyageurs résidant en Polynésie française », taxe dont était redevable tout résident du territoire effectuant un voyage à l'extérieur de celui-ci. Le Conseil d'Etat affirme « qu'en instituant un prélèvement à la sortie du territoire de la Polynésie fran-

246 Article 3 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, JO 5 mars 2002, codifié à l'article L. 1110-1 du code de la santé publique.

247 Article 1^{er} de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, JO 24 janvier 1995.

248 Article 1^{er} de la loi n° 88-156 du 22 juin 1982, JO 23 juin 1982.

249 Article 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, JO 8 juillet 1989.

250 CA Aix-en-Provence, 4^{ème} ch., 15 février 1996, *Faguet, Coppolani, Tertian c/ Syndicat des copropriétaires du 33 rue de l'Epée*. Sur cet arrêt, voir C. ATIAS, « L'autorisation d'installer un ascenseur aux frais des copropriétaires demandeurs », *RRJ* 1996, p. 1027.

251 CA Paris, 30 avril 1963, *Epoux Barbier c/ Compagnie Air France*, D. 1963, pp. 428-430, note A. ROUAST.

252 Cass., Ass. plén., 30 juin 1995, *X c/ Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Bull. civ. A.P., n° 4, *JCP G* 1995, II, 22478, concl. M. JEOL, note A. PERDRIAU.

253 Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Mme X c/ M. Y et autres*, Bull. civ. I, n° 4.

254 CE, 6 février 1980, Confédération syndicale des familles et Fédération nationale Ecole et familles, *Lebon T.* p. 727.

çaise, ces dispositions ont pour effet de porter atteinte à la liberté d'aller et venir, qui constitue une liberté fondamentale ; qu'elles sont, dès lors, entachées d'excès de pouvoir »²⁵⁵. Dans ces deux décisions, la qualification de liberté fondamentale ne présente aucune signification juridique. L'expression est utilisée à titre surabondant par le juge administratif²⁵⁶. En outre, ces deux libertés sont issues de sources juridiques de valeurs différentes. Le respect de la vie privée, rattaché à l'article 9 du code civil, revêt une valeur législative ou plutôt infralégislative dans la mesure où il se trouve ici appliqué en tant que principe général du droit. La liberté d'aller et venir bénéficie quant à elle d'un ancrage constitutionnel. Par conséquent, il n'existe pas d'unité formelle entre ces deux normes qualifiées de libertés fondamentales par le juge de l'excès de pouvoir.

61. La notion de liberté fondamentale est également envisagée dans cette perspective par le Conseil constitutionnel. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, le Conseil constitutionnel n'a pas de « conception » des libertés fondamentales au sens où cette notion revêtirait un sens donné dans sa jurisprudence. Pour le Conseil, cette notion n'est qu'un mot, auquel il recourt pour justifier des choix et légitimer des arbitrages. Dans la jurisprudence constitutionnelle²⁵⁷, les notions de liberté fondamentale ou de droit fondamental²⁵⁸ ne désignent ni l'ensemble des droits et libertés constitutionnels²⁵⁹, ni même une partie d'entre eux qui se distingueraient des autres par certaines

255 CE, 9 novembre 1992, Président du Gouvernement du territoire de la Polynésie française, Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, concl. S. LASVIGNES, RFDA 1993, pp. 570-572.

256 Ceci expliquant que, dans des espèces ultérieures, elle ne fut généralement pas reprise pour désigner la liberté d'aller et venir (voir par exemple CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin, Lebon* p. 82, concl. P. FRYDMAN, *GAJA* n° 107) ou le respect de la vie privée résultant de l'article 9 du code civil (voir par exemple CE, Ass., 10 juillet 1981, *Conseil national du patronat français, Lebon* p. 305).

257 Le texte constitutionnel mentionne à une seule reprise, et dans le contexte particulier du droit d'asile, l'expression liberté fondamentale. Aux termes de l'article 53-1, « la République peut conclure avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées ».

258 Plusieurs expressions, tenues pour synonymes, ont été employées : « libertés et droits fondamentaux », « libertés et droits fondamentaux de caractère constitutionnel », « droits fondamentaux à caractère constitutionnel », droit présentant un « caractère fondamental », « liberté fondamentale ». Seuls treize droits, libertés et principes constitutionnels ont été qualifiés de fondamentaux par le Conseil constitutionnel : le principe d'égalité, la liberté individuelle, la sûreté, le droit de mener une vie familiale normale, le droit d'asile, le droit à l'emploi, la liberté syndicale, le droit de participation, la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, les droits de la défense, la liberté d'entreprendre, la libre communication des pensées et des opinions. « Force est donc de qualifier l'utilisation par le Conseil constitutionnel de la notion de droits fondamentaux comme marginale » (T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGD], coll. BSCP, t. 112, 2003, p. 13). Pour une présentation exhaustive des décisions ayant employé ces expressions pour les treize droits, libertés et principes précités, voir T. MEINDL, *op. cit.*, pp. 13-62.

259 On ne peut en aucun cas déduire des décisions rendues par le Conseil que celui-ci tiendrait pour synonyme les deux notions. Non seulement le Conseil n'a jamais affirmé ou sous-entendu que les expressions droit fondamental ou liberté fondamentale recouvraient l'ensemble des libertés et droits constitutionnels mais en outre, la thèse de la correspondance ne permettrait ni d'expliquer pourquoi telle liberté ou tel droit constitutionnels ne bénéficient du qualificatif que dans certaines occasions seulement, ni pourquoi le nombre de libertés et droits constitutionnels qualifiés de fondamentaux demeure particulièrement bas et n'a pas été étendu à l'ensemble de ces droits et libertés.

caractéristiques communes²⁶⁰. Le fondamental n'est pas une qualité ou une propriété qui s'attacherait à certaines normes et dont les normes non qualifiées de fondamentales seraient dépourvues. Le mot constitue un argument entre les mains du juge. Il est employé par le Conseil constitutionnel à l'occasion de certaines décisions, pour souligner l'importance de la liberté en cause sur une norme ou exigence qui lui est opposée et ainsi justifier sa prévalence.

Le Conseil emploie cette expression à titre symbolique, pour justifier la manière dont il règle un conflit de normes dans une hypothèse déterminée. Le recours à cette notion présente un caractère largement rhétorique. Il permet de souligner la considération portée à un droit particulier dans une décision donnée. Comme l'a fait remarquer Mme Champeil-Desplats, l'expression sert à justifier les décisions dans lesquelles elles sont employées²⁶¹. La qualification dépendra des termes et surtout, des résultats de l'ar-

260 Les normes constitutionnelles qualifiées de libertés ou de droits fondamentaux ne forment pas une sous-catégorie ou un sous-ensemble des droits et libertés constitutionnels. Des auteurs ont développé l'idée selon laquelle, dans la jurisprudence constitutionnelle, les libertés et droits fondamentaux seraient ceux des libertés et droits constitutionnels bénéficiant d'un régime juridique protecteur. Ainsi, les professeurs Louis Favoreu et Loïc Philip ont affirmé que dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les libertés et droits fondamentaux se caractérisent par trois critères cumulatifs qui, ensemble, représentent les « premiers éléments d'une théorie générale » des droits et libertés fondamentaux : tout d'abord l'interdiction de l'autorisation préalable, ensuite la jurisprudence dite du « cliquet » (interdiction de remettre en cause les garanties instituées pour l'exercice de ces droits et libertés), enfin l'exigence d'une application uniforme sur l'ensemble du territoire (voir *GDCC* n° 36, § 9-12). Cette présentation ne correspond pas à la jurisprudence constitutionnelle (ainsi qu'en atteste sa réfutation par un commentateur autorisé : voir G. VEDEL, « Propos d'ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 juin 1996, *Economica PUAM*, coll. DPP, 1998, pp. 13-18, spé pp. 17-18). D'une part, l'un des trois critères sur la base duquel s'est construite cette théorie a été abandonnée par le juge constitutionnel. La formule, employée à propos de la liberté de la presse mais aussi du droit d'asile, selon laquelle la loi ne peut intervenir que pour en rendre l'exercice plus effectif, ne réapparaît pas dans les décisions les plus récentes. Le Conseil exige seulement que la loi ne prive pas de garantie légale des exigences ou principes de valeur constitutionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne supprime pas les garanties indispensables à un exercice effectif du droit (voir J.-E. SCHOETTL, note sous CC, n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, *LPA* 4-5 février 2004, p. 12). D'autre part, il n'existe pas de correspondance entre la catégorie des droits constitutionnels bénéficiant de ce régime protecteur et les droits qualifiés de fondamentaux par le Conseil. Les libertés et droits fondamentaux ne se caractérisent donc nullement par la soumission à un régime juridique commun.

261 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, pp. 323-329. « Lorsque deux normes ont la même valeur juridique, l'autorité qui doit les concilier ou donner la *priorité* à l'application de l'une d'entre elle est contrainte de justifier son choix. En l'absence de hiérarchie formelle ou matérielle entre les normes qui appartiennent aux différentes catégories de droits et principes constitutionnels, comme c'est le cas en France, il est nécessaire de recourir à des arguments permettant d'établir une *priorité en l'espèce* » (*op. cit.*, p. 327. Souligné). L'auteur précise que « Dans les situations conflictuelles, les acteurs sont contraints de faire appel à des formulations de plus en plus générales ou, plus précisément, à des formules ou labels qui font référence à des ordres de grandeur supérieurs. L'enjeu devient alors de trouver des méta-arguments logiques toujours plus persuasifs sans sortir du champ d'argumentation acceptable par les autres acteurs du système juridique » (*ibid.*). La meilleure façon pour le Conseil de prouver l'importance d'un droit est de trouver une expression symboliquement forte, comme il l'avait fait en 1982 quand il opposa aux nationalisations le caractère fondamental du droit de propriété (voir CC, n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Rec.* p. 18, *GDCC* n° 31). De même, dans la décision *Maîtrise de l'immigration*, pour sauvegarder contre les exigences de l'ordre public le droit des étrangers de rester sur le territoire français jusqu'à la décision administrative sur leur demande du statut de réfugié, le Conseil

bitrage réalisé. C'est uniquement s'il éprouve le besoin de justifier sa décision au moyen d'un méta-argument que le Conseil qualifiera la norme en cause de fondamentale. À défaut, il ne la qualifie pas de fondamentale, quand bien même il lui aurait délivré ce qualificatif dans une décision antérieure²⁶². Ainsi, il n'existe pas à proprement parler de liste des droits et libertés fondamentaux au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La qualification est fluctuante et dépend des données particulières de chaque espèce. Comme le relève M. Wachsmann, « on est ici en présence d'une emphase rhétorique, dont l'objet est simplement de souligner l'importance de la liberté en cause, sans qu'aucune conséquence bien définie ne s'y attache »²⁶³.

62. Il résulte de ce qui précède que la notion de liberté fondamentale ne revêt pas un sens précis en droit français. En dehors de notre ordre juridique, la situation apparaît contrastée et ne présente pas de réelle homogénéité.

B. En dehors de l'ordre juridique français

63. Comme l'a souligné M. Gautron, « la désignation des droits fondamentaux comme l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement protégés n'est sans doute pas entièrement satisfaisante en droit comparé »²⁶⁴. En effet, s'il existe dans certains systèmes juridiques un strict rapport de correspondance entre constitutionnalité et fondamentalité, ce rapport d'exclusivité ne se vérifie pas pour l'ensemble des ordres nationaux.

affirma que l'exercice effectif des droits de la défense est un droit fondamental à valeur constitutionnelle pour tous, citoyens aussi bien qu'étrangers. Ces droits devaient par conséquent être conciliés avec l'ordre public et non pas s'incliner purement et simplement devant lui (voir CC, n° 93-325 DC, 12-13 août 1993, *Rec.* p. 224, *GDCC* n° 46). Voir, dans le même sens : J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 151 ; J. FAVRE et B. TARDIVEL, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle des « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » », *RDP* 2000, pp. 1412-1440.

262 Une illustration particulièrement significative peut être donnée concernant la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir, incluses parmi les « libertés et droits fondamentaux » dans la décision 325 DC. Pour contester, en 1995, la constitutionnalité de la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, les requérants invoquaient la violation de la liberté individuelle et de la liberté d'aller et venir qu'ils qualifiaient, conformément à la décision 325 DC, de « libertés et droits fondamentaux ». Pour autant, le Conseil va refuser cette qualification en l'espèce et requalifier ces libertés de « libertés publiques constitutionnellement garanties » (CC, 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 2, *Rec.* p. 140). Dans la décision 97-389 DC (CC, 22 avril 1997, *Rec.* p. 45), le Conseil va de nouveau indiquer que la liberté d'aller et venir relève des « droits fondamentaux » (cons. 10). Cette qualification par intermittence s'explique par le fait que le Conseil emploie l'expression en fonction des données particulières de l'espèce. Dans les décisions de 1993 et de 1997, la façon dont se nouait le conflit de norme et la manière dont le Conseil l'a résolu justifiaient le recours à un méta-argument. Cela ne s'avérant pas nécessaire dans la décision du 18 janvier 1995, le juge constitutionnel écarte la qualification.

263 P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de « droits fondamentaux » », *RUDH* 2004, p. 46.

264 J.-C. GAUTRON, « Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le patrimoine constitutionnel européen*, colloque Montpellier, 22-23 novembre 1996, éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 148.

1. Correspondance entre constitutionnalité et fundamentalité

64. Dans certains systèmes juridiques, la notion de droit fondamental ou de liberté fondamentale renvoie aux droits et libertés situés au sommet de l'ordre juridique. La fundamentalité se limite alors à la légiconstitutionnalité.

65. En Allemagne, la notion de droit fondamental est limitée aux seuls droits de rang constitutionnel²⁶⁵. Ces droits sont regroupés au sein du chapitre premier de la Loi fondamentale de 1949, intitulé « Les droits fondamentaux », qui comprend 19 articles. Doivent y être ajoutés les « droits fondamentaux apparentés » ou « droits semblables à des droits fondamentaux » (*grundrechtsgleiche Rechte*). Il s'agit des droits qui, bien que situés en dehors du chapitre 1^{er} de la Loi fondamentale, peuvent néanmoins être invoqués à l'appui d'un recours constitutionnel individuel devant la Cour constitutionnelle fédérale²⁶⁶. Le constituant a précisément arrêté la liste des droits fondamentaux, ceci expliquant pourquoi la question de la définition du droit fondamental est « peu traitée de manière directe par la doctrine allemande »²⁶⁷. En Espagne, les rédacteurs de la Constitution du 27 décembre 1978 ont également établi une liste précise des droits et libertés protégés²⁶⁸. La section consacrée à ces droits ne fait pas référence aux seuls droits fondamentaux mais utilise également l'expression « liberté publique » sans opérer le départ, au sein de cette section, entre d'un côté les droits fondamentaux, et d'un autre les libertés publiques. Ces droits sont regroupés au sein de la section première (« Des droits fondamentaux et des libertés publiques ») du chapitre 1^{er} (« Des droits et libertés ») du titre 1^{er} (« Des droits et des devoirs fondamentaux ») de la Constitution. On relèvera enfin que dans l'ordre juridique communautaire, les normes qualifiées de « libertés fondamentales »²⁶⁹ ou de « droits fondamentaux »²⁷⁰ s'imposent avec la valeur

265 D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, spé p. 57. Voir également H. GOERLICH, « Les droits constitutionnels fondamentaux : essence, signification et doctrines générales », in *La Constitution de la République fédérale d'Allemagne*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp. 49-69.

266 L'article 93 alinéa 1^{er} (4a^o) de la Loi fondamentale prévoit que la cour constitutionnelle statue sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par article 20 al. 4 (droit de résistance à l'oppression), 33 (égal accès aux fonctions publiques et protection du statut traditionnel et de la fonction publique), 38 (élections au Bundestag au scrutin universel direct et droit de vote), 101 (prohibition des tribunaux d'exception), 103 (droits des personnes poursuivies) et 104 (garanties en cas de privation de liberté). Bénéficiant de la garantie offerte aux droits fondamentaux, les droits consacrés aux articles 20 al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 de la Loi fondamentale sont, de ce fait, « apparentés » aux droits fondamentaux. Sur cette catégorie de droits constitutionnels, voir D. CAPITANT, thèse précitée, pp. 2-3 et p. 102 ; T. MEINDL, thèse précitée, pp. 125-146.

267 D. CAPITANT, thèse précitée, p. 2.

268 Voir P. BON, « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, pp. 35-69 ; P. BON, F. MORDERNE, Y. RODRIGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica PUAM, coll. DPP, 1984, 284 p.

269 « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (article 6.1 du Traité sur l'Union européenne).

270 « L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels

de droit communautaire primaire et sont donc situées au sommet de la hiérarchie des normes²⁷¹.

66. Aux Etats-Unis, les droits et libertés fondamentaux sont des droits et libertés constitutionnels écrits et non écrits bénéficiant d'un degré de contrôle renforcé²⁷². La notion correspond d'une part aux droits constitutionnels écrits des huit premiers Amendements à la Constitution, d'autre part aux droits constitutionnels non écrits que la Cour suprême dégage au titre de la clause de *due process*. Ces droits constitutionnels écrits et non écrits bénéficient d'un contrôle juridictionnel plus avantageux que les autres droits et libertés constitutionnels.

En prévoyant le caractère non exhaustif de la liste des droits et libertés constitutionnels que la Constitution énumère, le IX^e Amendement habilite implicitement le juge à découvrir de nouvelles garanties au profit des citoyens²⁷³. Cette découverte de nouveaux droits, à raison de leur importance, s'effectue par le biais de la clause de *due process of law* des V^e et XIV^e Amendements à la Constitution fédérale des Etats-Unis²⁷⁴. Ces deux

qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire » (article 6.2 du Traité sur l'Union européenne). Une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fut solennellement proclamée au Conseil européen de Nice le 7 décembre 2001 par les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne. Elle fut intégrée par la suite au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, dont elle forme la partie II.

271 Voir, parmi une abondante littérature : L. MARCOUX, « Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne », *RIDC* 1983, pp. 691-733 ; *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres* (J. BOULOIS dir.), Economica, 1995, 187 p. ; *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux* (F. SUDRE et H. LABAYLE dir.), journée d'étude des 4 et 5 novembre 1999, Bruylant, coll. Droit et justice n° 27, 2000, 534 p.

272 Cf. R.-M. KONVITZ, *Fundamental rights. History of a constitutional doctrine*, Transaction publishers/Rutgers University, 2001, 182 p. ; H.J. ABRAHAM et B.A. PERRY, *Freedom and the Court. Civil rights and Liberties in the United States*, 7^{ème} éd., Oxford University Press, 1998, p. 28 et s., et p. 92 et s. ; G. MARTIN, *Le due process of law aux Etats-Unis*, thèse Paris II, 1997, 565 p. ; P. JUILLARD, « Les orientations de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême : établissement du marché unique et renforcement des libertés publiques », *Pouvoirs* n° 59, 1991, pp. 59-75.

273 Le IX^e Amendement dispose que « L'énumération, dans la Constitution, de certains droits ne sera pas interprétée de façon à dénier ou diminuer d'autres droits retenus par le peuple ». Comme l'a souligné le juge Goldberg dans son opinion individuelle sur l'affaire *Griswold c/ Connecticut* du 7 juin 1965 (381 US 479 (1965), opinion reproduite in E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, coll. Droit fondamental, 2000, pp. 684-689), « Le texte même et l'histoire du IX^e Amendement révèlent que les Pères fondateurs de la Constitution croyaient en l'existence d'autres droits fondamentaux, protégés contre toute immixtion gouvernementale et connexes aux libertés fondamentales expressément inscrites dans les huit premiers amendements de la Constitution » (*op. cit.*, p. 686). Pour le juge Goldberg, « les Pères fondateurs ne souhaitaient pas que les huit premiers amendements soient interprétés comme une liste limitative des droits essentiels et fondamentaux que la Constitution garantissait au peuple » (*op. cit.*, p. 687).

274 Voir opinion précitée du juge Goldberg, p. 689 : « Comme le sait toute personne s'étant penchée sur les arrêts de la Cour, cette dernière a estimé, souvent à l'unanimité, que les V^e et XIV^e Amendements protègent certaines libertés personnelles fondamentales contre toute restriction imposée par le gouvernement fédéral ou les Etats. Voir, par exemple, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 ; *Aptheker v. Secretary of State*, 378 U.S. 500 ; *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 ; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 ; *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 ; *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 ; *New-York Times Co.*

dispositions interdisent respectivement au Congrès et aux Etats de priver quiconque de vie, de liberté ou de propriété sans « *due process of law* », c'est-à-dire, en s'attachant plus à l'idée générale qu'à une traduction littérale, « sans le bénéfice des garanties ou des protections dues par le droit ». Conçue à l'origine comme n'entraînant que des garanties de forme (*procedural due process*)²⁷⁵, la clause de *due process* a fini par impliquer des garanties juridiques de fond ou matérielles (*substantive due process*)²⁷⁶. Sur le fondement de ces dispositions, la Cour suprême reconnaît l'existence de droits et de libertés non écrits²⁷⁷, à travers une démarche qui n'est pas sans rappeler la technique de découverte des principes généraux du droit par le juge administratif français²⁷⁸. Un certain

v. Sullivan, 376 U.S. 254. Le XIV^e Amendement montre tout simplement que l'objectif des rédacteurs de la Constitution était d'empêcher que d'autres libertés personnelles fondamentales se voient refusées la même protection ou soient diminuées de quelque manière que ce soit, simplement parce qu'elles ne figuraient pas expressément dans les huit premiers amendements de la Constitution ». Le V^e Amendement figurait dans le texte constitutionnel dès son adoption en 1787. Le XIV^e Amendement a été ajouté en 1868. La clause de *due process* remonte en réalité au droit anglais. En 1354, une loi du Parlement anglais reconfirma l'article 29 de la Grande charte (*Magna carta*) de 1215 en ces termes : « Aucun homme ne sera dépossédé de sa terre ou de sa tenure, ni arrêté, ni emprisonné, ni déshérité, ni mis à mort, sans être mis en mesure d'y répondre selon la procédure exigée par le droit (*due process of law*) » (voir E. ZOLLER, « *Due process of law* et principes généraux du droit », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, pp. 235-247, spé p. 235).

- 275 Dans son acception formelle et procédurale, le *due process* postule un idéal dans l'exercice des pouvoirs du gouvernement. Comme l'indique Mme Zoller, « Il implique des décisions, 1/ qui ne soient pas arbitraires mais conformes aux valeurs reconnues par la société, 2/ qui ne soient pas autoritaires mais arrêtées de concert avec ceux qu'elles visent, 3/ qui ne soient pas oppressives mais respectueuses des intérêts et des valeurs de ceux qu'elles atteignent » (E. ZOLLER, « *Due process of law* », in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND et S. RIALS dir.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 556-557).
- 276 Voir jugement et opinion de la Cour suprême sur l'affaire *Planned Parenthood of southeastern Pennsylvania et Casey*, 505 US 833 (1992), reproduit in E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, p. 1123 : « Bien qu'une lecture au premier degré de la clause puisse suggérer qu'elle n'a autorité que sur les procédures par lesquelles un Etat peut priver des personnes de liberté, on considère depuis cent cinq ans au moins, à compter de l'affaire *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 660-661 (1887), qu'elle a aussi une portée de droit matériel, en ce qu'elle « interdit certaines mesures gouvernementales quelle que puisse être la légitimité des procédures utilisées pour leur mise en œuvre » (*Daniels v. Williams*, 474 U.S. 327, 331 (1986)). Voir également l'opinion précitée du juge Goldberg, p. 685 : « Il y a de nombreuses années, la Cour a établi que la clause de *due process* protège ces libertés qui sont « si enracinées dans les traditions et la conscience de notre peuple qu'elles sont considérées comme fondamentales », *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105 ».
- 277 Le XIV^e Amendement permet en outre d'opposer aux Etats les droits – écrits – contenus dans les huit premiers Amendements à la Constitution fédérale, et qui n'étaient initialement opposables qu'aux autorités fédérales. La Cour suprême a par exemple affirmé que « la liberté d'expression et la liberté de la presse – qui sont protégées par le I^{er} Amendement contre toute restriction imposée par le Congrès – font partie des libertés et droits personnels fondamentaux protégés par la clause de *due process* du XIV^e Amendement contre toute atteinte portée par les Etats » (*Gitlow v. New York*, 268 US 652 (1925)).
- 278 Voir en ce sens E. ZOLLER, « *Due process of law* et principes généraux du droit », article précité, p. 243 : « Sans être identiques, la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême sur la clause de *due process of law* et la jurisprudence administrative du Conseil d'Etat sur les principes généraux du droit se ressemblent beaucoup. Dans les deux cas, elles mettent en présence des juges qui « constatent » ou « découvrent » (d'aucuns diront « créent ») dans leurs systèmes juridiques respectifs des garanties fondamentales pour les citoyens, disons, des protections qui leur sont dues sous la forme de principes suffisamment importants à leurs yeux pour qu'ils en imposent le respect au législateur ».

nombre de libertés et droits non écrits ont été reconnus et qualifiés de fondamentaux à partir de la clause de *due process of law*, notamment le droit de se marier²⁷⁹, le droit d'avoir des enfants²⁸⁰, le droit d'avoir une vie conjugale privée²⁸¹, le droit d'utiliser des contraceptifs²⁸², le droit de maintenir son intégrité physique²⁸³, le droit d'avorter²⁸⁴ ou le droit de refuser un traitement médical de maintien en état de survie non désiré²⁸⁵. Les critères de fundamentalité d'un droit ou d'une liberté résident essentiellement dans sa constance historique et dans l'attachement que lui vouent les citoyens²⁸⁶.

Comme l'affirme Mark Janis, les droits et libertés fondamentaux « obtiennent une plus grande protection juridictionnelle contre les violations d'origine législative ou exécutive »²⁸⁷. Les droits qui ne sont pas jugés fondamentaux peuvent se voir restreints dès lors que le gouvernement dispose pour cela d'une base légitime et rationnelle. La Cour suprême exerce en ce qui les concerne un « contrôle normal » (*ordinary scrutiny*)²⁸⁸. En revanche, en présence d'un droit fondamental ou d'une liberté fondamentale, la Cour

279 *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

280 *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 US 535 (1942).

281 *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

282 *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965) ; *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

283 *Rochin v. California*, 342 US 165 (1952).

284 *Planned Parenthood of southeastern Pennsylvania c/ Casey*, 505 US 833 (1992).

285 *Cruzan*, 497 US 278-279 (1990)

286 Voir Opinion de la Cour sur l'affaire *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997), reproduite in E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, p. 1262 : « Notre méthode habituelle d'analyse des droits fondamentaux présente deux caractéristiques essentielles : en premier lieu, nous avons maintes fois précisé que la clause de *due process* apporte une protection particulière à ces libertés et droits fondamentaux qui sont objectivement « profondément enracinés dans la tradition et l'histoire de notre Nation » (*Opinion de la Cour dans l'affaire Moore*, 431 US 503) ; *Snyder v. Masshussets*, 291 US 97 (1934) (« si enracinés dans les traditions et l'esprit de notre peuple qu'ils sont qualifiés de fondamentaux »), et « implicites dans le concept de liberté organisée par les lois », de sorte que « ni la liberté, ni la justice n'existeraient s'ils étaient sacrifiées » (*Palko v. Connecticut*, 302 US 319, 325, 326 (1937)). En second lieu, dans les affaires de libertés et droits fondamentaux qui nous ont été soumises, nous avons requis une « explication minutieuse » du caractère fondamental de la liberté alléguée (...). L'histoire, les traditions juridiques et les coutumes de notre Nation, fournissent donc les « repères qui permettent des choix réfléchis », *Colins v. Harker Heights*, 503 US 125, et qui guident et limitent notre approche vis-à-vis de la clause de *due process* ». La technique d'identification des libertés et droits fondamentaux retenue par la Cour suprême a conduit à exclure cette qualification pour la pratique de la sodomie entre hommes adultes consentants (*Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986)) ou le droit au suicide médicalement assisté (*affaire Washington v. Glucksberg* précitée). Après avoir passé en revue la réglementation relative à la question, la Cour affirme que « L'histoire des dispositions législatives relatives au suicide assisté dans ce pays a été et est encore celle d'un rejet permanent et constant de tous les efforts en vue de l'autoriser. A partir de là, nos décisions nous obligent à conclure que l'affirmation d'un « droit » au suicide assisté par un tiers n'est pas une liberté fondamentale protégée par la clause de *due process* » (*Opinion de la Cour, op. cit.*, p. 1267).

287 M. JANIS, « La notion de droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique », *AJDA* 1998, numéro spécial, p. 54.

288 Par exemple, depuis 1937, la Cour suprême a permis aux autorités fédérales et fédérées de réglementer les horaires et conditions de travail, même si de tels règlements portent atteinte à la liberté des travailleurs et à celle des employeurs de fixer eux-mêmes, par contrat, les conditions de l'emploi (*West Coast Hotel v. Parrish*, 300 US 379 (1937)).

suprême exerce un « contrôle renforcé » (*strict scrutiny*)²⁸⁹. Au lieu de seulement exiger du gouvernement qu'il dispose d'une base légitime pour interférer dans un droit, le juge lui impose de démontrer que la fin qu'il vise l'oblige à cette restriction. De plus, plutôt que d'établir seulement que cette ingérence constitue un moyen rationnel ou raisonnable de réaliser son objectif, le gouvernement doit apporter la preuve que cette ingérence est la voie nécessaire à la réalisation de celui-ci. Ainsi, et en ce qui concerne la législation des Etats, le XIV^e Amendement « fait interdiction absolue au gouvernement de porter atteinte (...) aux libertés « fondamentales », quelle que soit la procédure retenue, sauf si l'atteinte est étroitement liée à un besoin impérieux de l'Etat »²⁹⁰.

67. Le rapport de stricte correspondance qui existe dans ces pays entre constitutionnalité et fondamentalité ne se retrouve pas dans tous les ordres juridiques.

2. Absence de correspondance entre constitutionnalité et fondamentalité

68. En premier lieu, certains systèmes juridiques ne qualifient pas leurs droits constitutionnels de droits fondamentaux. Si dans nombre de pays, le pouvoir constituant a entendu mettre un certain nombre de droits hors de portée des pouvoirs constitués après la Seconde guerre mondiale²⁹¹, tous ne sont pas, loin s'en faut, qualifiés de droits fondamentaux ou de libertés fondamentales²⁹². Certaines Constitutions ignorent l'expression, et préfèrent désigner les droits et libertés bénéficiant d'une assise constitutionnelle par les expressions « Droits »²⁹³, « Libertés publiques et droits sociaux »²⁹⁴ ou encore « Droits et devoirs des citoyens »²⁹⁵.

69. En second lieu, des textes normatifs constitutionnels et internationaux prévoient expressément l'existence de libertés et droits fondamentaux infraconstitutionnels.

289 Le contrôle renforcé a fait son apparition dans la jurisprudence de la Cour suprême avec la célèbre *footnote* 4 de l'arrêt *United-States v. Carolene Products Company*, 304 US 144 (1938). Comme le souligne Mme Zoller, la jurisprudence *Carolene Products* a inauguré « la doctrine dite des « libertés privilégiées » (*preferred-freedoms doctrine*) selon laquelle le juge doit exercer un contrôle plus vigilant lorsque le législateur porte atteinte à des droits censés être de plus haute valeur morale que d'autres » (E. ZOLLER, *Grands arrêts* précités, p. 500).

290 *Reno v. Flores*, 507 US 302 (1993). A défaut, la loi est entachée d'inconstitutionnalité. Pour une application célèbre, voir *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973) : la Cour jugea que les lois pénales qui criminalisaient l'avortement portaient indûment atteinte au droit à la vie privée.

291 Voir L. FAVOREU, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux », in *Vers une nouvelle Europe ?*, Editions de l'Université de Bruxelles Etudes européennes, 1992, pp. 365-378, spé p. 365.

292 Voir F. MODERNE, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne », in *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.* pp. 35-84, spé p. 58.

293 La Constitution du Royaume de Belgique contient un titre 2 intitulé « Des belges et leurs droits » (articles 8 à 32).

294 2^{ème} partie de la Constitution hellénique du 9 juin 1975 (articles 4 à 25).

295 1^{ère} partie de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 (articles 13 à 54). L'expression « droit fondamental » est utilisée à une seule reprise, l'article 32 mentionnant que « La République assure la protection de la santé comme droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité ».

De nombreux instruments à vocation internationale ou régionale utilisent l'expression liberté fondamentale ou droit fondamental²⁹⁶. Certains textes en précisent à titre incident la source normative lorsqu'ils traitent de la question du droit à un recours juridictionnel. Ainsi, l'article 25.1 de la Convention américaine sur les droits de l'homme stipule que toute personne a droit à un recours simple et rapide destiné à la protéger « contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus *par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention* ». De même, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit que toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes « contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus *par la Constitution ou par la loi* ». Les deux textes reconnaissent donc l'existence de droits fondamentaux non seulement constitutionnels mais également conventionnels et législatifs²⁹⁷.

De même, l'existence de droits fondamentaux infraconstitutionnels est expressément prévue, en droit, par les Constitutions consacrant le principe de la « liste ouverte » en matière de droits fondamentaux²⁹⁸. Par hypothèse, adopter le principe de la liste ouverte revient, pour le constituant, à admettre l'existence de droits et libertés fondamentaux en dehors du texte constitutionnel. Au Portugal, par exemple, la Constitution du 2 avril 1976 comporte une première partie intitulée les « Droits et devoirs fondamentaux » (articles 12 à 79) et prévoit, en son article 16.1, que « les droits fondamentaux énoncés dans la Constitution n'en excluent aucun autre découlant des lois et des règles applicables du droit international ». Ainsi, l'énumération établie par le constituant ne prétend nullement à l'exhaustivité. Au contraire, comme l'a souligné M. Cardoso da Costa, alors président du Tribunal constitutionnel, le principe de la liste ouverte « dénote, non seulement, une conception de la catégorie des « droits fondamentaux » comme quelque chose de plus vaste que la catégorie des droits constitutionnels (c'est-à-dire, des droits formellement consacrés par le texte de la Constitution), mais encore,

296 La Charte des Nations Unies mentionne en son article 1^{er} le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La même formule se retrouve dans le Préambule, puis à l'article 13 sur les compétences de l'Assemblée générale, comme à l'article 55 sur la coopération économique et sociale internationale, à l'article 62 concernant le Conseil économique et social, ou à l'article 76 sur la tutelle. La convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités évoque dans son préambule les principes de droit international incorporés dans la Charte et notamment « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales par tous ». La notion de liberté fondamentale figure également dans l'intitulé de la convention de Rome du 4 novembre 1950 : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des *libertés fondamentales* (« *fundamental freedoms* », dans la version officielle en langue anglaise).

297 S'agissant de la Déclaration universelle des droits de l'homme, la référence aux libertés de source législative était justifiée par le fait que certains Etats – au premier rang desquels la Grande-Bretagne – ne disposaient pas d'une Constitution rigide. Sur l'origine de cette disposition et l'exposé des travaux préparatoires, voir D. WEISSBRODT, *The right to a fair trial under the Universal declaration of human rights and the international covenant on civil and political rights*, Martinus Nijhoff publishers, 2001, pp. 30-31 ; P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, pp. 18-25. En revanche, les Etats américains disposent tous d'une Constitution rigide et ont malgré tout admis, sans que cela soit lié, comme dans le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme, au particularisme de l'une des Hautes parties contractantes, l'existence de droits fondamentaux purement législatifs.

298 H. MOTA, « Le principe de la « liste ouverte » en matière de droits fondamentaux », in *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica PUAM, 1989, pp. 177-210.

il implique une caractérisation « matérielle » de cette première catégorie – qui semble pouvoir résider uniquement dans le caractère « essentiel » que la conscience juridique collective attribue à certains droits déterminés, en tant qu'exigence de la dignité même de la personne »²⁹⁹. Une acception identique de la notion prévaut dans certains pays d'Amérique latine³⁰⁰.

70. Ni en France, ni en droit comparé ne s'impose une définition claire, unique et univoque des libertés fondamentales. Pour délimiter le champ d'application du référé-liberté, le groupe de travail du Conseil d'Etat a choisi, sans la définir, une notion au contenu relativement indéterminé. Celle-ci sera reprise sans modifications par le Gouvernement dans le texte soumis à la discussion parlementaire. Durant l'examen du projet de loi, les parlementaires éprouveront une certaine perplexité face à cette notion. Ne parvenant ni même ne cherchant véritablement à la maîtriser, ils choisiront de laisser au juge le soin de la définir.

II. UNE NOTION NON DÉFINIE PAR LE LÉGISLATEUR

71. Le législateur n'a pas défini la notion de liberté fondamentale ni donné de réelles indications sur son contenu. Certains auteurs ont déploré l'absence de définition législative de la notion, estimant qu'elle constituait une lacune ou une « carence »³⁰¹ de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Pourtant, on doit considérer que l'absence de définition législative ne représente nullement une faiblesse pour la procédure du référé-liberté. En effet, en évitant de clore *a priori* son champ d'application, elle contribue à la souplesse dont les rédacteurs du texte voulaient doter cette procédure. Est en revanche contestable l'absence totale d'engagement des parlementaires pour cette notion. En effet, si la représentation nationale s'est abstenue de définir les libertés fondamentales ou de donner des indications sur cette notion, ce n'est pas par choix stratégique mais par facilité. C'est, tout simplement, parce que la notion embarrassait les parlementaires et même les dépassait, ne leur inspirant que doutes et circonspection, que ces derniers ont décidé de l'abandonner au juge. Paradoxalement, les réflexions sur la signification de l'expression liberté fondamentale seront davantage menées après le vote de la loi qu'au cours de sa discussion³⁰².

299 J.-M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport portugais », *AJJC* 1990/VI, VIII^e *Conférence des cours constitutionnelles européennes*, Ankara 7-10 mai 1990, p. 180.

300 Voir *supra*, § 44.

301 Voir, utilisant cette expression : M. CLEMENT, note sous CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la justice c/ Bunel*, *LPA* 16 novembre 2005, n° 228, p. 8. Marjolaine Fouletier a déclaré que l'on pouvait regretter, « eu égard aux pouvoirs du juge qui lui sont attachés, le manque de précision quant à la notion de libertés fondamentales » (M. FOULETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* 2000, p. 971).

302 L'absence de débat parlementaire explique pour partie l'importance des controverses doctrinales qui se sont déclenchées autour de cette notion. Le champ de la réflexion n'ayant pas été investi par le législateur, le débat devait avoir lieu en dehors des enceintes parlementaires. En s'abstenant de parti-

A. Un législateur absent

72. L'attitude des parlementaires face à la notion de liberté fondamentale est dou-blement critiquable.

73. Tout d'abord, les parlementaires n'ont pas manifesté de véritable intérêt pour cette notion. Alors même qu'elle conditionne le champ d'application de la nouvelle procédure, la notion de liberté fondamentale n'a pas, curieusement, suscité de débats devant le Parlement³⁰³. Les parlementaires se contentent *d'observer* que la notion existe dans le cadre de la voie de fait³⁰⁴ et que l'adjectif « fondamental » est présent dans la Constitution³⁰⁵. Ils déclarent également *s'interroger* sur la notion³⁰⁶. Pourtant, le législateur ne recherche pas les éléments d'information susceptibles d'apporter des réponses à ces interrogations. Lors des travaux préparatoires de la loi « a été ignoré non seulement ce qui avait pu être publié sur le sujet mais également le débat qui avait lieu, en 1990, devant le Parlement, lors de la tentative d'instauration d'un renvoi, par les juridictions ordinaires, des questions préjudicielles de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, au cas d'atteinte aux « droits fondamentaux » »³⁰⁷.

74. Déconcertante, également, est la façon dont le Parlement a conçu l'exercice de sa fonction législative relativement à cette notion. Alors que les parlementaires avaient tout loisir pour modifier, préciser ou remplacer la notion proposée par le groupe de

ciper à la réflexion et en ne donnant pas la moindre indication sur la notion, les parlementaires ont en effet ouvert un espace de controverse dans lequel n'ont pas manqué de s'engouffrer les auteurs. Ce phénomène est relativement courant. Comme l'avait observé Chaïm Perelman, « la plupart du temps, les questions qui font l'objet d'une controverse juridique n'ont pas fait l'objet d'un débat au Parlement, ou ont donné lieu à un compromis qui laisse non résolus les problèmes les plus délicats » (C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (1979), rééd. Bibliothèque Dalloz, 1999, p. 54).

303 Cette attitude de retrait ne s'observe d'ailleurs qu'à l'égard de la seule notion de liberté fondamentale, les autres dispositions du projet de loi ayant quant à elles donné lieu à des débats nourris au sein des assemblées.

304 M. Sutour relevait ainsi que « Ce concept n'est certes pas nouveau dans notre droit puisque l'atteinte portée à une liberté fondamentale constitue l'un des éléments caractérisant la voie de fait » (*JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865). Le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale formulait une remarque identique : « On relèvera que la notion de liberté fondamentale apparaît à plusieurs reprises dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits à propos d'actes constitutifs de voie de fait » (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 41).

305 M. Garrec « a observé que le terme « fondamental » était rarement utilisé en droit public français, même s'il figurait dans la Constitution » (Commission des Lois du Sénat, « Examen du rapport de M. René Garrec sur le projet de loi n° 269 relatif au référé devant les juridictions administratives », 12 mai 1999, www.senat.fr, p. 2).

306 « Cette expression suscite une véritable interrogation de ma part », déclarait Jean-Jacques Hiest en séance (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3742). De même, Simon Sutour estime qu'« On peut s'interroger sur la notion de libertés fondamentales » (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3749). Pour sa part, François Colcombet affirme que « Le recours à la notion de « liberté fondamentale » n'est pas sans susciter d'interrogations » (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 41).

307 L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1739. Sur ce projet de réforme, voir J. ROBERT, « La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et réformes », *RDP* 1989, pp. 1255-1285 ; dossier de la *Revue française de droit constitutionnel* n° 4, 1990, « L'exception d'inconstitutionnalité », pp. 579-671.

travail, ils ont paru considérer d'emblée qu'ils n'étaient pas habilités à le faire. Au cours des travaux, ils relèvent que la notion est imprécise et qu'elle n'a pas été définie en amont du processus législatif. Ainsi, M. Garrec indique que « La notion de « liberté fondamentale » conditionne le champ d'application du référé-injonction. Or, ni dans le dispositif du projet de loi, ni dans l'exposé des motifs, ni dans l'étude d'impact, ne figure une définition des libertés fondamentales que le juge pourrait invoquer pour justifier une injonction adressée à l'administration »³⁰⁸. Le rapporteur souligne que le groupe de travail du Conseil d'État a hésité entre deux formules de référé-injonction : la protection des libertés fondamentales ou la protection de l'ensemble des droits et libertés. Il relève que « La première solution a été retenue sans que le groupe de travail n'explique ce qu'il entendait par « *liberté fondamentale* » »³⁰⁹. Certains parlementaires le déplorent et affirment ne pas apprécier cette notion du fait justement de son imprécision³¹⁰. Pour autant, ils ne vont pas plus loin. Dans un rôle comparable à celui d'une chambre d'enregistrement, le Parlement se contente d'observer et de critiquer mais se refuse à agir et à décider. Alors que l'avant-projet de loi et le projet de loi constituent seulement un cadre de départ à partir duquel devaient s'engager les débats, les parlementaires semblent considérer le rapport du groupe de travail et l'initiative gouvernementale comme des textes définitifs et intangibles ne pouvant être – du moins sur ce point – ni précisés ni modifiés. Ils éprouvent un sentiment d'insatisfaction face à cette notion mais nul ne songe un seul instant, ne serait-ce que pour en discuter le principe, à préciser le texte, à substituer à la notion de liberté fondamentale une notion qui leur conviendrait davantage³¹¹ ni à donner au juge des indications qui le guideront dans sa mise en œuvre.

B. Des indications parcellaires

75. Lors des travaux préparatoires, il n'a jamais été question d'introduire dans la loi une définition des libertés fondamentales³¹². Il est vrai que ce procédé n'est pas dans les usages du législateur français³¹³. Si elle présente des avantages indéniables en terme

308 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 54.

309 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 53. Souligné.

310 M. Hyeat déclarait ainsi : « Personnellement, je n'aime pas beaucoup cette nouvelle notion juridique de « libertés fondamentales », qui est imprécise » (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3743).

311 Certes, le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale évoquera bien la question en première lecture : « Pourquoi ne pas avoir retenu les mêmes termes que ceux employés pour le sursis d'extrême urgence qui permet au représentant de l'État de demander le sursis à exécution d'un acte d'une collectivité territoriale susceptible de « *compromettre l'exercice d'une liberté individuelle ou publique* » » (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 41). Toutefois, cette interrogation n'est pas suivie d'une réponse. Elle ne s'accompagne pas davantage d'une proposition alternative qui aurait eu pour objet de remplacer la notion de liberté fondamentale par celle de « liberté publique ou individuelle ».

312 Tout au plus relève-t-on que M. Hyeat a « failli déposer un amendement » sur cette notion (*JO déb. Sénat*, CR séance du 8 juin 1999, p. 3742). Faute d'indications fournies par l'intéressé, on ne peut déterminer si son intention était de préciser la notion ou de la remplacer.

313 De manière générale, on observe que « par rapport à la multitude des concepts et des vocables qu'ils utilisent, les textes français comportent peu de définitions » (J.-L. BERGEL, « Importance, opportunité et rôle des définitions législatives dans les textes législatifs et réglementaires », *RRJ* 1987/4,

de clarté et de prévisibilité du droit³¹⁴, la définition légale tend en revanche à figer le sens d'une notion et, utilisée à mauvais escient, peut devenir un véritable carcan faisant obstacle à toute possibilité d'évolution du droit. En ce qui concerne la notion de liberté fondamentale, fournir une définition conceptuelle ou tenter d'établir une nomenclature exhaustive aurait constitué une entreprise délicate risquant de faire perdre à cette notion la souplesse et la malléabilité qui la caractérisent³¹⁵.

76. S'abstenant de définir la notion, le législateur a également refusé de guider le juge dans sa mise en œuvre³¹⁶. Aucune indication précise n'a été fournie à ce sujet par les parlementaires³¹⁷. Il ressort des travaux préparatoires des questionnements laissés sans réponse, des remarques d'ordre très général et parfois même des déclarations contradictoires. Notamment, des affirmations diamétralement opposées ont été soutenues au sujet de l'existence d'une différence entre, d'une part les libertés publiques au sens de l'article 34 de la Constitution et les libertés publiques et individuelles au sens du déféré-liberté, et d'autre part les libertés fondamentales au sens du référé-liberté. Alors que le garde des Sceaux défendait l'identité ou l'assimilation des notions³¹⁸,

p. 1134). En dehors du domaine pénal, aucune disposition constitutionnelle n'impose au législateur de définir les notions qu'il utilise. En principe, « l'opportunité et la mesure de la définition est laissée à l'appréciation du législateur qui dispose d'une entière liberté » (S. BALIAN, *Essai sur la définition dans la loi*, thèse Paris II, 1986, p. 14). Si le Parlement ne répugne pas à utiliser cette faculté en droit privé (voir G. CORNU, « Les définitions dans la loi », *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 77-92), il ne le fait que rarement en droit public et le plus souvent pour les notions secondaires (voir A. BALDOUS et J.-P. NEGRIN, « L'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif », *RRJ* 1987/4, pp. 1045-1050, spé pp. 1047-1048).

- 314 « De la part du législateur, souverain, elle est un choix de clarification » (G. CORNU, *op. cit.*, p. 78). Elle permet « d'apporter aux termes légaux des critères de mise en œuvre simples et sûrs ; c'est à cette condition que l'application de la loi est garantie : la définition légale combat l'ambiguïté » (S. BALIAN, *op. cit.*, p. 201).
- 315 Comme l'a souligné M. Bergel, « un concept défini par la loi est moins malléable qu'un concept non défini » (J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 1125).
- 316 Cette situation contraste avec le souci d'extrême précision dont ont témoigné les parlementaires sur d'autres dispositions du projet, allant jusqu'à s'adresser directement aux organes d'application de la loi. Par exemple, M. Montebourg a affirmé que la procédure du référé-liberté « ne doit pas porter préjudice – je dis cela pour les lecteurs de nos travaux et les utilisateurs de ce texte – à la notion de voie de fait » (*JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10941).
- 317 Pourtant, en 1990, le législateur constitutionnel avait indiqué de manière précise ce que recouvrait la notion de « droit fondamental reconnu à toute personne par la Constitution » et établi une liste indicative des droits relevant de cette catégorie (voir M. SAPIN, Rapport n° 1288 sur le projet de loi constitutionnel instituant un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, pp. 61-63 ; voir également l'intervention du garde des Sceaux Pierre Arpaillange : *JO déb. AN*, CR séance 24 avril 1990, p. 595).
- 318 Le ministre de la Justice indiquera aux sénateurs, lors de la présentation du projet de loi, que « La notion de liberté fondamentale renvoie (...) à l'article 34 de la Constitution, qui confie au législateur le soin de fixer les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » » (E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3738). Par ailleurs, et s'agissant cette fois de l'expression liberté publique ou individuelle, Mme Guigou affirmera que le référé-liberté protège « les mêmes libertés » que le déféré-liberté (*op. cit.*, p. 3739). Une présentation identique fut donnée devant l'Assemblée nationale (*JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10931).

plusieurs parlementaires ont au contraire souhaité clairement les différencier³¹⁹.

En séance, aucun éclaircissement ne fut véritablement donné sur la notion de liberté fondamentale. Parmi les rares déclarations consacrées à cette notion, deux d'entre elles doivent être mentionnées. D'une part, M. Sutour semble faire référence à la Constitution en affirmant, avec un optimisme certain, que « notre droit public recèle tous les éléments de réponse pour les définir conformément aux fondements de notre République »³²⁰. D'autre part, Robert Bret appelle à une définition large du champ d'application du référé-liberté en déclarant que cette procédure « aura d'autant plus d'efficacité que les magistrats interpréteront de façon extensive la notion de liberté fondamentale »³²¹.

77. Mais, pour l'essentiel, les rares indications données au cours des travaux parlementaires doivent être recherchées dans les écrits, souvent hésitants, des rapporteurs du projet de loi.

Dans le rapport sénatorial, M. Garrec débute par une définition négative des libertés fondamentales ou, plus précisément, donne deux exemples de droits et libertés ne relevant pas de cette catégorie. Il indique en effet que « Le référé-injonction sera limité aux situations d'atteinte à une liberté fondamentale, ce qui exclut les litiges relatifs à divers droits des citoyens (par exemple le droit d'obtenir une licence pour un débit de boisson ou le droit de concourir à un examen, dès lors qu'on remplit les conditions) »³²². Ainsi, les droits d'importance secondaire n'entrent pas dans le champ d'application de cette procédure. M. Garrec rappelle ensuite les étapes de formation du bloc de constitutionnalité et le contenu de ce dernier. Il évoque « Le mouvement de constitutionnalisation des libertés et droits fondamentaux » – expression laissant supposer que des libertés et droits fondamentaux existaient avant que ne débute ce mouvement et se trouvaient, nécessairement, à un niveau infra-constitutionnel. Il existe, à la suite de ce mouvement, « une énumération, qui n'est pas exhaustive, des libertés auxquelles le Conseil a conféré valeur constitutionnelle »³²³. Cette énumération, indiquait-il,

319 M. Hysté a ainsi voulu marquer la différence entre la notion de liberté fondamentale et la notion de liberté publique : « Vous avez rappelé, madame la ministre, l'article 34 de la Constitution : il s'agit des garanties fondamentales en matière de libertés publiques. Garanties fondamentales et libertés fondamentales, ce n'est pas la même chose ! » (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3742). De même, M. Sutour a tenu à différencier les libertés fondamentales et les libertés publiques ou individuelles, affirmant que la notion de liberté fondamentale était « apparemment différente de celle de liberté publique ou de liberté individuelle » (*JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, *JO déb. Sénat*, CR, p. 865). Dans le même sens, M. Colcombet a indiqué qu'« Il s'agit de deux domaines très voisins, mais qui ne se recouvrent pas exactement, celui des libertés publiques et celui des libertés fondamentales » (*JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, p. 3161).

320 S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3749.

321 R. BRET, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3751.

322 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 53.

323 Pour René Garrec, « Les libertés classiques constitutionnalisées sont : la liberté d'association, le droit à la vie et la liberté de disposer de son corps, la liberté individuelle, la protection de la vie privée, la liberté d'enseignement, la liberté de conscience, la liberté d'aller et venir, corollaire de la liberté individuelle, le droit d'asile, les droits de la défense en matière non pénale, le droit d'agir en justice, la liberté d'expression, le droit de propriété, la liberté de communication, la liberté de la presse, le droit de vote

« démontre que la notion de liberté est indissociable de la notion de droit. L'expression consacrée « *libertés et droits fondamentaux* » ne semble pas pouvoir être scindée en libertés fondamentales d'un côté, droits fondamentaux de l'autre. Dès lors, quelle sera la position du juge face à une atteinte aux droits économiques et sociaux ? Le fait que le Conseil constitutionnel leur ait reconnu valeur constitutionnelle justifie-t-il *a priori* de les considérer comme des libertés fondamentales susceptibles d'être protégées au moyen d'injonctions adressées à l'administration par le juge du provisoire ? »³²⁴. Le rapporteur n'apportera pas de réponse à cette question, se contentant seulement de s'interroger sur l'attitude qu'adoptera le juge dans une telle hypothèse. A cet égard, on peut se demander si le rôle du législateur consiste véritablement à esquisser des problématiques sans y apporter d'éléments de réponse, à s'interroger sur les solutions qu'adopteront les organes d'application de la loi sans les guider dans sa mise en œuvre. Organe de délibération, le Parlement est aussi un organe de décision.

Un même constat s'impose à la lecture du rapport de François Colcombet. S'interrogeant sur ce que recouvre « précisément » la notion de liberté fondamentale, le rapporteur commence par dresser une liste de libertés constitutionnelles : « Il semblerait que la notion de liberté fondamentale englobe la liberté individuelle, mais aussi les libertés publiques, nombre d'entre elles ayant une valeur constitutionnelle selon la jurisprudence dégagée par le Conseil constitutionnel depuis sa décision de principe du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association ». Il rappelle alors « que sont constitutionnellement reconnues, la liberté individuelle, le respect de la personne humaine, la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et d'opinion, la liberté de l'enseignement, la liberté de communication audiovisuelle, la liberté de la presse, la liberté d'association, la liberté des partis et groupements politiques ou encore la liberté syndicale et la liberté d'entreprendre »³²⁵. Il clot son analyse par des interrogations sur l'attitude qu'adoptera le Conseil d'Etat : « On peut aisément imaginer que le juge administratif considérera l'ensemble de ces libertés constitutionnelles comme « fondamentales ». De même tiendra-t-il probablement compte de la conception des libertés qu'il a dégagée au fil de sa jurisprudence sur les principes généraux du droit »³²⁶. Dans une démarche purement prospective, M. Colcombet s'efforce de percer les traits de la future jurisprudence. Loin de guider le juge dans la mise en œuvre de la loi, il se demande seulement ce que celui-ci fera de la notion de liberté fondamentale.

Il est tout à fait discutable, pour le législateur, d'avoir considéré d'emblée que la notion de liberté fondamentale ne lui appartenait pas. Le Parlement n'a pas *confié* la notion au juge ; il l'a lui a immédiatement *abandonnée*. Précisons, là encore, que le résultat – à savoir le renvoi de la notion au juge et la définition jurisprudentielle de son contenu – n'est pas contestable. Seule l'est la façon dont le législateur y est parvenu. Les parlementaires ont considéré, curieusement, que la notion se trouvait d'ores et déjà entre les mains du Conseil d'Etat et qu'ils ne pouvaient, tout au plus, que se livrer à des

et l'éligibilité, le principe de non-rétroactivité des lois prévoyant des sanctions même non pénales » (Rapport Sénat n° 380, p. 54).

324 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 54.

325 F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 41.

326 F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 41.

interrogations sur le sort que celle-ci allait connaître dans la jurisprudence administrative. Cette solution, acquise par dépit davantage que par choix stratégique, traduit une absence d'intérêt pour la notion.

78. Au final, le Parlement n'a pas fourni la moindre indication sur le sens de cette expression. Comme l'indique Eric Sales, « le législateur n'a pas pris la peine d'apporter une quelconque précision en la matière »³²⁷. Désarmé face à une notion qui lui échappait et qu'elle n'a pas voulu s'approprier, la représentation nationale a renvoyé au juge le soin d'en déterminer les contours. Ainsi associé à l'élaboration de la loi, le juge est chargé de déterminer le contenu de la notion de liberté fondamentale.

C. Une notion confiée au juge

79. Faute de précisions fournies par les parlementaires sur la notion de libertés fondamentales, le président de la Commission des Lois du Sénat « a constaté que la jurisprudence aurait à les définir, comme elle a eu à définir l'ordre public, le bon père de famille ou le mineur capable de discernement »³²⁸. Mais, le plus souvent, le renvoi au juge a été implicite : l'absence d'indications sur la notion commande implicitement mais nécessairement une définition jurisprudentielle de son contenu³²⁹. On relèvera que le renvoi au juge d'une notion embarrassante n'a rien d'inhabituel. Il est même fréquent que le Parlement emploie une notion singulièrement imprécise et indéterminée, contenue dans un texte préparé par une administration gouvernementale ou un groupe d'experts, et en appelle expressément au juge pour en clarifier le sens³³⁰. Lorsqu'en

327 E. SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDP* 2004, p. 220. Les éléments les moins incertains sont les suivants. Tout d'abord la liberté fondamentale n'est pas une norme quelconque – elle ne comprend pas des droits *a priori* non essentiels comme le droit d'obtenir une licence pour un débit de boisson ou le droit de concourir à un examen – et elle doit être définie conformément aux fondements de notre République. Ensuite, il existe un lien très fort entre les libertés fondamentales et la Constitution, sans que cette dernière apparaisse pour autant comme la source exclusive des libertés. De plus, des « droits » peuvent être assimilés à des « libertés ». Enfin, le juge est invité à interpréter largement cette notion.

328 J. LARCHE, « Compte-rendu de l'examen du rapport », 26 mai 1999, www.senat.fr, p. 7.

329 La question a également été abordée de façon incidente à propos de la détermination de la juridiction compétente pour connaître des appels formés contre les ordonnances de référé-liberté. Les députés défendaient le principe d'un appel devant les cours administratives d'appel, les sénateurs souhaitaient que cette voie de recours relève du Conseil d'Etat. Cette dernière position était notamment défendue par M. Sutour, qui mettait en avant l'intérêt d'une telle solution en terme d'unification immédiate de la jurisprudence : « je pense effectivement préférable que l'appel en matière de référé liberté, dont le principe est désormais acquis, soit porté devant le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat dans la mesure où cela devrait permettre, au moins dans un premier temps, d'unifier la jurisprudence en la matière. A cet égard, on observera que l'on s'était interrogé sur la notion de liberté fondamentale, apparemment différente de celle de liberté publique ou de liberté individuelle. Ce concept n'est certes pas nouveau dans notre droit puisque l'atteinte portée à une liberté fondamentale constitue l'un des éléments caractérisant la voie de fait. Il peut toutefois paraître mieux indiqué de s'en remettre au Conseil d'Etat pour cerner de façon harmonieuse cette notion qui est désormais au cœur de la nouvelle procédure » (S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865).

330 Voir D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, p. 139.

1982, le législateur institue la procédure du déféré-liberté, il laisse au juge le soin de définir la notion de « liberté publique ou individuelle ». En l'absence de définition de la notion, « Le rôle du juge devient alors prépondérant »³³¹.

80. En opérant ce choix dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le législateur a abandonné la notion de liberté fondamentale au juge, et cela de manière définitive. Depuis la loi du 1^{er} avril 1837 qui a supprimé le référé législatif, « l'auteur d'une loi est comme le testateur : dès qu'elle est mise en vigueur, il ne peut plus rien dire : il est comme mort »³³². Le législateur n'ayant pas restreint la notion par une définition – ce dont il convient de se féliciter –, les tribunaux sont chargés de donner son sens au texte et à la notion de liberté fondamentale sa consistance. En effet, de manière générale, « c'est au juge qu'il appartient de définir les termes de la loi, notamment ceux qui figurent dans l'hypothèse légale, quand le législateur ne l'a pas fait lui-même »³³³. Concernant le référé-liberté, « Comme le législateur a fait preuve de prudence en ne définissant pas la notion, toute la tâche revient au juge administratif qui doit, au fil des espèces, tisser la toile des « libertés fondamentales » »³³⁴.

SECTION 2. UNE NOTION JURIDIQUE ENTRE LES MAINS DU JUGE

81. N'ayant pas été définie par le législateur, la notion de liberté fondamentale devait nécessairement l'être par le juge. Cette opération constitue en effet, pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, une étape dont il ne pouvait faire l'économie. Pour pouvoir mettre en œuvre la procédure du référé-liberté, il était au préalable indispensable d'interpréter la notion de liberté fondamentale, c'est-à-dire de déterminer le sens ou la signification de cette expression. Comme l'a indiqué Kelsen, l'interprétation « est un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit »³³⁵. Il s'agit d'un préalable indispensable

331 P.-J. BARALLE, *Les sursis à exécution devant les juridictions administratives*, thèse Lille 2, 1993, p. 70.

332 P. MALAURIE, « L'effet pervers des lois », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*. Ecrits en hommage à Gérard Cornu, PUF, 1994, p. 310.

333 F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob 1997, p. 52. Voir également J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 109 : « Quand les textes ne comportent pas de définitions ou ne donnent que des définitions insuffisantes, c'est au juge qu'il appartient, au nom de son pouvoir d'interprétation des lois et règlements, de fixer le sens des mots et de donner aux concepts leur définition ».

334 L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 19.

335 H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1960), 2nd éd., trad. C. EISENMANN, LGDJ Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 335. Par lui-même, l'énoncé législatif n'est qu'une « enveloppe verbale partiellement vide » (C. EISENMANN, « Jurisdiction et logique (selon les données du droit français) »,

à l'application de toute notion juridique, que son sens soit obscur ou prétendument « clair »³³⁶. L'interprétation « est, dans l'expérience juridique, le préalable nécessaire à la préhension intérieure – à la compréhension – des normes juridiques exprimées par le législateur et à leur pratique, à leur utilisation »³³⁷. Autrement dit, « Le texte fourni par le législateur est à l'état de latence, il doit être interprété pour pouvoir être appliqué. La loi ne saurait donc se suffire à elle-même, elle nécessite toujours l'intervention d'un magistrat »³³⁸.

82. Pour que l'article L. 521-2 puisse s'appliquer, la notion de liberté fondamentale devait d'abord être interprétée. Quelle est, à cet égard, la marge de liberté dont dispose le Conseil d'Etat dans la détermination du sens de cette notion ? Existe-t-il une

in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 501). Il requiert, pour s'épanouir et prendre forme, l'intervention d'un juge. Il est nécessaire que sur les textes viennent « se broder une interprétation jurisprudentielle » (A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, 1^{ère} éd., LGDJ, 1953, p. 29).

336 D'après une opinion couramment répandue, l'interprétation ne serait nécessaire que lorsqu'un texte est obscur ou équivoque. Autrement dit, il appartiendrait au juge d'opérer une distinction entre les énoncés immédiatement compréhensibles et ceux dont la signification ne serait pas immédiatement perceptible. Seuls les seconds mériteraient d'être interprétés, les premiers devant être purement et simplement appliqués. *Interpretatio cessat in claris*, affirme-t-on comme pour donner plus de force à l'assertion, par une formule n'ayant de latine que la formulation mais nullement l'origine (voir Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse Paris, 1988, p. 373). La doctrine a consacré cette position sous le nom de théorie de l'acte clair. La Cour de cassation elle-même a affirmé qu'un texte clair et précis ne doit pas être interprété mais purement et simplement appliqué (Civ. 22 novembre 1932, *D.H.* 1933, 2, cité par D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 236, 1994, p. 29).

La fausseté de la théorie de l'acte clair a été dénoncée. Comme le fait remarquer Michel Troper, « Le texte doit toujours faire l'objet d'une interprétation et pas seulement s'il est obscur » (M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 75). En effet, « on ne peut pas affirmer qu'un texte est clair sans reconnaître qu'on connaît son sens, donc qu'on l'a déjà interprété. Par conséquence, même les textes réputés clairs ont déjà été interprétés » (*ibid.*). Dans le même sens, Michel van de Kerchove affirme qu'« Il n'existe pas de textes clairs dont le sens serait « en soi » manifeste ou évident », car cette thèse « suggère qu'il existerait des textes qui seraient clairs « en eux-mêmes », ou en raison de leurs termes mêmes. Au regard des théories contemporaines du langage et de l'interprétation, une telle prétention peut paraître naïve et illusoire » (M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (M. VAN DE KERCHOVE dir.), Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 19). Reposant sur la dichotomie acte clair/acte obscur, cette théorie « passe sous silence le fait que la clarté comme l'obscurité n'existent pas « en soi », mais sont des notions relatives, qui s'apprécient en fonction d'un contexte donné » (Y. PACLOT, *op. cit.*, p. 373). De la sorte, se trouve disqualifiée toute tentative visant à présenter la notion de liberté fondamentale sous les traits d'une notion « claire » et qui n'appellerait, par conséquent, aucune interprétation. Même en considérant, envers et contre tout, la notion de liberté fondamentale comme une notion claire, elle ne pourrait pas être purement et simplement appliquée mais devrait nécessairement, au préalable, être interprétée. Comme l'a indiqué le professeur Pacteau, « il n'est pas de texte, fut-il en apparence le plus simple et le plus précis, qui n'appelle une interprétation des juges chargés de son application, et sur lequel ne se forme donc une jurisprudence qui va en fixer le sens » (B. PACTEAU, « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », *RA* 1999, numéro spécial 6, p. 71-72).

337 P. AMSELEK, « L'interprétation à tort et à travers », *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, p. 12.

338 D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle...*, *op. cit.* p. 33.

conception qui, se dégageant du droit positif ou de la science du droit, s'imposerait à lui – juridiquement ou logiquement ? Est-il, au contraire, entièrement libre de déterminer le sens de cette notion ?

83. La question renvoie à un débat plus large sur la nature et les contraintes de l'acte d'interprétation³³⁹. Deux grandes écoles s'affrontent sur la nature de l'acte d'interprétation. Pour les uns, l'interprétation est un acte de connaissance ; pour les autres elle est un acte de volonté. Michel Troper résume ainsi les termes du débat : « interpréter, c'est *indiquer* la signification d'une chose ou c'est *déterminer* la signification de cette chose »³⁴⁰. Il s'agit, dans le premier cas, de révéler ou d'éclairer le sens que possède intrinsèquement une proposition³⁴¹ et, dans le second, de conférer ou d'attribuer un sens à une proposition qui en est dépourvu³⁴². « La première définition repose sur le présupposé qu'il est possible de connaître le sens, que l'interprétation est une fonction de la connaissance, la seconde qu'elle est une fonction de la volonté »³⁴³.

On a cru pendant longtemps, sous l'influence notamment de l'École de l'exégèse³⁴⁴, que l'interprétation était un acte de pure connaissance, une activité de description de normes. Selon cette conception, chaque mot est pourvu d'une signification objective ou intrinsèque. Il appartient aux tribunaux de la découvrir en se gardant de tout rôle créateur³⁴⁵. Cette approche est séduisante de par son apparente rigueur objective ; elle

339 Les questions relatives à l'interprétation sont au cœur de la réflexion des auteurs contemporains de théorie du droit. Comme l'a relevé M. Amselek, il s'est produit « au cours de ces dernières décennies ce qu'on a appelé le « tournant interprétatif » (*interpretive turn*) », à partir duquel l'interprétation en droit « est passée au centre même des recherches et réflexions de la théorie juridique (...) » (P. AMSELEK, « La teneur indéçise du droit », *RDP* 1991, p. 1201). Le nombre, l'importance et la richesse des travaux consacrés à la question attestent de l'ampleur du phénomène. Cf. parmi une littérature des plus abondantes : P. WACHSMANN, « La volonté de l'interprète », *Droits* 1999/28, pp. 29-45 ; *Interprétation et droit* (P. AMSELEK dir.), Bruylant, 1995, 245 p. ; *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (M. VAN DE KERCHOVE dir.), Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, 558 p. ; *APD* t. 17, *L'interprétation dans le droit* ; L. PATRAS, *L'interprétation en droit public interne*, T. et A. Joannides, 1962, 380 p. ; Association Henri Capitant, *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Economica, 1980 ; *Lire le droit. Langue, texte, cognition* (D. BOURCIER et E. MACKAAY dir.), LGDJ, coll. Droit et société, 1992, 486 p. ; *L'interprétation constitutionnelle* (F. MELIN-SOUCRAMANIEN dir.), Table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel, Bordeaux, 15-16 octobre 2004, Dalloz, 2005, 248 p.

340 M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 69. Souligné.

341 M. de Béchillon indique que « dans son acception la plus classique, mais aussi la moins discutable, l'action d'interpréter se rapporte au fait de *découvrir* un sens dans une proposition » (D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 122. Souligné).

342 Pour M. Guastini, « interpréter n'est pas décrire, mais décider la signification des texte normatifs » (R. GUASTINI, « Interprétation et description de normes », in *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, p. 101).

343 M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 69.

344 Voir H. RABAULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, 371 p.

345 Selon la formule de Montesquieu, « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi » (*De l'esprit des lois*, 1748, Livre XI, chapitre 6). L'activité de l'interprète est purement descriptive. Elle consiste à établir la signification d'un énoncé en appliquant des *méthodes* d'interprétation. Le sens d'une proposition préexiste à l'interprétation ; il est objectif, immanent au texte, et extérieur au lecteur qui se borne à le constater. Dès lors, il est possible de porter un jugement juridique

est toutefois inexacte. Il n'y a en effet ni sens vrai (en logique)³⁴⁶ ni règles d'interprétation (en droit)³⁴⁷. L'interprétation ne peut donc être assimilée à un acte de stricte connaissance. Pour autant, l'interprétation n'est pas un acte arbitraire. En réalité, « Il y a toujours création et contraintes ; on ne comprend rien à l'interprétation si on la pense comme pure création (fantasme du « gouvernement des juges »), ou si on la réduit à un réseau de contraintes (fantasme opposé, mais finalement solidaire du premier, du « juge-bouche-de-la-loi ») »³⁴⁸.

Comme l'a indiqué Kelsen, « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur du droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance »³⁴⁹. L'acte d'interpréter tient à la

sur la valeur d'une interprétation. Si les règles interprétatives s'imposent au juge, on peut mesurer ses décisions au regard de critères objectifs. Une interprétation s'apprécie alors sur le terrain de la validité : elle est « vraie » ou « fausse ».

346 Il n'y a pas de sens objectif ; « les énoncés interprétatifs ne sont pas des énoncés du langage descriptif : ils ne peuvent être ni vrais, ni faux » (R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 98). Affirmer qu'il existe un seul et unique sens, qui serait contenu dans le texte lui-même, constitue « une fausse croyance, tout à fait discréditée chez les spécialistes de linguistique, de philosophie du langage, de philosophie de la science, etc. – et, à vrai dire, chez les juristes aussi. Le sens (la signification) n'est pas une chose incorporée dans les mots. Le sens de chaque expression linguistique est une variable qui dépend justement de l'usage et de l'interprétation. On ne peut pas expliquer autrement soit les changements dans le sens d'un mot, soit les controverses entre les interprètes. Cela veut dire qu'il n'y a pas une, et une seule, signification susceptible d'une simple vérification empirique » (R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 97). Les notions légales n'ont pas un contenu ni un sens prédéterminés qu'il suffirait de retrouver. Comme l'affirme Michel Troper, il est absurde de qualifier une interprétation authentique de « fausse » ou d'inexacte, car « il n'existe pas d'interprétation « vraie » à laquelle on puisse la comparer. Une telle affirmation exprime seulement la prétention de son auteur à ériger sa propre interprétation en standard de référence, et se rattache nettement à une idéologie de Droit naturel dans la mesure où elle vise à créer des normes extra-juridiques pour fonder ou nier la validité des normes juridiques » (M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, p. 135). Il n'est pas rare d'assister à un tel écueil concernant la notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2, les auteurs disqualifiant la position du juge administratif ou la critiquant au seul motif qu'elle ne correspond pas à leur propre définition – doctrinale – des libertés fondamentales.

347 Il n'existe pas à proprement parler de véritables « règles » d'interprétation. A la question de savoir si les méthodes d'interprétation constituent pour le juge de « simples conseils fondés en raison » ou au contraire des « prescriptions juridiquement sanctionnées », M. Paclot apporte une réponse qui clôt définitivement le débat. Aux termes d'une analyse exhaustive de l'ensemble des sources du droit, il relève qu'en dehors du domaine pénal, « l'activité interprétative du juge n'est soumise à aucune règle obligatoire » (Y. PACLOT, thèse précitée, p. 170). En droit strict, il n'existe pas de critères obligeant à retenir une interprétation unique ou privilégiée d'un texte donné. Il existe tout au plus des *directives* d'interprétation, ensemble de prescriptions, conseils et recommandations prétendant simplement influencer l'activité interprétative. Ces directives ont une portée persuasive et non contraignante (voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, pp. 135-153). Ces directives jouent « à l'égard du droit le rôle de la boussole à l'égard du pôle » (P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, LGDJ, 1926, cité par C. CHARLES, *Le juge administratif, juge administrateur*, thèse Toulouse I, 2003, p. 163), indiquant au juge la direction à suivre mais n'y obligeant point.

348 F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 136.

349 H. KELSEN, *op. cit.*, p. 340. « Si l'on entend par « interprétation » la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là reconnaissance de plusieurs

fois à la connaissance (celle-ci permet de tracer le cadre à l'intérieur duquel devront se tenir les choix de l'interprète) et à la volonté (celle-ci permet de choisir entre les différents partis qu'offre l'énoncé à interpréter). Le *choix* du juge s'exerce à l'intérieur du cadre esquissé par l'interprétation à base de connaissance. L'acte de volonté intervient à la suite d'un acte de connaissance, qui a rassemblé et mis en exergue les différentes significations envisageables pour un texte donné au regard des contraintes juridiques et logiques applicables³⁵⁰. La première contrainte réside dans les termes mêmes utilisés par le législateur : « le texte interprété impose des restrictions à ses interprètes »³⁵¹. Les notions légales comportent un nombre de sens qui peut être élevé mais qui n'est pas infini. Le juge ne peut donner à une notion un sens qui n'aurait pas de rapport avec les termes retenus. Dans une perspective systémique, le juge sera également sensible à la cohérence du système juridique dans lequel il intervient³⁵². Ainsi, Le juge recueille et met à jour les différentes significations envisageables. L'acte d'interpréter tient, à ce titre, à la connaissance. Elle « est aussi un acte de volonté. La pluralité des éléments pris en compte par l'interprète le conduit à opérer des choix ou des dosages. A cet égard, il dispose d'une marge d'appréciation plus ou moins grande »³⁵³. Le choix, entre les différentes possibilités résultant de l'interprétation à base de connaissance, relève alors de la politique juridique. Pour Kelsen, « La question de savoir laquelle des possibilités

possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre. Alors l'interprétation d'une loi ne doit pas nécessairement conduire à une décision unique tenue pour la seule exacte ; il est possible qu'elle conduise à plusieurs décisions qui sont toutes d'égale valeur – dans la mesure où l'on prend pour étalon de valeur uniquement la loi à appliquer –, bien qu'une seule d'entre elles devienne droit positif par l'acte de l'organe d'application du droit, en particulier du tribunal » (H. KELSEN, *op. cit.*, p. 338).

- 350 P.-A. COTE, « L'interprétation de la loi, une création soumise à des contraintes », in *Livre le droit. Langue, texte cognition* (D. BOURCIER et E. MACKAAY dir.), LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 133 s ; G. KALINOWSKI, « L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques », *APD* t. 30 La jurisprudence, 1985, pp. 171-180. Les règles logiques sont « les règles d'accomplissement des tâches intellectuelles discursives, notamment les tâches de diviser, de définir et d'inférer, nécessitées par l'œuvre incombant à l'interprète du droit » (G. KALINOWSKI, *op. cit.*, p. 171).
- 351 U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, Le livre de poche, coll. Biblio/Essais, 1992, p. 17, cité par P. WACHSMANN, « La volonté de l'interprète », *Droits* 1999/28, p. 45.
- 352 Comme le relève Michel van de Kerchove, « l'interprétation est encore limitée par le sens ou la direction de l'« œuvre » à laquelle appartient l'énoncé, c'est-à-dire la construction d'un système juridique cohérent » (M. VAN DE KERCHOVE, « La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit* (P. AMSELEK dir.), PUF, 1986, p. 246). En cela, « Dans le choix d'une décision, en particulier d'une décision interprétative, une autorité tient compte des décisions que pourraient prendre les autres organes du système, si son raisonnement s'inscrit dans un ensemble de concepts qu'elle a déjà elle-même employés ou qui sont employés par d'autres » (M. TROPER, *op. cit.*, p. 84). Le président Latournerie présentait en ces termes, mais sans limiter la portée de sa réflexion à la seule problématique de l'interprétation, « la règle d'or du raisonnement juridique ». Selon l'illustre auteur, « A l'ultime moment où, dans le for intérieur, oscille encore le fléau de la balance symbolique, une règle d'or, le plus souvent, viendra jeter, en effet, dans la balance, l'appoint décisif. C'est celle en vertu de laquelle, quelque mérite intrinsèque, quelque attrait interne que puisse avoir, entre toutes les autres, l'une des solutions envisagées, elle ne doit, en principe, fixer le choix que si elle satisfait à une condition. Elle doit tout d'abord se raccorder logiquement à l'ensemble des principes généraux et des théories qui composent le droit public. Elle doit d'autre part s'adapter aussi étroitement et aussi largement que possible à l'ensemble des autres données » (R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, p. 239).
- 353 B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002, p. 885.

données dans le cadre du droit à appliquer est « exacte », cette question n'est, par hypothèse, absolument pas une question de connaissance sur le droit positif ; il ne s'agit pas là d'un problème de théorie du droit, mais d'un problème de politique juridique »³⁵⁴. Une fois le cadre dessiné, le juge retrouve sa part irréductible de liberté. Il choisit, en opportunité, entre les différentes significations juridiquement envisageables. En cela, l'interprétation est « le résultat d'un choix entre plusieurs significations possibles »³⁵⁵.

84. Il résulte de ce qui précède, et cela doit être souligné, qu'il n'existe pas de « sens vrai » de la notion de liberté fondamentale dont l'énoncé de l'article L. 521-2 du code de justice administrative serait par lui-même porteur. Le sens de la notion de liberté fondamentale n'a pas été explicité par le législateur. En l'absence de prédétermination de la notion, le rôle de la recherche juridique est de proposer les différentes significations juridiquement admissibles de la notion au regard des contraintes juridiques et logiques dessinant le cadre au sein duquel le juge va effectuer un choix. Il n'appartient pas au juriste de conclure d'autorité à une interprétation unique et prétendument seule valable des libertés fondamentales³⁵⁶. Cela apparaît d'autant plus justifié que les différentes contraintes juridiques et logiques laissent au juge administratif une marge de liberté appréciable dans l'interprétation de cette notion.

I. LES TERMES DE LA LOI

85. Du point de vue de *l'esprit* du texte, l'article L. 521-2 du code de justice administrative a été conçu comme une procédure exceptionnelle. Il vise à permettre au juge administratif d'apporter une réponse rapide et efficace à des situations particulières, et ainsi mettre fin aux invocations abusives de la voie de fait.

354 H. KELSEN, *op. cit.*, p. 339-340. L'interprétation est ainsi une opération sélective et ne s'impose jamais à son auteur ; elle est le résultat d'un choix entre plusieurs sens possibles de la notion considérée. Comme l'avait indiqué Kelsen, « D'un point de vue qui ne considère que le droit positif, il n'existe aucun critérium sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer pourrait être préférée aux autres. Il n'y a purement et simplement aucune méthode que l'on puisse dire de droit positif qui permettrait de distinguer, entre plusieurs significations linguistiques d'une norme, une seule, qui serait la vraie signification (...) » (*op. cit.*, p. 338). Les différentes méthodes d'interprétation « ne conduisent jamais qu'à un résultat possible, jamais à un résultat qui serait seul exact » (*op. cit.*, p. 339).

355 R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 98.

356 N'oublions pas, en effet, les enseignements de Kelsen. Le maître de Vienne affirmait que l'interprétation scientifique « consiste à déterminer, par une opération purement intellectuelle, le sens de normes juridiques. A la différence de l'interprétation par les organes juridiques, elle n'est pas création du droit » (H. KELSEN, *op. cit.*, p. 341). Elle « ne peut rien faire d'autre ni de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques. En tant que connaissance de son objet, elle ne peut pas opter et décider entre les possibilités qu'elle a fait apparaître ; elle doit abandonner le choix et la décision à l'organe juridique qui a compétence d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit » (*op. cit.*, p. 342). Surtout, « L'interprétation juridique doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation « exacte » ou « vraie » » (*ibid.*).

Du caractère exceptionnel de cette procédure découlent deux conséquences. En premier lieu, le référé-liberté est destiné à sanctionner la violation de certaines libertés seulement et non pas de l'ensemble des normes en vigueur dans notre système juridique. Des deux variantes de référé-injonction initialement envisagées par le groupe de travail, seule la procédure au champ d'application strict a été retenue. L'article L. 521-2 a donc pour vocation de protéger non pas toutes les normes de notre ordre juridique mais seulement celles qui présentent un caractère fondamental et constituent des libertés, deux caractères spécifiques voulus par le législateur pour les différencier de la masse des autres normes. En second lieu, la procédure du référé-liberté ne doit être utilisée que de façon parcimonieuse et dans des hypothèses exceptionnelles. Une définition trop extensive de la notion de liberté fondamentale conduirait à méconnaître l'esprit de la procédure et à attirer à ce contentieux des demandes qu'il n'a pas vocation à traiter. Comme l'affirment les auteurs des *Grands arrêts*, « Une acception trop large risquerait de dénaturer, voire d'engorger, la nouvelle procédure »³⁵⁷.

Par ailleurs, la volonté de mettre fin à une utilisation dévoyée de la voie de fait, et de rapatrier dans le giron du juge administratif le contentieux administratif des libertés implique que celui-ci adopte une conception des libertés fondamentales au moins aussi étendue que celle des juridictions de l'ordre judiciaire. Cela est possible au regard des enseignements de la linguistique juridique³⁵⁸. C'est en outre souhaitable pour que le juge administratif des référés atteigne l'objectif que le législateur a assigné à cette procédure. Au regard de la vocation du référé-liberté, on imagine difficilement le juge administratif décliner sa compétence au motif qu'il serait en présence d'une liberté fondamentale au sens de la voie de fait et non pas au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Aussi le juge administratif a-t-il intérêt à définir largement la notion. Une acception stricte « limiterait par là-même l'accès des justiciables à cette procédure, lesquels se tourneraient naturellement, comme ils l'ont toujours fait, vers le juge judiciaire en invoquant la voie de fait »³⁵⁹.

357 *GAJA* n° 118, § 10. Le risque de dénaturation proviendrait quant à lui d'une trop large ouverture de la notion. En effet, à tout considérer comme fondamental, plus rien ne présente cette qualité. Comme l'avait souligné Mme Ponthoreau, « accorder la qualité de droit fondamental à tous les droits, c'est prendre le risque de dévaluer l'ensemble des droits fondamentaux » (M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica PUAM, coll. DPP, 1994, p. 217). De même, M. Picard a indiqué que « tout ne peut pas être fondamental, sinon plus rien ne le serait ; le fondamental ne l'est que par rapport à d'autres références qui ne le sont pas ou le sont moins » (E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, numéro spécial, p. 32).

358 Le langage juridique est basé sur le principe de l'économie de mots. Le nombre de signifiants étant limité, le langage du droit est contraint d'utiliser plusieurs fois le même terme pour nommer et désigner des choses, idées et concepts différents. La monosémie juridique, c'est-à-dire le fait qu'un terme n'ait qu'un seul et unique sens dans un système juridique, est un phénomène relativement rare en droit puisque les deux tiers des termes juridiques sont polysémiques (cf. *infra*, § 105). Aussi est-il parfaitement concevable, et même logique que la notion de liberté fondamentale fasse l'objet d'acceptions différentes dans le cadre du référé-liberté et dans celui de la voie de fait. La commune référence aux libertés fondamentales dans ces deux procédures « n'interdit pas une interprétation propre de ces libertés dans chaque cas » (B. FAURE, « Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 11).

359 S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, p. 130.

En somme, une acception trop extensive de la notion risquerait de dénaturer la procédure du référé-liberté et conduirait à une dilution de la notion de liberté fondamentale ; une interprétation trop stricte ne permettrait pas d'atteindre l'objectif poursuivi par le législateur. Le juge administratif des référés doit ainsi rechercher un juste équilibre entre ces deux exigences. Il doit aussi donner toute leur signification aux termes retenus par le législateur.

86. Dans l'énoncé de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, l'expression « liberté fondamentale » est précédée de l'article indéfini « une ». Exprimant la généralité, cet article est l'équivalent de « toute », et signifie que les libertés fondamentales sont envisagées comme une catégorie générique. L'expression regroupe non pas un objet unique et exclusif mais une pluralité d'objets unis par des caractères communs résultant des termes utilisés par la loi pour les identifier, à savoir leur nature de liberté et leur caractère fondamental.

A. Le qualificatif « liberté »

87. Toute tentative de définition du terme « liberté » se heurte *a priori* à un double obstacle. La première difficulté réside dans l'absence de définition juridique de l'expression. Comme l'a souligné le professeur Verpeaux, il n'existe pas, en droit public français, « de définition juridique de la liberté »³⁶⁰. A la lecture notamment des articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « la liberté ne fait pas l'objet d'une définition précise quant à son contenu. Tout au plus les textes prévoient-ils un régime juridique, d'ailleurs très sommaire, consistant à affirmer que la liberté doit être considérée comme la règle et les restrictions comme les exceptions »³⁶¹. La seconde difficulté provient de la pluralité des sens attribués à cette expression. Selon Montesquieu, « il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations que celui de liberté »³⁶². Pas moins de 24 entrées lui sont consacrées dans *Le Littré*. La très importante polysémie de l'expression s'explique par la richesse quantitative et qualitative des débats, réflexions et travaux qui lui ont été consacrés. Comme le relève M. Morange, « Peu de notions ont donné lieu à autant de réflexions que celle de liberté. Théologiens, philosophes, scientifiques, ont essayé de la définir et d'en tracer les contours »³⁶³. La richesse des travaux dont la notion de liberté a été l'objet a contribué, paradoxalement, à en obscurcir les contours. Comme l'a souligné Robert Alexy, « Le concept de liberté est simultanément un des plus fondamentaux des concepts pratiques et un des plus obscurs »³⁶⁴. Il semble possible de dépasser les difficultés éprouvées sur ce point en

360 M. VERPEAUX, « La liberté », *AJDA* 1998 numéro spécial, p. 145.

361 M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 146. L'auteur note également que « Le mot est souvent employé dans un sens peu précis et il l'est souvent en tant que synonyme du mot droit » (*op. cit.*, p. 144).

362 MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1748, Livre XI, chapitre II.

363 J. MORANGE, « Liberté », in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND et S. RIALS dir.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 945.

364 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights* (traduit de l'allemand par J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, p. 138. Hegel, déjà, relevait qu'« Il n'est pas d'idée dont on admette plus généralement qu'elle est indéterminée, équivoque, susceptible de donner lieu – et de ce fait donnant lieu effective-

procédant à une distinction rigoureuse entre *la* Liberté et *les* libertés. Le terme revêt en effet deux significations fort différentes selon qu'il soit utilisé au singulier ou au pluriel³⁶⁵. Il existe néanmoins une relation étroite entre ces deux dimensions, puisque c'est dans les libertés juridiques que vient se concrétiser la liberté philosophique.

88. Etymologiquement, le mot liberté vient du latin *libertas*, de *liber*, libre. La liberté présente deux dimensions, respectivement « la *liberté de faire* et la *liberté de vouloir* »³⁶⁶.

Du point de vue du sujet, la liberté (*de vouloir* ou libre arbitre) est la capacité de répondre à une certaine situation non pas d'une seule et unique manière scientifiquement prévisible mais par le choix, laissé à son initiative, entre deux ou plusieurs manières de réagir. En ce sens, la liberté est la faculté de choisir soi-même, par sa seule volonté, son comportement personnel.

Ensuite, du point de vue de la relation intersubjective ou social, la liberté (*de faire*) correspond à l'absence de contraintes extérieures, c'est-à-dire le pouvoir de faire ce que l'on veut sans en être empêché. Selon cette acception, la liberté se définit négativement ; elle est la qualité de celui qui n'est pas soumis à la contrainte. Dans la relation qui oppose l'individu au pouvoir, est qualifiée de libre la conduite « décidée hors de la volonté étatique »³⁶⁷. Toutefois, la liberté de faire n'a d'effectivité que si elle bénéficie de prolongements juridiques. Comme l'a indiqué M. Verpeaux, « Pour qu'elle soit autre chose qu'une simple idée, la liberté doit être concrétisée et être associée à une activité humaine ou sociale »³⁶⁸. C'est le passage du singulier au pluriel : *la* liberté s'incarne et prend forme dans *les* libertés³⁶⁹.

ment – aux pires malentendus que l'idée de *liberté* (...) » (HEGEL, Encyclopédie, reproduit in *Ecrits sur la liberté*, Seghers, coll. « écrits », Paris, 1963, p. 96-97. Souligné).

365 Voir en ce sens le *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant (G. CORNU dir., 7^{ème} éd., PUF, 2005, « Liberté », p. 513), distinguant *la* liberté, « Situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il le veut toutes ses facultés » (par exemple le préambule et l'article 2 de la Constitution de 1958) et *une* liberté, « Exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité » (par exemple la liberté de la presse, la liberté d'association ou la liberté des conventions).

366 R.-M. MOSSE-BASTIDE, *La liberté*, 4^{ème} éd., PUF, coll. Le philosophe, 1983, p. 133 (souligné). Ces deux dimensions de la liberté sont indissociables et se retrouvent exprimées conjointement dans les définitions les plus courantes. Ainsi, d'après le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de Lalande, la liberté, dans un sens général, désigne l'« état de l'être qui ne subit pas de contrainte, qui agit conformément à sa volonté, à sa nature » (5^{ème} éd., 1947, vol. 1, Quadrige/PUF, 1999, v° « Liberté »). C'est de leur réunion que se forme la Liberté. Cf. R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public, DES de droit public 1956-1957*, Les cours de droit, p. 32 : « Qu'est-ce qu'un être libre ? C'est un être dont l'action, dont la conduite n'est pas déterminée ou contrainte de l'extérieur, mais qui puise en lui-même les éléments de sa détermination. La liberté d'un être, c'est l'autodétermination de cet être ».

367 P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, p. 166.

368 M. VERPEAUX, « La liberté, *op. cit.*, p. 146.

369 Cela correspond à la démarche des hommes de 1789. C'est au singulier qu'ils évoquent la liberté comme l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Puis, à partir de la notion globale de liberté ainsi consacrée, les rédacteurs de la Déclaration s'attachent à quelque-uns des secteurs de l'activité humaine jugés particulièrement importants ou particulièrement menacés pour expliciter, à leur égard, l'application du principe général de liberté. De la sorte, « *la* liberté se concrétise dans la liste *des* libertés » (J. RIVERO, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté

89. Le passage de la liberté philosophique aux libertés juridiques renvoie à une période relativement précise de notre histoire juridique et politique correspondant à l'entrée dans la Modernité. Le mot « libertés », qui existait déjà au pluriel mais sous une acception particulière, va acquérir un sens nouveau à partir de ce changement. Auparavant, il était synonyme de « privilèges », désignant les droits corporatifs reconnus par le pouvoir aux corps de métiers, ordres sociaux et habitants des villes³⁷⁰. La reconnaissance de ces privilèges aux corporations, aux classes sociales et à la bourgeoisie des villes a apporté cet élément décisif qu'est la limitation du pouvoir politique. Néanmoins, ce n'est que plus tard, à partir de la transition vers l'époque moderne, que « l'usage des « libertés » a été étendu pour faire référence aux droits individuels »³⁷¹. Les libertés ne sont plus conçues comme des privilèges accordés à un nombre limité de personnes ; elles deviennent des droits individuels dont tous les hommes sont bénéficiaires. Cette évolution est intervenue à la suite et sous l'influence des importants changements provoqués par l'entrée dans la Modernité³⁷². Des mutations que connaît alors la société va naître un nouveau consensus politique redéfinissant les sources du pouvoir, sa justification, son exercice et ses fins. Le contractualisme, porteur de l'idée de Constitution et de droits de l'homme comme objets du contrat social et limites au pouvoir, sera le produit de ce consensus³⁷³. Ce mouvement rendra possible l'élaboration des pre-

proclamé par la Déclaration de 1789 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, p. 76. Souligné).

- 370 La notion de « libertés » se rencontre ainsi dans la *Magna carta* de Jean sans Terre en 1212, pour tous les hommes libres, pour les hommes de Londres et toutes les autres villes, bourgs et ports ; dans la *Petition of rights* de 1628 et même dans quelques textes du XVII^e siècle intitulés le *Corps de Libertés*, comme celui de la Baie du Massachusetts de 1641 (voir G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux* (traduit de l'espagnol par I.A. PELE), LGDJ, série Droit, 2004, pp. 28-29, et pp. 105-106).
- 371 G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 28. On passe alors « du privilège « (...) octroyé à un certain lieu ou une certaine personne pour faire bien et grâce » (Alphonse X le Sage) au droit fondamental avec un destinataire générique, l'« homo iuridicus », et avec un contenu abstrait, valide pour tout homme » (*op. cit.*, p. 106).
- 372 Changement économique et social d'abord, avec l'apparition d'un nouveau système économique et l'essor progressif d'une classe sociale – la bourgeoisie – de plus en plus influente. Changement intellectuel et scientifique ensuite, avec le processus de sécularisation et les progrès de l'individualisme, du rationalisme et de l'humanisme. Changement politique enfin, avec l'apparition de l'Etat moderne comme pouvoir souverain ne reconnaissant rien qui lui soit supérieur et revendiquant le monopole de l'usage de la force légitime. Voir G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 106 et s.
- 373 Selon les théories du contrat social, l'individu jouit d'une indépendance absolue à l'état naturel, c'est-à-dire antérieurement à toute société civile. En se réunissant en société, les hommes renoncent à cette absolue liberté pour créer, par un contrat unanime, l'Etat et la souveraineté publique. Les hommes devaient être considérés comme n'ayant abdiqué que la portion de leur indépendance native absolument incompatible avec la notion d'Etat ; ils n'avaient consenti que les sacrifices rigoureusement indispensables. Ce qu'ils avaient conservé, au contraire, ce résidu de leur liberté native, constituait des droits individuels supérieurs à ceux de l'Etat, puisqu'ils lui étaient antérieurs et s'imposaient à son respect. Rousseau, il est vrai, apportait à la thèse une restriction qui était de nature à la compromettre radicalement. Après avoir déclaré : « tout ce que chacun aliène, par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté », il ajoutait « Mais il faut convenir que le souverain est seul juge de cette importance » (J.-J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, 1762, Livre II, chapitre IV). Les autres théories du contrat social ne contenaient pas

mières déclarations de droits, textes fortement imprégnés de l'idéologie anti-étatiste du libéralisme classique³⁷⁴. Ces libertés feront l'objet d'appellations variées et changeantes selon les époques et les systèmes juridiques. Mais, qu'elles soient qualifiées de droits individuels, libertés individuelles, libertés publiques, droits de l'homme, droits fondamentaux, libertés fondamentales, droits humains, droits moraux ou autres, et au-delà des différences qui peuvent les opposer, ces notions ont toutes le même objet qui est de reconnaître aux individus des droits limitant la puissance de l'Etat, et ainsi de leur conférer la possibilité d'une « opposition au pouvoir fondée sur le droit »³⁷⁵.

Ces notions connaîtront un enrichissement au XX^e siècle sous l'influence notamment des penseurs socialistes. Il est apparu de plus en plus évident que l'action de l'Etat n'était pas toujours une entrave à l'exercice de la liberté mais pouvait également en promouvoir l'exercice, notamment en l'organisant. Alors que la doctrine libérale du XIX^e siècle n'envisageait comme seul but des libertés que la protection d'une sphère d'autonomie contre les ingérences de la puissance publique, l'on va progressivement considérer que l'Etat ne peut rester absent des mécanismes de réalisation des libertés. L'autorité publique n'est plus uniquement comprise comme une menace pour les individus ; elle est au contraire sollicitée pour participer à la réalisation de celles-ci et permettre que soient réunies les conditions de leur exercice. Cette approche fait place à une conception plus volontariste des missions de la puissance publique et exprime une approche enrichie de la notion de libertés.

Cela étant, la procédure de l'article L. 521-2 ne vise pas à la protection de l'ensemble des libertés, mais uniquement des libertés « fondamentales ».

B. L'adjectif « fondamental »

90. Etymologiquement, le mot « fondamental » vient du latin *fundamentalis*, de *fundamentum*, fondement. Dans son sens premier, le fondamental est, selon le *Littré*, « ce qui sert de fondement, de fondation ». Il est, selon cette acception, synonyme de « basal » ou de « constitutif ». Un second sens s'est développé en sus du premier,

cette réserve, et leur importance fut déterminante. Comme l'avait relevé Adhémar Esmein, la théorie du contrat social « a été féconde, puisqu'elle a introduit le principe des droits individuels » (A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd., 1914, rééd. Editions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2001, p. 542).

374 L'Etat apparaît comme une entité distincte de la société et celle-ci comme un ensemble d'individus qui vivent normalement hors de l'emprise de l'Etat. Les libertés se définissent par l'abstention de l'Etat, par la limitation du pouvoir. En ce sens, la liberté des Modernes se distingue de la liberté des Anciens. C'est à Benjamin Constant que l'on attribue cette opposition entre les deux formes de liberté. Chez les Anciens, la liberté se traduit par la participation au pouvoir. Chez les Modernes en revanche, la liberté s'entend de la limitation du pouvoir, des interdictions faites à l'Etat d'empiéter sur les prérogatives de l'individu. « Il faut donc définir une sphère qui soit interdite au pouvoir politique, en quelque main qu'il se trouve : celle des libertés individuelles » (P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2002, p. 22). Selon Benjamin Constant, « Le but des modernes est la sécurité dans les jouissances privées ; et ils nomment liberté les garanties accordées par les institutions à ces jouissances » (B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparé à celle des Modernes*, 1819, in *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, Garnier-Flammarion, 1986, p. 276).

375 C. LEFORT, « Droits de l'homme et politique », *Libre*, n° 7, 1980, p. 25.

désignant comme fondamental ce qui a « un caractère essentiel et déterminant »³⁷⁶. Ainsi, le fondamental correspond à ce qui se trouve au fondement et/ou présente un caractère essentiel. La détermination de ce qui se trouve au fondement ne soulève aucune difficulté en droit. Le fondement d'un ordre juridique réside dans sa Constitution, sa Loi fondamentale. Comme l'indique le professeur Drago, « La notion de droit fondamental renvoie aux fondements de l'ordre juridique. Le juriste se tourne alors naturellement vers la Constitution pour y rechercher ce que sont les droits fondamentaux »³⁷⁷. Néanmoins, le législateur n'a pas entendu limiter la fundamentalité à un rang normatif déterminé. Si le Parlement avait voulu restreindre le champ d'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative aux seules libertés constitutionnelles, il aurait substitué à la notion de liberté fondamentale celle de droits et libertés constitutionnellement garantis³⁷⁸. La seconde acception de l'adjectif « fondamental » est plus complexe à appréhender. En effet, en l'absence de critères précis, il demeure relativement délicat de déterminer ce qui présente un caractère essentiel, car cela nécessite une appréciation sur la « qualité » d'une liberté donnée.

91. La signification de l'adjectif « fondamental » peut être précisée et affinée à partir d'une analyse des controverses doctrinales. En tant que concept *théorique*, les notions de liberté fondamentale et de droit fondamental font l'objet de deux acceptions parfaitement distinctes. Le clivage entre les deux acceptions repose tout entier sur la signification de l'adjectif « fondamental » et sur le point de savoir en quoi consiste la « fundamentalité ». Il existe, comme toujours³⁷⁹, deux méthodes d'identification de la notion : l'une formelle, l'autre matérielle. L'approche formelle désigne comme fondamentale toute liberté protégée par une norme située à un niveau supralégislatif. L'approche matérielle mesure la fundamentalité d'une liberté au degré d'importance qui est le sien.

1. Des libertés indisponibles

92. L'approche formelle, ou stricte, consiste à définir la fundamentalité par référence à la valeur juridique – supralégislative – de la norme considérée. Selon cette conception, « Les droits et libertés fondamentaux désignent simplement les droits et

376 Le grand Robert de la langue française.

377 G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européen », *Dr. adm.* 2004, Etudes n° 11, p. 7.

378 L'expression est utilisée dans la jurisprudence constitutionnelle (CC, n° 85-198 DC, 13 décembre 1985, cons. 11, *Rec. p.* 78 ; n° 88-248 DC, 17 janvier 1988, cons. 28, *Rec. p.* 18 ; n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, cons. 6, *Rec. p.* 71 ; n° 93-333 DC, 21 janvier 1994, cons. 19, *Rec. p.* 32 ; n° 96-378, 20 mars 1997, cons. 15, *Rec. p.* 99 ; n° 97-388 DC, 20 mars 1997, cons. 48, *Rec. p.* 31 ; n° 97-389 DC, 22 avril 1997, cons. 30, *Rec. p.* 45 ; n° 2000-430 DC, 27 juillet 2000, cons. 50, *Rec. p.* 95). Le Conseil emploie également la formule « libertés constitutionnellement garanties » (CC, n° 2000-441 DC, 28 décembre 2000, cons. 42, *Rec. p.* 201). En outre, l'expression « droit constitutionnellement garanti » a été introduite à l'article 72 al. 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 à la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003.

379 Le doyen Vedel a démontré que « toute définition d'une notion juridique peut se faire soit du point de vue *matériel*, soit du point de vue *formel* » (G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1954, p. 27. Souligné).

libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus, ni moins. Donc tous les droits et libertés bénéficiant d'une protection constitutionnelle ou (et) internationale (ou européenne) sont des droits fondamentaux quel que soit leur degré de « fondamentalité ». Et tous les droits et libertés qui ne sont pas reconnus au plan constitutionnel ou international (ou européen) ne sont pas des droits fondamentaux »³⁸⁰. En ce sens, les droits et libertés fondamentaux se caractérisent par leur *indisponibilité*. « L'adjectif « fondamental » signifie (...) que le pouvoir constituant dans chaque pays ou la communauté internationale au niveau européen, ont décidé de mettre un certain nombre de valeurs et de garanties hors de portée des majorités et des exécutifs qu'elles soutiennent »³⁸¹. Ce sont des libertés placées hors de portée des pouvoirs constitués. Cette acception de la notion de droits et libertés fondamentaux a été explicitement bâtie à partir du concept allemand de *Grundrecht*³⁸². La définition formelle est présentée comme une importation ou une transposition du concept tel qu'il existe en droit allemand. Cette conception est présentée comme la seule possible car, affirment ses partisans, « C'est ainsi que l'expression est entendue en droit comparé, et notamment en droit allemand dont elle est issue »³⁸³.

Cette approche s'est largement diffusée dans la doctrine. Nombreux sont les auteurs qui adhèrent sans réserve à cette définition des droits et libertés fondamentaux³⁸⁴. D'autres auteurs, tout en s'inspirant de cette définition, lui apportent certains correctifs jugés nécessaires en vue de limiter la fondamentalité, soit aux seules normes de valeur constitutionnelle³⁸⁵, soit aux normes supralégislatives répondant à des critères complémentaires³⁸⁶.

380 L. FAVOREU et alii., *Droit constitutionnel*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2006, n° 1218.

381 L. FAVOREU et alii., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 1224.

382 Concept que Michel Fromont a été l'un des premiers à faire connaître en France grâce à son article « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », publié dans le *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, pp. 49-64.

383 L. FAVOREU et alii., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 1218.

384 Voir notamment : N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 287, 1997, p. 8 ; P. AUVRET et J. AUVRET-FINCK, « La complémentarité des systèmes juridiques de protection des libertés publiques », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 403 ; V. TCHEN, « Protection des droits fondamentaux », *Jcl. administratif*, fasc. 1440 (11, 2002), n° 1 ; O. DORD, « La notion de libertés publique. Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », *Cahiers français* n° 296 *Les libertés publiques*, 2000, p. 12 ; M. BRANDAC, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 3 ; J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs, 1999, pp. 105-111.

385 Cf. X. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Economica, 1998, p. 14 ; A. AUER, « Les droits fondamentaux et leur protection », *Pouvoirs* n° 43, 1987, p. 87. C'est d'ailleurs cette définition qu'avait développé, dans un premier temps, le doyen Favoreu (L. FAVOREU, « Rapport général introductif » du colloque *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 19-21 février 1981, Economica PUAM, coll. DPP, 1982, rééd. 1987, p. 41).

386 Pour le professeur Lachaume, le critère de la valeur est nécessaire mais non suffisant ; d'autres critères doivent être pris en considération pour cerner la fondamentalité. Les droits et libertés constitutionnels et internationaux ne peuvent avoir la qualité de droits fondamentaux que s'ils répondent à des conditions supplémentaires. M. Lachaume identifie ainsi les droits fondamentaux « à partir du cumul de trois éléments : le support juridique, le destinataire, le régime juridique » (J.-F. LACHAUME, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA* 1998, numéro spécial, p. 93). Ce sont des droits constitutionnels ou internationaux, ayant pour destinataire une personne physique ou morale

93. Cette conception de la fundamentalité présente trois principaux avantages. Tout d'abord, elle s'inscrit dans une certaine tradition du droit public, qui a le plus souvent privilégié les définitions formelles aux définitions matérielles³⁸⁷. Ensuite, cette conception offre l'avantage de la prévisibilité et de la sécurité juridique. Le critère formel est un critère simple, clair et facile à mettre en œuvre. Enfin, il garantit la validité juridique des libertés fondamentales reconnues. Si les libertés fondamentales se limitent aux normes supralégislatives, le texte servant de support à sa reconnaissance ne peut en pratique être contesté et se trouve dès lors à l'abri d'une invalidation. Alors qu'une évolution au niveau des normes constitutionnelles, internationales, européennes ou communautaires peut rendre une norme législative invalide, ce risque est exclu pour les normes supralégislatives.

L'approche strictement formelle présente néanmoins deux limites. Tout d'abord, elle ne s'impose pas – contrairement à la présentation qui en est parfois donnée – comme une *nécessité*. Il ne paraît pas exact d'affirmer que la notion de droit fondamental est définie en droit comparé par sa place dans la hiérarchie des normes et qu'il en est ainsi dans tous les pays³⁸⁸. Par ailleurs, rechercher la fundamentalité des libertés sur la base d'un critère exclusivement formel « passe sous silence leur « essentialité » »³⁸⁹. En effet, cette méthode ne tient pas compte de l'importance des droits et libertés. Aussi essen-

et « bénéficiant d'un régime juridique spécifique : interdiction de soumettre ces droits à un régime d'autorisation préalable ; compétence exclusive du législateur pour les réglementer soit pour en rendre l'exercice plus effectif, soit pour opérer une conciliation entre ces droits et d'autres règles ou principes ou objectifs de valeur constitutionnelle (...) ; application uniforme de ces droits sur l'ensemble du territoire de la République » (*op. cit.*, p. 94).

387 Comme l'a affirmé le doyen Vedel, « Les définitions de notre droit public sont organiques et formelles et non matérielles » (G. VEDEL, note sous TC, 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane et CE, Ass. 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, *JCP G* 1953, II, 7598). De même, M. Dupeyrou soulignait que le point de vue formel et organique semble « devoir demeurer le point de vue essentiel de notre droit public » (O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz Sirey, p. 365, note 55). Voir, en ce sens, les analyses développées par les grands maîtres du droit public sur la notion de loi, montrant la primauté des critères formels (R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'État (1920-1922), Bibliothèque Dalloz, rééd. 2003, t. 1, pp. 326-327 ; G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *op. cit.*, p. 28, affirmant que « Les notions et les critères de notre droit public sont principalement formels ; les notions et les critères matériels sont subsidiaires »). On observera également que Maurice Hauriou, plaidant pour une définition de la voie de fait administrative « par la procédure » et non « par la nature de l'acte », ajoutait qu'« en général d'ailleurs, les théories *formelles* sont plus sûres que les théories *matérielles* » (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Larose, 1901, p. 253. Souligné).

388 Il n'y a essentiellement qu'en Allemagne que la notion est ainsi définie. Le doyen Favoreu reconnaissait lui-même, en 1981, que l'expression droits fondamentaux « n'est véritablement utilisée en tant que telle qu'en Allemagne fédérale où elle a un sens précis prévu par la Constitution » (L. FAVOREU, article précité, p. 41). Il n'existe pas une acception unique du concept en droit comparé (voir *supra*, §§ 68-70). De plus, il n'est pas établi que la notion aurait été « importée » en France. Non seulement l'expression se retrouve sous la plume d'auteurs français au début du XX^e siècle (voir notamment M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., Sirey, 1923, p. 93) mais en outre, des auteurs allemands affirment que toute influence française ne serait pas absente dans l'apparition de la notion allemande de *Grundrecht* (voir T. MEINDL, thèse précitée, pp. 97-101).

389 F. BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDP* 2003, p. 1541.

tielle soit-elle aux yeux des citoyens, une liberté absente de tout texte constitutionnel ou international se verra refuser la qualité de norme fondamentale. Ce critère présente ainsi une certaine rigidité, à la différence de la seconde approche, qui consiste à tenir pour fondamentale toute liberté présentant un caractère essentiel.

2. Des libertés essentielles

94. Les tenants de l'approche matérielle définissent les libertés fondamentales comme des libertés éminentes, essentielles ou primordiales, c'est-à-dire se caractérisant avant tout par leur importance. A la différence des représentants de l'approche formelle, dont les positions se rejoignent en un ensemble relativement homogène, les partisans de la conception matérielle appartiennent à des écoles de pensée radicalement différentes et même opposées. On peut ainsi distinguer deux formes d'essentialisme : l'essentialisme jusnaturaliste et l'essentialisme juspositiviste.

95. Etienne Picard est le principal auteur à avoir présenté une conception d'ensemble des libertés et droits fondamentaux dans une perspective jusnaturaliste³⁹⁰. Son approche peut se résumer en deux propositions : d'une part la fundamentalité est une propriété indifférente au critère de la valeur juridique ; d'autre part cette propriété appelle et justifie la prévalence de la norme ainsi qualifiée. Il est parfois affirmé, pour décrire cette conception, que le professeur Picard désigne comme droits fondamentaux l'ensemble des droits et libertés présentant un caractère essentiel. Si cette présentation n'est pas totalement erronée, elle est néanmoins fort réductrice et ne rend pas compte de ce qui forme l'essence de sa théorie ni, par conséquent, de ce qu'elle a de plus controversé.

Premièrement, pour le professeur Picard, la fundamentalité d'un droit ne tient pas à la norme juridique qui le porte mais à son contenu intrinsèque et, plus précisément, à sa correspondance au système de valeur qui fonde l'ordre juridique. Selon Etienne Picard, les règles du droit positif n'expriment pas toute la réalité du droit. A elles seules, elles ne peuvent expliquer le sens et la dynamique du phénomène juridique³⁹¹. Pour l'ap-

390 Sa position a été présentée à travers deux contributions écrites : « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 6-42 ; « Les rapports entre le Droit international public et la Constitution selon la jurisprudence du Conseil d'Etat », *RA* 1999, numéro spécial *Evolutions et révolutions du contentieux administratif*, pp. 15-46. Pour une approche jusnaturaliste du concept de droit fondamental, voir également W. SABETE GHOBRIAL, *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, thèse Bordeaux I, 1994, 537 p. Développant l'idée selon laquelle le processus constituant ne serait pas libre, l'auteur affirme l'existence d'une obligation *de nature juridique* imposant au pouvoir constituant originaire l'inscription de droits et libertés déterminés lors de la rédaction d'une nouvelle Constitution. Cette idée est à l'évidence critiquable, dans la mesure où elle ne repose sur aucun fondement juridique. S'il existe à n'en pas douter une pression politique très forte en faveur de l'inscription de droits et libertés lors de l'élaboration d'un texte constitutionnel, il est logiquement impossible d'en inférer l'existence d'une quelconque obligation juridique. Les deux sources d'obligation (politique et juridique) ne se situent pas sur le même plan. Constaté l'existence d'une incitation de nature politique est une chose, en déduire sa juridicité en est une autre.

391 Selon lui, le juridique ne se réduit pas au normatif. Aussi convient-il de « ne pas tenir la réalité juridique formelle pour l'expression ultime de la réalité juridique » (E. PICARD, « L'émergence des droits

préhender dans sa globalité, il est nécessaire de faire intervenir les valeurs dans l'analyse juridique : « on ne saurait rejeter les valeurs hors du droit, car elles lui donnent son sens général »³⁹². Pour l'auteur, le fondamental est ce qui correspond aux valeurs supérieures dont est porteur l'ordre juridique. La fondamentalité constitue, en ce sens, une propriété extérieure à la norme. La fondamentalité d'un droit ou d'une liberté doit être déterminée en faisant appel à des considérations extranormatives, c'est-à-dire par la confrontation aux valeurs³⁹³. Deuxièmement, la fondamentalité se caractérise par son effet, qui est de prévaloir sur toute autre considération ou prétention susceptible de s'y opposer. En cela, la fondamentalité n'est pas une propriété constante mais varie au gré des circonstances de chaque espèce. Selon Etienne Picard, « les multiples occurrences de leur invocation par les textes ou surtout par le juge montrent que ces droits divers présentent un point commun : ils se signalent tous par l'effet de prévalence qui s'attache à cette qualification. Cet effet s'avère pratiquement constant ; et il peut être indépendant de la source normative formelle sur laquelle repose le droit »³⁹⁴. Une logique substantielle, axée sur le contenu et l'importance des droits, l'emporterait ainsi sur une logique formaliste, s'intéressant à la structuration formelle de l'ordre juridique. Des libertés seraient fondamentales en tant que telles ; le droit positif se bornerait à leur attribuer la place la plus importante, du moins la place suffisante pour assurer leur prévalence³⁹⁵.

fondamentaux en France », *AJDA* 1998, numéro spécial, p. 8). Il apparaît, dans cette perspective, que « ce n'est pas tant le droit formel qui produit les droits fondamentaux ; ce sont bien plutôt les droits fondamentaux qui saisissent le droit et le charpentent en sa structure générale : ses différentes catégories techniques et formelles tendent à assurer cette prévalence, mais sans qu'aucune d'elles ne parvienne à épuiser le fond général et commun de ces droits fondamentaux » (*op. cit.*, p. 8).

392 E. PICARD, *op. cit.*, p. 37. L'auteur refuse de considérer le juridique et l'axiologique comme étant deux mondes séparés et antinomiques. Il développe une conception de l'ordre juridique ouverte sur les valeurs, voire assujettie aux valeurs. Cette position s'inscrit en rupture – assumée et revendiquée – avec la représentation kelsénienne de l'ordre juridique.

393 Ainsi, « la fondamentalité ne se tient pas réellement dans la norme formelle qui porte le droit considéré. Si donc elle n'est pas dans la norme, c'est qu'elle réside certainement dans la valeur propre du droit lui-même, rapporté aux termes du conflit concret où il se trouve en cause (...) » (E. PICARD, *op. cit.*, p. 15). L'auteur distingue, à ce sujet, la fondamentalité intranormative (inclue dans la norme) et la fondamentalité extranormative (extérieure à la norme). « La fondamentalité opère de façon intranormative lorsque la seule norme applicable, ne comportant formellement qu'un seul et même rang, n'établit pas de hiérarchie entre les droits ou prétentions en conflit, et lorsque le juge en dégage une néanmoins en qualifiant tel droit de fondamental. Elle est extranormative lorsque le juge trouve un droit en dehors de la norme formelle et l'applique néanmoins à l'encontre d'une autre prétention justifiable sur la base de cette même norme, tout en imputant cette prévalence à cette dernière. Le recours à l'extranormatif implique donc que celui-ci va surpasser le normatif – sinon il serait inutile au juge d'aller chercher un droit qui ne se trouve pas formellement dans le texte » (*op. cit.*, p. 15).

394 E. PICARD, *op. cit.*, p. 9.

395 En cela « les droits fondamentaux se caractérisent par leur rôle, fondé lui-même sur l'importance reconnue à ces droits : les droits fondamentaux sont tous ceux qui, apparaissant suffisamment essentiels au juriste, s'avèrent susceptibles de prévaloir contre telle autre prétention qui pourrait s'y opposer. Ces prétentions peuvent être des pouvoirs, des compétences, voire d'autres droits, d'autres principes juridiques ou diverses exigences comme celles susceptibles de se voir tirées de l'intérêt général ou de l'ordre public (qui cependant, en ce cas, ne sont pas qualifiées comme telles). Or, dans chaque cas, ces considérations doivent céder devant le droit fondamental, alors même qu'elles pourraient invoquer, pour leur défense, le fait qu'elles reposent elles aussi sur la même base normative formelle que celle où s'exprime le droit fondamental. Il en va de même, *a fortiori*, lorsque la norme sur laquelle elles

Cette approche de la fondamentalité apparaît, à certains égards, discutable. Tout d'abord, elle repose sur le présupposé – contestable – selon lequel le juridique ne s'identifie pas strictement et exclusivement au droit positif³⁹⁶. Ce faisant, elle s'inscrit en rupture avec les principes gouvernant notre système juridique, lesquels postulent l'existence d'un droit positif formé par l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un ordre juridique à un moment donné. Le droit tout entier s'identifie à ces normes posées par la volonté humaine ; il n'y a pas à aller au-delà pour pénétrer le phénomène juridique. D'autre part, cette conception laisse place à l'arbitraire le plus complet quant à la détermination de la fondamentalité. L'appréciation de la fondamentalité est entièrement subordonnée au jugement de valeur réalisé par les tribunaux. En outre, la fondamentalité étant une propriété dépendant des circonstances de chaque espèce, elle devient par là-même une propriété fluctuante, un droit pouvant être qualifié de fondamental dans une situation particulière et perdre cette qualité dans une configuration factuelle différente.

96. D'autres auteurs développent également une conception matérielle des libertés et droits fondamentaux mais, cette fois, dans une perspective juspositiviste. Cette position regroupe les représentants de la doctrine positiviste qui considèrent le supralégislatif ou le constitutionnel comme la source principale mais non exclusive des libertés fondamentales. Pour ces auteurs, la fondamentalité est liée principalement – mais non exclusivement (c'est ce qui les différencie des partisans de l'approche formelle) – à la valeur juridique de la norme qui les consacre. Refusant de cantonner le fondamental au constitutionnel (ou au supralégislatif), ces auteurs ajoutent aux droits constitutionnels (ou aux droits constitutionnels et internationaux) les droits et libertés qui, situés à un niveau normatif inférieur, n'en présentent pas moins un caractère essentiel. Par exemple, Norbert Foulquier affirme que le droit constitutionnel et le droit international représentent « les sources *principales* des droits fondamentaux »³⁹⁷, admettant ainsi l'existence de sources secondaires de rang inférieur. De même, Dominique Turpin affirme que « S'ils peuvent être énoncés par de simples lois (...) et par les juges « ordinaires » (...), les droits fondamentaux sont *surtout* ceux qui sont protégés contre le pouvoir législatif lui-même, sur le fondement d'un texte (et par un juge) constitutionnel ou international »³⁹⁸. Pour M. Morange, l'expression libertés fondamentales « met en relief leur lien avec une pluralité de textes fondamentaux, constitutionnels, internationaux et européens, sans négliger les autres sources législatives et jurisprudentielles, ces dernières étant elles-mêmes très variées »³⁹⁹. Dans le même sens, M. Marcou affirme

peuvent se fonder ne s'établir qu'à un niveau inférieur. Mais, très remarquablement, ce peut être aussi l'inverse : la fondamentalité d'un droit peut se voir invoquée pour résister victorieusement à une prétention qui pourrait présenter des titres formels supérieurs » (E. PICARD, *op. cit.*, p. 9).

396 Pour une critique de la doctrine du droit naturel, cf. H. KELSEN, « Positivism juridique et doctrine du droit naturel », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. I, Bruylant Sirey, 1963, pp. 141-148.

397 N. FOULQUIER, Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 7. Non souligné.

398 D. TURPIN, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, p. 8. Non souligné

399 J. MORANGE, « Liberté », in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND et S. RIALS dir.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 950.

que les libertés fondamentales sont « reconnues par la Constitution, les conventions internationales et la loi »⁴⁰⁰.

L'intérêt de cette approche est d'offrir une grande souplesse dans la détermination des droits et libertés fondamentaux. Elle permet en outre de regarder comme tels des droits et libertés absents du texte constitutionnel ou des instruments internationaux mais présentant néanmoins un caractère essentiel⁴⁰¹. Cela étant, cette conception fait appel à un critère matériel – il est vrai, à titre subsidiaire – pour évaluer l'essentialité d'une norme de rang inférieur. Or, son maniement n'est pas exempt de toute subjectivité.

97. Ainsi, ce sont deux approches de la fundamentalité qui s'offrent au juge administratif. Celui-ci dispose d'une liberté pour choisir entre la conception formelle et la conception matérielle de l'adjectif « fondamental », et ce sont des considérations de politique jurisprudentielle qui doivent l'amener à opter en faveur de l'une ou l'autre de ces deux positions. S'il est incité à se tourner vers les normes supralégislatives, le juge administratif n'est nullement tenu de s'y limiter, comme l'ont d'ailleurs admis les partisans de l'approche formelle par la voix de leur plus grand représentant⁴⁰².

II. L'INDIFFÉRENCE DES QUALIFICATIONS JURIDIQUES ET DOCTRINALES

98. Outre les termes retenus par la loi, une deuxième série de contraintes doit être prise en compte pour déterminer la marge de liberté de l'interprète : celle des textes normatifs et des décisions d'organes juridictionnels désignant comme « fondamental » un droit ou une liberté déterminée. Les désignations ainsi opérées sont-elles de nature à lier le juge administratif dans le processus d'identification des libertés fondamentales ? Le Conseil d'Etat a-t-il l'obligation de reprendre à son compte les qualifications

400 G. MARCOU, « Le référé administratif et les collectivités territoriales », *LPA* 14 mai 2001, n° 95, p. 46-47.

401 Il a pu être affirmé que « Le caractère « fondamental » d'une liberté n'a jamais été ni en droit allemand ni dans les autres droits un critère de reconnaissance de l'existence d'une « liberté fondamentale » » (L. FAVOREU et alii., *Droit constitutionnel*, op. cit., n° 1219). Cette affirmation apparaît toutefois discutable au regard des exemples étrangers, notamment américains et portugais, où la fundamentalité peut résulter de l'importance d'un droit (cf. *supra*, § 44 et § 69).

402 Si le doyen Favoreu jugeait cette hypothèse peu probable d'un point de vue pratique, il a néanmoins admis, *dans son principe*, la possibilité de reconnaître des libertés fondamentales d'origine législative dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Voir L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1741 : « On pourrait envisager que soit invoquée l'atteinte à une liberté fondamentale ne figurant pas sur la liste des libertés protégées au niveau constitutionnel et au niveau européen ; compte tenu du nombre de celles-ci, il paraît peu vraisemblable que cela se produise. Mais il est raisonnable d'imaginer que le Conseil d'Etat, déjà largement comblé par la liste des libertés constitutionnelles et européennes, limite l'afflux des référés-libertés en s'en tenant à ladite liste ; ce sera pour lui un moyen commode d'écarter un certain nombre de référés ». Tout en acceptant la possibilité de libertés fondamentales de rang législatif dans le cadre du référé-liberté, le doyen Favoreu estimait que le juge administratif y répugnerait pour des considérations pratiques.

juridiques, voire doctrinales de la notion de liberté fondamentale ? Doit-il considérer comme des libertés fondamentales les normes ayant reçu cette qualification ?

99. Quelle est, tout d'abord, la portée des qualifications textuelles résultant de la loi interne ou des conventions internationales ? En ce qui concerne les énoncés législatifs qualifiant une liberté de « fondamentale », ceux-ci sont dépourvus de portée normative et, à ce titre, inopposables au juge administratif. Ces dispositions relèvent de ce que l'on a pu appeler les « textes d'affichage, un droit mou, un droit flou, un droit « à l'état gazeux » »⁴⁰³. D'un point de vue qui ne considère que le droit, le juge administratif des référés n'a aucune obligation de considérer comme éligibles à la procédure de l'article L. 521-2 les droits et libertés qualifiés comme tels par la loi⁴⁰⁴. En ce qui concerne les conventions internationales dont l'intitulé comporte l'expression « liberté fondamentale », rien n'oblige là encore le juge à reprendre à son compte ces qualifications. Dans la mesure où les intitulés des textes et sous-divisions des textes normatifs sont dépourvus de valeur juridique, les droits et libertés énoncés dans un texte portant cet intitulé ne sont pas de ce seul fait des libertés justiciables de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Ils peuvent représenter pour le juge un indicateur ou un indice dans l'identification des libertés fondamentales mais ne s'imposent nullement à lui. Quant aux instruments internationaux faisant référence à la source normative de ces droits et libertés, on relèvera qu'ils emploient uniquement l'expression « droit fondamental » et sont dépourvus de valeur juridique ou d'effet direct en droit français⁴⁰⁵.

100. Quelle portée revêt ensuite pour le juge des référés l'emploi de la notion de liberté fondamentale par les juridictions ordinaires dans divers contentieux, dont celui de la voie de fait administrative ? On doit observer, là encore, que d'un point de vue juridique, aucun principe n'oblige le juge des référés à reprendre à son compte les qualifications retenues par les juridictions ordinaires. D'une part, les contentieux et procédures en cause se trouvent dans une situation d'autonomie réciproque. D'autre part, la jurisprudence des juridictions ordinaires ne peut juridiquement s'imposer au

403 « De la sécurité juridique », *EDCE* 1991, n° 43, p. 32. Le rapport relevait qu'« en 1991, comme chaque année, le Conseil d'Etat a vu passer un nombre non négligeable de lois dont l'article 1^{er} est dépourvu de tout contenu normatif » (*op. cit.*, p. 33). Les formules indiquant qu'un droit ou qu'une liberté présente un caractère fondamental en relèvent incontestablement. Ces expressions ont leur place dans l'exposé des motifs d'un projet ou d'une proposition de loi. Elles n'ont en revanche rien à faire dans le texte définitivement adopté par le Parlement. On observera, à cet égard, que le Conseil constitutionnel ne regarde pas comme des normes juridiques les dispositions relevant de cette catégorie. Il en résulte que ne peuvent être arguées d'inconstitutionnalité, en l'absence de toute portée juridique, les dispositions introductives (CC, n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000, cons. 11, *Rec. p.* 164) ou les textes d'annonce (CC, n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, cons. 55, *Rec. p.* 49).

404 Il ne pourrait en aller différemment que dans une seule hypothèse : celle où la loi qualifierait une norme de « liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». C'est uniquement dans cette hypothèse que la liberté ainsi dénommée serait de plein droit justiciable du référé-liberté.

405 Par hypothèse, la Convention américaine des droits de l'homme ne concerne pas les autorités françaises. Quant à la Déclaration universelle des droits de l'homme, elle représente seulement une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies dépourvue d'effet en droit interne (voir notamment CE, 23 novembre 1984, *Roujansky, Lebon p.* 383).

juge des référés, lui-même juge ordinaire. Doit-on envisager un sort différent pour les juridictions constitutionnelle, communautaire et européenne, dont les décisions sont, vis-à-vis notamment du juge ordinaire, revêtues de l'autorité de la chose jugée, voire de l'autorité de la chose interprétée⁴⁰⁶ ? Une réponse négative s'impose dans la mesure où aucune de ces deux autorités ne s'étend aux motifs qui, dans une décision, délivrent le qualificatif « fondamental » à une liberté déterminée. Dans ces conditions, le fait qu'une norme soit qualifiée de liberté fondamentale par l'une de ces juridictions n'oblige en rien le juge administratif à faire sienne cette qualification pour l'application du référé-liberté⁴⁰⁷. L'utilisation de la notion par le Conseil constitutionnel, la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme ne revêt aucune force contraignante sur le juge du référé-liberté⁴⁰⁸.

101. Il convient de mesurer, en dernier lieu, la portée des qualifications doctrinales et étrangères. A n'en pas douter, la doctrine et le droit comparé offrent une perspective particulièrement intéressante pour éclairer et comprendre la notion de liberté fondamentale⁴⁰⁹. Toutefois, et aussi enrichissantes soient-elles, ces analyses doctrinales et ces expériences étrangères ne s'imposent nullement au juge du référé-liberté pour retenir une conception déterminée des libertés fondamentales. Si le Conseil d'Etat n'est pas indifférent aux constructions doctrinales⁴¹⁰, il n'est en aucun cas lié par les analyses qu'elle développe. Par ailleurs, le fait qu'une notion soit employée avec telle signification dans un autre système juridique ne lie nullement le juge français, spécialement lorsque ladite notion fait l'objet d'appréciations divergentes selon l'ordre juridique considéré.

Ainsi, et en droit strict, les diverses utilisations que les acteurs juridiques font de la notion de liberté fondamentale en droit français et étranger ne s'imposent nullement au juge des référés. Une troisième exigence doit être mise en exergue pour déterminer la marge de liberté de l'interprète. Elle consiste en l'obligation faite au juge d'appréhender de façon conceptuelle la notion de liberté fondamentale.

406 Voir *infra*, § 190.

407 On relèvera en outre que les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas habilitées à interpréter les dispositions du droit national. Dès lors, et quelle que soit l'approche développée par chacune des deux cours sur la notion de liberté fondamentale, aucune n'est compétente pour dicter au juge français la façon dont il doit entendre cette expression dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

408 On ne saurait dès lors, comme le font certains auteurs, mettre en avant ces qualifications, même à titre surabondant, pour expliquer les solutions retenues par le juge du référé-liberté.

409 Les analyses doctrinales fournissent un outillage conceptuel et théorique ; le droit comparé se révèle fort utile pour mieux appréhender le sens d'une notion employée dans plusieurs systèmes juridiques. Comme le relève Jürgen Schwarze, « Même dans la pratique du développement du droit et de l'interprétation des lois par le juge, tant en droit national que dans le droit international et supranational, il est opportun de recourir aux études de droit comparé lorsqu'il s'agit d'éliminer des incertitudes terminologiques ou conceptuelles (...) » (J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, t. 1, Bruylant, 1994, p. 93).

410 Voir « Le Conseil d'Etat et la doctrine. Célébration du 2^{ème} centenaire du Conseil d'Etat », *Journée d'étude du 25 novembre 1996*, RA n° 300, pp. 6-69 ; G. JEZE, « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Recueil Sirey, 1952, pp. 347-349.

III. L'EXIGENCE D'UNE COHÉRENCE CONCEPTUELLE

102. Les libertés fondamentales ont été conçues par le législateur comme formant une catégorie juridique conceptuelle. Cela implique le respect de certaines exigences, en termes notamment de cohérence et de constance, dans la détermination des normes éligibles à une consécration dans le cadre de l'article L. 521-2.

103. Il est arrivé que des auteurs présentent les notions de droits fondamentaux ou de libertés fondamentales comme des *standards*. Ainsi Mme Champeil-Desplats a affirmé que dans la jurisprudence constitutionnelle, « la notion de droit fondamental, parce qu'elle n'a pas de définition juridique et se réfère au double registre de la morale et du fondement du droit, joue (...) le rôle d'un « standard » juridique, c'est-à-dire d'une notion souple au contenu indéterminé qui agit comme justification d'une décision »⁴¹¹. Toutefois, ni dans la jurisprudence constitutionnelle, ni nulle part ailleurs, la notion de liberté fondamentale ou de droit fondamental ne peut être considérée comme un standard.

En effet les standards – également appelés, avec certaines nuances selon les auteurs, notions-cadre, notions floues, notions souples ou notions à contenu variable – sont des concepts juridiques dont l'application requiert « une appréciation, non une interprétation »⁴¹². Intentionnellement laissés dans le vague, ces concepts « ont pour vocation naturelle d'être indéterminés, et donc toujours déterminables et redéterminables » suivant les circonstances et les époques⁴¹³. Le juge vérifie, au cas par cas, que les données de l'espèce entrent dans les prévisions-cadre du critère directif. Pour leur mise en œuvre, « l'appréciation du juge est nécessairement fluctuante, puisque leurs critères d'application ne peuvent pas être dissociés du contexte social et d'une perception subjective des faits »⁴¹⁴. Ainsi, « Lorsque le juge est invité à préciser ces notions vagues, il s'inspire de considérations *extra-juridiques* : il tient compte des usages, des mœurs, des données sociales ou économiques, des circonstances... »⁴¹⁵. Le signifié de ces notions « est mouvant, et évolue notamment en fonction de facteurs spatio-temporels »⁴¹⁶.

La notion de liberté fondamentale ne correspond nullement à cette définition⁴¹⁷. L'opération intellectuelle consistant à déterminer les libertés fondamentales ne relève

411 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p. 328.

412 G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, p. 91.

413 G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1999, n° 188. Constituent par exemple des standards : l'ordre public, les bonnes mœurs, l'intérêt de l'enfant, l'intérêt général, le bon père de la famille, la faute, la négligence, le caractère normal, exceptionnel, particulier d'une situation. Par sa structure, « le standard juridique est un pur instrument de mesure des comportements et des situations en terme de normalité » (S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. BDP, t. 135, 1980, p. 61).

414 J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 118.

415 V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991/3, p. 759. Non souligné.

416 V. FORTIER, *op. cit.*, p. 756.

417 S'il y a bien des standards dans la formule de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, ils se trouvent non pas dans la notion de liberté fondamentale mais dans les expressions « urgence », « grave » et « manifestation ».

ni de l'appréciation au cas par cas ni de la qualification juridique⁴¹⁸ mais strictement de l'interprétation. Si le sens de la notion de liberté fondamentale n'est pas prédéterminé et présente un caractère relativement ouvert, cela ne signifie pas pour autant qu'il soit susceptible de varier au gré des espèces soumises au juge. Le sens de cette notion ne dépend pas des circonstances particulières de chaque affaire. Les données factuelles n'interviennent d'aucune manière pour déterminer si une liberté fondamentale est ou non présente dans un litige. Cette notion n'est pas susceptible de faire l'objet d'une appréciation à chaque espèce renouvelée.

104. L'expression liberté fondamentale correspond à un concept juridique abstrait et, plus précisément, à une notion conceptuelle⁴¹⁹. Elle constitue une catégorie juridique qui est et ne peut être que conceptuelle⁴²⁰. Selon la définition du doyen Vedel, les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. Sans doute ne sont-elles pas immuables, mais les enrichissements ou les retranchements qu'elles peuvent subir sont imputables à l'évolution des données auxquelles on les applique, et non à leur nature même »⁴²¹. A la différence des notions fonctionnelles⁴²², « L'utilisation de ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation »⁴²³. Par conséquent, les notions conceptuelles « sont susceptibles de recevoir une définition abstraite *a priori*, indépendante des situations concrètes qu'elle recouvre »⁴²⁴.

Cette nature implique pour le juge administratif un certain nombre de contraintes dans la détermination des libertés fondamentales. Les normes désignées comme tel-

418 La qualification suppose nécessairement une situation de fait à qualifier. Voir D. LABETOULLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits* 1993/18, p. 31 : « Pour le juge administratif, la qualification juridique peut être définie (...) comme la démarche consistant à rapprocher une donnée *factuelle* (simple ou complexe) d'une notion juridique préexistante, à rechercher dans quelle mesure cette donnée entre dans le champ d'application de cette notion et à tirer les premières conséquences de cette identification » (non souligné).

419 Certains concepts dits « primaires » ou « vulgaires », tel l'animal, la naissance ou la mort, sont la représentation d'une réalité extrajuridique. D'autres concepts, dits « réflexifs » ou construits, comme l'État, la responsabilité ou le contrat, sont proprement juridiques et sont souvent plus particulièrement qualifiés de « notions » (voir C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale du droit et à la philosophie du droit*, 6^{me} éd., Delachaux & Niestlé, 1979, n° 183). La notion de liberté fondamentale relève de la seconde catégorie, celle des notions conceptuelles.

420 Comme l'affirmait Marcel Waline, « les catégories juridiques elles-mêmes ne peuvent être que des concepts. Une catégorie juridique purement fonctionnelle ne peut se justifier. Elle n'est plus qu'un mot (...) si elle est sans définition aucune » (M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin* vol. 1, Bruylant Sirey, 1963, p. 367).

421 G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851, §4.

422 Les notions fonctionnelles se caractérisent par la fonction qu'elles remplissent et qui, seule, leur confère une véritable unité (cf. G. VEDEL, *op. cit.*, §4).

423 G. VEDEL, *op. cit.*, §4.

424 D. LOCHAK, *La justice administrative*, 3^{me} éd., Montchrestien, coll. Clefs politique, 1998, p. 132. Voir également M.-T. CALAIS-AULOY, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et notions conceptuelles) », *LPA* 9 août 1999, n° 157, pp. 4-6.

les doivent toutes comporter les mêmes attributs et présenter une réelle cohérence conceptuelle. Le juge ne peut en effet regrouper des choses dissemblables dans une catégorie conceptuelle. Leurs caractéristiques doivent être constantes ; elles ne sauraient varier d'une liberté fondamentale à une autre, et dépendre ainsi d'une politique jurisprudentielle faisant intervenir une part d'arbitraire et de subjectivité. Si certaines choses peuvent se ressentir, le droit doit se comprendre. Selon Jean Dabin, « les règles qui, en raison de l'incertitude de la définition, – spécialement dans le domaine des valeurs qualitatives – feraient trop largement appel au pouvoir d'appréciation des organes d'application du droit, ne sont pas sans danger : l'intelligence, guidée et même, si l'on veut, bridée par les catégories, risque moins de s'égarer que le jugement, toujours plus ou moins subjectif (...) »⁴²⁵. Il en va de la cohérence et de la prévisibilité du droit. Les libertés fondamentales doivent ainsi présenter des caractéristiques particulières qui vont les différencier de la masse des autres normes⁴²⁶. Ces caractères doivent être constants, se retrouver dans toutes les normes incluses dans la catégorie des libertés fondamentales et faire défaut, en totalité ou en partie, à celles qui en sont exclues.

IV. UN SENS DIFFÉRENT DES NOTIONS PROCHES

105. Une quatrième et dernière série de contraintes doit être mise en évidence. Elle concerne la façon dont la notion de liberté fondamentale doit s'insérer au sein de la communauté de voisinage dont elle relève.

Comme l'a démontré le professeur Cornu, le langage du droit fonctionne selon le principe de l'économie de mots. Alors que les signes linguistiques sont en nombre limité, les phénomènes, choses ou idées à nommer sont infinis et en constant développement⁴²⁷. Par conséquent, le langage juridique n'utilise jamais deux expressions pour désigner un seul et unique objet⁴²⁸. Le vocabulaire juridique ne gâche pas les mots disponibles ; il ne retient jamais deux signifiants pour désigner une seule et même chose.

425 J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 280.

426 Si rien ne distingue les libertés fondamentales des autres normes, elles ne formeraient pas une catégorie juridique. Cf. J. RIVERO, « Les droits de l'homme, catégorie juridique ? », in *Perpectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, t. III, Instituto de estudios de Administracion local, 1969, pp. 23-40. L'auteur refusait de voir dans les droits de l'homme une catégorie juridique, au motif que rien ne distinguait les droits ainsi qualifiés du « troupeau de tous les droits que la loi reconnaît et organise » (*op. cit.*, p. 27).

427 Comme le fait remarquer M. Cornu, « dans le langage du droit comme dans le langage courant, mais plus encore sans doute, le nombre des signifiés est incommensurablement plus élevé que celui des signifiants. Les notions juridiques sont beaucoup plus nombreuses que les mots pour les nommer. La somme des supports linguistiques est très inférieure à celle des catégories juridiques » (G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, p. 103).

428 « Il est exceptionnel que (...) deux homonymes appartiennent au vocabulaire juridique » (*op. cit.*, p. 137). Au contraire, « L'importance de la polysémie, au sein du vocabulaire juridique, est capitale » (*op. cit.*, p. 93). Elle représente, d'après les estimations de l'auteur, plus des deux tiers de l'ensemble des termes juridiques. Le langage du droit emploie plusieurs fois le même mot pour nommer des choses différentes. Voir, dans le même sens : J.-L. SOURIOUX et P. LERAT, *Le langage du droit*, PUF, 1975, spé p. 96.

On peut en déduire, s'agissant de la notion de liberté fondamentale, que celle-ci a une signification différente de celle des notions proches⁴²⁹. Les parlementaires ont d'ailleurs souligné ce point au cours des débats, montrant ainsi qu'il existe des nuances et des différences entre les diverses expressions⁴³⁰.

106. Si des notions ne peuvent avoir un sens strictement identique, elles peuvent en revanche avoir un sens voisin. Il est alors possible de regrouper ces notions proches au sein d'une communauté de voisinage afin de faire ressortir leurs différences et mettre en relief la réalité particulière à laquelle chacune d'entre elles correspond. La communauté de voisinage dont il est ici question correspond à l'idée de *libertés* telle que nous l'a léguée notre histoire juridique et politique, l'idée que les particuliers se voient reconnaître par le droit positif des prérogatives essentielles opposables à la puissance publique et devant être préservées des atteintes du pouvoir. Plusieurs notions coexistent au sein de cette communauté de voisinage sans que le sens respectif de chacune d'entre elles soit toujours clairement distingué⁴³¹. Ces différentes notions désignent le plus souvent les mêmes normes mais ne les appréhendent pas sous le même angle. Elles recouvrent souvent les mêmes droits et libertés mais en les envisageant dans des perspectives différentes. En France, quatre notions avoisinent la notion de liberté fondamentale⁴³². Les deux notions classiquement les plus utilisées sont celles de libertés publiques et de droits de l'homme. Deux notions appartenant à cette communauté de voisinage – libertés essentielles et droits et libertés individuels – se trouvent moins couramment employées. Les notions de droits de l'homme et de droits et libertés individuels mettent l'accent sur le bénéficiaire de la norme ; celle de liberté publique met en relief la dimension verticale de celle-ci ; la notion de liberté essentielle est centrée sur l'importance de celle-ci.

A. Droits de l'homme et droits et libertés individuels

107. Une première catégorie d'expressions, regroupant les notions de droits de l'homme, liberté individuelle et droit individuel met l'accent sur le bénéficiaire du droit ou de la liberté considérée.

108. Nombreux sont les auteurs qui caractérisent les droits de l'homme par l'origine – extra-juridique – qui est censée être la leur. Pour les auteurs jusnaturalistes, le caractère extra-positif des droits de l'homme est un vecteur de juridicité. Selon ces

429 Celles-ci étant entendues, au regard de ce qui a été dit précédemment, comme des normes conférant aux personnes des droits essentiels opposables à la puissance publique comme concrétisation de la liberté.

430 Voir *supra*, §76.

431 Comme l'a relevé M. Martin, la notion de liberté fondamentale « souffre de sa proximité avec les droits fondamentaux, les principes fondamentaux, les droits constitutionnellement protégés. Ces notions voisines se juxtaposent en partie et la science juridique n'a pas encore opéré entre elles un tri rigoureux » (R. MARTIN, « Les nouveaux référés administratifs », *Annales des loyers* 2002, p. 1113).

432 Et de droit fondamental, entendu le plus souvent comme synonyme de liberté fondamentale du fait de l'adjectif « fondamental » qui leur est commun.

auteurs, l'existence de ces droits transcende leur reconnaissance par les textes ; c'est par le droit naturel et grâce à celui-ci que les droits de l'homme accèdent au droit positif⁴³³. Les auteurs juspositivistes considèrent également que les droits de l'homme sont extérieurs au droit positif⁴³⁴. Ils considèrent, à la différence du courant précédent, que cette circonstance est un obstacle à ce que ces prétentions acquièrent une effectivité juridique. Réduits à des principes purement moraux, les droits de l'homme sont, pour ces auteurs, dépourvus de toute portée juridique⁴³⁵.

Pourtant, on ne comprend pas les raisons profondes pour lesquelles les normes qualifiées de « droits de l'homme » devraient se voir refuser la qualité de règle de droit. Les deux arguments mis en avant par les auteurs juspositivistes pour dénier à ces droits un caractère juridique ne résistent pas à l'analyse. En premier lieu, il est affirmé que l'expression est utilisée dans les discours politique et philosophique pour désigner une prétention morale ou revendiquer l'attribution d'un droit. Cette affirmation correspond sans conteste à une réalité. Toutefois, on ne voit pas en quoi l'utilisation d'une expression juridique en dehors du domaine strictement juridique devrait conduire à déchoir celle-ci de sa juridicité. Une notion ne perd pas son caractère juridique au seul motif qu'elle est employée par des acteurs non juridiques. Les expressions libertés fondamentales ou libertés publiques sont fréquemment employées de la sorte sans que quiconque ne songe, de ce seul fait, à en contester la positivité. En second lieu, la notion renverrait au droit naturel à l'exclusion de toute norme à caractère positif. Il est vrai que la notion a été initialement utilisée dans une perspective transcendant-

433 Ainsi, selon Blandine Barret-Kriegel, les droits de l'homme « ne puisent nullement leur origine dans l'idéalisme subjectif et le volontarisme juridique (...) mais dans les œuvres du droit moderne qui maintiennent la référence à la loi naturelle (...) » (B. BARRET-KRIEGEL, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, 1989, p. 98). De même pour Yves Madiot, les droits de l'homme sont « des droits subjectifs qui traduisent, dans l'ordre juridique, les principes naturels de justice qui fondent la dignité de la personne humaine » (Y. MADIOT, *Droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Masson, 1991, p. 26 ; définition reprise par l'auteur in *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 10). Signalons, parmi les auteurs jusnaturalistes, la position particulière de Michel Villey, réfutant l'existence même des droits de l'homme au motif que les droits qualifiés comme tels sont dépourvus de consistance juridique et, par conséquent, ne correspondent pas au sens du mot « droit » tel que nous l'ont légué les Romains. L'expression *droits* de l'homme serait, en ce sens, mal fondée (M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. Questions, 1990, 169 p.).

434 Pour Pierre Bon, « Les droits de l'homme sont les droits de l'individu saisi dans son essence universelle abstraite, ils sont conçus comme antérieurs et supérieurs au droit positif afin d'être l'étalon de sa validité et la limite fixée au pouvoir légitime de l'Etat » (P. BON, « Droits de l'homme », in *Dictionnaire constitutionnel* (Y. MENY et O. DUHAMEL dir.), PUF, 1992). Pour MM. Rivero et Moutouh, « La notion de « droits de l'homme » (...) relève de la conception du Droit naturel. Selon cette conception, l'homme, parce qu'il est homme, possède un ensemble de droits, inhérents à sa nature, et qu'on ne peut méconnaître sans porter atteinte à celle-ci » (J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, n° 10). Les droits de l'homme sont présentés comme « des exigences politiques et morales, plus ou moins inspirées par le libéralisme politique et ses extensions, considérées en dehors de tout contexte proprement juridique » (L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 87). Ces droits « relèvent en vérité davantage de l'ordre de l'idéologie ou du discours que du droit (...) » (F. BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDP* 2003, p. 1564).

435 Comme l'a souligné M. Ollero-Tassara, « il est fréquent que l'on nie le caractère juridique des *droits de l'homme*, pour ne leur concéder qu'une portée « morale » » (A. OLLERO-TASSARA, *Droit « positif » et droits de l'homme*, Editions Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 1997, p. 75. Souligné).

tales. L'invocation de principes supérieurs avait pour objet de limiter l'absolutisme du pouvoir en plaçant, au-dessus de l'État, un droit immanent découlant de principes moraux. Il est possible que sur le plan de la philosophie du droit, une telle présentation ait eu jadis son intérêt, dans la mesure où elle permettait de critiquer sous l'angle de la morale, puis de la raison universelle, l'absolutisme politique. Aujourd'hui toutefois, les droits de l'homme sont énoncés dans des textes dont la juridicité n'est pas à discuter ; ils constituent, dès lors, des normes juridiques à part entière. C'est tout d'abord le cas pour les textes qui ne comportent pas la moindre référence au droit naturel, comme la Convention européenne des *droits de l'homme*. C'est tout aussi vrai pour la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en dépit des références très explicites à la doctrine du droit naturel⁴³⁶. Comme l'a indiqué Yann Aguila, ce texte a « le caractère d'une véritable *décision*, et relève donc du droit positif, et non du droit naturel »⁴³⁷. Les droits et libertés désignés par les hommes de 1789 comme des droits « naturels » constituent aujourd'hui des normes de droit positif. Comme l'a affirmé le professeur Wachsmann, « Le soi-disant droit naturel s'absorbe dans le droit positif, dans une énonciation constituante qui lui donne sa seule réalité juridique »⁴³⁸. Qu'un droit ou une liberté soit qualifié de « naturel » par un texte normatif n'affecte en rien sa valeur juridique. Le caractère éminemment juridique des droits de l'homme a été confirmé en 1958, le constituant réaffirmant solennellement son attachement aux droits de l'homme dans le préambule de la Constitution. Le Conseil constitutionnel en tirera les conséquences en 1971 en attribuant une pleine valeur juridique à la Déclaration de 1789⁴³⁹. Pour déterminer la positivité des droits de l'homme, seul compte le fait qu'ils soient énoncés par une autorité normative et inscrits dans un texte de nature authentiquement juridique. Ainsi, les droits de l'homme, énoncés notamment par la Déclaration de 1789 et par la Convention européenne, constituent des règles de droit positif. Le critère prétendant

436 La Déclaration se réfère expressément au droit naturel dès son Préambule : « Les représentants du peuple français (...) ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme (...) ». Il est également fait référence au droit naturel dans certains articles de la Déclaration, l'article 2 mentionnant les « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », l'article 4 « l'exercice des droits naturels de chaque homme ».

437 Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, LGDJ, coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1993, p. 39. Souligné.

438 P. WACHSMANN, « Déclaration ou constitution des droits ? », in *1789 et l'invention de la Constitution* (M. TROPER et L. JAUME dir.), colloque des 2, 3 et 4 mars 1989, LGDJ Bruylant, 1994, p. 50. C'est sans doute l'article 2 de la Déclaration qui marque le plus clairement le caractère éminemment juridique – et en même temps limitatif – des droits présentés comme naturels. L'hommage qui est rendu au droit naturel par cette disposition « dissimule son entier repliement au sein du droit positif. La cassure qui scinde les deux phrases de l'article est irréparable et scelle la fin du droit naturel : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». « Ces droits sont » : l'énumération est close, la dynamique du droit naturel est brisée, qui permettait à chacun, ou plutôt à chaque esprit éclairé, de découvrir, pour son propre compte comme dans l'intérêt général, les principes et les droits issus de la nature humaine. La brutalité d'un texte placé au sommet de l'ordre juridique positif indique les contraintes de cet ordre nouveau : les prétendus droits naturels sont ceux – et ceux-là seulement – qu'énonce la Déclaration. L'ordre juridique est seul maître de déterminer quels sont les droits qu'il consacre » (*op. cit.*, p. 48. Souligné).

439 CC, n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Rec. p.* 29, *GDCC* n° 19.

caractériser les droits de l'homme par leur absence de valeur juridique ou une prétendue essence jusnaturaliste doit donc être écarté.

En réalité, le trait principal et prépondérant des droits de l'homme réside dans le sujet de droit auquel ils sont reconnus, à savoir l'Homme⁴⁴⁰. Le principal caractère des droits de l'homme est qu'ils sont attribués à tous les hommes mais qu'ils ne le sont qu'aux seuls hommes. D'une part, ces droits sont conférés à tout être humain présent sur le territoire national, c'est-à-dire à l'homme saisi dans son essence universelle, sans distinction entre le ressortissant national et l'étranger, ni entre l'étranger en situation régulière et l'étranger en situation irrégulière. D'autre part, ces droits sont attachés à la personne humaine ; ils sont attribués aux seules personnes physiques et ne peuvent, par hypothèse, être invoqués par des personnes morales. Un droit bénéficiant à une personne morale n'est pas un droit de l'homme. Si certains droits, comme le droit de propriété, ont été par la suite étendus à des personnes morales, ce n'est pas en leur qualité de droits de l'homme.

109. Le même critère caractérise les notions de libertés individuelles et de droits individuels parfois utilisées par le législateur et les tribunaux.

Dans le contentieux du placement d'office, l'article L. 3211-3 du code de la santé publique dispose que « Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux est hospitalisée sans son consentement, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et la mise en œuvre de son traitement ». La notion de liberté individuelle est également utilisée par la loi du 2 mars 1982, à côté de la notion de liberté publique, pour déterminer le champ d'application du déferé-liberté⁴⁴¹.

En pratique, c'est le juge qui utilise le plus fréquemment ces notions, généralement dans les cas de conflit entre d'un côté les droits et libertés reconnus à une personne, et d'un autre un motif d'intérêt général, d'intérêt collectif ou plus largement de tout autre intérêt mis en avant pour justifier une limitation apportée à ces droits et libertés. La Cour de Strasbourg a ainsi considéré comme « inhérente au système de la Convention une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels »⁴⁴². De même, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'en excluant les actes individuels du champ du référendum local, le législateur organique, « en raison tant du régime particulier de tels actes que du risque d'atteintes aux droits individuels que leur adoption par référendum pourrait comporter, n'a pas méconnu les limites de l'habilitation confé-

440 Selon M. Peces-Barba Martinez, « Le sujet et sa protection sont à la fois le noyau central indispensable à la compréhension du problème et l'ultime élément unificateur, qui entre en rapport avec tous les termes utilisés comme synonymes des droits de l'homme » (G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 22).

441 La loi évoque les « actes de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ». Pour son application, le juge administratif ne distingue pas les libertés publiques d'un côté et les libertés individuelles de l'autre.

442 CEDH, 6 septembre 1976, Klass c/ République fédérale d'Allemagne, § 59, A28.

rée par la Constitution »⁴⁴³. Dans un arrêt de 1950, le Conseil d'Etat, statuant sur la légalité d'une décision de l'Ordre des experts-comptables interdisant à ses membres d'intervenir par voie de presse pour toute réclamation ou démarche relative à des faits professionnels, déclare que les pouvoirs des ordres professionnels « trouvent une limite dans les libertés individuelles qui appartiennent aux membres de l'ordre comme à la généralité des citoyens ». Il annule les mesures litigieuses en estimant qu'elles ont excédé les limites des sujétions que le Conseil supérieur de l'ordre peut légalement imposer⁴⁴⁴. Dans l'arrêt *Sieur Verlhac* de 1948, le Conseil d'Etat devait connaître d'un arrêté municipal qui visait, par diverses mesures réglementaires, à favoriser le logement des personnes sans abri. Le juge administratif relève « qu'il incombait aux autorités chargées de cette police de concilier en la matière, conformément aux principes généraux, l'intérêt du bon ordre avec le respect des libertés individuelles »⁴⁴⁵. De même, les magistrats judiciaires emploient cette expression lorsqu'ils censurent les décisions d'employeurs restreignant de façon excessive les libertés et droits individuels de leurs salariés. Une cour d'appel a ainsi qualifié le droit au mariage de « droit individuel » et censuré une clause d'un contrat de travail interdisant le mariage aux hôtesses de l'air⁴⁴⁶. Toujours dans la relation employeurs-salariés, le juge administratif sanctionne les mesures par lesquelles l'entreprise se réserve le droit d'ouvrir à tout moment les vestiaires du personnel⁴⁴⁷. Ainsi, il apparaît que le recours aux expressions droits individuels ou libertés individuelles exprime le plus souvent un conflit et une conciliation entre les droits et libertés reconnus aux individus, et un motif ayant pour objet d'en restreindre l'exercice. Elles touchent à l'individu et à son intimité, et se définissent par référence à leur bénéficiaire. La notion de liberté publique met quant à elle en relief la dimension verticale de la liberté.

B. Libertés publiques

110. La notion de liberté publique est employée dans certaines Constitutions étrangères, notamment celle de l'Espagne et de la Grèce⁴⁴⁸. Toutefois, « c'est sans doute en France qu'elle a, conceptuellement et juridiquement, occupé une place non seulement

443 CC, n° 2003-482 DC, 30 juillet 2003, cons. 7, *Rec.* p. 414. Voir également, évoquant la notion de « libertés individuelles » pour désigner la liberté d'aller et venir, la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile : CC, n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 3, *Rec.* p. 140.

444 CE, Ass., 29 juillet 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'Etat, *Lebon* p. 492, GAJA n° 69.

445 CE, 6 février 1948, *Sieur Verlhac*, *Lebon* p. 63.

446 CA Paris, 30 avril 1963, *Epoux Barbier c/ Compagnie Air France*, D. 1963, pp. 428-430, note A. ROUAST.

447 CE, 12 juin 1987, *Société Gantois*, *Lebon* p. 208. Le règlement intérieur d'une entreprise prévoyait que la direction se réserve le droit de faire ouvrir à tout moment les vestiaires ou armoires individuelles mis à disposition de chaque salarié. Le Conseil d'Etat affirme que cette disposition « excède l'étendue des restrictions que l'employeur peut légalement apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité dans l'entreprise ».

448 Voir *supra*, § 65 et § 68.

éminente, mais longtemps exclusive »⁴⁴⁹. L'expression est d'abord apparue au singulier dans certains textes constitutionnels de la période révolutionnaire et post-révolutionnaire⁴⁵⁰. Elle fut reprise au pluriel dans la Constitution du 14 janvier 1852, dont l'article 25 fait du Sénat « le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques ». La Constitution de 1946 prévoit en son article 72 que « Dans les territoires d'outre mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative ». Le gouvernement demandera au Conseil d'Etat, pour l'application de cette disposition, de préciser le contenu de l'expression libertés publiques. Par son avis du 13 août 1947, le Conseil d'Etat affirme que « Le terme de libertés publiques comprend, indépendamment de la liberté individuelle, les grandes libertés qui, n'étant pas limitées à l'individu seul, se manifestent au dehors et comportent l'action de coparticipants ou l'appel au public : en conséquence, rentrent notamment dans cette catégorie des libertés publiques, la liberté de réunion, la liberté d'association et avec elle la liberté syndicale, la liberté de la presse et d'une manière générale de diffusion de la pensée, la liberté de conscience et des cultes, la liberté de l'enseignement »⁴⁵¹. Par sa pratique, la IV^e République va faire du domaine des libertés publiques « une sorte de bastion républicain échappant à l'empire du pouvoir réglementaire et réservé à la seule compétence du pouvoir législatif souverain »⁴⁵². Si l'avis du 6 février 1953 du Conseil d'Etat n'est pas, à ce point de vue, explicite⁴⁵³, les diverses lois attribuant compétence à l'exécutif dans divers domaines contiennent souvent la réserve « sans qu'il puisse être porté atteinte aux matières réservées à la loi (...) ni à la protection des biens et des libertés publiques »⁴⁵⁴. La solution réservant au Parlement le domaine des libertés publiques se retrouve sous la V^e République à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

449 L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 57.

450 La Constitution du 24 juin 1793 déclare en son article 9 que « la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent ». La Charte du 4 juin 1814 proclame, dans son exposé des motifs : « Quand la violence arrache des concessions à la faiblesse du gouvernement, la liberté publique n'est pas moins en danger que le trône même ». Le terme liberté publique est également utilisé au singulier dans le préambule de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815.

451 CE, avis, 13 août 1947, *EDCE* 1956, p. 64. Deux observations peuvent être formulées à la lecture de cet avis. D'une part, l'adjectif « public » signifie, négativement, que ces libertés ne sont pas limitées à l'individu seul et, positivement qu'elles se manifestent au-dehors et comportent l'action de co-participants ou l'appel au public. D'autre part, la liste indicative dressée par le Conseil d'Etat comprend des libertés issues de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (par exemple la liberté de conscience), du préambule de la Constitution de 1946 (comme la liberté syndicale) et de la loi (telles la liberté de réunion et la liberté d'association).

452 C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 1989, p. 21.

453 Devant se prononcer, à propos des décrets-lois, sur l'étendue des délégations dont la loi était susceptible de faire l'objet, le Conseil d'Etat affirme « que certaines matières sont réservées à la loi, soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule ; que le législateur ne peut, dès lors, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire » (CE, avis, 6 février 1953, *RDP* 1953, p. 170-171. Voir également Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2002, avis n° 2, pp. 75-80).

454 Voir C.-A. COLLIARD, *op. cit.*, p. 21.

Plusieurs références aux libertés publiques ont en outre été ajoutées à la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁴⁵⁵. La notion est également employée par la loi du 11 juillet 1979 (et celle du 12 avril 2000, qui y renvoie) imposant la motivation des décisions individuelles restreignant « l'exercice des libertés publiques ». La mise en œuvre de ces dispositions suppose, de la part du juge, l'identification des normes correspondant à la notion de libertés publiques. Ont notamment été considérées comme telles, au sens de la loi du 11 juillet 1979 : la liberté du commerce et de l'industrie⁴⁵⁶, le droit du propriétaire de disposer de ses biens⁴⁵⁷ ou encore le droit de recevoir une formation scolaire durant la période de scolarité obligatoire⁴⁵⁸. Pour l'application de l'article 34 de la Constitution, ont été qualifiées de libertés publiques la liberté de communication⁴⁵⁹, le droit d'agir en justice⁴⁶⁰ ou, plus récemment, le droit d'accès aux documents administratifs⁴⁶¹ et le libre accès, par les citoyens, à l'exercice d'une activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale⁴⁶².

Quel est le trait commun à toutes ces libertés ? Deux critères doivent tout d'abord être exclus. Le premier critère repose sur les bénéficiaires des libertés publiques. Il a parfois été affirmé que seules les personnes physiques pouvaient avoir la qualité de bénéficiaire des libertés publiques à l'exclusion des personnes morales. Ce critère n'est pas pertinent en droit positif dans la mesure où des personnes morales de droit privé, comme de droit public, se voient reconnaître le bénéfice de libertés publiques⁴⁶³. Le deuxième critère envisageable est celui du rang normatif occupé par ces libertés. C'est un point sur lequel règne la plus grande confusion au sein de la doctrine puisque toutes

455 Aux termes de l'article 72 al. 4, la possibilité, pour une collectivité territoriale, d'être habilitée à déroger provisoirement aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de ses compétences, est exclue « lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ». L'article 73 al. 4 prévoit que dans les départements et régions d'outre-mer, les possibilités d'adaptation de la loi votée par le Parlement sont notamment exclues en ce qui concerne « les garanties des libertés publiques ». Son sixième alinéa prévoit que les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas ne peuvent intervenir « lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ». Enfin, l'article 74 dispose que la collectivité d'outre-mer peut participer, sous le contrôle de l'État, à l'exercice des compétences qu'il conserve « dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques ».

456 CE, 17 juin 1985, *Dauberville*, *Lebon* p. 184.

457 CE, 23 octobre 1996, *Le Pelletier de Rosambo*, *Lebon T.* p. 681.

458 CE, Sect., 25 mars 1983, *Ministre de l'Éducation c/ Epoux Mousset*, *Lebon* p. 135, *AJDA* 1983, pp. 296-297, chron. B. LASSERRE et J.-M. DELARUE. Les chroniqueurs soulignent « que telle qu'elle est rédigée, la décision admet que le droit de recevoir une formation scolaire (...) peut être considéré comme une liberté publique » (*op. cit.*, p. 297).

459 CC, n° 84-173 DC, 26 juillet 1984, *Rec.* p. 63.

460 CC, n° 80-119 L, 2 décembre 1980, *Rec.* p. 74.

461 CE, 29 avril 2002, *Ulmann*, *Lebon* p. 157.

462 CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'Intérieur c/ M. X*, *Lebon* p. 297.

463 Ainsi, les collectivités locales peuvent se prévaloir du droit de propriété devant le juge administratif (voir P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, pp. 205-206). Le juge annule les décisions portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie d'une personne privée (voir P. BRAUD, *op. cit.*, pp. 209-211). L'auteur fait en outre remarquer que la loi du 21 mars 1884 et la loi du 1^{er} juillet 1901 visent expressément les syndicats et les associations en tant que bénéficiaires de la liberté syndicale et de la liberté d'association.

les hypothèses ou presque ont été soutenues. Selon les auteurs, les libertés publiques se trouvent à un niveau constitutionnel⁴⁶⁴, supralégislatif⁴⁶⁵, au maximum législatif⁴⁶⁶, au minimum législatif⁴⁶⁷ ou à tous les niveaux normatifs⁴⁶⁸. Quelle est la réalité du droit positif ? Le premier élément certain est qu'il existe des libertés publiques constitutionnelles⁴⁶⁹. Et, en approfondissant l'analyse, on observe qu'en pratique la très grande majorité des normes qualifiées comme telles par le juge sont des normes de valeur constitutionnelle⁴⁷⁰. Cette situation est d'ailleurs conforme à la lettre de l'article 34 de la Constitution. Cette disposition prévoit que la loi fixe les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Il en résulte que la loi définit les *garanties* des libertés publiques ; elle ne définit pas les libertés publiques elles-mêmes. En application de cette disposition, « la loi accorde, non des libertés, mais les garanties nécessaires à leur exercice »⁴⁷¹. Or par hypothèse,

- 464 Philippe Braud évoque le « rôle exclusif des normes constitutionnelles comme sources des libertés publiques » (P. BRAUD, *op. cit.*, p. 332). M. Colliard affirme qu'il s'agit de libertés « proclamées généralement par le législateur constituant et organisées éventuellement par le législateur ordinaire » (C.-A. COLLIARD, *op. cit.*, p. 141).
- 465 Pour MM. Rivéro et Moutouh, les libertés publiques sont des droits élevés « au niveau constitutionnel en droit interne, au niveau supralégislatif en droit européen » (J. RIVERO et H. MOUTOUH, *op. cit.*, n° 21). Selon M. Leclercq, « une liberté publique se présente comme un aspect circonscrit de la liberté, traduit en droit par des textes constitutionnels et/ou internationaux et soumis à un régime de protection juridique précisé par ces textes et d'autres textes subséquents qui visent, par des procédures appropriées, à faire valoir la liberté ainsi définie » (C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, 5^{ème} éd., Litec, 2003, p. 5). Dans le même sens, M. Turpin affirme que l'« On est passé, sous la V^e République, d'une protection des libertés publiques par la loi à une protection contre la loi » (D. TURPIN, « Les libertés publiques sous la V^e République », *RDP* 1998, p. 1833).
- 466 Leur protection s'appuie « sur la loi et les principes généraux du droit » (L. FAVOREU et *alii.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 1222).
- 467 Pour Gilles Lebreton, les libertés publiques sont des pouvoirs « reconnus par des normes à valeur au moins législative » (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} éd., Armand Collin, 2001, p. 15).
- 468 Cf. P. AUVRET et J. AUVRET-FINCK, « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 404 : « Les libertés publiques sont tout à la fois législatives, *infra* législatives et *supra* législatives ».
- 469 Des normes qualifiées de libertés publiques par le juge constitutionnel ou le juge administratif dans le cadre des dispositions précitées se situent à un niveau constitutionnel. En outre, le Conseil constitutionnel lui-même parle de « libertés publiques *constitutionnellement* garanties » (CC, n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 3, *Rec.* p. 140 ; n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, *Rec.* p. 87 ; n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Rec.* p. 45 ; n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *Rec.* p. 75).
- 470 Cela était déjà le cas dans le passé mais, en l'absence d'applicabilité directe de la Déclaration des droits de l'homme et du préambule de la Constitution de 1946, c'est par le biais des principes généraux du droit, et le cas échéant de la loi ordinaire, que les libertés publiques étaient protégées. Ces libertés devaient attendre l'intervention du Parlement, ou la médiation du juge, pour être invocables. La Constitution représentait la source matérielle des libertés publiques, leur source formelle résidant dans des normes de rang inférieur qui en assuraient la concrétisation. A partir du moment où la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946 deviennent des textes juridiquement contraignants, les libertés publiques constitutionnelles peuvent être directement invoquées devant le juge ordinaire, et, par suite, la définition fondée sur la valeur législative des libertés publiques n'est plus opérante.
- 471 F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 109. Les travaux préparatoires montrent d'ailleurs que le constituant a clairement voulu distinguer définition des libertés et définition de leurs garanties, pour ne réserver que cette dernière au législateur. L'avant-

la loi vient garantir ce qui se trouve *au-dessus* d'elle, c'est-à-dire la Constitution (les conventions internationales n'utilisent pas en effet l'expression liberté publique). Les libertés publiques existent sans l'intervention du législateur, du simple fait de leur reconnaissance constitutionnelle.

Ces deux critères ayant été exclus, la définition des libertés publiques doit en réalité être précisée en déterminant le sens que revêt l'adjectif « public » au sein de cette expression. C'est dans cet adjectif que réside la clé d'identification des libertés publiques. L'épithète « public » pourrait signifier, tout d'abord, que les libertés en cause sont édictées par l'autorité publique⁴⁷². Cette définition présente toutefois un caractère trop large. En effet, si l'on qualifie de liberté publique toutes les règles édictées par l'Etat, alors toutes les règles de droit deviennent *ipso facto* des libertés publiques, et plus rien ne singularise celles-ci au sein de la masse des autres normes. En réalité, l'adjectif « public » doit s'entendre de ce qui est relatif aux relations avec les pouvoirs publics. Ce sont des libertés reconnues contre les personnes publiques et opposables à la seule puissance publique. L'épithète « rend surtout compte de la dimension « verticale » des libertés publiques »⁴⁷³. Il en résulte, comme conséquence logique, que la notion de liberté publique est très largement absente de la jurisprudence judiciaire. La liberté syndicale, liberté publique car opposable à l'Etat, ne sera pas qualifiée comme telle devant les juridictions judiciaires.

projet gouvernemental de l'article 34 actuel, qui était alors l'article 31, proposait la formule que l'on connaît aujourd'hui. Devant le Comité consultatif constitutionnel, Pierre-Henri Teitgen avait voulu étendre la compétence du législateur à la définition des libertés publiques elles-mêmes, et non à leur seule garantie, c'est-à-dire, selon les termes mêmes de son amendement, « aux définitions des libertés publiques et aux garanties accordées aux citoyens pour leur exercice » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La documentation française, 1988, pp. 266-267). Le Comité consultatif constitutionnel avait été convaincu et, tenant compte de l'amendement Teitgen, avait rédigé le texte de la manière suivante : « Sont réglées par la loi les questions relatives : (...) aux définitions des libertés publiques, civiles et syndicales, aux garanties accordées aux citoyens pour leur exercice ». Le texte définitif arrêté par le gouvernement rejette cette rédaction, et revient à la formule de l'avant-projet. Sont donc seules du domaine de la loi les *garanties* de l'exercice des libertés publiques, et non la définition des libertés publiques elles-mêmes.

472 En cela, l'adjectif introduirait « une précision quant à l'origine de la contrainte sociale », et renverrait « à un cadre déterminé : celui de l'Etat, auteur (ou, plus ou moins directement, coauteur dans le cas des règles du droit international) des règles juridiques essentielles » (P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2002, n° 1). Selon cette acception, « Ce qui rend « publique » une liberté, quel qu'en soit l'objet, c'est l'intervention du pouvoir pour la reconnaître et l'aménager » (J. RIVERO et H. MOUTOUH, *op. cit.*, n° 8).

473 L. FAVOREU et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 59. Duguit affirmait que l'« On qualifie de lois sur les libertés publiques toutes celles qui ont le double but de déterminer les obligations de l'Etat et de fixer des garanties à leur accomplissement (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome V Les libertés publiques, E. de Boccard, 1925, p. 2). Dans le même sens, Bonnard déclarait que « Lorsqu'une liberté de l'individu est opposable à l'Etat, on la qualifie ordinairement de « liberté publique » » (R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP* 1932, p. 710, note 1). Avec quelques nuances, la même conception est admise par Georges Morange (*Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, thèse Nancy, 1940, p. 15) et Jacques Mourgeon (*Les libertés publiques*, Thémis, 1979, p. 21).

C. Libertés essentielles

111. Enfin, il doit être fait état de la notion de liberté essentielle, laquelle met en relief l'importance de la liberté ainsi qualifiée. Cette expression est rarement employée en droit français. Elle n'est pas non plus d'un usage courant à l'étranger. On peut néanmoins relever que le préambule de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 rappelle, en son troisième alinéa, que la Révolution de 1974 « a restitué aux Portugais les droits fondamentaux et les libertés essentielles ».

En France, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 comportait un quatrième principe rédigé comme suit : « L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère ». Le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, qui réaffirme l'attachement aux « droits de l'homme », a été présenté comme la traduction de ce principe⁴⁷⁴, ce qui atteste là encore de la proximité qui existe entre les différentes notions composant la communauté de voisinage. La notion a pu être utilisée dans le cadre de la voie de fait avant que ne s'impose définitivement la notion de liberté fondamentale⁴⁷⁵. Il arrive également aux juridictions de l'ordre judiciaire d'employer cette expression dans des cas où aucune conséquence juridique ne découle de cette qualification. Dans une affaire liée au choix thérapeutique d'un témoin de Jéhovah, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre une cour d'appel ayant considéré qu'« en refusant la transfusion pour des motifs religieux, la victime a exercé un choix dérivant d'une liberté essentielle »⁴⁷⁶.

Au sein de la communauté de voisinage, cette expression met en relief l'essentialité de la liberté. La liberté n'est pas essentielle par sa valeur juridique – dans les deux exemples cités, les libertés en cause se trouvent à un rang législatif. Elle l'est par son importance. A travers cette expression, c'est l'éminence de la liberté qui est mise en avant. Elle rejoint en ce sens l'acception matérielle du terme « fondamental » mais sans avoir, à la différence de ce dernier, un rôle proprement fondateur.

474 Sur le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, voir R. PELLOUX, « Quelques réflexions sur le préambule de la Constitution française de 1958 », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, pp. 389-401 ; J. GEORGEL, « Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP* 1960, pp. 85-101 ; B. GENEVOIS, « Le préambule et les droits fondamentaux », in *L'écriture de la Constitution de 1958*, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence (L. FAVOREU, D. MAUS et J.-L. PARODI dir.), Economica, 1992, pp. 483-499.

475 Voir TC, 10 décembre 1956, *Sieurs Randon et autres, Lebon* p. 592, concl. GUIONIN. Le Tribunal des conflits affirme « que les agissements reprochés aux sieurs Brunel et Cornevaux constituent une atteinte à la sécurité des correspondances postales, liberté essentielle, garantie par l'article 187 du code pénal et que, par suite, ils ont le caractère d'une voie de fait (...) ». La notion n'a pas totalement disparu après la consécration de la notion de liberté fondamentale. Il est arrivé aux juridictions de continuer à l'utiliser à côté et comme synonyme de la notion de liberté fondamentale (voir par exemple Civ. 1^{ère}, 27 mai 1975, *Legros c/ Maire de Saint-Lunaire*, *Bull. civ.* I, n° 178).

476 Crim. 30 juin 1987, *Tétiarahi*, n° 86-91.014.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

112. La notion de liberté fondamentale, qui conditionne le champ d'application de l'article L. 521-2, présente un caractère ouvert et malléable. Elle constitue une catégorie juridique « indéterminée au départ et donc non limitativement fixée »⁴⁷⁷. Le législateur n'a borné d'aucune manière la marge de liberté du juge. Il n'a pas restreint la notion ni établi de critères. La phase parlementaire a laissé irrésolu le problème de sa définition. C'est donc au juge que revient seul, et en dernier ressort, le soin de définir l'étendue du champ de protection de l'article L. 521-2.

113. Les contraintes juridiques et logiques qui s'imposent à lui dessinent à cet égard un cadre souple et accueillant. Pour déterminer à quoi correspondent les libertés fondamentales, le juge dispose d'une marge de liberté importante qui lui confère une maîtrise absolue de la notion⁴⁷⁸. Le texte de l'article L. 521-2 laisse au juge une marge de liberté étendue, que ce dernier a bien entendu exploitée. Refusant de se lier, il définit de manière souple et peu formaliste la liste des libertés fondamentales ainsi que le contenu et les limites de chacune d'elles. Surtout, et dans l'objectif de donner son plein effet à la procédure de l'article L. 521-2, le Conseil d'Etat a opté pour une définition large des libertés fondamentales.

477 N. JACQUINOT, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA* 2003, p. 658.

478 Nombre d'auteurs ont souligné la liberté dont bénéficie le juge sur ce point. Pour Eric Sales, l'article L. 521-2 du code de justice administrative « laisse une grande latitude au juge de l'administration non seulement pour déterminer les textes de référence susceptibles d'être utilisés en la matière mais aussi pour identifier parmi les droits et libertés existants ceux qui relèvent de la catégorie des libertés fondamentales » (E. SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales », *RDJ* 2004, p. 212). De même, pour M. Glénard, « le juge administratif dispose d'une marge d'appréciation quasiment illimitée » (G. GLENARD, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », *AJDA* 2003, p. 2009). Catherine Botoko-Claysen a affirmé que la notion « reste à la discrétion du juge des référés » (C. BOTOKO-CLAYSEN, « Le référé-liberté vu par les juges du fond », *AJDA* 2002, p. 1050). Dans le même sens, voir également G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *Dr. adm.* 2004, Etude n° 11, pp. 7-11, spé p. 8. De manière générale, Eisenmann avait affirmé que « si un mot expression d'un concept n'a pas été défini, c'est-à-dire si le concept n'a pas été déterminé par le législateur lui-même, ou si le sens du mot n'est pas certain (...), l'autorité chargée de décisions individuelles est nécessairement appelée à fixer elle-même le concept, à le faire librement » (C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966, t. XI, pp. 25-43, reproduit in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2002, p. 291). On relèvera que dans les années 1960, la doctrine avait souligné la marge étendue dont bénéficiait le juge après la consécration de la notion de liberté fondamentale par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Dame Klein*. Faute de précision donnée sur ce point, déclarait M. Auby, « la jurisprudence de la Haute juridiction ouvre à la notion de voie de fait de nouveaux horizons dont il est actuellement impossible de déterminer les bornes » (note sous TC, 25 novembre 1963, *Commune de Saint-Just Chaleyssin, époux Pelé (deux espèces)*, *JCP G* 1964, II, 13492).

Chapitre 2

Une définition large de la notion de liberté fondamentale

114. L'approche qui préside à la définition de la notion de liberté fondamentale est à la fois large, autonome et casuistique. Elle amène à s'interroger sur les critères d'identification retenus par le juge administratif des référés.

UNE APPROCHE LARGE, AUTONOME ET CASUISTIQUE

115. En l'absence de prédétermination législative, c'est au juge qu'il revenait de décider l'étendue du champ d'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Disposant d'une grande latitude pour ce faire, le Conseil d'Etat a clairement opté pour une approche *large* des libertés fondamentales⁴⁷⁹.

Cette acception englobante a été justifiée, tout d'abord, par la volonté de donner son plein effet à la procédure du référé-liberté, afin que le juge administratif puisse réellement assurer par ce biais la protection des personnes au bénéfice desquelles elle a été instituée. Il en allait de son image et de sa légitimité. En effet, doté enfin d'un instrument lui permettant une intervention rapide et efficace, le juge administratif ne voulait pas apparaître en retrait sur le terrain de la protection des libertés. Après avoir

479 Celle-ci avait d'ailleurs été annoncée par le président Labetoulle avant même l'entrée en vigueur de la réforme. A l'occasion d'un colloque organisé le 6 décembre 2000, le président de la section du contentieux en exercice indiquait que pour la procédure du référé-liberté, le choix avait été fait « d'un champ d'application relativement limité (relativement seulement, car la notion de libertés fondamentales est tout de même assez extensive) » (D. LABETOULLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », *op. cit.*, p. 20).

relevé que « Les justiciables expriment une attente forte : disposer d'un juge doté de larges pouvoirs lorsqu'un droit ou une liberté fondamentale sont en cause » et rappelé les incursions intempestives du juge judiciaire de l'urgence avant la création du référé-liberté, le commissaire du gouvernement Isabelle de Silva affirmait « préférable de *ne pas apparaître en retrait* sur la plan de la défense des droits fondamentaux, et de laisser au juge le soin d'intervenir, lorsque son office le commande »⁴⁸⁰. La décision *Commune de Venelles* est le symbole de la conception large retenue par le juge administratif. Comme le soulignait MM. Collin et Guyomar, le Conseil d'Etat a certes fait preuve d'audace en érigeant le principe de libre administration des collectivités territoriales en liberté fondamentale, « Mais c'était l'image de la juridiction administrative qui était en jeu et il aurait été fort malheureux que la section du contentieux donne dès le départ l'impression de vouloir restreindre l'utilisation des outils censés traduire sa modernisation »⁴⁸¹. L'ombre de l'arrêt du Tribunal des conflits du 12 mai 1997, et le souvenir des invocations abusives de la voie de fait étaient encore très présents. Le juge administratif redoutait qu'une interprétation restrictive de la notion de liberté fondamentale ne réduise à néant l'utilité du référé-liberté et sa capacité à répondre au besoin de protection juridictionnelle des justiciables que seul le juge judiciaire était jusqu'alors capable d'assumer.

Cette conception large a été justifiée, ensuite, par l'existence de garde-fous à une utilisation dévoyée et banalisée de cette procédure. Quand bien même le requérant se trouve dans le champ de l'article L. 521-2 du code de justice administrative – c'est-à-dire qu'une liberté fondamentale est présente –, il doit encore, pour obtenir le prononcé d'une mesure de sauvegarde, démontrer qu'une atteinte grave est portée à la liberté invoquée, que cette atteinte présente un caractère manifestement illégal et qu'elle rend nécessaire une intervention immédiate du juge des référés. Ces conditions présentent un niveau d'exigence tel que le juge des référés peut, en toute quiétude, s'autoriser une définition large des libertés fondamentales. L'ouverture du champ d'application ne signifie pas un engorgement de sa juridiction et ne l'expose pas à un afflux de recours qui rendrait impossible une intervention dans le délai de 48 heures qui lui est imparti pour statuer. Au demeurant, si la conception des libertés fondamentales est large, elle n'est pas pour autant démesurément extensible. Elle se réduit, en toute hypothèse, à un nombre limité de droits et libertés. Comme l'a souligné le vice-président du Conseil d'Etat, il est certain que « tout droit consacré par un texte ou un principe général n'est pas une liberté fondamentale »⁴⁸². La différence avec la procédure du référé-suspension est donc préservée, et la spécificité du référé-liberté respectée. L'acception englobante de la notion de liberté fondamentale n'aboutit nullement à drainer vers le juge du référé-liberté des litiges relevant de la procédure de l'article L. 521-1.

480 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 332. Non souligné.

481 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, AJDA 2001, p. 155.

482 R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les procédures d'urgence : premier bilan », AJDA 2002, p. 1.

116. Pour l'identification des libertés fondamentales, le juge administratif refuse de s'appuyer sur une doctrine prédéfinie ou de délimiter la notion par référence au sens qui lui est attribué dans d'autres procédures. Son approche est indépendante de toute construction théorique et de toute qualification textuelle et jurisprudentielle. En cela, sa démarche est *autonome* dans la mesure où le juge des référés se donne *sa propre*⁴⁸³ définition des libertés fondamentales. Dans ses décisions, il précise que la norme dont la qualification est demandée est ou n'est pas une liberté fondamentale « au sens de » l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁴⁸⁴. Par cette locution, le juge des référés entend montrer d'une part qu'il n'est pas « prisonnier des catégories ou des définitions données ici ou là de tel ou tel droit »⁴⁸⁵, d'autre part que la qualification ne prétend pas revêtir une portée générale⁴⁸⁶. Le juge forge et développe progressivement une conception des libertés fondamentales qui est propre au référé-liberté. Face à une notion parmi les « plus délicates de celles issues de la loi du 30 juin 2000 »⁴⁸⁷, le Conseil d'Etat a refusé de s'enfermer dans un schéma d'analyse prédéfini.

483 Etymologiquement, autonome vient du grec *auto*, qui signifie « soi-même », et de *nomos*, la « loi ». Le terme autonome signifie donc : « qui se donne sa propre loi ».

484 Le juge des référés évoque la notion de « liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523 ; CE, ord. 25 avril 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155 ; CE, ord. 1^{er} mars 2002, *Bonfils, Lebon* p. 69 ; CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphane et autres, Lebon* p. 117) ou « au sens de l'article L. 521-2 » (CE, ord. 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens, Lebon* T. p. 1034). On doit également relever des références à la « notion de « liberté fondamentale » au sens où l'a entendue le législateur lors de l'adoption de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives » (CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12 ; CE, ord. 4 mars 2002, *Tinor*, n° 243653 ; pour une formulation proche, évoquant les « libertés fondamentales au sens où les a entendus le législateur lors de l'adoption de la loi... », voir CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon* T. p. 1126 ; CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45). En ce qu'elle fait référence à la volonté du législateur, cette dernière formule peut surprendre et est discutable. En effet, l'analyse des travaux préparatoires a démontré que le législateur n'avait pas de conception des libertés fondamentales. N'ayant pas cerné les contours de cette notion, il s'en est entièrement remis au juge pour la définir. Si la recherche de la volonté du législateur peut être justifiée dans certains cas (voir L. PATRAS, *L'interprétation en droit public interne*, T. et A. Joannides, 1962, spé p. 226-229, citant des arrêts du Conseil d'Etat faisant explicitement référence à la volonté du législateur pour déterminer le sens d'un texte), elle s'avère en l'espèce inappropriée.

485 G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA* 2002, p. 263. Dans le même sens, M. Chapus souligne que cette formule « est significative d'une préoccupation d'assurer l'autonomie de la notion de « liberté fondamentale » en matière de référé. Elle a en même temps l'avantage de permettre au juge d'étendre (ou éventuellement de refuser) la procédure protectrice de l'article L. 521-2 sans avoir à sa poser, sur le plan des principes, la question de la justification (doctrinale, si on peut dire) de son choix » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1597).

486 Ainsi que le relève M. Ricci, « les mots « libertés fondamentales » doivent être interprétés au sens et pour les seuls besoins du référé-liberté » (J.-C. RICCI, « Quels référés pour quels pouvoirs ? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension », *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3095). De manière habituelle, dans la jurisprudence administrative, la formule ou la solution précédée de la locution *au sens de* « ne prétend pas à une portée générale » (Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 108, 1972, p. 105). Sur la portée de cette locution, voir également R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, p. 199 ; C. VIGOUROUX, « L'expression « au sens de » ou le juge linguiste sans être encyclopédiste », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 847-857.

487 L. TOUVET, concl. sur CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles, RFDA* 2001, p. 386.

117. Bien au contraire, c'est avec souplesse et sans dogmatisme qu'il a choisi d'appréhender cette notion. Une autre orientation jurisprudentielle aurait d'ailleurs été des plus surprenantes de la part du juge administratif suprême. Après être parvenu à faire figurer au cœur de l'article L. 521-2 une notion malléable et lui assurant une entière maîtrise de son champ d'application, le Conseil d'Etat n'allait pas ensuite se lier les mains en donnant de celle-ci une définition précise et figée qui lui aurait fait perdre sa souplesse en condamnant pour l'avenir toute possibilité d'évolution⁴⁸⁸. En conséquence de cette orientation, le juge des référés a opté pour une approche *casuistique* de la notion. Refusant de s'enfermer dans un cadre rigide et prédéfini, il détermine au fil de ses décisions les libertés fondamentales qu'il entend protéger dans le cadre de l'article L. 521-2. « Tout se passe comme si la Haute assemblée avait décidé d'avancer à tâtons, sans doctrine préétablie, et de laisser, par le mouvement naturel des choses, la succession des décisions affiner peu à peu les contours de la notion »⁴⁸⁹. La méthode n'est pas nouvelle ; elle a la faveur du Conseil d'Etat. Ainsi peut-on lire sous la plume du président Latournerie que, « Eloignée par une méfiance invincible de toute imprudence de pensée ou d'action qui puisse, si peu que ce soit, sinon aliéner, pour l'avenir, sa liberté de mouvement, du moins lui apporter, sous une forme quelconque, une entrave non indispensable, la jurisprudence administrative ne s'est jamais liée à cet égard, et elle ne pourrait le faire sans s'écarter de la pratique qui lui a assuré, jusqu'à présent, une notable partie de ses succès »⁴⁹⁰. Le juge reconnaît ou dénie l'existence d'une liberté fondamentale au fil de ses décisions, en fonction des demandes de qualification des requérants. La liste des normes justiciables de l'article L. 521-2 est donc étroitement liée aux aléas du contentieux et au hasard des saisines. Ce n'est que lorsque la question de l'éligibilité d'une norme se pose que le juge va la trancher. Pour autant, la démarche du juge administratif n'est pas synonyme de pur empirisme ni d'improvisation. L'approche retenue est cohérente et marquée d'une réelle rigueur conceptuelle. Comme l'affirmait Hauriou dans un autre contexte, « le Conseil d'Etat n'a pas seulement une politique jurisprudentielle, il a une jurisprudence, c'est-à-dire une construction juridique qui n'emploie que certains matériaux et ne les ajuste que suivant un certain plan »⁴⁹¹. Il est vrai que celle-ci ne se laisse pas saisir immédiatement. La démarche du juge des référés apparaît, à bien des observateurs, déconcertante⁴⁹². Le

488 La volonté de faire conserver à cette notion sa souplesse initiale est parfaitement assumée par les commissaires du gouvernement. Lorsque ces derniers proposent des critères permettant de circonscrire la notion de liberté fondamentale, ils se gardent de donner des définitions trop précises de ceux-ci. Ainsi, Mme de Silva affirmait que les critères d'identification développés dans ses conclusions étaient « suffisamment souples » pour laisser au Conseil d'Etat « une importante marge de manœuvre » (I. DE SILVA, concl. préc., p. 331).

489 G. GLENARD, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », *AJDA* 2003, p. 2009.

490 R. LATOURNERIE, *op. cit.*, p. 264.

491 M. HAURIOU, note au S. 1904, III, p. 4.

492 Voir notamment le commentaire de la Rédaction de la revue *Droit administratif* sous l'ordonnance du 8 septembre 2005, *Bunel (Dr. adm. 2005, comm. n° 159, relevant « qu'il n'est pas facile de comprendre la logique qui sous-tend la consécration, ou la non-consécration par le juge administratif d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA »)*.

juge ne précise pas les critères ni la méthode qui le conduise ici à retenir la qualification de liberté fondamentale, là à la rejeter. Il procède par voie d'affirmation et ne donne pas d'indications sur la démarche retenue. « Il est vrai que le Conseil d'Etat, à l'inverse de la Cour de cassation, n'a pas l'habitude d'exposer, dans ses arrêts, toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions »⁴⁹³. Comme l'a affirmé Mme Ponthoreau, « il tient à garder une maîtrise sur l'évolution du droit et, donc, il ne révèle pas tous les termes des évaluations et des choix réalisés »⁴⁹⁴. Invité, par certains auteurs, à donner une définition générale des libertés fondamentales⁴⁹⁵, le Conseil d'Etat ne s'est pas risqué à arrêter une position dans un considérant de principe⁴⁹⁶. Cette prudence ne saurait d'ailleurs surprendre, tant « il est rare que le Conseil d'Etat hasarde une définition »⁴⁹⁷. Dès lors, il n'est pas aisé de percer la méthode mise en œuvre par le juge des référés pour identifier les libertés fondamentales. Affirmer, comme l'ont proposé certains auteurs, que la liberté fondamentale correspond à « ce que le juge des référés a reconnu comme telle »⁴⁹⁸ ou « veut bien reconnaître comme telle »⁴⁹⁹ laisse irrésolu

493 E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. IX.

494 M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDPA* 1997, p. 752.

495 Cf. Y. CLAISSE et J.-A. CANO, « Une loi peut faire le printemps ! (premier bilan de l'application de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives) », *LPA* 9 avril 2001, n° 70, p. 11 : « Espérons qu'à l'avenir le Conseil d'Etat, jouant pleinement son rôle de cour régulatrice, risque une définition de ce qu'il faut entendre par « liberté fondamentale ». Il ne faudrait pas en effet que pour le justiciable – fut-il averti ou bien conseillé – tout soit simplement affaire de précédent, de tact, d'intuition ou d'habitude ».

496 Il a également refusé d'indiquer si, comme le lui demandaient certains requérants, la notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 « vise l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis » (CE, ord. 10 avril 2001, *Merzouk, Lebon T.* p. 1135 ; CE, ord. 9 juillet 2001, *Boc*, n° 235696).

497 R. LATOURNERIE, *op. cit.*, p. 221. Le président Latournerie précise qu'« Il ne s'y résout – encore ne le fait-il qu'avec une circonspection extrême, et de façon plutôt implicite – que quand des épreuves suffisantes ont réduit le risque toujours inhérent à un tel énoncé jusqu'à le supprimer pratiquement (...) » (*ibid.*). Le temps des épreuves n'est pas fini pour la notion de liberté fondamentale et il ne le sera sans doute jamais, tant les potentialités de cette notion paraissent illimitées. Même avec une masse jurisprudentielle considérable, stable et homogène, ayant clairement et solidement arrêté les contours de la notion, la définition restera une opération risquée, pouvant condamner la liberté de mouvement du juge. Par conséquent, on peut raisonnablement penser que le Conseil d'Etat ne s'engagera jamais sur cette voie. On observera d'ailleurs que ni le juge de la voie de fait ni le juge du déféré-liberté ne se sont jamais risqués à définir les notions de liberté fondamentale et de liberté publique ou individuelle. Face à un texte imprécis, le juge administratif « est peu enclin à se laisser enfermer dans une définition donnée une fois pour toutes et à aliéner sa liberté pour l'avenir » (D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, p. 139).

498 G. BACHELIER, *op. cit.*, p. 263.

499 E. SALES, *op. cit.*, p. 220. La formule avait été employée par Marcel Waline pour rendre compte de la jurisprudence concernant la notion de service public dans les années d'après-guerre. La qualification de service public variant au gré des décisions sans cohérence apparente et sans qu'il soit possible d'inscrire ces qualifications dans une démarche d'ensemble, Waline avait réduit la doctrine du Conseil d'Etat à une formule demeurée célèbre : le service public est une activité que les juridictions qualifiées « sont d'accord pour qualifier service public » (M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin* vol. 1, Bruylant Sirey, 1963, p. 368).

la question de savoir à quoi correspond réellement cette notion sinon à une liste de normes qualifiées comme telles par le juge au fil de ses décisions. Il faut au contraire, à la lumière de cette liste mais sans s'y limiter – car celle-ci est appelée à évoluer en fonction du hasard des saisines – s'efforcer de mettre en lumière ce qui rassemble ces normes afin d'en faire ressortir les caractéristiques communes⁵⁰⁰.

ESSAI DE SYSTÉMATISATION

118. Quels sont, précisément, les caractères communs à l'ensemble des normes reconnues comme justiciables du référé-liberté ? En quoi et sur la base de quels critères les libertés fondamentales se différencient-elles des autres normes qui composent l'ordre juridique ? Quels sont en définitive les caractéristiques de la norme éligible à une consécration dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ?

Pour déterminer les critères et éléments constitutifs de la notion de liberté fondamentale, la méthode consiste à partir de l'objet à analyser et à mettre en exergue les caractères qui lui sont propres. Pour mesurer la consistance de cette catégorie juridique, il convient, tout d'abord, d'établir ce qu'elle comprend et ce qu'elle exclut. Le recensement des normes ne constituant pas des libertés fondamentales permet en effet de préciser les critères auxquels doivent satisfaire les normes en cause pour pouvoir intégrer cette catégorie – et que précisément celles qui sont exclues ne remplissent pas. C'est à partir de cette double liste qu'il sera ensuite possible d'analyser les caractéristiques communes à l'ensemble des libertés fondamentales, la comparaison entre les deux listes faisant apparaître les singularités de la notion et ce qui forme son essence. La mise en perspective permet de faire ressortir les traits communs à toutes les normes éligibles à la procédure de l'article L. 521-2, indépendamment des différences qu'elles peuvent comporter.

Afin d'établir cet inventaire avec certitude et exhaustivité, il convient, au préalable, d'identifier les formules par lesquelles le juge reconnaît ou dénie, sans aucun doute possible, l'existence d'une liberté fondamentale et d'ignorer les formules ambiguës ou exprimant un refus du juge administratif de prendre position⁵⁰¹.

500 A cet égard, on rappellera que Laferrière souhaitait la systématisation du droit, « non seulement parce qu'elle permet de vulgariser les doctrines, mais encore parce qu'elle contribue à en assurer la fixité, qui est une des garanties dues au justiciable » (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. VIII).

501 Afin d'établir ces deux listes avec une certitude absolue, seules les libertés fondamentales qui ont été expressément reconnues ou exclues de la catégorie seront prises en compte. Les normes sur lesquelles le juge des référés ne s'est pas expressément prononcé ne sont pas prises en considération dans la détermination des critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Cette prudence pourrait sembler excessive. Elle nous paraît néanmoins justifiée. D'une part, les formules implicites n'ont pas le degré de certitude qu'exige un travail de systématisation précis et rigoureux. D'autre part, il arrive que ces formules fassent l'objet d'appréciations divergentes de la part des commentateurs les plus autorisés de la jurisprudence administrative. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le professeur Cassia a considéré que l'ordonnance Commune de Mandelieu-la-Napoule du 20 juillet 2001 (*Lebon* p. 388) avait consacré le droit à la sûreté comme une liberté fondamentale (P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003,

Pour reconnaître l'existence d'une liberté fondamentale, le juge recourt à diverses formules explicites⁵⁰², lesquelles ont toutes strictement le même sens et la même portée⁵⁰³.

p. 114), le président Chabanol a vu dans la même décision une exclusion de ce droit du champ des libertés fondamentales (D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 4^{ème} éd., Litec Jurisclasseur, 2002, n° 249). Cet exemple montre la prudence qui doit présider à l'étude de cette notion, et la nécessité de limiter l'investigation aux normes pour lesquelles tout doute est écarté. En outre, on observe que lorsque le juge des référés entend consacrer une liberté fondamentale ou au contraire en dénier l'existence, il le fait explicitement. Ainsi, dans l'ordonnance *Commune de Montreuil-Bellay* du 12 novembre 2001 (*Lebon* p. 551), le juge des référés consacre expressément « la liberté fondamentale d'entreprendre » mais ne délivre pas ce qualificatif à la liberté contractuelle. Seule la première doit par conséquent être regardée comme reconnue dans cette décision.

502 Les décisions indiquent que la norme invoquée « a le caractère d'une liberté fondamentale » (CE, ord. 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* p. 253 ; CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphane et autres*, *Lebon* p. 117 ; CE, 9 avril 2004, *Vast*, *Lebon* p. 173 ; CE, ord. 3 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, *Lebon T.* p. 871), « présente le caractère d'une liberté fondamentale » (CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres*, *Lebon* p. 497 ; CE, ord. 16 février 2004, *Benaïssa*, *Lebon T.* p. 826), « revêt le caractère d'une liberté fondamentale » (CE, ord. 16 juillet 2001, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309) ; « constitue une liberté fondamentale » (CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* p. 874 ; CE, ord. 11 août 2005, *Maingueneau*, n° 283462) ; « est une liberté fondamentale » (CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311 ; CE, ord. 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon T.* p. 1034) ; « figure » au nombre des libertés fondamentales (CE, 15 février 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45) ; « est » au nombre des libertés fondamentales » (CE, ord. 15 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* p. 466). Il peut également mentionner « la liberté fondamentale de... » (voir notamment l'ordonnance précitée *Commune de Montreuil-Bellay* du 12 novembre 2001) ou encore que « la notion de liberté fondamentale (...) englobe... » (CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* p. 12). Certaines formules permettent également de déceler avec certitude l'existence d'une liberté fondamentale. C'est le cas lorsque le juge indique que l'agissement contesté « ne porte atteinte au principe de libre expression du suffrage ni à aucune autre liberté fondamentale » (CE, ord. 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, *Lebon T.* p. 1129). Cela signifie nécessairement, que le principe de libre expression du suffrage est une liberté fondamentale. Il en est de même lorsque le juge affirme que l'administration porte atteinte aux libertés reconnues aux étrangers en situation régulière après avoir évoqué l'impossibilité de circuler et l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle (CE, ord. 11 juin 2002, *Aït Oubba*, *Lebon T.* p. 869). Ce faisant, il consacre nécessairement comme liberté fondamentale les deux libertés mentionnées.

503 Le juge tient toutes ces expressions pour synonymes. Certains auteurs ont soutenu que les formules « revêt le caractère » ou « a le caractère » d'une liberté fondamentale présentaient une signification différente des autres formules. Elles traduiraient les hésitations du juge lorsqu'il consacre comme liberté fondamentale une norme pour laquelle cette qualification ne s'impose pas d'évidence. Dans l'ordonnance *Feuillatey* précitée, le juge des référés a affirmé que le droit au consentement médical « revêt le caractère d'une liberté fondamentale ». Selon M. Clément, « C'est sans doute différent que d'être une liberté fondamentale. Si la Haute juridiction avait voulu qualifier clairement le droit aux soins de liberté fondamentale, elle l'aurait fait ». Si, selon lui, elle ne l'a pas fait, c'est parce que ce droit n'est pas, comme le droit de propriété, « contenu dans de grands textes ». L'auteur affirme que l'« On pourrait (...) interpréter le choix des mots retenus par le Conseil d'Etat comme une hésitation de sa part. D'autres, peut être, y verront une simple maladresse de plume » (C. CLEMENT, *LPA* 26 mars 2003, n° 61, p. 6). Une explication proche a été proposée par Thomas Pez. Ce dernier relève que pour le juge administratif, « Le droit de propriété a le caractère d'une liberté fondamentale, simplement le caractère. Il n'est pas, en soi, une liberté fondamentale, sinon le Conseil d'Etat l'aurait dit. En d'autres termes, l'expression liberté fondamentale couvre le droit de propriété mais le droit de propriété ne se confond pas avec elle. Le droit de propriété est assimilé à une liberté fondamentale » (T. PEZ, « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA* 2003, p. 371-372. Souligné). La formule exprimerait, là encore, une certaine indécision du juge. Mais en réalité, ces explications ne correspondent nullement à la réalité jurisprudentielle. Il ne faut voir dans ces variations ni hésitations

L'existence d'une liberté fondamentale peut également être établie avec certitude en cas de décision d'admission. Le juge accède à la demande du requérant mais ne désigne pas expressément la liberté fondamentale qui a été méconnue par l'administration. Le juge ne pouvant donner satisfaction au requérant que lorsque l'ensemble des conditions requises par l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont satisfaites⁵⁰⁴, on peut déduire d'une telle décision qu'une liberté fondamentale était présente. Enfin, l'existence d'une liberté fondamentale peut se déduire de l'application de la jurisprudence *Casanovas* lorsque la liberté en cause est expressément mentionnée dans la décision⁵⁰⁵. Ainsi dans l'arrêt *Casanovas*, le Conseil d'Etat affirme conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, que la décision attaquée « a été prise non en raison des *opinions* que l'intéressé a pu manifester en dehors du service mais en raison de son insuffisance professionnelle ; que dans ces conditions elle ne porte atteinte à aucune liberté fondamentale »⁵⁰⁶. Il consacre, ce faisant, la liberté d'opinion comme une liberté fondamentale.

Aucune autre hypothèse ne permet d'établir avec certitude l'existence d'une liberté fondamentale. Notamment, la présence d'une liberté fondamentale ne peut se déduire du fait que le juge examine si la condition d'atteinte, ou de gravité de l'atteinte, est satisfaite⁵⁰⁷. De même, la formule faisant référence « aux libertés fondamentales invoquées par le requérant »⁵⁰⁸ doit être lue non pas comme une adhésion du juge à la qualification retenue par celui-ci mais comme une simple reprise des termes de sa requête qui ne préjuge en rien de leur éligibilité à la procédure de l'article L. 521-2.

ni erreur de plumes, mais seulement des différences syntaxiques entre des formules dont le sens et la portée sont strictement identiques. Le juge n'attache aucune conséquence à ces différences de formules et les emploi indifféremment les unes à la place des autres. C'est ainsi qu'il a par exemple affirmé que le droit de propriété « a le caractère » (décisions précitées *Commune d'Hyères-les-Palmiers* et *Stéphaur*) ou « constitue » (ordonnance précitée *S.C.I. Résidence du théâtre*) une liberté fondamentale.

504 Voir *infra*, § 221.

505 Cf. CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108. Voir *infra*, §§ 240-241.

506 En revanche, lorsque le juge ne mentionne pas la liberté en cause, aucune conclusion ne peut être établie. Il en va ainsi lorsque le juge affirme que la mesure contestée « ne constitue pas par elle-même une atteinte à une liberté fondamentale » (CE, ord. 27 juin 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, *Lebon* p. 228) ou que l'acte attaqué « ne peut être regardé par lui-même comme portant atteinte à une liberté fondamentale » (CE, ord. 16 septembre 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T.* p. 314) sans n'avoir au préalable évoqué aucun droit ou liberté défini.

507 En ce cas, en effet, le juge vérifie seulement si la norme invoquée par le requérant a fait l'objet d'une atteinte mais ne prend pas position sur le point de savoir si cette norme constitue une liberté fondamentale. Autrement dit, il n'est pas nécessaire qu'une norme soit qualifiée de liberté fondamentale pour que le juge se prononce sur la condition d'atteinte. Ainsi, le juge examine si le principe d'égalité est méconnu dans une décision de 2001 (CE, 27 juillet 2001, *Haddad*, n° 231889) et l'exclut explicitement du champ des libertés fondamentales en 2003 (CE, ord. 26 juin 2003, *Conseil départemental de parents d'élève de Meurthe-et-Moselle*, n° 257938). A l'inverse, le juge examine dans une décision de 2002 si la présomption d'innocence est méconnue, en précisant qu'il n'y a lieu de rechercher si ce droit entre effectivement « dans le champ des prévisions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 20 février 2002, *Ploquin*, n° 243234) ; ce droit sera consacré en 2003 (CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch*, *Lebon* p. 103).

508 Voir par exemple CE, ord. 4 février 2003, *Hilario*, n° 253742.

Les formules d'exclusion explicites sont l'opposé de celles par lesquelles le Conseil d'Etat reconnaît expressément l'existence d'une liberté fondamentale⁵⁰⁹. Précisons que l'on ne peut bien entendu déduire l'absence de liberté fondamentale du seul rejet de la demande en référé⁵¹⁰ ni des formules par lesquelles le juge refuse expressément de se prononcer sur le point de savoir si la norme invoquée constitue une liberté fondamentale⁵¹¹. En revanche, le rejet de la qualification de liberté fondamentale peut résulter du rejet d'un pourvoi lorsque son auteur articule un seul moyen de cassation, reposant sur l'existence d'une liberté fondamentale que le premier juge aurait à tort refusé de reconnaître. En cette hypothèse, le rejet au fond du pourvoi implique nécessairement que le juge de cassation exclut la qualification de liberté fondamentale⁵¹².

Il est possible de dresser à partir de ces formules une liste des normes incluses et une liste des normes exclues de la catégorie des libertés fondamentales⁵¹³. Outre cette double liste, deux éléments complémentaires seront pris en considération pour établir les critères d'identification d'une liberté fondamentale : d'une part les indications résultant des décisions elles-mêmes, dans leurs motifs et leurs visas, d'autre part les précisions et indices fournis par les commissaires du gouvernement dans les rares cas où le juge du référé-liberté statue en formation collégiale.

119. Au regard de l'ensemble de ces données, quels sont les éléments qui différencient les libertés fondamentales de la masse des autres normes qui composent l'ordre juridique ? Quels sont les éléments qui, imprimant sa spécificité à la catégorie des libertés fondamentales, vont distinguer celles-ci des autres règles de droit ? Pour que les critères proposés aient une valeur opératoire, il est indispensable que les deux exigences suivantes soient satisfaites : d'une part que les normes qualifiées de libertés fondamentales répondent toutes et sans exception à l'ensemble des critères ; d'autre part que les normes exclues de la catégorie des libertés fondamentales ne répondent pas à l'un des critères au moins. Les critères doivent être suffisamment précis pour rendre compte du droit positif tel qu'il existe aujourd'hui ; ils doivent toutefois, pour prétendre à une cer-

509 Le juge affirme ainsi que la norme invoquée : « ne constitue pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 » (CE, ord. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, *Lebon* p. 37), ne présente pas « le caractère d'une liberté fondamentale » (CE, ord. 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, *Lebon* p. 168), que le principe est « distinct des libertés fondamentales » (ordonnance *Gollnisch* précitée), etc.

510 Les conditions d'octroi présentant un caractère cumulatif, il suffit que l'une quelconque des conditions autre que celle relative à la présence d'une liberté fondamentale fasse défaut, pour que la requête soit rejetée. Si l'une des conditions n'est pas remplie, le juge des référés est dispensé de se prononcer sur le point de savoir si les autres se trouvent ou non satisfaites (voir *infra*, § 221).

511 Voir par exemple CE, 18 octobre 2002, *Caumes-Rey*, n° 249678, affirmant « qu'à supposer même que la faculté pour tout titulaire du baccalauréat de choisir, conformément aux dispositions des articles L. 612-2 et L. 612-3 du code de l'éducation, l'établissement d'enseignement supérieur dans lequel il souhaite poursuivre des études de premier cycle constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, une telle liberté n'est pas directement affectée par la décision d'un jury d'ajourner un candidat au baccalauréat ».

512 Voir CE, 28 mai 2001, *Raut*, *Lebon T.* p. 1126.

513 Voir annexe n° 1.

taine pérennité, composer avec la démarche du juge et la souplesse qu'il désire donner à sa jurisprudence. Celle-ci est souple, les critères ne peuvent que l'être également. Précisons, au préalable, que le fait qu'un droit ou une liberté soit placé sous la protection privilégiée de l'autorité judiciaire ne représente pas un obstacle à la qualification de liberté fondamentale. Ainsi, le droit de propriété et la liberté individuelle ont pu être reconnus comme des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2, bien que l'autorité judiciaire soit traditionnellement considérée comme leur gardienne naturelle⁵¹⁴. Positivement, les libertés fondamentales doivent être définies sur la base de deux grands critères qui correspondent chacun à l'un des termes retenus par le législateur. La norme concernée est, tout d'abord, une liberté. Celle-ci s'analyse de la manière la plus large qui soit pour le juge administratif puisqu'elle dépasse la seule catégorie des droits défensifs. Elle doit s'analyser en un droit public subjectif de configuration particulière. Ensuite, la norme en question doit présenter un caractère fondamental. Le juge entend cet adjectif dans un sens matériel, comme synonyme d'éminent ou d'essentiel. La fondamentalité prend corps principalement mais non exclusivement dans la constitutionnalité. Précisons que ces deux critères – droit public subjectif et fondamentalité – sont cumulatifs. En particulier, il ne suffit pas qu'une norme soit *fondamentale* pour être une *liberté fondamentale*. Il est donc erroné de s'attacher exclusivement, comme le font de nombreux auteurs, à l'essentialité de la norme sans tenir compte de sa structure et de son objet.

SECTION 1. LA LIBERTÉ : UN DROIT PUBLIC SUBJECTIF

120. De prime abord, il pourrait sembler contestable de vouloir définir une notion juridique floue à partir d'une notion doctrinale qui l'est tout autant sinon davantage⁵¹⁵.

514 Pour le Tribunal des conflits, « la sauvegarde de la liberté individuelle et la protection de la propriété privée rentrent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire » (TC, 18 décembre 1947, *Hilaire, Lebon* p. 516). Ce rôle privilégié bénéficie aujourd'hui d'une assise constitutionnelle, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution pour la liberté individuelle, et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour le droit de propriété (CC, n° 89-256 DC, 25 juillet 1989, *Rec.* p. 53). Dans la jurisprudence constitutionnelle, les tribunaux judiciaires disposent d'une compétence *privilégiée* lorsque ces droits sont en cause, et non pas d'une compétence exclusive. Dans la décision 256 DC, le Conseil évoque « l'importance » des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière, ceci signifiant qu'il n'existe pas de monopole à son profit, comme l'ont confirmé les décisions rendues par la suite (voir J. TREMEAU, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *AJDA* 2003, p. 653). En ce qui concerne la liberté individuelle, les auteurs du code constitutionnel ont relevé que le Conseil constitutionnel distingue la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution et la liberté individuelle au sens de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans le premier cas, la compétence du juge judiciaire est exclusive ; dans le second, elle peut être partagée entre les deux ordres de juridiction (voir T. S. RENOUX et M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} éd., Litec, 2005, n° 1245).

515 Voir R. MASTPETIOL, « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie », *APD* 1964, t. IX, pp. 71-81.

En effet, si la question des droits subjectifs a fait l'objet de nombreuses études⁵¹⁶, elle reste l'occasion d'éternelles controverses. La définition même des droits subjectifs est incertaine, du fait du nombre considérable d'acceptions dont cette notion a fait l'objet⁵¹⁷. Néanmoins, envisagée dans un sens technique, la notion de droit public subjectif peut s'avérer un outil fort utile pour rendre compte de l'objet « liberté fondamentale » tel qu'il est conçu par le juge administratif des référés. Si cette notion peut alors être utilisée, c'est à la seule condition d'indiquer précisément dans quel sens technique elle est entendue⁵¹⁸.

121. En Allemagne, où l'on parle plus volontiers de droit subjectif public, la notion présente un caractère juridique⁵¹⁹ et se trouve par conséquent définie avec précision par les auteurs. Selon la définition donnée par Bühler en 1914, à laquelle il est toujours fait référence aujourd'hui⁵²⁰, « un droit subjectif public est la situation juridique du sujet de droit envers l'Etat dans laquelle il peut exiger quelque chose de l'Etat ou faire quelque chose à son encontre en se fondant sur une convention ou sur une disposition juridique obligatoire édictée pour la protection de ses intérêts individuels et qu'il peut invoquer à l'encontre de l'administration »⁵²¹. Selon cette « théorie de la norme protectrice » (*Schutznormlehre*), deux éléments permettent d'établir l'existence d'un droit subjectif public : d'une part une norme objective imposant une obligation à l'administration, d'autre part le fait que cette norme soit destinée à protéger l'intérêt individuel

516 Voir notamment APD 1964, t. IX, *Le droit subjectif en question* ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, 313 p. (et sa critique par C. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *RDP* 1954, pp. 753-774) ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques* (1963), rééd. Bibliothèque Dalloz, 2005, 451 p. ; J.-J. SUEUR, *Recherches sur le concept de droit subjectif. Essai de méthodologie juridique*, thèse Nice 1980, 603 p. Voir plus spécifiquement, sur le concept de droit public subjectif : N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, 805 p. ; I. CHOUMENKOVITCH, *Les droits subjectifs publics des particuliers*, thèse Paris, 1912, 206 p. ; J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1899, 204 p. ; R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP* 1932, pp. 695-728.

517 Voir à cet égard la saisissante – alors même qu'elle n'est pas exhaustive – présentation graphique des « théories du droit subjectif » réalisée par C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire. Eléments pour une théorie des théories juridiques*, PUF, 1987, p. 70.

518 Charles Eisenmann avait noté que « le droit positif ne fournit pas plus une énumération des droits ou de droits subjectifs qu'une définition du droit subjectif ; c'est une notion qu'il ignore ; il ne connaît pas le terme. Ce terme représente une création de la science du droit ou « doctrine » (...) » (C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 773). Aussi, « C'est la doctrine qui doit en établir la définition en corrélation avec le contenu quelle entend lui assigner » (*ibid.*). Les auteurs n'ont pas toujours cette rigueur méthodologique. Il arrive fréquemment qu'ils emploient la notion sans préciser dans quel sens ils l'utilisent. Comme l'affirmait déjà Bonnard en 1935, « la plupart [des auteurs] considèrent le droit subjectif comme une notion allant de soi ; aussi sont-ils fort étonnés et même choqués lorsqu'on les presse d'en donner une signification précise » (R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1935, p. VI).

519 Dans le contentieux allemand, l'existence d'un droit subjectif public conditionne la possibilité d'intenter une action en justice devant la juridiction administrative. Voir D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, p. 41 et s.

520 Voir les auteurs cités par D. CAPITANT, thèse préc., p. 43, note 81.

521 O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsprechung*, 1914, p. 224, cité par D. CAPITANT, *op. cit.*, p. 43.

de certains administrés⁵²². Comme l'affirme M. Autexier, « Un droit public subjectif suppose l'existence d'une règle impérative qui détermine les conditions nécessaires à la reconnaissance du droit, en détermine les titulaires et désigne l'autorité publique qui est débitrice de l'obligation »⁵²³.

122. En France, la notion présente un caractère purement doctrinal. Une définition très complète, reprenant les principaux éléments de la définition prévalant en Allemagne, a été donnée par le professeur Foulquier. Pour cet auteur, « Un administré est titulaire d'un droit subjectif quand il remplit les conditions lui permettant d'être considéré comme bénéficiaire du pouvoir d'exiger – reconnu par une norme générale ou individuelle, ce sans être obligé d'utiliser ce pouvoir, dans un but personnel socialement légitime – un certain comportement de la part des personnes publiques – ce qui constitue l'objet de leur obligation – afin de se procurer un certain avantage moral ou matériel que l'ordre juridique a, expressément ou implicitement, considéré comme licite »⁵²⁴.

123. En s'appuyant sur ces éléments, il est possible de définir la notion théorique de droit public subjectif, dans le cadre de la présente étude, comme une obligation juridique pesant sur l'administration, visant à la protection d'un intérêt particulier et comportant un bénéficiaire abstraitement identifié.

I. UNE OBLIGATION JURIDIQUE À LA CHARGE DE L'ADMINISTRATION

124. En premier lieu, la liberté fondamentale est une règle de droit faisant obligation à l'administration d'adopter un comportement déterminé. Elle est une norme d'effet direct opposable à la puissance publique.

A. Une norme juridique

125. La liberté fondamentale, appréhendée ici sous l'angle du droit subjectif, n'a pas d'existence propre ou autonome. Ce concept n'existe que par le droit objectif et

522 Cette théorie de la norme protectrice, développée en droit administratif allemand, a été reçue dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGE 27, 297, 17 décembre 1969, p. 307, cité par D. CAPITANT, *op. cit.*, p. 53).

523 C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, n° 209. Cf. également H. MAURER, *Droit administratif allemand. Allgemeines Verwaltungsrecht* (traduit de l'allemand par M. FROMONT), LGDJ, coll. Manuels, 1992, p. 156 : « On entend par là le pouvoir juridique reconnu à un sujet de droit par une règle de droit d'exiger, en vue de la satisfaction de ses intérêts propres, qu'un tiers accomplisse, tolère ou s'abstienne d'accomplir un acte déterminé. Les droits subjectifs peuvent être fondés aussi bien sur le droit privé que sur le droit public. Il s'agit ici de ces derniers. *Le droit public subjectif* est, par conséquent – du point de vue du citoyen – *le pouvoir juridique conféré par le droit public à un individu d'exiger de l'Etat, en vue de poursuivre la satisfaction de ses propres intérêts, un comportement déterminé* » (souligné).

524 N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 405.

grâce à celui-ci⁵²⁵. Jean Dabin relevait que « dans le langage communément admis aujourd'hui, aussi bien par les techniciens du droit que par les théoriciens de la science du droit, l'expression « droit subjectif » (...) signifie une certaine prérogative établie ou reconnue par le droit objectif au profit d'un individu (ou d'une collectivité) »⁵²⁶. Il constitue une espèce appartenant au genre des prérogatives reconnues par le droit objectif. Il n'est qu'un élément de droit objectif imputé à une personne juridique⁵²⁷. Cette acception correspond parfaitement à celle de liberté fondamentale, qui n'a pas d'existence autonome par rapport à celle de droit.

126. Seules des normes *juridiques* peuvent avoir le caractère de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. La raison en est simple. La détermination des libertés fondamentales relève des motifs de droit de la décision juridictionnelle⁵²⁸. Or ceux-ci ne peuvent, par hypothèse, provenir que de l'ordre juridique lui-même : « les motifs de droit des arrêts doivent toujours et uniquement être des règles tirées de la législation, énoncées dans des articles de la loi, de Codes et autres sources de droit officiellement établies »⁵²⁹. La base normative des décisions de justice ne peut correspondre qu'à des règles législatives ou mieux « légiférées, c'est-à-dire préétablies, préexistantes à toute intervention et action des juridictions »⁵³⁰. La solution juridictionnelle doit être fondée sur la loi – au sens large ; elle « ne peut être déterminée que par ses règles, déduite de ses seules dispositions, à l'exclusion de toutes autres catégories possibles, et surtout à l'exclusion de règles que créerait, même « officieusement », le juge lui-même ; c'est dans la « loi » seule qu'il doit chercher – et qu'il trouvera – les bases normatives de ses arrêts »⁵³¹. Le juge des référés ne peut, par consé-

525 Comme l'écrit M. Maurer, « *Droit objectif et droit subjectif* doivent être rigoureusement distingués. Le droit objectif forme la somme des règles de droit ; il constitue le fondement d'obligations juridiques et, le cas échéant, de droits subjectifs qui en sont le pendant » (H. MAURER, *op. cit.*, p. 157. Souligné).

526 J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 2.

527 Selon Réglade, « le concept de droit subjectif n'est pas un concept autonome, indépendant de celui de la norme juridique ou droit objectif » ; il est « un aspect ou, en quelque sorte, une émanation de la norme juridique, dite droit objectif » (M. REGLADE, *Valeurs sociales et concepts juridiques (norme et technique)*, Sirey, 1950, p. 85). De même pour Kelsen, le droit subjectif n'est que le « réflexe » d'une obligation juridique, c'est-à-dire le produit de la réflexion, entendue au sens de la physique. Le droit-réflexe ne fait que réfléchir une obligation et n'a donc pas, par lui-même, d'existence : « cette donnée que l'on désigne du nom de « droit », ou « droit subjectif » ou « prétention », d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres » (H. KELSEN, *Théorie pure*, *op. cit.*, p. 134). Aussi, « un droit-réflexe ne peut exister sans l'obligation juridique correspondante. C'est seulement lorsqu'un individu est juridiquement obligé à une certaine conduite envers un autre individu que le second a envers le premier un « droit » à cette conduite. Il faut dire plus : « le droit-réflexe » de l'un consiste uniquement et exclusivement en l'obligation de l'autre » (*op. cit.*, p. 135-136).

528 Comme le rappelle Charles Eisenmann, les motifs de droit sont, dans les décisions de justice, ceux qui « se réfèrent à l'ordre juridique (d'une façon ou d'une autre) » (C. EISENMANN, « Juridiction et logique (selon les données du droit français), in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 480). Ces motifs de droit comprennent, à côté des éléments d'espèce des éléments généraux et abstraits, soit « tous ceux qui portent sur le sens de la règle de droit, qui contribuent à en fixer la substance » (*ibid.*).

529 C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 484.

530 C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 485.

531 C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 485.

quent, découvrir de libertés fondamentales en dehors des sources du droit. La norme doit préexister à son intervention. Les libertés fondamentales ne peuvent donc être recherchées en dehors du droit positif. La liberté fondamentale est, et ne peut être qu'une norme de nature juridique. « Il n'y a de *droits*, au sens juridique du terme, que par le *droit* »⁵³². D'après les principes gouvernant le mode de production des normes dans notre système juridique, la juridicité d'une norme se définit par son insertion à l'ordre juridique étatique, son appartenance au système juridique de l'Etat : « seule la règle admise et édictée par l'Etat constitue une règle de droit proprement dit »⁵³³. C'est l'Etat, et lui seul, qui décide de reconnaître aux particuliers des droits et libertés⁵³⁴. Puisque le droit positif se limite au droit étatique, les libertés fondamentales ne peuvent avoir une origine extérieure à l'ordre juridique. Il en résulte que les aspirations individuelles ou collectives, non reconnues par le droit, ne peuvent être qualifiées comme telles.

532 S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, coll. Thémis philosophie, 1992, p. 282. Souligné. Le principe en est admis par tous les auteurs pour les expressions proches de droit fondamental, libertés publiques et droits de l'homme. Pour M. Braud, « Il n'y a de libertés publiques que « nommées » par le droit, c'est-à-dire explicitement posées par une norme » (P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, p. 271). De même, selon M. Colliard, « Les libertés publiques n'existent qu'en droit positif et que par le droit positif (...) » (C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 1989, p. 16). Selon Mme Lochak, « les droits de l'homme n'ont pas d'existence réelle en dehors de leur prise en compte par le droit positif » (D. LOCHAK, « L'étranger et les droits de l'homme », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 615). Pour M. Mourgeon, « La reconnaissance des droits est la condition initiale de leur efficacité et de leur opposabilité puisque, sans elle, les droits ne sont ni invocables ni utilisables » (J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, PUF, coll. QSJ, 2003, p. 67). Il en va de même pour le concept théorique de « droit fondamental » (voir notamment S. DEFIX, *Le concept de droits fondamentaux. Contribution à la détermination d'un droit constitutionnel européen des droits fondamentaux*, thèse Clermont-Ferrand I, 1999, p. 72 et s. ; A. MOREL, « Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, éd. AUPELF-UREF, 1994, p. 318). Des auteurs jusnaturalistes admettent eux-mêmes que « la nécessité d'un respect des droits fondamentaux implique une reconnaissance de ces droits dans un instrument de nature juridique. C'est la seule condition qui permet aux individus d'invoquer leurs droits devant le juge » (W. SABETE GHOBRIAL, *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, thèse Bordeaux I, 1994, p. 139). M. Picard reconnaît qu'il n'est pas question « de soutenir que les juridictions ordinaires devraient avoir le pouvoir d'inventer soudainement de nouveaux droits fondamentaux, qui n'auraient jamais été consacrés nulle part (...) » (E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, numéro spécial, p. 41).

533 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat (1920-1922)*, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2003, t. 1, p. 240. « Dans nos sociétés modernes, le Droit « positif », c'est ce qui est avalisé comme tel par la puissance publique selon les critères qu'elle dégage elle-même à cet effet » (D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 163). De la sorte, « Une norme ne fait partie d'un ordre juridique que parce qu'elle a été posée conformément aux dispositions d'une autre norme de cet ordre » (H. KELSEN, *Théorie pure, op. cit.*, p. 235). Il s'ensuit qu'« une norme dont la création n'est absolument pas réglée par une norme supérieure ne peut pas être considérée comme posée dans le cadre de l'ordre juridique, et ne peut par suite faire partie de cet ordre » (*op. cit.*, p. 236).

534 L'Etat « s'attribue la maîtrise du processus de reconnaissance et de codification des droits : il reste libre, en dernière instance, de déterminer comme il l'entend la nature et la portée des droits qu'il reconnaît aux personnes vivant sur son territoire » (D. LOCHAK, « L'étranger et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 615-616).

Comme l'a affirmé Carré de Malberg, « une faculté, même naturelle, de l'individu, tant qu'elle n'a pas été reconnue, proclamée et sanctionnée par la loi de l'Etat, demeure sans valeur »⁵³⁵. Il faut qu'une norme de droit positif existe, qu'il s'agisse d'une norme textuelle comme pour le droit d'asile ou la liberté de réunion, ou d'une norme jurisprudentielle comme pour la liberté personnelle. En l'absence d'une telle obligation juridique, aucune liberté fondamentale ne peut être caractérisée. Ainsi, si l'accès à une formation de troisième cycle ne peut être regardé comme une liberté fondamentale⁵³⁶, c'est, comme le précise le commissaire du gouvernement, parce que cet accès « n'est garanti par aucun texte »⁵³⁷. Aucune source juridique ne consacrant l'existence d'un tel droit, le juge administratif ne pouvait y voir une liberté fondamentale.

Puisqu'en outre, la norme doit préexister à l'intervention du juge, celui-ci ne saurait inférer l'existence d'une liberté fondamentale du concept général de liberté. En effet, une liberté fondamentale n'est pas la liberté en général. Lorsqu'une activité n'a pas été érigée en liberté juridique, cette activité est licite et tolérée mais ne bénéficie pas d'une reconnaissance spécifique. Elle correspond, selon la formule consacrée, à une liberté « innommée », constituant l'un des innombrables visages de la liberté. Les libertés innommées « ne sont prévues par aucun texte et (...) résultent simplement du principe général de liberté consacré par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »⁵³⁸. Les libertés « innommées » s'opposent aux libertés « nommées » : celles dont l'existence est spécifiquement reconnue par une norme juridique. Comme le relevait M. Teitgen, « les libertés innommées par le droit positif (...) n'ont d'autres garanties que la garantie de principe attachée, par la *Déclaration des Droits de l'Homme*, à la liberté individuelle en général »⁵³⁹. Elles peuvent être exercées en vertu du principe libéral selon lequel tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. Mais elles ne peuvent être regardées comme des libertés fondamentales. La solution est consacrée depuis longtemps dans le cadre de la voie de fait. Le juge refuse de reconnaître la qualité de liberté fondamentale à des libertés innommées, comme le droit appartenant à tout citoyen de visiter les monuments historiques⁵⁴⁰. Seules les libertés nommées ont une consistance juridique et constituent en tant que telles de véritables règles de droit. L'existence d'une liberté fondamentale ne peut se déduire de l'absence de commandement et d'interdiction ; il est exigé une protection directe du bénéficiaire. En conséquence, il serait contestable de vouloir consacrer l'existence de libertés fondamentales à partir de la liberté générale proclamée aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Si le Conseil constitutionnel a pu, par une interprétation constructive, dégager de ces dispositions des droits et libertés

535 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, *op. cit.*, p. 240. Tant que des valeurs, des intérêts ou des exigences « ne sont pas intégrés au Droit positif, ce ne sont pas véritablement des droits fondamentaux ; ils sont l'expression d'un esprit sans force » (G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 40).

536 CE, 18 octobre 2002, *Caunes-Rey*, n° 249678.

537 Concl. inédites R. SCHWARTZ sur CE, 18 octobre 2002, *Caunes-Rey*, n° 249678.

538 J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, 3^{ème} éd., LGDJ, 1984, p. 687.

539 P.-H. TEITGEN, *La police municipale. Étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey, 1934, p. 132. Souligné.

540 Voir concl. GAZIER sur CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, RDP 1950, p. 172.

absents du texte constitutionnel⁵⁴¹, le juge des référés ne saurait, eu égard à son office, procéder de même. Rien ne s'oppose à ce qu'il qualifie de liberté fondamentale un droit ou une liberté extrait par le Conseil constitutionnel de ces dispositions et qui, à ce titre, représente une norme préexistante à son intervention. En revanche, il serait contestable que le juge des référés, statuant en 48 heures, se reconnaisse le pouvoir de créer lui-même des droits et libertés à partir de ces dispositions si elles n'ont jamais été reconnues au préalable par le Conseil constitutionnel – ou par le Conseil d'Etat statuant au contentieux – et, par conséquent, ne préexistent pas à son intervention.

127. Une question se pose néanmoins de savoir si, à l'image de la technique parfois mise en œuvre pour la découverte de principes généraux du droit, le juge des référés peut extraire une liberté fondamentale d'une série de dispositions convergentes⁵⁴². Durant les travaux préparatoires, le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale avait évoqué, de façon très évasive, la technique des principes généraux du droit en matière de libertés fondamentales⁵⁴³. Cela étant, si un rapprochement avec la théorie des principes généraux du droit est concevable, il ne peut être que partiel du fait de la différence très importante qui existe, au point de vue du mode d'apparition, entre la découverte d'un principe général du droit et la reconnaissance d'une liberté fondamentale.

Les principes généraux du droit obéissent à un mode de création relativement libre, et le texte dont ils sont issus n'a pas à être applicable à l'administration. En revanche, comme cela a été établi précédemment, une liberté fondamentale ne peut être reconnue que si une norme juridique existe et est opposable à l'administration avant l'intervention du juge des référés. En cela, la consécration d'un principe général du droit va parfois requérir de la part du juge administratif une part importante de création, dans la mesure où elle rend opposable à l'administration une obligation qui ne l'était pas avant l'intervention du juge⁵⁴⁴. La consécration du principe crée une obligation juridi-

541 Par exemple, l'article 4 de la Déclaration de 1789 a servi de fondement à la reconnaissance de la liberté d'entreprendre (CC, n° 81-132 DC, cons. 16, *Rec.* p. 18 ; CC, n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 3, *Rec.* p. 258). Il a pu être affirmé que dans la jurisprudence constitutionnelle, cette disposition était appelée à jouer un rôle comparable à la liberté générale d'agir de l'article 2.1 de la Loi fondamentale allemande, celui d'un *Auffanggrundrecht* (droit fondamental filet) permettant la protection de certains droits et libertés ne figurant pas dans le texte constitutionnel mais étant susceptibles de se rattacher à l'idée générale de liberté (voir en ce sens T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. BSCP, t. 112, 2003, p. 146 et s.).

542 Ce procédé de reconnaissance par synthétisation constitue l'un des quatre modes de reconnaissance d'un principe général du droit. Sur les différents modes de création des principes généraux du droit, voir J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 383 et s.

543 Voir *supra*, § 77.

544 Certes, l'on affirme que « les principes non écrits ont toujours peu ou prou été dégagés à partir de normes écrites » (J.-M. BELORGEY, « La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'Etat français », *RA* 1999, numéro spécial 4, p. 79), que « le principe général du droit est déduit par le juge du droit existant » (B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, n° 36) ou que la découverte de ces principes se fait « par cristallisation d'éléments latents dans le droit existant » (S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL, chron.

que nouvelle pour l'administration. Si l'on prend l'exemple de l'arrêt *Ville de Toulouse* du 23 avril 1982⁵⁴⁵, avant d'être consacré comme principe général du droit, le droit à un traitement au moins égal au salaire minimum interprofessionnel de croissance n'est qu'une disposition du code du travail inopposable, en tant que telle, à l'administration. À partir de cette décision, une obligation juridique nouvelle s'impose à l'administration qui n'existait pas auparavant.

En revanche, lorsqu'il reconnaît une liberté fondamentale, le juge ne crée pas de norme ou d'obligation juridique nouvelle ; celle-ci existe avant son intervention et est déjà opposable à l'administration en vertu d'un texte ou d'une jurisprudence. Le juge ne fait que la qualifier. Il ne s'inspire pas de l'esprit de dispositions législatives, mais de ces dispositions elles-mêmes. L'obligation lui était opposable ; elle continue seulement à l'être à travers la catégorie des libertés fondamentales. S'il n'est plus contesté que la juridiction administrative soit source du droit⁵⁴⁶, elle ne saurait, sauf à s'ériger en véritable source des libertés fondamentales, reconnaître cette qualité à des « droits », « libertés » ou « garan-

sous CE, Ass., 11 juillet 1984, *Surbini*, *AJDA* 1984, p. 543). Néanmoins, il est certain qu'avant leur consécration par le juge, ces principes n'ont pas en tant que tels d'existence juridique. La source formelle des principes généraux du droit ne peut être que la juridiction administrative elle-même (R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, chron. n° XX, pp. 99-106, spé p. 104). Comme le relève le professeur Moderne, « Il n'est nullement acquis que ces principes se trouveraient en quelque sorte à l'état de latence dans un ordre juridique avant d'être identifiés et proclamés officiellement par une autorité qualifiée » (F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux du droit », *RFDA* 1999, p. 728). Au contraire, ils représentent de la part du juge une création normative : « avant d'être énoncés par lui, les principes généraux du droit n'ont pas d'existence juridique » (P. WACHSMANN, « La volonté de l'interprète », *Droits* 1999/28, p. 36). Comme l'affirmait M. Jeanneau, le juge fait « subir aux données brutes utilisées une véritable transformation, les faisant accéder ainsi à la vie juridique » (B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, p. 123).

545 CE, Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Aragnou*, *Lebon* p. 151, concl. D. LABETOULLE.

546 La doctrine fut longtemps réticente à la reconnaissance d'un pouvoir normatif à la jurisprudence (voir M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 613 et s. ; O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz Sirey, 1960, pp. 349-377 ; J. ROCHE, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *AJDA* 1962, p. 532 et s. ; *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'association Henri Capitant, Economica, 1980). Le Conseil d'Etat relativisait le rôle créateur qui était le sien en recourant au stratagème éculé, au sophisme traditionnel selon lequel la jurisprudence est constituée de « principes que le juge formalise mais qui préexistent à son intervention » (H. SAVOIE, concl. sur CE, Ass., 6 février 1998, *Tête et association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, *RJDA* 5/98, n° 669, p. 387). Le Conseil d'Etat se défend notamment d'être l'auteur des principes généraux du droit. Il se présente comme le serviteur d'un corps de règles non écrites qui s'imposent à lui de l'extérieur et qu'il « se borne à constater » (M. LETOURNEUR, « Les principes généraux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *EDCE* 1949, note p. 31). Aujourd'hui, cette présentation a vécu. Comme le relève M. Morvan, « Le mythe de la préexistence des principes (notamment des « principes généraux du droit » dégagés depuis 1945 par le Conseil d'Etat) n'abuse plus aucun observateur et a fait l'objet de critiques définitives » (P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source de droit », *RRJ* 2001/1, p. 83, note 27). Les juridictions elles-mêmes affirment que la jurisprudence est une source de droit au même titre que la loi. Ainsi dans l'arrêt *Tête* précité, le Conseil d'Etat admet une exception d'illégalité par rapport au droit communautaire fondée non sur une loi mais sur sa propre jurisprudence, relevant que « les règles nationales applicables à la date de la délibération attaquée (...) n'étaient pas compatibles avec les objectifs de la directive du 18 juillet 1989 ; qu'elles ne peuvent, dès lors,

ties » qui n'ont jamais été déclarés opposables à l'autorité administrative. En outre, si l'on peut concevoir que le Conseil d'Etat fasse œuvre prétorienne dans le cadre d'un recours au fond, on ne saurait envisager un pouvoir créateur aussi étendu entre les mains d'un juge statuant seul et en 48 heures. Le juge ne peut opposer à l'administration une norme que le jurisléateur ne lui a pas rendue applicable, par exemple une disposition du code du travail dont le juge administratif lui imposerait le respect pour la première fois, c'est-à-dire sans la lui avoir appliquée auparavant par la biais des principes généraux du droit. Son pouvoir créateur est donc en la matière limité. Si le juge peut dégager une liberté fondamentale par cristallisation de dispositions convergentes, cela ne peut être qu'à partir de dispositions *expressément applicables* à l'administration avant son intervention.

Deux applications sont à relever à cet égard dans la jurisprudence relative à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. En premier lieu, le juge a utilisé cette technique de reconnaissance-synthétisation pour définir un élément constitutif d'une liberté fondamentale. Le juge évoque un « droit de bénéficier d'une procédure d'examen de sa demande d'asile conforme aux garanties qui doivent s'y attacher »⁵⁴⁷. Cette composante du droit d'asile est déduite non pas d'une disposition précise mais de l'ensemble des garanties reconnues à l'intéressé en la matière et qui commandent la possibilité d'être présent lors de l'examen de sa demande afin de pouvoir apporter les justifications exigées et de répondre aux interrogations des autorités en charge du dossier. En second lieu, le juge des référés a semble-t-il reconnu l'existence d'une liberté fondamentale à partir de dispositions convergentes assurant sa protection. Dans l'ordonnance *Pegini* du 29 juillet 2003, le juge des référés indique « qu'une telle méconnaissance des règles qui gouvernent l'extradition constitue une atteinte grave à *une* liberté fondamentale »⁵⁴⁸. Cette formule est susceptible de deux interprétations. Soit le droit d'être extradé dans le respect des règles qui gouvernent l'extradition est une liberté fondamentale. A cet égard, il faut relever que le requérant se prévalait d'une atteinte « à sa liberté d'aller et de venir, à sa sûreté ainsi qu'au *droit d'être extradé selon des procédures régulières* ». Soit l'administration a porté atteinte à une liberté fondamentale que le juge des référés ne désigne pas expressément, et qui peut être la liberté d'aller et de venir ou la liberté individuelle – laquelle est évoquée ensuite dans la décision, mais uniquement pour qualifier l'urgence⁵⁴⁹. Si la première interprétation devait être retenue, elle signifierait que le juge a dégagé cette liberté à partir d'une synthèse des différents textes et principes jurisprudentiels applicables à la matière et qui, ensemble, forment les « règles qui gouvernent l'extradition » évoquées par le juge. Toutefois, il ne suffit pas qu'une norme juridique existe pour constituer une liberté au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Il faut encore, s'agissant d'un droit *public* subjectif, que cette norme ait pour obligée la puissance publique, c'est-à-dire que l'obligation juridique qu'elle comporte soit directement opposable à l'autorité administrative.

donner de *base légale* à la délibération attaquée ». Sur cette question, voir de manière générale l'étude précitée du professeur Morvan, pp. 77-110.

547 CE, ord. 25 novembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon T.* p. 927.

548 CE, ord. 29 juillet 2003, *Pegini, Lebon* p. 345.

549 Le juge affirme que, « compte tenu de l'importance pour la liberté individuelle des garanties qui entourent la procédure d'extradition, la condition d'urgence (...) est remplie ».

B. Une norme juridique directement opposable à l'administration

128. La liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2, trouve sa source dans une norme opposable à la puissance publique. Cela signifie que l'administration doit être débitrice du droit ou de la liberté envisagée, mais aussi que les justiciables doivent avoir la possibilité de s'en prévaloir devant les juridictions ordinaires⁵⁵⁰.

1. L'exigence d'un effet direct

129. L'exigence d'un effet direct a été expressément formulée par les commissaires du gouvernement et le juge des référés du Conseil d'Etat.

Mention en a d'abord été faite par Pascale Fombeur dans ses conclusions sur l'arrêt *Casanovas*. Mme Fombeur affirme que « le droit à l'emploi, à l'évidence, n'est pas un droit dont on pourrait revendiquer directement le bénéfice devant une juridiction

550 On mentionnera que cette exigence de justiciabilité de la norme se retrouve également dans les systèmes juridiques étrangers. Ainsi, en Allemagne, « La caractéristique primordiale d'un droit fondamental est d'être justiciable » (C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, n° 109). « Un énoncé insusceptible d'être mis en œuvre par un juge provoque toujours la perplexité du juriste allemand, qui n'y verra pas un droit fondamental, mais au mieux une finalité assignée à l'action de l'Etat » (*ibid.*). En Espagne, la Constitution distingue trois séries de dispositions. Les « droits fondamentaux et libertés publiques » (section 1^{ère} du chapitre 2 du titre 1^{er}) sont invocables devant les tribunaux ordinaires et protégés par la voie du recours d'*amparo*. Les « droits et devoirs des citoyens » (section seconde du chapitre 1^{er} du titre 1^{er}) sont également invocables devant les juridictions ordinaires mais ne bénéficient pas de la garantie de l'*amparo*. Enfin, la Constitution évoque les « principes directeurs de la politique sociale et économique » (chapitre 3 du titre 1^{er}), lesquels correspondent notamment à l'obligation pour les pouvoirs publics d'assurer la protection de la famille (article 39), à l'action des pouvoirs publics en faveur du développement économique et social (article 40), au « droit à la protection de la santé » (article 43) ou au « droit » d'accéder à la culture (article 44). A leur propos, l'article 53-3 de la Constitution dispose que les principes directeurs de la politique sociale et économique « pourront simplement être invoqués devant la juridiction ordinaire dans les termes définis par les lois qui les développeront ». Ainsi, « il ne s'agit pas de véritables droits subjectifs *stricto sensu* que les citoyens peuvent faire valoir directement devant les pouvoirs publics » mais « de mandats constitutionnels dont le destinataire direct est avant tout le législateur » (M. RODRIGUEZ-PINERO Y. BRAVO FERRER et J. LEGUINA VILLA, « Rapport espagnol », *AJJC* 1990/VI, p. 123). En Colombie, l'action de tutelle, prévue à l'article 86 de la Constitution est limitée aux « droits fondamentaux » qui sont « d'application immédiate » en vertu de son article 85. Les autres droits constitutionnels ne bénéficient pas de cette protection particulière (voir R.A. BREWER CARIAS, « La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire », in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, p. 1082). Au Portugal, « seuls les préceptes constitutionnels relatifs aux « droits, libertés et garanties » (et les droits fondamentaux de nature analogue) sont *directement applicables*. Ceci signifie, au fond, (...) que lesdits droits voient leur teneur et leur portée déterminées au propre niveau constitutionnel, de telle sorte qu'il incombe aux opérateurs juridiques (soit l'Administration, soit les tribunaux) de les appliquer, bien qu'il n'y ait pas de loi qui les concrétise ; par contre, les droits « sociaux » continuent à dépendre, dans leur configuration exacte et leur dimension, d'une intervention législative ultérieure, qui les concrétise et leur donne forme, et ce n'est qu'alors qu'ils acquièrent leur pleine efficacité et leur possibilité d'exécution » (J.-M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport portugais », *AJJC* 1990/VI, VIII *Conférence des cours constitutionnelles*, Ankara 7-10 mai 1990, p. 181. Souligné). S'inscrivant dans le partage entre ces deux types de normes, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne distingue les « droits », qui doivent être respectés, et les « principes », dont l'application doit être promue.

ordinaire ; *a fortiori*, vous n’y verrez pas une liberté fondamentale pour l’application de l’article L. 521-2 »⁵⁵¹. Ainsi, une corrélation est expressément établie entre l’effet direct de la norme et son éligibilité à la procédure de l’article L. 521-2 du code de justice administrative. S’agissant en l’occurrence du droit à l’emploi énoncé par le 5^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946, la circonstance que cette disposition ne soit pas invocable devant les tribunaux ordinaires représente un obstacle à la reconnaissance de sa qualité de liberté fondamentale. Il s’agit, par ce raisonnement, de circonscrire le champ des libertés fondamentales aux droits et libertés qu’un requérant peut directement revendiquer devant une juridiction ordinaire. S’en trouvent par conséquent exclues les normes constitutionnelles dont le respect ne s’impose qu’au seul législateur. Cette exigence de complétude de la norme sera également affirmée par Isabelle de Silva dans ses conclusions sur l’arrêt *Tliba*. Pour Mme de Silva, la qualification de liberté fondamentale doit être exclue lorsque « le droit est formulé en termes très généraux, ou implique une obligation de l’Etat dont on cerne difficilement les contours ou encore s’apparente à une déclaration d’intention – nous songeons au droit à l’emploi » ou au « principe d’égalité devant les charges résultant des calamités nationales » (...) »⁵⁵². Cette exigence ne se limite pas aux normes constitutionnelles. Dans le champ des règles du droit international également, elle doit conduire à exclure la reconnaissance d’une liberté fondamentale pour « les obligations qui s’imposent aux Etats ou sont formulées en termes trop généraux » pour que le Conseil d’Etat leur reconnaisse un effet direct au profit des particuliers⁵⁵³. « A l’inverse, une stipulation qui produit des effets directs au profit des particuliers pourrait, dans certains cas, recéler un droit ou une liberté fondamentale (...) »⁵⁵⁴.

L’exigence d’un effet direct de la norme de liberté fondamentale a ensuite été explicitement affirmée par le juge des référés du Conseil d’Etat dans une ordonnance du 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*⁵⁵⁵. Les associations requérantes demandaient au juge administratif de reconnaître comme liberté fondamentale un « droit » au logement dont elles avaient vu la consécration au niveau constitutionnel et conventionnel. Les requérantes se fondaient d’une part sur un objectif de valeur constitutionnelle : la possibilité pour toute personne de disposer d’un logement décent⁵⁵⁶ ; d’autre part sur « les stipulations relatives à l’accès des particuliers au logement qui sont contenues dans certaines conventions internationales ratifiées par la France »⁵⁵⁷. Le juge des référés refuse de voir dans ces dispositions la reconnaissance

551 P. FOMBEUR, concl. sur CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, RFDA 2001, p. 402.

552 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l’Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 329.

553 I. DE SILVA, *op. cit.*, p. 330.

554 *Ibid.*

555 CE, ord. 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, Lebon p. 168, AJDA 2002, pp. 818-821, note E. DESCHAMPS.

556 Reconnu par le Conseil constitutionnel dans la décision *Diversité de l’habitat* (CC, n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Rec.* p. 176) et confirmé par la suite (voir CC, n° 98-403, 29 juillet 1998, *Rec.* p. 276).

557 La décision ne fournit pas d’indications sur les conventions dont il s’agit. Néanmoins, Mme Deschamps (note précitée) affirme que l’article 21 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés avait été invoquée devant le juge du premier degré. Cette disposition est ainsi rédigée : « En ce qui concerne le logement, les Etats contractants accorderont, dans la mesure où cette

d'un droit au logement dont les particuliers pourraient réclamer le bénéfice devant les tribunaux ordinaires. Ces dispositions ne créent pas d'obligation juridique directement opposable à la puissance publique et, par suite, ne confèrent pas aux individus un droit d'obtenir un logement de la part de l'administration. La rédaction de l'ordonnance est à cet égard particulièrement explicite. S'agissant de la source internationale, le juge relève que les stipulations invoquées « ne créent d'obligation qu'entre les Etats parties à ces conventions et ne produisent pas d'effet direct à l'égard des personnes privées ». En ce qui concerne la source constitutionnelle, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent représente une finalité imposée au législateur mais en aucun cas un droit subjectif invocable devant les tribunaux ordinaires. En consacrant un objectif, indique le juge des référés, le Conseil constitutionnel « n'a pas consacré l'existence d'un droit au logement ayant rang de principe constitutionnel »⁵⁵⁸. Dans l'un et l'autre cas, l'absence d'effet direct de la norme est un obstacle à sa reconnais-

question tombe sous le coup des lois et règlements ou est soumise au contrôle des autorités publiques, aux réfugiés résidant régulièrement sur leur territoire un traitement aussi favorable que possible ; ce traitement ne saurait être, en tout cas, moins favorable que celui qui est accordé, dans les mêmes circonstances, aux étrangers en général ».

- 558 Comme l'a affirmé M. Zitouni, « si les autorités publiques doivent tendre à la réalisation de cet objectif, sans être soumises à une obligation de résultat », les particuliers ne sauraient « faire valoir pour autant un droit subjectif à obtenir un logement » (F. ZITOUNI, « L'enrichissement du droit au logement », in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat* (GRIDAUH dir.) Dalloz, 2001, p. 173). La possibilité d'accéder à un logement décent s'applique au législateur et non pas à l'administration. « On est en présence d'un objectif assigné par la Constitution au législateur, en vue d'une meilleure satisfaction du droit fondamental que constitue la dignité de la personne humaine. Il n'existe donc pas de droit fondamental à un logement décent, dans la mesure où nulle part la Constitution n'énonce un quelconque droit de ce type » (J. TREMEAU, note sous CC, n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *RFDC* 1998, p. 767). Une interprétation identique prévaut, quant à la portée de cette norme, en contentieux constitutionnel étranger. L'article 47 de la Constitution espagnole dispose : « Tous les Espagnols ont le droit de disposer d'un logement digne et approprié. Les pouvoirs publics contribueront à créer les conditions nécessaires et établiront les normes adéquates pour rendre effectif ce droit, en réglementant l'utilisation du sol conformément à l'intérêt général pour empêcher la spéculation ». Dans le même sens, l'article 65 de la Constitution du Portugal prévoit que « Chacun a droit pour soi et pour sa famille, à un logement de dimension convenable, qui réponde aux normes de l'hygiène et du confort et qui préserve l'intimité personnelle et familiale ». Comme le relève Laurence Gay, « Ni l'objectif en France, ni les principes écrits ou prétoriens sur le « droit au logement » à l'étranger ne sont interprétés comme donnant directement la possibilité d'obtenir un toit » (L. GAY, « Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté » (2nde partie), *RFDC* 2003, p. 544). La Cour d'appel de Paris a considéré que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent doit être mise en œuvre par le législateur et ne justifie pas les atteintes au droit de propriété résultant de l'occupation d'un immeuble privé (CA Paris, 26 novembre 1997, *D.* 1998, IR. 6, cité par A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 699). Si le juge ordinaire ne peut appliquer cet objectif, il lui est néanmoins loisible de s'en inspirer ou de le prendre en considération à titre d'argument surabondant. Voir en ce sens CAA Nancy, 4 décembre 2003, *Commune de Verdun*, *AJDA* 2004, pp. 82-83 : la cour applique les dispositions de la loi du 31 mai 1990, dite « loi Besson » à la lumière de cet objectif pour conclure à la violation de l'exigence de logement décent et engager sur ce fondement la responsabilité de la commune de Verdun. La Cour affirme « que les gens du voyage, en l'absence d'aménagements convenables des terrains en cause qui constituent des accessoires indispensables à leurs caravanes, n'ont pas bénéficié, lors de leurs arrêts sur le territoire de la Commune de Verdun, de logement décent ».

sance comme liberté fondamentale. Le juge des référés ne délivre cette qualité qu'aux seules normes conférant de véritables droits au profit de leurs bénéficiaires.

130. En d'autres termes, la liberté fondamentale est une norme auto-exécutoire. Elle doit se suffire à elle-même, disposant des qualités requises pour conférer aux justiciables des droits directement invocables devant les juridictions. Ce critère conduit à écarter de la catégorie des libertés fondamentales les normes juridiques⁵⁵⁹ qui, n'ayant pas pour objet de créer des droits au profit des particuliers, ne sont pas directement applicables devant le juge ordinaire⁵⁶⁰. Selon la définition donnée par Mme Tigroudja, « La norme juridique incomplète ou non exécutoire est (...) celle qui, par sa nature (imprécise et générale) et/ou son objet (aménager l'exercice d'un droit par exemple), nécessite l'intervention ultérieure des pouvoirs publics et en particulier le plus souvent du législateur »⁵⁶¹. Pour autant, ce critère ne conduit pas à exclure automatiquement du champ des libertés fondamentales toute norme constitutionnelle ou conventionnelle dépourvue d'un effet direct. Ces normes peuvent toujours faire l'objet de mesures de mise en œuvre de la part du législateur, cette intervention donnant alors un plein effet aux dispositions constitutionnelles et internationales qui en sont dépourvues. En ce cas, les droits et libertés peuvent recevoir une application devant le juge ordinaire,

559 Il convient de distinguer la normativité, qui est l'aptitude à produire des effets juridiques, et l'applicabilité, qui désigne l'effet direct ou l'invocabilité de la norme. La norme dépourvue d'effet direct n'en est pas moins une norme juridique. Comme l'a souligné le doyen Vedel, « l'imprécision de la prescription n'en supprime pas le caractère normatif » (G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, p. 55). Les normes présentant un caractère incomplet constituent des règles de droit ; seulement, elles n'obligent pas l'administration à l'égard des particuliers. S'adressant à l'Etat (en ce qui concerne les engagements internationaux ne créant des obligations qu'entre Etats) ou au législateur (pour les objectifs de valeur constitutionnelle, lois de programmes et autres engagements pluriannuels), elles n'en constituent pas moins des obligations juridiques susceptibles d'être sanctionnées sur le plan juridictionnel. Voir, pour une déclaration d'inconstitutionnalité, en raison de la méconnaissance d'un objectif de valeur constitutionnelle : CC, n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, cons. 23, *Rec.* p. 110.

560 Les droits sont directement applicables si leur consécration « suffit à générer des droits subjectifs, que les particuliers puissent concrètement opposer aux pouvoirs publics » (E. WILLEMART, « La valorisation formelle des droits fondamentaux : une tradition européenne commune ? », *Annales de droit de Louvain*, 1997, p. 394).

561 H. TIGROUDJA, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », *AJDA* 2003, p. 156. De manière générale, ce critère, bien connu des internationalistes, n'est pas limité aux engagements internationaux. C'est, en effet, une exigence à laquelle doit satisfaire toute norme qu'un justiciable entend invoquer devant un juge ordinaire. Le caractère complet de la norme est un critère de l'applicabilité de toute norme juridique. « Il serait faux de faire du critère de la perfection de la norme une condition de l'effet direct de cette dernière propre au droit des engagements internationaux. En effet, s'il est vrai que le juge administratif la retient pour écarter l'applicabilité directe de dispositions internationales jugées trop vagues ou générales pour être contraignantes, il procède de la même manière lorsqu'il est confronté à des normes internes de cette qualité » (*ibid.*). Le critère de la complétude de la norme trouve sa justification théorique dans le principe de la séparation des pouvoirs. En distinguant l'auteur de la norme et l'organe chargé de l'appliquer, ce principe confie au juge la mission d'appliquer le droit et non de le créer. Le juge – et notamment le juge des référés – ne saurait, sauf à outrepasser sa compétence, accueillir une prétention sur la base d'une norme que le législateur n'a pas entendu rendre opposable à l'autorité administrative.

mais uniquement dans la limite des lois votées par le Parlement en vue de pouvoir à leur mise en œuvre. Ce n'est que par la loi que les droits et libertés proclamés dans des dispositions dépourvues d'effet direct deviennent, par son intermédiaire, invocables devant le juge ordinaire. Il résulte de ce qui précède qu'une norme ne peut être regardée comme une liberté fondamentale que si elle produit par elle-même un effet direct ou, à défaut, a fait l'objet de mesures de mise en œuvre qui la rendent directement applicable. Trois situations peuvent, dès lors, se présenter.

2. *Trois situations*

131. Il convient de distinguer selon que la norme litigieuse est pourvue d'un effet direct, en est dépourvue ou, enfin, en est dépourvue mais a fait l'objet de mesures de mises en œuvre de la part du législateur.

a. Effet direct

132. La première situation correspond aux normes juridiques pourvues par elles-mêmes d'un effet direct. Cette catégorie est constituée des normes qui, présentant un caractère complet, confèrent au profit de leurs bénéficiaires des prérogatives directement invocables devant les juridictions.

133. La norme-support peut être, tout d'abord, une disposition législative. C'est le cas, par exemple, pour la liberté de réunion. Celle-ci trouve sa source dans l'article 1^{er} de la loi du 30 juin 1881, proclamant solennellement en son article 1^{er} que « Les réunions sont libres ». Cette disposition est directement applicable. De même, en prévoyant que la personne placée d'office dispose « en tout état de cause » du droit « de communiquer avec les autorités mentionnées à l'article 3222-4 », l'article L. 3211-3 du code de la santé publique confère directement au malade le droit de communiquer avec les autorités administrative et judiciaire. Une particularité doit être relevée en ce qui concerne le droit au consentement médical, dont la consécration a été réalisée sur le fondement de deux sources législatives distinctes, dont une seule est formellement applicable à l'administration : d'une part l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, d'autre part l'article 16-3 du code civil⁵⁶². Toutefois, on peut raisonnablement penser que cette seconde disposition ne joue ici qu'un rôle confortatif et se trouve avant tout mentionnée pour justifier la fundamentalité de ce droit. Il n'en sera d'ailleurs plus fait état dans les décisions ultérieures, le juge s'appuyant uniquement sur les dispositions du code de la santé publique⁵⁶³.

134. La norme de liberté fondamentale peut également trouver sa source dans une disposition écrite du bloc de constitutionnalité dès lors que celle-ci est dotée d'un effet direct. Ainsi, le 7^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946, qui consacre le droit de grève, a été reconnu de longue date comme une disposition d'effet direct⁵⁶⁴. De même, le principe de libre administration des collectivités territoriales trouve son

562 CE, ord. 16 juillet 2001, *Feuillatey, Lebon* p. 309.

563 Voir CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388.

564 Même si cette solution ne s'imposait pas d'évidence au regard de son énoncé. Voir les observations des auteurs des *Grands arrêts* sous CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, GAJA* n° 68. Voir également P.

fondement dans l'article 72 de la Constitution, auquel le juge administratif a reconnu l'effet direct⁵⁶⁵.

135. La liberté peut également trouver sa source dans un principe non écrit. C'est le cas, par exemple, pour la liberté personnelle, érigée en principe à valeur constitutionnelle en 1988⁵⁶⁶. De même, le droit de mener une vie familiale normale bénéficie d'un effet direct en tant que principe général du droit⁵⁶⁷ et principe constitutionnel⁵⁶⁸.

b. Absence d'effet direct

136. La qualité de liberté fondamentale est exclue pour les normes législatives, constitutionnelles ou internationales qui s'apparentent à de simples objectifs ou, plus généralement, ne présentent pas un caractère complet.

137. Certaines normes législatives ne consacrent que de simples objectifs. Elles ne peuvent, par suite, bénéficier de la protection de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Dans une ordonnance du 19 janvier 2005, le juge des référés a refusé d'ériger en liberté fondamentale un objectif énoncé par le code de procédure pénale. Le requérant avait invoqué une atteinte au « droit de réinsertion des personnes incarcérées » dont il avait vu la reconnaissance dans divers textes, et notamment dans les articles 727 et 728 du code de procédure pénale. Le juge considère que ces dispositions « ne permettent pas de ranger au nombre des libertés fondamentales (...) l'objectif de politique criminelle suivant lequel l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle ou criminelle a pour objet non seulement de punir le condamné mais également de favoriser son amendement et de préparer son éventuelle réinsertion »⁵⁶⁹.

138. Sont également exclues du champ des libertés fondamentales les normes internationales dépourvues d'effet direct. Le juge administratif doit opérer le départ entre les normes *self-executing* et les normes incomplètes. La difficulté provient du fait que le droit international ne se partage pas nettement entre les normes qui produisent des effets juridiques contraignants et celles qui en sont dépourvues, mais est composé d'une multitude de dispositions qui pourront relever tantôt de la *soft law*, tantôt du droit impératif et tantôt du droit international classique des traités. En principe, les

TERNEYRE, « alinéa 7 », in *Le préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse, commentaires* (G. CONAC, X. PRETOT, G. TEBOUL dir.), Dalloz, 2001, pp. 169-178.

565 Cette disposition est invocable devant son prétoire en l'absence d'interposition de la loi. Voir CE, 28 décembre 1992, *Ville de Romainville et autres*, *Lebon T.* p. 1010 ; CE, 6 mai 1996, *Commune de Villeurbanne et autres*, *Lebon T.* p. 1119 (qui mentionne expressément le « principe de libre administration des collectivités territoriales posé à l'article 72 de la Constitution ») ; CE, 14 juin 1999, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, *Lebon T.* p. 936 ; CE, 23 février 2000, *Commune d'Heyrieux*, *Lebon T.* p. 1190 ; CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*, *Lebon* p. 502.

566 Voir *infra*, § 203.

567 CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, *Lebon* p. 493, *GAJA* n° 96.

568 CC, n° 93-325 DC, 12-13 août 1993, *Rec.* p. 224, *GDCC* n° 46.

569 CE, ord. 19 janvier 2005, *M. Laurent X.*, *Lebon* p. 23.

conventions internationales dûment ratifiées et publiées sont réputées produire des effets directs en droit interne permettant leur invocation à l'appui d'un recours contentieux⁵⁷⁰. Cette présomption va néanmoins céder pour les « stipulations dont l'objet est, sans aucun doute, de garantir des droits au bénéfice des particuliers, mais qui sont formulées dans des termes trop généraux pour se suffire à elles-mêmes, et pour être susceptibles d'une application immédiate à des cas particuliers. En pareille hypothèse, ce qui s'oppose à l'effet direct, ce n'est pas l'objet de la norme, c'est son *absence de précision* ou son caractère *conditionnel* (...). La norme internationale tend à protéger les particuliers, elle vise à leur garantir des droits, mais elle suppose nécessairement l'intervention d'une législation nationale d'application sans laquelle elle est impuissante à produire des effets concrets »⁵⁷¹. La situation des instruments internationaux est sur ce point hétérogène. Si le caractère *self-executing* de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est pas contesté⁵⁷², en sont en revanche dépourvues les dispositions imprécises et trop générales de la Charte sociale européenne⁵⁷³, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵⁷⁴ ou de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant⁵⁷⁵. Ces dispositions consacrent autant d'objectifs dans lesquels il est impossible de déceler la consécration d'un droit ni, le cas échéant – si les autres critères sont satisfaits –, d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

139. De telles normes se rencontrent également parmi les dispositions écrites et non écrites du bloc de constitutionnalité. Certaines ont une origine textuelle et figurent essentiellement dans le préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement ; d'autres ont une origine jurisprudentielle et ont été dégagées par le Conseil constitutionnel à partir, le plus souvent, des dispositions écrites du

570 Depuis l'arrêt *Dame Kirkwood*, les normes conventionnelles sont « au nombre non seulement des règles de droit qui s'imposent au respect de toutes autorités publiques (...) mais aussi au nombre de celles dont chaque citoyen peut se prévaloir et réclamer, le cas échéant, le bénéfice devant les juridictions de l'ordre interne » (M. WALINE, note sous CE, 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, RDP 1952, p. 781). Depuis l'adhésion de notre système juridique au principe moniste en vertu de l'article 26 de la Constitution de 1946 confirmé par l'article 55 de la Constitution de 1958, les traités internationaux, incorporés à l'ordre juridique national par l'effet de leur ratification et de leur publication au journal officiel, « sont généralement présumés produire des effets directs en droit interne, c'est-à-dire créer des droits subjectifs dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national » (R. ABRAHAM, concl sur CE, Sect., 23 avril 1997, *GISTI*, RFDA 1997, p. 589).

571 R. ABRAHAM, concl précitées, p. 590. Souligné.

572 Voir E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA* 1998 numéro spécial, p. 71.

573 CE, 20 avril 1984, *Ministre du budget c/ Valton et Crépeaux*, *Lebon* p. 148.

574 CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, *Lebon* p. 37, RFDA 1999, pp. 357-371, concl. C. MAUGÛE.

575 Le Conseil d'Etat apprécie au cas par cas l'applicabilité directe des stipulations de ce texte. Il a admis l'effet direct de l'article 3.1 qui accorde une « considération primordiale » à « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans toutes les décisions le concernant (CE, 22 septembre 1997, *Cinar*, *Lebon* p. 379 ; RFDA 1998, p. 562 et s., concl. R. ABRAHAM) mais non à d'autres articles par lesquels les Etats reconnaissent le droit de l'enfant à la santé, à la sécurité sociale ou à un niveau de vie suffisant (CE, Sect., 23 avril 1997, *GISTI*, *Lebon* p. 142 ; RFDA 1997, pp. 585-596, concl. R. ABRAHAM).

bloc de constitutionnalité⁵⁷⁶. D'origine textuelle ou jurisprudentielle, ces normes ont la nature « d'objectif de nature constitutionnelle »⁵⁷⁷. Elles assignent une finalité au législateur, dont elles encadrent l'action, mais elles ne sont pas opposables à l'administration⁵⁷⁸. Leur nature d'objectif résulte non pas des qualifications employées par le Conseil constitutionnel⁵⁷⁹ mais avant tout du caractère imprécis⁵⁸⁰ ou

576 La doctrine réserve le plus souvent le qualificatif d'objectif de valeur constitutionnelle aux seuls objectifs d'origine jurisprudentielle (voir B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* 1995, pp. 47-77 ; A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 687-702 ; F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC* 2005, pp. 675-684 ; T. S. RENOUX et M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} éd., Litec, 2005, n° 419). Toutefois, ce réductionnisme ne paraît pas justifié dans la mesure où d'une part, les objectifs dégagés par le Conseil constitutionnel ne sont pas tous qualifiés comme tels dans ses décisions et où, d'autre part, le Conseil qualifie parfois comme tels des objectifs textuels. Tous présentent en outre la même nature et sont soumis à un même régime juridique. A juste titre, Pierre de Montalivet regroupe l'ensemble de ces objectifs, textuels et jurisprudentiels, sous le générique d'objectif de valeur constitutionnelle (P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse Paris II, 2004, 695 p.).

577 Cf., employant cette expression à propos des alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 : CC, n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, cons. 30, *Rec.* p. 320.

578 Leur respect s'impose au seul Parlement. L'objectif se présente comme un instrument de guidage ou d'orientation de l'action législative dans un sens déterminé. Constituant une « directive » ou une « feuille de route » à l'attention du législateur, il impose à ce dernier l'obligation de poursuivre certains buts sans attribuer aux particuliers des droits subjectifs directement invocables. La nature et la fonction de ces objectifs est semblable à celle des *Staatsziel* ou *Staatszielbestimmungen* allemands ou aux « principes directeurs de la politique sociale et économique » prévus par la Constitution espagnole (chapitre 3 du titre 1^{er}). L'objectif apparaît avant tout comme une finalité sociale, justifiant différents types d'interventions publiques et donnant un fondement juridique aux restrictions apportées aux droits et libertés constitutionnels (notamment au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre) par les lois qui pourvoient à leur mise en œuvre. L'autorité administrative, en revanche, n'est pas liée par ces normes. Tout au plus le Gouvernement est-il, dans le cadre de ses compétences, et concurrentement au Parlement, chargé de la *mise en œuvre* de ces objectifs (CC, n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, cons. 25-26, *Rec.* p. 33 ; n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, cons. n° 29, *Rec.* p. 320 ; n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Rec.* p. 176 ; n° 93-325 DC, cons. 125, *Rec.* p. 224 ; n° 93-330 DC, 29 décembre 1993, cons. 13, *Rec.* p. 572).

579 Il arrive fréquemment que le Conseil constitutionnel qualifie les objectifs constitutionnels de « principes » ou de « droits ». Ainsi, le Conseil évoque la protection de la santé comme un « principe » (CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 10, *Rec.* p. 19 ; n° 80-117 DC, 22 juillet 1980, cons. n° 4, *Rec.* p. 42). Il a également parlé du « droit à la santé » (CC, n° 77-92 DC, 18 janvier 1978, cons. 2, *Rec.* p. 21) ou classé le « droit » à l'emploi parmi les « droits et libertés fondamentaux » (CC, 98-401 DC, cons. 3, *Rec.* p. 258). Malgré ces qualifications, il est constant que le « droit » à l'emploi et la protection de la santé constituent de simples « objectifs » pour le Conseil (voir, utilisant l'expression pour la protection de la santé : CC, n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, cons. 26, *Rec.* p. 33). Il en résulte que si la norme qualifiée d'objectif par le Conseil est nécessairement dépourvue d'effet direct, en revanche une norme qualifiée de droit ou de principe par celui-ci ne doit pas être regardée de ce seul fait comme une norme directement applicable. L'élément à prendre en compte ne réside donc pas la dénomination qu'en donne le Conseil constitutionnel mais uniquement de son caractère exécutoire ou non exécutoire. Seuls comptent l'objet et le degré de complétude de la norme pour apprécier son aptitude à produire par elle-même un effet direct.

580 Si les principes énoncés dans le préambule de la Constitution de 1946 sont inapplicables, c'est, pour M. RIALS, parce qu'ils sont « faiblement déterminés » (S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDP* 1984, p. 592). Leur fait défaut, pour être directement

programmatoire⁵⁸¹ de leur formulation qui révèle une absence d'intention de l'autorité normative de reconnaître des droits directement invocables. Par eux-mêmes, ils sont dépourvus d'effet direct et ne peuvent être invoqués à l'appui d'un recours juridictionnel formé devant le juge administratif⁵⁸².

Les « objectifs » se voient, pour cette raison, refuser la qualité de liberté fondamentale. Par exemple, en garantissant aux individus « la protection de la santé », l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 ne confère nullement aux intéressés un droit subjectif qui serait opposable à la puissance publique. Cette norme, dépourvue d'effet direct, s'apparente à un simple objectif⁵⁸³ et ne saurait, par conséquent, fonder la reconnaissance d'une liberté fondamentale⁵⁸⁴. La même analyse s'applique au « droit d'obtenir un emploi » proclamé par le 5^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946. Cette disposition ne peut être regardée comme ouvrant droit à un travail en cas d'inactivité ; elle « ne fixe pas une règle dont il est directement possible de se prévaloir pour exiger un emploi »⁵⁸⁵. Elle ne reconnaît aucune prérogative dont un particulier pourrait directement revendiquer le bénéfice devant la justice ordinaire⁵⁸⁶. Le même

applicable, un degré suffisant de précision (voir G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, 6^{ème} éd., Presses de sciences po et Dalloz, 2002, p. 236). En ce qui concerne le préambule de la Constitution de 1946, voir M. CLAPIE, *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Etude de droit public*, thèse Montpellier, 1992, p. 75 et s.

- 581 Pour reprendre une notion utilisée en droit constitutionnel italien, on dira qu'il s'agit de normes « programmatrices », c'est-à-dire de normes « commandant l'activité future du législateur, en lui prescrivant des finalités déterminées de façon plus ou moins générale » (V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 2^{ème} éd., CEDAM, Padone, 1974, t. II, p. 179, cité par M. CLAPIE, *op. cit.*, p. 158). Ces normes ne confèrent pas une quelconque prérogative aux sujets de droit : « contrairement à un droit classique, un objectif constitutionnel ne peut se matérialiser par un droit subjectif susceptible d'être invoqué tant à l'égard des pouvoirs publics que dans le cadre de relations de droit privé » (B. MATHIEU, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *CCC* n° 6, 1999, p. 65).
- 582 Ils ne représentent pas des règles constitutionnelles dont pourrait se prévaloir l'administré devant une juridiction. Le doyen Favoreu avait souligné qu'« il est difficile d'y voir des droits véritables » (L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982 », *RDJ* 1983, p. 389). « La notion d'objectif constitutionnel renvoie non pas directement à des droits ou libertés constitutionnels mais, pour l'essentiel, à des principes directeurs qui doivent guider le législateur et sont utilisés par le juge comme norme de référence pour apprécier la constitutionnalité des dispositions prises » (B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *chron. LPA* 21 septembre 1999, n° 188, p. 13). Par conséquent, le moyen tiré de la violation d'un objectif constitutionnel n'est pas invocable à l'appui d'un recours introduit devant les tribunaux ordinaires. « A la différence des droits fondamentaux, les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas justiciables (...). C'est dire qu'ils ne peuvent être invoqués devant le juge ordinaire à l'appui d'un recours contentieux » (J. TREMEAU, note sous *CC*, n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *RFDC* 1998, p. 767).
- 583 Cf. S. JUAN, « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ? », *RDJ* 2006, pp. 439-457. Signalons que les instruments internationaux qui font référence à ce principe ne sont pas davantage pourvus d'un effet direct (voir L. CASSAUX-LABRUNEE, « Le droit à la santé », in *Libertés et droits fondamentaux* (R. CABRILLAC, A.-M. FRISON-ROCHE, T. REVET dir.), 11^{ème} éd., Dalloz, 2005, p. 755).
- 584 CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388.
- 585 G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, p. 236.
- 586 Le principe énoncé s'apparente seulement à une finalité imposée au législateur, à qui il « appartient de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de

sort semble devoir être réservé au « droit » à l'environnement consacré dans les termes suivants à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement : « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ». Au regard des termes très généraux de sa formulation, il est fort improbable que cette disposition puisse fonder la reconnaissance d'un droit subjectif⁵⁸⁷ et, par conséquent, la reconnaissance d'une liberté fondamentale⁵⁸⁸.

De manière générale, proclamer ces principes, « c'est, de la part du Constituant, assigner un but à l'action du législateur, non conférer à l'homme un pouvoir susceptible de mise en œuvre effective »⁵⁸⁹. Ces dispositions contiennent des principes « dont la mise en œuvre requiert l'intervention d'une loi les concrétisant »⁵⁹⁰. Après intervention du législateur, ces principes se voient dotés d'un plein effet qui les rend directement invocables devant les juridictions.

c. Absence d'effet direct, mise en œuvre législative

140. Grâce aux mesures de mise en œuvre dont elles ont fait l'objet de la part du législateur, plusieurs normes constitutionnelles dépourvues d'effet direct ont pu être reconnues comme des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. L'intermédiation de la loi donne, dans les limites du texte législatif qui assure cette mise en œuvre, un plein effet aux principes constitutionnels concernés.

permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés » (CC, n° 83-156 DC, 28 mai 1983, cons. 4, *Rec.* p. 41).

587 Les auteurs analysent ce principe en un objectif insusceptible d'effet direct. Ainsi, M. Mathieu relève qu'il entre dans la catégorie des objectifs constitutionnels et n'a pas vocation à devenir un droit subjectif dont un individu pourrait exiger le respect (B. MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *CCC* n° 15, p. 145). Voir également, dans le même sens, N. CHAHID-NOURAI, « La portée de la Charte pour le juge ordinaire », *AJDA* 2005, pp. 1175-1181, spé p. 1178. Voir *contra*, défendant l'idée d'un effet direct du droit à l'environnement, malgré la rédaction retenue par le constituant : A. PERI, « La Charte de l'environnement : reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental ? », *LPA* 24 février 2005, n° 39, pp. 8-18. Dans le même sens, le doyen Prieur soutient que « le référé liberté de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative sera (...) utilisable dans la mesure où le juge admettra que le droit à l'environnement est devenu une liberté fondamentale, la constitutionnalité entraînant la fondamentalité. Aucun droit constitutionnellement reconnu n'a, à ce jour, été écarté du référé liberté » (M. PRIEUR, « Du bon usage de la charte constitutionnelle de l'environnement, *Environnement* 2005, étude n° 5, p. 5). S'il est vrai que la constitutionnalité entraîne de plein droit la fondamentalité, cette exigence n'est cependant pas à elle seule suffisante pour emporter la qualification de liberté fondamentale. Au critère de la fondamentalité s'ajoute en particulier l'exigence d'un effet direct de la norme concernée, ce qui, pour le « droit » à l'environnement, paraît douteux.

588 Pour une décision contraire d'un juge du premier degré, qualifiant ce droit de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, voir TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 avril 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres* : *AJDA* 2005, pp. 1357-1360, note H. GROUD et S. PUGEAULT ; *JCP A* 2005, 1216, note P. BILLET ; *Environnement* 2005, comm. n° 61, note C. NOUZHA.

589 J. RIVERO, « Les droits de l'homme, catégorie juridique ? », in *Perpectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, t. III, Instituto de estudios de Administración local, 1969, p. 32.

590 R. BADINTER et B. GENEVOIS, « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *Rapport présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, Ankara, 7-10 mai 1990, *RFDA* 1990, p. 333.

141. Ainsi, le droit d'asile trouve sa source dans le 4^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946 (complété par l'article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958). Cette disposition est par elle-même dépourvue d'effet direct et, par conséquent, insusceptible d'être invoquée directement à l'appui d'un recours contentieux⁵⁹¹. Néanmoins, ce droit fait l'objet de mesures de mise en œuvre essentiellement par le biais de la loi du 25 juillet 1952 et de la convention de Genève relative au statut des réfugiés. Ces textes donnent au droit constitutionnel d'asile son plein effet en droit positif. Lorsque les conditions auxquelles est subordonné l'octroi de l'asile sont remplies, le ressortissant étranger dispose d'un véritable droit, opposable en tant que tel à la puissance publique, à en bénéficier. Invocable devant les juridictions ordinaires, le droit d'asile peut être qualifié de liberté fondamentale dès lors que les autres critères se trouvent également satisfaits.

On peut également penser que relève de cette catégorie le « principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion » reconnu comme liberté fondamentale dans l'ordonnance *Tibéri* du 24 février 2001⁵⁹². Selon une première interprétation, ce principe était par lui-même, lors de sa consécration par le juge des référés, une norme constitutionnelle dotée d'un effet direct. En effet, si le Conseil constitutionnel a consacré comme des « objectifs » la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels⁵⁹³, le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale⁵⁹⁴ et le pluralisme des moyens de communication⁵⁹⁵, il a en revanche qualifié de « principe » le pluralisme des courants d'idées et d'opinions⁵⁹⁶. Comme le relève M. de Montalivet, « le Conseil n'a jamais mentionné la qualité d'« objectif » du pluralisme des courants d'idées et d'opinions, contrairement à ce qu'il a fait pour le pluralisme des courants d'expression socioculturels »⁵⁹⁷. Aussi pouvait-on envisager

591 CE, 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile et autres*, *Lebon* p. 263. Le Conseil d'Etat considère que le principe posé par le 4^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946 « ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, les associations requérantes ne sauraient utilement, pour critiquer la légalité de l'article 9 du décret attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions ».

592 CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri*, *Lebon* p. 85.

593 CC, n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, cons. 5, *Rec.* p. 48 ; 86-217 DC, 18 septembre 1986, cons. 8, *Rec.* p. 141.

594 CC, n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, cons. 38, *Rec.* p. 78.

595 CC, n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, cons. 23, *Rec.* p. 110 ; n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, cons. 35, *Rec.* p. 141.

596 Le Conseil constitutionnel a qualifié le pluralisme des courants d'idées et d'opinions de « principe », en tant que juge électoral (CC, 23 août 2000, *Larroutourou*, cons. 6, *Rec.* p. 137) et en tant que juge de la constitutionnalité des lois (CC, n° 2003-468 DC, cons. 11, *Rec.* p. 325 ; n° 2004-490 DC, 12 février 2004, cons. 84, *Rec.* p. 41 ; n° 2004-507 DC, 9 décembre 2004, cons. 24, *Rec.* p. 219).

597 P. DE MONTALIVET, thèse précitée, p. 245. Réduisant néanmoins cette dimension du pluralisme à un simple « objectif » alors que cette qualification ne lui a jamais été attribuée par le juge constitutionnel, la doctrine a vu dans l'ordonnance *Tibéri* une décision audacieuse. Des membres du Conseil d'Etat ont soutenu que le juge des référés avait ici consacré le pluralisme en tant qu'il constitue un objectif (voir I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 329 : l'ordonnance *Tibéri* consacre le pluralisme, « qui est un objectif de valeur constitution-

qu'en sa qualité de principe, le pluralisme des courants d'idées et d'opinions représentait une norme d'effet direct, rendant possible son invocation devant les tribunaux ordinaires. Mais en réalité, comme cela a été démontré précédemment, la qualification donnée par le Conseil constitutionnel n'est pas de nature à rendre à elle seule justiciable devant les juridictions ordinaires la norme ainsi dénommée. Des normes qualifiées de « principes » peuvent en effet s'apparenter, de par leur objet, à de simples objectifs. En outre, le Conseil ne faisant pas preuve de constance dans le maniement de cette expression, il convient de ne pas accorder une importance excessive aux changements de dénomination qui émaillent sa jurisprudence⁵⁹⁸. Il semblerait que du point de vue de sa structure, et par-delà ses qualifications changeantes, le pluralisme des courants d'idées et d'opinions ait toujours été envisagé comme un objectif en droit constitutionnel jurisprudentiel.

En réalité, c'est semble-t-il par l'intermédiaire de la loi que ce principe bénéficie de l'invocabilité devant les tribunaux ordinaires. Deux éléments plaident en faveur d'une telle interprétation. En premier lieu, la formule précisément retenue par le juge des référés n'a pas son pendant dans la jurisprudence constitutionnelle. Elle ne constitue pas une reprise d'une formule du Conseil constitutionnel mais un emprunt direct aux termes de la loi du 30 septembre 1986. Le juge des référés affirme en effet que « l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 a confié au Conseil supérieur de l'audiovisuel la mission de veiller au respect des principes définis à ses articles 1^{er} et 3, au nombre desquels figurent l'égalité de traitement et l'expression du pluralisme des courants de

nelle, et non une liberté » ; voir dans le même sens chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN sous CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, AJDA 2001, p. 1055). La doctrine universitaire développe la même analyse. Selon M. Sales, « le Conseil d'Etat fait preuve d'une grande liberté d'appréciation pour transformer en principe ce qui jusque là n'était qualifié par lui que d'objectif » (E. SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », RDP 2004, p. 224). M. Pez affirme que « Le Conseil d'Etat refuse de faire pour le droit à un logement décent ce qu'il a accepté pour le pluralisme » (T. PEZ, « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », RFDA 2003, p. 382). De même, le doyen Favoreu a déclaré que l'ordonnance Tibéri « a qualifié de liberté fondamentale ce qui est considéré par le Conseil constitutionnel comme l'un des « objectifs de valeur constitutionnelle » destinés à renforcer la liberté de communication audiovisuelle, au côté de l'objectif de transparence financière : le Conseil d'Etat élargit donc la notion de liberté fondamentale dans la mesure où l'objectif de valeur constitutionnelle destiné à renforcer la liberté fondamentale qu'est la liberté de communication audiovisuelle devient à son tour une liberté fondamentale » (L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », D. 2001, p. 1741). Pour Mme Deschamps, le juge des référés s'est montré « innovant, dans l'ordonnance Tibéri, en osant qualifier de liberté fondamentale un simple objectif de valeur constitutionnelle » (E. DESCHAMPS, note sous CE, ord. 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, AJDA 2002, p. 820).

598 Dans le contentieux de la constitutionnalité, le Conseil constitutionnel mentionnait, dans un premier temps, « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinion » (CC, n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Ammistie des parlementaires*, cons. 12, Rec. p. 21 ; n° 2000-428 DC, cons. 21, Rec. p. 70). Après avoir qualifié cette norme de « principe » dans la décision *Larrouturou* précitée, le Conseil évoque quelques mois plus tard, toujours dans le contentieux électoral, « l'exigence constitutionnelle du pluralisme des courants d'idées et d'opinions » (CC, 6 septembre 2000, *Pasqua*, cons. 6, Rec. p. 144). De même, alors que la qualification de principe avait paru s'imposer dans le contentieux de la constitutionnalité, le Conseil déclare dans une décision du 1^{er} juillet 2004 « que le pluralisme des courants de pensées et d'opinions est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle » (CC, n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, cons. 23, Rec. p. 107).

pensée et d'opinion ». Alors que la formule constitutionnelle évoque le pluralisme des courants *d'idées* et d'opinions, la loi – et le juge des référés – font référence au pluralisme des courants *de pensée* et d'opinion. Dans l'esprit du juge, c'est en tant que norme législative et non constitutionnelle que le pluralisme bénéficie d'un effet direct⁵⁹⁹. En second lieu, cette position rejoint celle du Conseil constitutionnel, pour qui le pluralisme bénéficie d'un effet direct *grâce à l'intervention du législateur*. Dans la décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, le Conseil affirme que « dans l'exercice de ses compétences, le Conseil supérieur de l'audiovisuel sera, à l'instar de toute autorité administrative, soumis à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le Gouvernement, que par toute personne qui y aurait intérêt ; qu'il incombera à la juridiction administrative de veiller tout particulièrement au respect de l'objectif de pluralisme »⁶⁰⁰. Cette réserve d'interprétation confère un rôle important au juge administratif dans le contrôle du respect de l'objectif de pluralisme. La mention de « toute personne » indique que l'objectif est invocable par tout particulier devant le juge ordinaire. Selon M. Cassia, cette réserve confère « un caractère d'opposabilité à cet objectif devant le juge ordinaire en ce sens qu'il s'adresse aux particuliers et non seulement aux pouvoirs publics »⁶⁰¹. C'est par la loi, et dans le cadre et aux conditions qu'elle définit que le principe se voit reconnaître une invocabilité. « Le Conseil semble ainsi reconnaître une certaine applicabilité de l'objectif de pluralisme, mais le justiciable ne peut l'invoquer que parce qu'il a été mis en œuvre par la loi du 30 septembre 1986 et que le CSA intervient sur le fondement de cette loi. Dans ce sens, l'objectif n'est pas invocable directement devant le juge ordinaire, sans l'intermédiaire d'une loi »⁶⁰². C'est donc bien la loi qui donne à ce principe son plein effet.

142. Cette jurisprudence conduit à s'interroger sur la possibilité de reconnaître un plein effet à des droits-créances constitutionnels⁶⁰³ lorsque ceux-ci ont fait l'objet de

599 La Constitution n'est d'ailleurs nulle part mentionnée dans l'ordonnance du juge des référés. Ni dans les motifs ni dans les visas ne figure de référence au principe constitutionnel. Il est vraisemblable que la norme constitutionnelle ne soit intervenue qu'au titre du critère de la fondamentalité dans la consécration de ce principe comme liberté fondamentale. Le juge des référés procède ainsi à une combinaison de normes pour reconnaître cette liberté : la Constitution lui confère la fondamentalité, la loi l'effet direct. Sur ce thème, voir H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, LGDJ, coll. BDP, t. 161, 1991, 377 p.

600 CC, n° 93-333, 21 janvier 1994, cons. 14.

601 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 111.

602 P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thèse Paris II, 2004, p. 523.

603 Les droits-créances sont entendus comme des droits dont l'objet principal est l'attribution d'une prestation au profit des particuliers. Ce sont des droits comportant à titre prédominant l'obligation d'attribuer des biens (voir L. FAVOREU et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 129 et s.). La prise en compte de la modalité déontique *dominante* permet d'exclure de la notion de droit-créance (« droits-à ») des droits-liberté (« droits-de ») pouvant comporter, à titre accessoire, une intervention financière de la puissance publique, par exemple l'obligation de déployer des services de police pour assurer l'effectivité de la liberté de réunion. Sur la question des droits-créances, voir L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, thèse Aix-en-Provence 2001, 562 p. La proclamation de ces droits, par le Préambule de la Constitution de 1946, a été présentée comme visant à faire de l'individu le « créancier de la Nation » (voir G. VEDEL et J. RIVERO, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le préambule », *Dr. soc.* 1947, pp. 13-35). Leur recon-

mesures de mise en œuvre législative. Sont en cause ici, d'une part le droit à l'éducation, d'autre part le droit à l'aide sociale. La situation de ces deux principes diffère en effet des autres droits-créances examinés jusque là en ce qu'ils ont fait l'objet de mesures de mise en œuvre de la part du législateur *leur conférant un caractère de prérogatives* opposables à la puissance publique et invocables devant les juridictions. Il a été établi précédemment qu'en l'absence de prolongement législatif, un droit-créance constitutionnel ou conventionnel ne peut conférer aucune prérogative au particulier. Pour que celui-ci soit applicable, il faut un cadre législatif qui en rende possible l'exercice. Seul un droit-créance organisé et mis en œuvre par la loi pourra s'analyser en un droit subjectif et, le cas échéant, en une liberté fondamentale. Le particulier ne peut invoquer le bénéfice des droits-créances que lorsque ceux-ci ont fait l'objet de mesures de mise en œuvre qui les rendent directement applicables. Selon M. Sasso, « Des droits subjectifs n'existent que pour autant que le législateur a, à l'occasion de la mise en œuvre de ces principes, manifesté la volonté de conférer aux individus de tels droits »⁶⁰⁴. A partir de cette mise en œuvre, rien ne s'oppose à l'invocabilité des droits-créances. Si nombre d'auteurs doutent de leur éligibilité à la procédure du référé-liberté⁶⁰⁵, on doit relever que jusqu'à présent, le Conseil d'Etat n'a jamais été amené à se prononcer que sur des droits-créances ne comportant pas de mesures législatives de mise en œuvre. En l'absence d'effet direct, leur exclusion du champ des libertés fondamentales n'avait donc rien que de très naturel. La situation du droit à l'éducation et du droit à l'aide sociale est en revanche différente dans la mesure où ces derniers ont tous deux fait l'objet de mesures de mise en œuvre leur conférant le rang de prérogative directement opposable à l'autorité administrative.

Le droit à l'éducation, proclamé au 13^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946⁶⁰⁶, a fait l'objet de mesures législatives et réglementaires de mise en œuvre. Les textes infraconstitutionnels complétant et précisant cette disposition lui confèrent la qualité de prérogative directement opposable à la puissance publique. Pour cette rai-

naissance s'inscrit dans le modèle « d'un *Etat-providence* capable de contribuer, par des prestations positives, à la naissance de cette « sécurité matérielle » garantie à chacun » (L. FERRY et A. RENAUT, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Philosophie politique, 1992, p. 31. Souligné).

- 604 L. SASSO, « Les fonctions des droits fondamentaux en Europe », in *Questions sur le droit européen*, colloque Caen, 23 février 1996 (C. GREWE dir.), Presses universitaires de Caen, 1996, p. 177.
- 605 Ainsi, le président Vandermeeren jugeait peu probable que le Conseil d'Etat regarde comme des libertés fondamentales « les droits constitutifs de « créances » à l'encontre de l'Etat (droit à l'emploi, à la protection de la santé, aux loisirs, etc.) » (R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, p. 2229). Selon MM. Bourrel et Gourdou, les droits-créances « sont souvent de contenu assez flou et relèvent parfois plus de la pétition de principe, tel le fameux « droit au travail ». On voit d'emblée la difficulté d'intégrer de tels droits économiques et sociaux dans le contrôle du juge du référé-liberté, sauf à transformer celui-ci en véritable administrateur, obligeant les pouvoirs publics à combler leurs éventuelles carences dans la mise en œuvre effective de leurs « créances » constitutionnelles » (A. BOURREL et J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 76-77). Dans le même sens, voir M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056.
- 606 « La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle, et à la culture. L'organisation de l'enseignement public et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat ».

son, le juge administratif a considéré que le droit à l'éducation constitue une liberté publique durant la période de scolarité obligatoire⁶⁰⁷. Appelé à se prononcer sur l'éligibilité de ce droit à la procédure de l'article L. 521-2, les juges du premier degré n'ont pas éprouvé d'hésitations pour le qualifier de liberté fondamentale⁶⁰⁸. La question ne s'est jamais posée de manière directe au Conseil d'Etat. Néanmoins, les commissaires du gouvernement qui se sont prononcés sur la question ont très clairement pris position en faveur de la reconnaissance de ce droit comme liberté fondamentale durant la période de scolarité obligatoire. Pour Rémy Schwartz, « Le droit au service public de l'enseignement, garanti par l'article 13 du préambule de 1946, constitue sans doute (...) une liberté fondamentale, du moins très certainement jusqu'à l'âge de la scolarité obligatoire ». Il soutient qu'« un refus d'accès au service public de l'éducation (...) relèverait, selon nous, d'une atteinte à une liberté fondamentale pour un enfant de 16 ans au plus ou, et peut être plus largement pour un enfant susceptible d'être scolarisé dans le secondaire »⁶⁰⁹. M. Collin développe une analyse comparable. Après avoir rappelé les dispositions du 13^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946, il affirme : « On peut en déduire sans peine l'existence d'un droit d'accès à l'éducation, au demeurant garanti au travers de l'obligation de scolarisation des enfants entre 6 et 16 ans et de l'organisation par l'Etat de l'Education nationale ». A l'instar de Rémy Schwartz, il limite le champ de cette liberté fondamentale à la période de scolarité obligatoire : « le droit, pour une personne ayant dépassé l'âge de scolarisation obligatoire, d'accéder au service public de l'enseignement secondaire ne constitue pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA »⁶¹⁰.

La question du droit à l'aide sociale ne s'est jamais posée au juge des référés du Conseil d'Etat et n'a pas donné lieu à des applications notables au niveau des juridictions du premier degré⁶¹¹. On doit néanmoins remarquer que ce droit, qui bénéficie d'une assise constitutionnelle⁶¹², reçoit un plein effet dans les conditions définies par le législateur. Mais pour l'heure, la question demeure en suspens.

607 Voir *supra*, § 110.

608 TA Paris, ord. 30 janvier 2001, *Ben Ayed, Dr. adm.* 2001, n° 102 ; TA Melun, ord. 23 mars 2006, *Pineda*, n° 06-1796/5, *AJDA* 2006, obs. C. de MONTECLER ; TA Versailles, ord. 18 mars 2006, *X, c/ Université Paris X*, n° 0602618.

609 Concl. inédites R. SCHWARTZ sur CE, 18 octobre 2002, *Caumes-Rey*, n° 249678. Conformément aux textes qui le régissent, le commissaire du gouvernement entend clairement limiter le champ de cette liberté fondamentale à la période de scolarité obligatoire : « Si l'accès au service public de l'éducation constitue selon nous, conformément à la tradition républicaine, une liberté fondamentale tant que la scolarité est obligatoire, il n'en va plus de même après. L'accès à l'université constitue donc un droit pour les bacheliers mais non une liberté fondamentale ».

610 Concl. inédites P. COLLIN sur CE, 29 novembre 2002, *Arakino, Lebon* p. 422.

611 On doit néanmoins relever une décision du juge des référés du Tribunal administratif de Marseille du 4 octobre 2002 (*Pshenychnyak*, n° 024716/0). Par le truchement du droit à une vie décente, le juge des référés a enjoint à un département de rétablir l'aide sociale supprimée consistant en l'hébergement d'un père réfugié et de son enfant. L'ordonnance précise « que le droit à une vie décente constitue une liberté fondamentale dont l'aide sociale à l'enfance et l'aide à domicile sont des manifestations entrant dans le champ d'application de l'article L. 521-2 ».

612 Le 11^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de

II. UN INTÉRÊT INDIVIDUEL PRÉORIENTÉ

143. La norme de liberté fondamentale vise à la protection d'un intérêt abstraitement identifié. Son objet peut porter sur une activité, une qualité ou une position du sujet ; on pourrait également envisager qu'il porte sur l'attribution d'une prestation à son profit. Du point de vue de son mode de réalisation, la liberté fondamentale peut requérir de la part de l'autorité publique une action ou une abstention.

A. Un intérêt abstraitement identifié

144. Pour être qualifiée de liberté fondamentale, la norme litigieuse doit tendre à la protection d'un intérêt individuel⁶¹³. Il doit être possible de cerner l'intérêt et le domaine protégés par le droit. Abandonnant les schémas et classifications traditionnels, le juge des référés manifeste une certaine souplesse dans l'appréhension de l'intérêt protégé par la norme de liberté fondamentale.

1. L'existence d'un intérêt individuel

145. La norme de liberté fondamentale est une norme dont la finalité est d'assurer la protection d'un intérêt individuel déterminé. Elle tend à assurer la capacité de libre disposition et réalisation du sujet. Elle impose à la puissance publique une action d'un contenu déterminé. Il doit être possible d'identifier abstraitement le domaine protégé par la norme. L'intérêt vise une action, une situation ou une qualité dont le contenu doit pouvoir être déterminé *in abstracto* sans prise en compte des données particulières de chaque espèce. C'est le cas, par exemple, de la norme protégeant l'opinion, la propriété ou la libre administration des collectivités territoriales. Les bénéficiaires de ces normes ont intérêt à la préservation de leur objet. Ils ont *droit* et intérêt à la préservation de leur opinion, à la libre disposition de leurs biens et à la possibilité de s'administrer librement.

146. A défaut de pouvoir déterminer abstraitement l'intérêt protégé par la norme, celle-ci ne saurait être regardée comme une liberté fondamentale. Cette exigence explique ainsi l'exclusion du principe de continuité des services publics du champ de

la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

613 Selon la célèbre formule de Jhering, les droits subjectifs sont définis comme « des intérêts juridiquement protégés » (voir J. HUMMEL, « La volonté dans la pensée juridique de Jhering », *Droits* 1999, pp. 71-81). Retenant une formulation proche, et qui écarte toute équivoque, le professeur Foulquier définit le droit subjectif comme « un intérêt juridiquement consacré ». Il justifie cette altération de la formule de Jhering par une volonté d'éliminer l'idée que le droit subjectif n'existe que si en est assurée une protection juridictionnelle, conception notamment défendue par Kelsen (*Théorie pure*, *op. cit.*, spé p. 141) et Bonnard (article précité, spé p. 707). Comme le souligne l'auteur, « Selon le Palais-Royal et la majorité de la doctrine, l'action en justice ne conditionne pas l'existence du droit subjectif. Elle ne fait que participer à sa perfection » (N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 281).

l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Si ce principe présente un caractère fondamental⁶¹⁴, il n'est pas une liberté fondamentale car il ne vise pas spécifiquement la protection d'un intérêt du sujet⁶¹⁵. La même raison explique que l'égalité, principe de droit objectif, n'ait pas été regardée comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Plusieurs auteurs ont contesté le refus d'intégrer le principe d'égalité dans la catégorie des libertés fondamentales en faisant valoir que celui-ci revêt un caractère fondamental dans notre système juridique⁶¹⁶. L'égalité est indéniablement un principe fondamental⁶¹⁷. Toutefois, la fondamentalité n'est pas suffisante pour qualifier une norme de *liberté* fondamentale. Si le principe d'égalité n'est pas une liberté fondamentale, c'est, tout simplement, parce qu'il ne constitue pas un droit subjectif et, plus précisément (dans la mesure où il s'agit d'une norme opposable à l'administration et dotée d'un effet direct, satisfaisant ainsi au premier critère du droit subjectif) parce qu'il ne protège pas un intérêt individuel. Ce qui fait défaut à ce principe pour pouvoir s'analyser en une liberté fondamentale, c'est qu'il ne confère pas aux sujets un *droit* subjectif à l'égalité. Il est difficile d'appréhender le principe d'égalité sous la forme d'une véritable prérogative individuelle. Ainsi, Isabelle de Silva avait déclaré que sa « mise en cause ne lèse pas nécessairement un « droit » (...) »⁶¹⁸. Dans le même sens, le professeur Fromont avait affirmé que « l'assimilation

614 Le principe de continuité des services publics présente un caractère fondamental du fait de sa valeur constitutionnelle. Il a d'ailleurs été qualifié de « principe fondamental » par le Conseil d'Etat (CE, 13 juin 1980, *Bonjean, Lebon* p. 274).

615 Pour M. Lachaume, « ce n'est pas à proprement parler un droit fondamental qui est directement en cause ici » (J.-F. LACHAUME, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA* 1998, numéro spécial, p. 93).

616 Ainsi, M. Brenet affirme ainsi que la solution du Conseil d'Etat « est par nature injustifiable » et se demande « si le Conseil d'Etat n'a pas franchi les limites du raisonnable » dès lors que « nul ne conteste que le principe d'égalité bénéficie d'une protection juridique remarquable, tant au niveau national que supranational, et qu'il véhicule une valeur dont le haut degré d'essentialité » est incontestable » (F. BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDJ* 2003, p. 1576). De même, le professeur Cassia affirme que l'exclusion du principe d'égalité « ne peut reposer sur aucune justification juridique, tous les textes constitutionnels et de protection internationale des droits de l'homme le consacrant » (P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence, op. cit.*, p. 112). La question de son éligibilité à la procédure de l'article L. 521-2 ne soulevait pas le moindre doute pour M. Verpeaux, affirmant que « le principe d'égalité constitue, si l'on peut dire, une liberté fondamentale parmi les plus essentielles que la procédure de référé-liberté a une vocation évidente à protéger » (M. VERPEAUX, note sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles, RFDA* 2001, p. 685).

617 Sa fondamentalité, en effet, n'est pas sujette à la moindre discussion. Au regard de la définition retenue par le Conseil de l'adjectif « fondamental » (voir *infra*, § 169 et s.), il ne fait guère de doute que le principe d'égalité, consacré par de très nombreuses sources, à commencer par la source constitutionnelle représente une norme fondamentale. Voir notamment G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, coll. Systèmes, 1996, 143 p. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica PUAM, coll. DPP, 1997, 397 p. ; N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 152-164 ; G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, pp. 97-110.

618 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFDA* 2002, p. 329. Sur l'articulation entre le principe d'égalité et les « droits fondamentaux », voir F. BENOIT-

du principe d'égalité à une liberté est très artificielle »⁶¹⁹. On observera que dans la doctrine allemande, l'égalité n'est pas considérée comme un droit subjectif⁶²⁰. Comme l'a démontré M. Jouanjan, le principe d'égalité, qui s'analyse en un principe de non discrimination, présente la particularité d'être un droit « modal ». Cela signifie qu'il impose à la puissance publique une modalité d'action particulière et non pas une action d'un contenu déterminé. Ce principe « n'interdit pas certains contenus à l'action de l'Etat, mais seulement certaines modalités d'action »⁶²¹. L'égalité « ne protège pas (...) une activité ou une qualité humaine, non plus qu'une institution créée par le droit »⁶²². M. Jouanjan affirme qu'« Au regard de la seule norme de l'égalité devant la loi, l'individu n'est donc pas protégé contre, ni la puissance publique obligée à une action de contenu particulier, mais seulement de modalité spécifique »⁶²³. Par ailleurs, et contrairement aux normes que le Conseil d'Etat a intégré dans la catégorie des libertés fondamentales, ce que commande à chaque fois l'égalité dépend des circonstances de fait de chaque espèce. La concrétisation de l'égalité repose toujours sur un jugement de réalité (« x est semblable à y » ou « x est non semblable à y »). C'est seulement à l'aune de ce jugement de réalité que l'on peut déterminer s'il est possible ou nécessaire de traiter identiquement ou différemment deux situations données. L'intérêt en cause dans l'égalité n'est ainsi que dérivé. Ce en quoi il consiste à chaque fois concrètement n'est pas prédéterminé ; on ne le découvre que par comparaison avec d'autres intérêts en jeu. Puisqu'il est toujours découvert par comparaison avec d'autres situations subjectives, l'intérêt en jeu est plutôt intersubjectif que purement subjectif ; « on ne peut déterminer matériellement *a priori* un domaine protégé par l'égalité »⁶²⁴. Son contenu concret n'est à chaque fois connaissable qu'en partant du cas concret lui-même. Le juge exige ainsi la présence d'un intérêt pour qualifier l'existence d'une liberté fondamentale. Il retient de plus une définition large des intérêts protégés.

2. Le dépassement des schémas classiques

147. L'intérêt renvoie à l'objet protégé et à son mode de réalisation. L'intérêt protégé par la norme de liberté fondamentale est conçu de la façon la plus large par le juge des référés. Refusant de s'enfermer dans un quelconque schéma, il n'a pas entendu limiter les libertés fondamentales à un type déterminé d'intérêt. A ce niveau se manifeste encore le caractère autonome de la conception des libertés fondamentales développée par le juge administratif. Celle-ci transcende les catégories et présentations classiques. Elle n'est pas limitée aux droits défensifs, ne comporte pas exclusivement une obligation

RHOMER, « L'égalité dans la typologie des droits », in *Classer les droits de l'homme* (E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL dir.), Bruylant, coll. Penser le droit, 2004, pp. 135-152.

619 M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 numéro spécial, p. 165.

620 Ainsi, Jellinek excluait que le principe d'égalité devant la loi puisse être considéré comme un droit subjectif (voir O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica PUAM, coll. DPP, 1992, p. 176). De même, le professeur Luhmann affirme que l'idée d'égalité se trouve dans le droit objectif (voir O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 177).

621 O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 178.

622 G. MÜLLER, cité par O. JOUANJAN, *op. cit.* p. 178.

623 O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 178-179.

624 O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 179.

d'abstention à la charge de la puissance publique et ne protège pas uniquement une possibilité de faire. Si l'on s'attache à la théorie des statuts de Jellinek⁶²⁵, fondée sur le type de relation juridique entretenu entre le sujet de droit et la puissance publique, les libertés fondamentales ne se limitent pas au seul statut négatif mais peuvent également relever du statut positif⁶²⁶, comme le droit d'asile, ou du statut actif⁶²⁷ comme la libre expression du suffrage. Pareillement, la liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2, ne se réduit pas aux seuls pouvoirs d'autodétermination, pouvoirs que l'homme exerce sur lui-même⁶²⁸. La conception du juge des référés échappe aux présentations classiques. Par conséquent, on ne peut lire ou rendre compte de sa conception des libertés à travers le prisme des schémas traditionnels, sous peine de donner une vision partielle et même déformée de sa jurisprudence.

148. Le juge des référés ne s'attache pas davantage aux qualifications données par les textes ni aux controverses doctrinales concernant l'existence d'une éventuelle différence entre les « droits » et les « libertés ». Sur ce point, de savantes constructions ont été élaborées pour fonder ou nier une différence entre les « droits » et les « libertés ». Certains auteurs distinguent ainsi deux types de normes en se fondant sur l'objet de la norme considérée. Les « droits » permettraient d'exiger de la puissance publique une

625 Cf. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, 2^{ème} éd., Mohr, 1905, p. 85 et s. Pour une présentation, voir notamment : W. PAULY, « Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Jellinek », in *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN dir.), PUS, 2001, pp. 293-312 ; T. RAMBAUD, « Actualité de la pensée constitutionnelle de Goerg Jellinek (1851-1911) », *RDP* 2005, pp. 707-732, spé p. 723.

626 Le statut positif correspond aux droits qui, de manière générale, appellent une action positive de l'Etat.

627 Le statut actif attribue un droit de participer à la production normative, spécialement à travers les droits de vote et d'éligibilité : le *status activus* assure la participation à l'Etat, à la « formation de la volonté étatique » (G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 136).

628 Pour M. Lebreton, les libertés « sont toujours des pouvoirs d'autodétermination, c'est-à-dire des pouvoirs que l'homme exerce sur lui-même. Par exemple, la liberté d'aller et venir s'analyse comme le pouvoir, exercé sur soi-même, de se déplacer. Les libertés s'exercent donc par essence dans l'indépendance, sans que l'intervention d'autrui soit nécessaire. Théoriquement, elles n'exigent d'autrui qu'une attitude d'abstention, de non entrave, pour s'accomplir, et nullement un comportement positif, une obligation d'agir » (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} éd., Armand Collin, 2001, p. 11). Une doctrine quasi-unanime considère pareillement les « libertés » comme conférant des pouvoirs d'autodétermination et n'appelant qu'une attitude d'abstention de la puissance publique. Voir ainsi P. MBONGO, « Constitution française et libertés. Dits, non-dits, clairs-obscurs et idées reçues », *RA* 2002, p. 602 (« la notion de « liberté » renvoie nécessairement (...) à une faculté de choix, à un pouvoir d'autodétermination de l'individu ») ; J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, p. 6 (les auteurs envisagent la liberté comme un « pouvoir d'autodétermination », c'est-à-dire « un pouvoir que l'homme exerce sur lui-même » ; les conséquences des libertés « sont purement négatives : elles se réduisent à l'obligation de respecter, par l'abstention, le jeu de la liberté des autres ») ; F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 77 (« la liberté reste toujours un *droit à l'abstention d'autrui* », non souligné) ; J. MORANGE, « Liberté », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* (« il n'y a (...) liberté juridique que lorsque l'individu se voit reconnaître par l'Etat, dans le contexte actuel, le droit d'exercer une activité déterminée à l'abri des pressions extérieures »). De même pour Philippe Braud, les libertés publiques sont des « obligations de ne pas faire » (P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, p. 85), « des obligations négatives » (*op. cit.*, p. 85), des obligations d'abstention (*op. cit.*, p. 88).

action sous la forme de créance ; les « libertés » permettraient d'exiger de la puissance publique une abstention⁶²⁹. D'autres auteurs, constatant l'absence de distinction nette entre les deux expressions en droit positif, sont plus nuancés sur la portée à attribuer aux variations lexicales autour des mots « droit » et « liberté ». En conséquence, ils relativisent ou refusent une distinction aussi catégorique entre droits et libertés, lesquels en réalité « se distinguent malaisément »⁶³⁰. Dans la lignée de ces auteurs, le juge administratif considère avec une certaine prudence les controverses théoriques concernant une éventuelle opposition entre les « droits » et les « libertés ». Il ne s'arrête pas aux intitulés employés et s'intéresse uniquement à l'objet de la norme considérée. Indistinctement, sont éligibles à la protection de l'article L. 521-2 des normes qualifiées de « liberté » (d'aller et venir, de réunion, d'entreprendre), de « droit » (de propriété, d'asile, de mener une vie familiale normale, de consentir à un traitement médical), de « principe » (caractère pluraliste de l'expression des courants d'opinions et de pensées, libre administration des collectivités territoriales, présomption d'innocence) ou encore de « possibilités » (exercer sa défense devant un juge). Loin de s'arrêter au vocabulaire employé par les textes, le juge des référés s'attache exclusivement à la nature de la prérogative conférée au bénéficiaire ou, plus précisément, à l'objet de la norme.

629 Alors que les droits s'inscrivent « dans une relation entre leurs créanciers et leurs débiteurs », les libertés « sont des zones d'autonomie, des quasi no man's land juridiques reconnus par le prince ou le législateur, à l'intérieur desquels leurs bénéficiaires peuvent décider d'agir comme bon leur semble » (A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, p. 10). Dans le même sens, MM. Mathieu et Verpeaux déclarent que « La différence entre droits et libertés recouvre essentiellement la différence entre l'affirmation des principes relatifs à l'autonomie des individus ou libertés classiques et les droits de créance, c'est-à-dire les obligations pesant sur l'Etat en matière sociale » (B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 16). Conformément à cette acception stricte, M. Verpeaux considère comme « des « libertés » les « droits » qui reconnaissent aux individus, ou aux collectivités, une possibilité de choix ou un refus de la contrainte. Le droit à l'éducation, reconnu notamment dans le Préambule de la Constitution de 1946, n'est ainsi pas une liberté, à la différence de la liberté de l'enseignement, puisqu'elle reconnaît le choix à la fois de l'école et du contenu de l'éducation » (M. VERPEAUX, « La liberté », *AJDA* 1998 numéro spécial, p. 144). Pour M. Lebreton, les libertés sont des pouvoirs d'autodétermination, des pouvoirs que l'homme exerce sur lui-même (voir note précédente), les droits au sens strict sont « des pouvoirs que l'homme n'exerce pas sur lui-même, mais sur autrui » ; ils se différencient alors des libertés en ce qu'« ils se rapportent à des pouvoirs d'exiger d'autrui un comportement positif, et non pas simplement une abstention » (G. LEBRETON, *op. cit.* p. 11-12). De même, MM. Rivero et Moutouh identifient « une différence de nature entre les libertés, pouvoirs de se déterminer soi-même qui ne se répercutent sur autrui que négativement, et la plupart des autres droits, pouvoirs d'imposer un comportement positif à d'autres ou à la collectivité » (J. RIVERO et H. MOUTOUH, *op. cit.*, p. 6). MM. Collin et Guyomar déclarent également que « Pour parler en termes simples, voire simplistes, la garantie d'une liberté passe par la prohibition des ingérences excessives de l'autorité publique, tandis que l'exercice d'un droit suppose une action de cette même autorité publique en vue de le rendre effectif » (M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1055).

630 F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 5^{ème} éd, Dalloz, 2000, n° 256. Comme l'a justement souligné Xavier Bioy, si la distinction entre droits et libertés peut présenter un intérêt théorique, en revanche « Le droit positif en la matière ne laisse pas apparaître de distinction » (X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public (Recherches sur le sujet des droits fondamentaux)*, Dalloz, NBT, 2003, p. 498-499). Dans le même sens, voir : P. PACTET, « Quelques réflexions sur les principes relatifs aux libertés et aux droits sous la V^e République », in *Etudes offertes à C.-A. COLLIARD. Droits et libertés à la fin du XX^e siècle : influence des données économiques et technologiques*, Pedone, 1984, pp. 575-588.

B. L'objet protégé

149. L'objet protégé par la norme de liberté fondamentale peut être une activité, une qualité ou une position du sujet. On peut également envisager que le juge intègre dans le champ des libertés des normes visant à l'attribution de prestations.

I. Une activité (faire)

150. La majorité des libertés fondamentales reconnues par le juge des référés ont pour objet la protection d'une possibilité de faire (ou de ne pas faire). Ce sont des libertés au sens strict. Elles protègent une activité ou une action déterminée : entreprendre, se déplacer, se réunir. Elles peuvent également, dans leur dimension négative, s'incarner en des libertés de ne pas faire, par exemple ne pas être astreint à un travail forcé. Ces normes correspondant à l'acception classique du terme « liberté », leur reconnaissance ne soulève pas en principe de difficultés. Au sein de cette première catégorie, seules ont donné lieu à débats la consécration du droit de propriété et celle du principe de libre administration des collectivités territoriales.

151. L'intérêt protégé par le droit de propriété est la possibilité, pour son bénéficiaire (qu'il soit propriétaire ou locataire), de pouvoir disposer – au sens large – du bien sur lequel il exerce ses droits (en vertu de la loi ou d'une obligation contractuelle) sans interférence ou entrave des tiers. Il s'agit, en ce sens, d'une liberté au sens strict, d'une authentique possibilité de faire. L'ordre juridique exclut l'utilisation de la chose par toute autre personne que le propriétaire ou le locataire. Le juge des référés a mis en relief le caractère exclusif du droit de propriété en énonçant que celui-ci « implique généralement qu'il ne soit pas fait usage du bien *par des tiers* sans autorisation du propriétaire »⁶³¹. Comme l'affirmait René Capitant, « La propriété est une liberté, parce qu'elle est le droit pour son titulaire d'accomplir des actes d'usage, de jouissance et de disposition de la chose, qui sont des actes discrétionnaires, libres, qui ne sont objet ni d'obligation, ni d'interdiction ». Et, poursuivait-il, c'est une liberté « protégée par l'interdiction adressée aux tiers de mettre obstacle à son exercice »⁶³². L'idée a été reprise par MM. Robert et Duffar. Pour ces auteurs, « la propriété est indiscutablement une liberté » car « elle suppose une obligation générale, imposée à tous ceux qui ne sont pas propriétaires de la chose, d'accepter que le propriétaire exerce pleinement son droit sur elle et de s'abstenir de faire quoi que ce soit qui puisse s'y opposer »⁶³³. C'est bien ainsi que les constituants de 1789 concevaient le droit de propriété, envisagé comme la liberté d'user et de disposer de ses biens sans être inquiété ou empêché par quiconque⁶³⁴.

631 CE, ord. 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule, Lebon* p. 388.

632 R. CAPITANT, Cours de principes du droit public, DES de droit public 1956-1957, Les cours de droit, p. 38.

633 J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Domat Montchrestien, 7^{ème} éd., 1999, p. 20. Voir également J. TREMEAU, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *AJDA* 2003, pp. 653-658.

634 Voir J.-L. MESTRE, « La propriété, liberté fondamentale pour les Constituants de 1789 », *RFDA* 2004, pp. 1-5.

Toutefois, faisant valoir que le droit de propriété est un droit réel, un juge des référés du tribunal administratif de Paris a développé l'idée selon laquelle ce droit ne saurait s'analyser en une liberté⁶³⁵. Sur le fondement de l'article L. 521-2, ce juge retient une acception stricte de la notion de liberté, entendue comme le droit « de disposer d'un pouvoir d'autodétermination », ajoutant que « rien ne permet de supposer que le législateur ait voulu que le mot de liberté ait dans les dispositions précitées une autre acception que celle qui est traditionnellement d'usage en droit public français ». L'ordonnance mentionne que « si le droit de propriété a parfois pu être considéré comme étant la condition de l'exercice de certaines libertés il n'a pour autant jamais été regardé comme constituant lui-même une des libertés publiques ». Enfin, la décision indique que « si les attributs du droit de propriété ont pour effet de conférer à son titulaire les « libres » usage, jouissance et disposition de la chose possédée ils ne peuvent néanmoins avoir par eux-mêmes pour conséquence de faire de ce droit réel une liberté au sens sus-évoqué »⁶³⁶. La position arrêtée par ce juge a été censurée par le juge de cassation⁶³⁷ et fait l'objet d'une condamnation très ferme de la part du Conseil d'Etat⁶³⁸. Cette jurisprudence dissidente a en revanche reçu le soutien inattendu d'un représentant de la doctrine. Adhérant pleinement à l'approche développée par le juge des référés du tribunal administratif de Paris, M. Pez affirme que la liberté « appartient davantage à la catégorie des droits personnels qu'à celle des droits réels. Le droit de propriété étant le droit réel par excellence, on comprend les réticences du juge du tribunal administratif à le confondre avec une liberté »⁶³⁹. Cette argumentation, fondée sur la nature de droit réel du droit de propriété, ne convainc nullement. En effet, comme cela a été indiqué précédemment, le droit de propriété, avant d'être un droit sur une *chose*, est avant tout un droit envers des *personnes*. Aussi, comme l'indiquait Kelsen, la distinction opérée entre droits réels et droits personnels peut être regardée comme « une distinction fallacieuse »⁶⁴⁰. Dans ces conditions, l'assimilation du droit de propriété à une liberté

635 Précisons que cette jurisprudence dissidente ne doit pas être regardée comme une fronde de l'ensemble d'un tribunal contre la solution donnée par le Conseil d'Etat mais d'une opinion d'un juge des référés dont la position était semble-t-il isolée au sein de sa juridiction. Pour une application orthodoxe de la jurisprudence du Conseil d'Etat – qualifiant le droit de propriété de liberté fondamentale – par un juge des référés relevant du même tribunal, voir par exemple TA Paris, ord. 12 décembre 2002, *Société Kerry*, n° 0216294/9-1, cité par T. PEZ, note sous TA Paris, ord. 3 février 2003, *SCI OBK*, *RFDA* 2003, p. 577, note 7.

636 TA Paris, ord. 9 novembre 2002, *Société Brink's France*, n° 0215084/9-1, *D.* 2002, p. 3151. Voir, reprenant cette formule et déniaut au droit de propriété le caractère de liberté fondamentale : TA Paris, ord. 3 février 2003, *SCI OBK*, *RFDA* 2003, pp. 576-578, note T. PEZ ; ord. 20 février 2003, *Société Outremer Finance Limited* ; ord. 30 juillet 2003, *Société Resimmo*.

637 Les ordonnances déférées au juge de cassation ont toutes été annulées pour erreur de droit. Voir CE, 2 juillet 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon* p. 306, *AJDA* 2003, pp. 1780-1785, concl. G. BACHELIER ; *JCP A* 2003, 1384, note J.M. ; CE, 29 octobre 2003, *Société Resimmo*, *Lebon* p. 911.

638 Voir en particulier les conclusions précitées du commissaire du gouvernement Gilles Bachelier.

639 T. PEZ, note précitée, p. 576. Voir, du même auteur, et dans le même sens « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA* 2003, pp. 370-385.

640 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 136. Comme l'explique Kelsen, pour maintenir cette distinction entre droit réel et droit personnel, on définit le premier comme un droit d'un individu de disposer d'une chose d'une certaine façon : « on oublie alors que ce droit consiste uniquement dans le fait que les autres individus sont obligés juridiquement de tolérer cette disposition, c'est-à-dire de ne point

fondamentale ne pose, dans son principe, aucune difficulté. Par sa structure et son objet, ce droit a tous les caractères d'un droit subjectif et relève indéniablement de la première catégorie des libertés fondamentales, celle des libertés *de faire*.

152. Le principe de libre administration des collectivités territoriales relève également de cette catégorie. Ce principe, qui trouve sa source à l'article 72 de la Constitution, correspond en effet à une liberté de faire. Ce caractère a justifié sa consécration comme liberté fondamentale même si, à première vue, celle-ci ne s'imposait pas comme une solution évidente.

La libre administration s'analyse de prime abord en un simple principe d'organisation de l'Etat. Défendant cette conception « institutionnelle » de la libre administration, M. Verpeaux affirme que celle-ci constitue, au même titre que la séparation (horizontale) des pouvoirs, un principe d'organisation. Pour l'auteur, ces deux principes représentent seulement des garanties de l'exercice de droits ou de libertés mais ne représentent pas, par eux-mêmes, des libertés. « L'un comme l'autre ne constituent pas des droits mais peuvent être conçues comme des conditions jugées constitutionnellement nécessaires, par l'article 72 de la Constitution pour l'un, par l'article 16 de la Déclaration des droits pour l'autre, pour l'affirmation des libertés reconnues dans d'autres dispositions qui ne sont plus alors organiques mais qui concernent des droits substantiels »⁶⁴¹. En Allemagne, la libre administration n'est pas envisagée comme un droit mais comme une garantie institutionnelle⁶⁴². Selon la Cour constitutionnelle fédérale, « L'article 28, alinéa 2, ne protège pas les communes individuellement, mais en tant qu'institution »⁶⁴³. Si les collectivités peuvent invoquer ce principe à l'appui d'un recours constitutionnel, c'est uniquement en tant qu'il protège leur existence et non en tant qu'il reconnaîtrait des possibilités d'agir à la collectivité. Son appréhension sous l'angle d'un principe institutionnel exclut la qualification de droit fondamental.

Cela étant, il est possible de dépasser cette approche institutionnelle et d'envisager la libre administration comme un droit subjectif reconnu au profit des collectivités territoriales, et conférant à ces dernières une authentique possibilité « de faire ». L'ob-

l'empêcher ou l'entraver en aucune manière ; et par conséquent, le jus in rem est au moins aussi un jus in personam. C'est la relation entre personnes humaines qui est d'une importance primordiale dans le cas du droit réel également ; et cette relation consiste en l'obligation à un certain comportement envers un individu déterminé. La relation à la chose ne présente qu'une importance secondaire : elle sert seulement à préciser davantage la relation primaire ; il s'agit du comportement d'un individu relativement à une certaine chose, comportement que tous les autres individus sont obligés envers le premier de tolérer » (op. cit., p. 136-137). Non souligné.

- 641 M. VERPEAUX, note sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles, RFDA* 2001, p. 684. On relèvera que le rapprochement entre ces deux formes de séparation des pouvoirs rencontre ici une limite évidente. En effet, alors que la division horizontale met en jeu des collectivités dotées de la personnalité juridique (personne morale Etat, collectivités territoriales), la division verticale concerne des « pouvoirs » (exécutif, législatif) qui n'ont pas, en tant que tels, d'existence organique.
- 642 Formulée pour la première fois par Carl Schmitt (cf. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution* (1928), PUF, coll. Léviathan, 1993, pp. 308-309), l'idée de garantie institutionnelle implique l'obligation pour l'Etat de créer ou de maintenir des institutions de droit privé comme le mariage et la famille, ou de droit public comme l'autonomie des universités.
- 643 BVerfG, 18 septembre 1995, *NJW* 1995, p. 3378, cité par L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, thèse Caen, 1999, p. 118.

jet ici en cause s'analyse en la possibilité pour une collectivité de s'auto-administrer, c'est-à-dire de s'administrer ou d'exercer ses prérogatives librement. Si l'on se place du point de vue de l'objet considéré, la consécration de ce principe comme une liberté fondamentale est donc parfaitement cohérente avec les solutions retenues pour les autres libertés. En outre, cette reconnaissance ne s'est pas faite à rebours des orientations jurisprudentielles et des positions doctrinales sur la question. D'une part, le principe de libre administration des collectivités territoriales avait été érigé en liberté fondamentale par une cour d'appel dans la procédure de la voie de fait⁶⁴⁴. D'autre part, des auteurs avaient admis l'assimilation de ce principe au concept théorique de « droit fondamental »⁶⁴⁵. Enfin, c'est bien comme une liberté que le constituant avait conçu le principe de libre administration en 1946 et en 1958⁶⁴⁶. Dès lors, l'intérêt en cause étant clairement identifié – le droit de s'administrer librement – rien ne s'opposait à sa reconnaissance comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. A la différence de la décentralisation, simple principe d'organisation administrative, la libre administration est bien un droit subjectif dont peut se prévaloir une collectivité⁶⁴⁷.

644 CA Papeete, ch. civ, 26 février 1992, *Vernaudon c/ Juventin*, JCP G 1992, II, 21926, note A. MOYRAND.

645 Voir notamment D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 300 ; X. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Economica, 1998, p. 14 ; J.-F. LACHAUME, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA* 1998, numéro spécial, p. 94). Le principe de libre administration est également qualifié de « liberté publique » (M. BOURJOL, « Constitution », *Jel. Collectivités locales*, fasc. 20 (2000), n° 24, n° 25, n° 28, n° 30).

646 Il résulte des débats de la commission de la Constitution de 1946 une volonté du constituant de consacrer de véritables libertés locales et non pas un simple principe d'organisation administrative (voir C. BACCOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica PUAM, coll. DPP, 1993, spé pp. 96-97). Lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1958, les expressions « libre administration », « liberté des collectivités locales », « liberté communale » et « libertés locales » sont synonymes (*op. cit.*, p. 98).

647 En ce qui concerne les bénéficiaires de ce droit, on relèvera que la libre administration était traditionnellement attachée à un groupe humain. M. Bacoyannis souligne en ce sens que le droit de s'administrer librement n'est pas conféré à la personne morale « collectivité territoriale » mais au groupe naturel qui est délimité grâce à son rattachement à un territoire et qui préexistait à sa reconduite par l'Etat. L'expression « collectivité territoriale » désignait initialement un ensemble formé par tous les groupes humains définis par leur rattachement à un certain territoire (C. BACCOYANNIS, *op. cit.*, p. 100). Dans le même sens, M. Marcou indique que la terminologie employée « renvoie au caractère originaire des communautés locales fondées sur le peuplement, le groupe humain » (G. MARCOU, « Le référé administratif et les collectivités territoriales », *LPA* 14 mai 2001, n° 95, p. 47). En rupture avec cette approche, le Conseil d'Etat a élargi les perspectives en considérant que la libre administration n'est pas la prérogative d'un groupe humain mais celle d'une personne juridique. Seule compte la circonstance que la collectivité en question soit dotée de la personnalité juridique et relève des personnes morales protégées par la formule générique de l'article 72 de la Constitution. Si le juge administratif avait fait sienne l'approche classique, cela aurait conduit à réserver le bénéfice de cette liberté à la commune – seule collectivité répondant aux critères précités et à le refuser aux autres collectivités territoriales – département, région, regroupement de collectivités –, lesquelles représentent des créations artificielles.

2. Une qualité ou une position du sujet (être)

153. Les libertés fondamentales ne se limitent pas à des possibilités de faire, c'est-à-dire à des libertés au sens strict. Toutes ne se réduisent pas à des permissions d'*agir* ou d'adopter un comportement déterminé. Le président Vandermeeren a ainsi souligné que certains droits, comme le droit d'asile, relèvent de l'article L. 521-2 du code de justice administrative bien qu'ils « ne s'analysent pas, à proprement parler, comme des « libertés » »⁶⁴⁸.

154. Il est vrai qu'à plusieurs reprises, le juge a paru s'enfermer dans une lecture stricte du terme « liberté », présentant artificiellement sous l'angle de *possibilités de faire* des droits qui, de prime abord, ne présentaient pas cette nature. Le juge s'efforçait alors de désigner les normes qualifiées de « droit » à travers le terme « liberté » ou ses dérivés, l'adjectif « libre » et l'adverbe « librement ». Dans l'ordonnance *Hyacinthe*, c'est – selon MM. Collin et Guyomar⁶⁴⁹ – pour justifier l'inclusion du « droit » d'asile dans le champ des libertés fondamentales que le juge des référés a affirmé que ce droit « a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié, dont l'obtention est déterminante pour l'exercice par les personnes concernées *des libertés* reconnues de façon générale aux ressortissants étrangers »⁶⁵⁰. De même, pour le Conseil d'Etat, le droit de mener une vie familiale normale a été qualifié de liberté fondamentale « en ce qu'il a pour objet de préserver des ingérences excessives de l'autorité publique *la liberté qu'a toute personne de vivre avec sa famille* »⁶⁵¹. Dans le même ordre d'idée, le droit de propriété a été envisagé sous l'angle de la « libre » disposition des biens ou du « libre » accès à la voie publique, formules donnant à penser que ce droit n'était pas lui-même une liberté fondamentale et que cette qualité devait être réservée à chacune de ses composantes. Toutefois, comme l'a souligné le professeur Cassia, cette tentative de rattacher des « droits » à des « libertés » est parfois « artificielle »⁶⁵². Ceci explique que ce procédé de reconnaissance n'ait pas été multiplié. Rares sont en pratique les « droits » à avoir artificiellement été requalifiés de « libertés ». Par exemple, de telles formules n'ont pas été reprises pour le droit de grève ou le droit de consentir à un traitement médical. Enfin, les formules utilisées pour les droits qui en ont été l'objet n'ont pas systématiquement été reprises par la suite. Notamment, le juge a de nombreuses fois consacré sans détour le « droit » de propriété sans référence à la libre disposition de ses biens par le propriétaire⁶⁵³. Quant au droit d'asile, la référence aux « libertés reconnues de façon générale aux ressortissants étrangers » ne joue pas nécessairement pour l'identification d'une liberté. Elle constitue la reprise d'une formule employée par le Conseil constitu-

648 R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, p. 2228.

649 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, pp. 1055-1056.

650 CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12.

651 CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

652 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 115.

653 Voir par exemple CE, ord. 22 octobre 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165 ; CE, ord. 10 janvier 2005, *Société SIMBB et autres*, n° 276137.

tionnel dans la décision *Maîtrise de l'immigration*⁶⁵⁴. En définitive, il semblerait que ces formules n'aient eu pour autre finalité que de dissimuler le dépassement de l'acception stricte du terme « liberté ». Or, au regard de la jurisprudence qui s'est développée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, il est constant que les libertés fondamentales ne se limitent pas à des possibilités de faire, c'est-à-dire à la protection d'actions ou d'activités déterminées.

155. Pour le juge administratif, les libertés peuvent également avoir pour objet la protection de qualités, de caractéristiques ou de positions du sujet. C'est le cas, par exemple, de la liberté personnelle, de la présomption d'innocence ou du droit d'asile. Ces principes ne protègent nullement une possibilité de faire mais, en substance, le droit de ne pas subir de sujétions illégitimes et notamment de torture et de traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être présenté comme l'auteur d'une faute ou d'une infraction avant le résultat d'une procédure répressive, et le droit d'obtenir la protection des autorités de la République pour les personnes persécutées en raison de leur action en faveur de la liberté⁶⁵⁵. Il semble également possible d'y inclure la liberté d'opinion, laquelle ne protège pas une action – exprimer une opinion – mais une position du sujet – ne pas être pénalisé, sanctionné ou discriminé à raison de ses opinions. En effet, la véritable signification de cette liberté n'est pas de permettre à chacun d'avoir les opinions qu'il souhaite mais la garantie de n'être lésé dans aucun de ses droits, de n'être l'objet d'aucune discrimination en conséquence de l'usage que l'on fait de cette liberté⁶⁵⁶. Peut également y être ajouté le droit de mener une vie familiale normale, qui protège avant tout une situation : la possibilité d'être et de vivre en famille.

3. Une prestation (avoir)

156. On pourrait enfin envisager que l'objet de la liberté fondamentale porte sur une prestation, c'est-à-dire l'obtention d'un bien ou le bénéfice d'un service. En effet, le Conseil d'Etat a refusé d'exclure par principe les droits-créances du champ du référent-liberté et tout porte à croire qu'à l'instar de ses commissaires du gouvernement et des juges du premier degré, il acceptera de qualifier comme telles les droits ayant fait l'objet de mesures législatives de mise en œuvre. Très explicitement, Mme de Silva a réservé la possibilité que des droits-créances puissent être assimilés à des libertés fondamentales : « L'approche que nous vous proposons ne se fonde donc pas sur une opposition

654 Dans cette décision, le Conseil évoque le droit d'asile comme « un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution (...) » (CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, cons. 81, *Rec. p.* 224).

655 Sur le contenu de ces différents droits, voir *infra*, § 196 et s.

656 La formulation retenue par les textes proclamant la liberté d'opinion exprime parfaitement cette idée. Les dispositions litigieuses ne se bornent pas à énoncer que « Toute personne a droit à la liberté de pensée » mais affirment que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses... » (article 10 de la Déclaration de 1789), « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions » (article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) ou bien encore que « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances » (5^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946).

entre « droits » et « libertés », et pas davantage sur une exclusion par principe des droits qualifiés de « droits-créances »⁶⁵⁷.

157. Selon MM. Collin et Guyomar toutefois, il paraît « peu discutable » qu'au-delà des « exceptions » que constituent selon eux le droit d'asile et le droit de solliciter le statut de réfugié, « les « droits » consacrés par la Constitution, au sens commun du terme, et notamment l'ensemble des droits-créances apparus après la Libération, n'ont pas vocation à bénéficier de la protection spécifique du référé-liberté ». Les auteurs poursuivent : « On peut, en particulier, penser au « droit d'obtenir un emploi » proclamé par le Préambule de la Constitution de 1946, qui ne saurait en tant que tel recevoir le label de « liberté fondamentale ». Ce n'est qu'au prix d'un effort de rattachement à une liberté constitutionnellement garantie, et qui constitue elle-même une liberté individuelle de premier ordre, que le Conseil d'Etat a inclus le droit de mener une vie familiale normale dans le champ du référé-liberté. Il nous semble y voir plus sûrement le signe que le Conseil d'Etat a entendu marquer ainsi la limite de l'extension du champ d'application de cette procédure plutôt que la première étape d'une ouverture de cette procédure à l'ensemble des droits économiques et sociaux »⁶⁵⁸. Ces déclarations paraissent discutables et ne pas correspondre à la réalité du droit positif.

En premier lieu, MM. Collin et Guyomar semblent fondre les droits économiques et sociaux et les droits-créances dans une seule et unique catégorie juridique alors que les premiers ont un champ plus large que les seconds. Notamment, la catégorie des droits économiques et sociaux ne se limite pas aux droits-créances mais s'étend également à un certain nombre de droits-liberté, au nombre desquels figurent notamment la liberté syndicale et le droit de grève, qui ont été reconnus comme des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. De même, le droit de mener une vie familiale normale ne constitue pas un droit-créance mais bien un droit-liberté dans la mesure où il n'appelle en aucun cas le droit à une prestation de la puissance publique. En second lieu, si le droit à l'emploi – seul véritable droit-créance mentionné par les auteurs – doit être exclu, c'est uniquement en tant qu'il est dépourvu d'effet direct, comme l'a très clairement affirmé Mme Fombeur dans ses conclusions sur l'arrêt *Casanova*⁶⁵⁹. Dans ces conditions, on ne saurait raisonnablement soutenir que le Conseil d'Etat a entendu exclure par principe les droits-créances du champ d'application du référé-liberté. Si certains droits-créances ont été expressément exclus de la catégorie des libertés fondamentales, c'est uniquement parce qu'ils ne produisaient pas d'effet direct⁶⁶⁰. Ces droits requièrent en effet une mise en œuvre législative pour être applicables. Comme l'affirmait le doyen Favoreu, « ceux que l'on appelle souvent les « droits-créances » ont une configuration particulière mais ce sont bien des libertés fondamentales. Simplement, ils 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 que, comme le dit le commissaire du gouvernement, ils ne produisent des effets qu'à l'égard

657 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 330.

658 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. précitée, p. 1056.

659 Voir *supra*, § 129.

660 Voir *supra*, §§ 129-139.

des gouvernants. Mais on ne peut exclure l'hypothèse d'un effet direct du droit-créance à l'égard des individus »⁶⁶¹.

158. Du point de vue de son mode de réalisation, l'objet protégé par la liberté peut impliquer une attitude passive ou active de la puissance publique. La liberté constituant un droit subjectif, elle se concrétise dans une faculté juridique qui permet à son bénéficiaire d'exiger l'observation des devoirs d'abstention ou d'action qui pèsent sur les pouvoirs publics à son égard.

C. Le mode de réalisation des libertés

159. « Avoir un droit subjectif envers un certain sujet signifie pouvoir prétendre à un comportement donné de ce sujet »⁶⁶². Dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, les « libertés » ne peuvent être définies comme appelant uniquement une abstention de la puissance publique. Elles ne se réduisent pas à des obligations strictement négatives à la charge de l'administration. Certaines libertés fondamentales, comme la propriété ou le pluralisme, appellent autant des actions que des abstentions ; d'autres, comme l'asile, n'appellent que des actions⁶⁶³. Nombre de libertés comportent une certaine distribution des deux aspects. Elles revêtent ainsi une double dimension, prenant la forme d'abstention d'agir ou d'abstention de ne pas agir.

160. Envisagées dans leur dimension négative⁶⁶⁴, les libertés ont pour objet de s'opposer à une action de l'autorité publique. Défense lui est faite d'intervenir ou de s'ingérer dans le domaine protégé par la liberté. Sa mise en œuvre se traduit par une obligation de non-immixtion et suppose l'abstention de la puissance publique. Elle permet à son bénéficiaire de repousser les troubles et revendications étatiques. Sous cette dimension, la liberté est simple à protéger. Il suffit, pour le juge, d'imposer le respect de dispositions garantissant une abstention de l'administration, en privant d'effets les actes ou agissements qui contreviennent à cette garantie.

661 L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1742.

662 R. GUASTINI, « Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation », *RDP* 1991, p. 1080.

663 Comme l'ont souligné MM. Guyomar et Collin, l'exercice du droit d'asile « appelle à l'évidence davantage une action des autorités publiques que leur abstention » (chron. précitée, p. 1055).

664 En Allemagne, la fonction défensive est présentée comme la fonction la plus importante des droits fondamentaux. Dans un célèbre passage de la décision *Lüth*, la Cour constitutionnelle fédérale a affirmé que « les droits fondamentaux sont sans aucun doute destinés en premier lieu à protéger une sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique ; ils sont des *Abwehrrechte* [droits défensifs ou droits de défense] du citoyen contre l'Etat » (BVerfGE 7, 198, *Lüth*, 15 janvier 1958, p. 204, cité par D. CAPITANT, thèse préc., p. 105). Les auteurs retenant une acception théorique de la notion de droit fondamental affirment également que dans les droits constitutionnels européens, la fonction de ces derniers est « de protéger l'individu dans sa sphère de liberté contre les ingérences des pouvoirs publics » (C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, n° 131). L'individu se voit reconnaître une sphère libérée de l'Etat (*Saatsfrei*, selon la formule de Jellinek : voir O. BEAUD, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 45).

161. Dans leur dimension positive, les libertés fondamentales supposent une action de la puissance publique. L'Etat ne doit pas affecter, par son refus, sa carence ou son abstention le domaine protégé par la liberté. Obligation lui est faite de promouvoir ou de garantir la liberté, d'apporter un concours actif à sa réalisation. Sous cette dimension, la liberté impose à la puissance publique une action ou l'adoption de mesures visant à en assurer la garantie. Par exemple, le pluralisme peut impliquer une action positive du Conseil supérieur de l'audiovisuel pour en assurer le respect. Dans les hypothèses de refus de concours de la force publique pour exécuter une décision judiciaire prescrivant l'expulsion d'occupants sans titre, le respect du droit de propriété implique une action de l'autorité administrative. Cette dimension positive n'est pas spécifique au référé-liberté. Dès le début du XX^e siècle, le juge de l'excès de pouvoir avait reconnu que le respect de la liberté du culte pouvait impliquer une intervention positive de l'autorité administrative⁶⁶⁵. Le principe des obligations positives a connu des applications importantes et remarquées dans le contentieux constitutionnel⁶⁶⁶ ou dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁶⁷. L'intérêt individuel protégé doit être reconnu à un sujet de droit ou à une catégorie de sujet de droit identifiée.

665 Voir N. FOULQUIER, Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 548.

666 Voir L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, thèse Caen, 1999, 384 p. Cette théorie a notamment donné lieu à des applications dans la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe. Par exemple, il a été jugé que l'Etat allemand ne doit pas seulement s'abstenir d'empêcher tout individu de créer une école ou un journal, il doit encore prendre les mesures nécessaires pour assurer un certain pluralisme dans l'enseignement ou dans la presse (voir M. FROMONT et H. SIEDENTOPF, « Administration et Constitution en République fédérale d'Allemagne », *AEAP* 1993/XVI, pp. 177-178). De manière audacieuse, le Tribunal administratif fédéral a déduit de la Constitution le droit d'un indigent à une aide publique qui n'était pas prévu dans la réglementation organisant ce type d'aides (voir D.-H. SCHEUING, « La protection des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne », in *Perpectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, t. III, Instituto de estudios de Administracion local, 1969, p. 327, références note 55). Sur la question, voir plus généralement D. CAPITANT, thèse préc., p. 173 et s. En France, le caractère préventif du contrôle rend difficile la découverte et l'imposition d'obligations positives. Certaines décisions du Conseil constitutionnel ont néanmoins été interprétées comme recelant de telles obligations. La décision 181 DC a ainsi été lue comme exigeant du législateur qu'il prévoie les institutions nécessaires à la préservation de la liberté d'expression et du pluralisme (CC, n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *Rec.* p. 78).

667 La Cour européenne a eu à maintes reprises l'occasion de préciser que les obligations de l'Etat au regard de la Convention ne se limitaient pas à s'abstenir de violer ses dispositions mais pouvaient aussi donner lieu à des obligations de faire. Dans l'arrêt *X. et Y. c/ Pays-Bas* du 25 mars 1985 (série A n° 91), à propos de violences sexuelles pratiquées sur une mineure de plus de seize ans et handicapée mentale, la Cour va juger la législation néerlandaise insuffisante au regard des exigences de l'article 8 de la Convention. Pour assurer une « protection concrète et effective » des droits garantis par cet article, le droit néerlandais aurait dû prévoir une législation criminelle plus protectrice. L'arrêt *Plattform Ärzte für das Leben c/ Autriche*, du 21 juin 1988 (série A, n° 139) est également significative de cette jurisprudence. Il s'agissait en l'espèce d'une manifestation qui s'était tenue dans de mauvaises conditions du fait d'une contre-manifestation mal contenue par les forces de police. La Cour affirme : « Dans une démocratie, le droit de contre-manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser l'exercice du droit de manifester. Partant, une liberté réelle et effective de réunion pacifique ne s'accommode pas d'un simple devoir de non-ingérence de l'Etat ; une conception purement négative ne cadrerait pas avec le but et l'objet de l'article 11. Tout comme l'article 8, celui-ci appelle parfois des mesures positives, au besoin jusque dans les relations interindividuelles » (§ 32).

III. UN BÉNÉFICIAIRE IDENTIFIÉ

162. Le troisième critère d'identification d'un droit public subjectif réside dans l'existence d'un bénéficiaire identifié. Le texte de l'article L. 521-2 n'imposant aucune qualité particulière pour se voir attribuer le bénéfice d'une norme de liberté fondamentale, le juge des référés a retenu l'approche la plus large qui soit. Il reconnaît à toute personne la possibilité de bénéficier des libertés fondamentales quelle que soit sa nationalité et sa forme juridique⁶⁶⁸.

A. Personne physique

163. En principe, tout individu peut invoquer le bénéfice des libertés fondamentales reconnues dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. La jurisprudence qui s'est développée sur ce fondement a consacré le principe de l'universalité de la jouissance des libertés fondamentales. Tout d'abord, ces libertés sont valables non seulement pour les citoyens nationaux mais également au profit des ressortissants étrangers présents ou non sur le territoire français. Cette solution, parfaitement classique, est conforme à la jurisprudence qui s'est développée en matière de voie de fait⁶⁶⁹ et à l'orientation générale des droits constitutionnels européen⁶⁷⁰. Les libertés fondamentales sont aussi reconnues aux personnes physiques se trouvant dans une situation particulière. Elles bénéficient ainsi pleinement aux agents publics⁶⁷¹, en dé-

668 En 1990, c'est également une approche large qui prévalait dans le projet de révision constitutionnelle relatif à l'instauration d'une question préjudicielle de constitutionnalité. Le rapporteur du projet à l'Assemblée nationale avait indiqué que les droits fondamentaux « seraient ceux des Français comme des étrangers et des personnes physiques comme des personnes morales » (Rapport de Michel SAPIN sur le projet de loi constitutionnel instituant un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, rapport n° 1288, 19 avril 1990, p. 33).

669 Une jurisprudence constante reconnaît aux étrangers l'accès à la voie de fait administrative et, par conséquent, le bénéfice des libertés fondamentales qui y sont reconnues. Voir notamment les références citées par Jean-Yves Plouvin dans son étude « Au secours, le juge civil des référés arrive ! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés) », *GP* 4 mars 1989, 1, pp. 102-106.

670 En Allemagne, les « droits fondamentaux ayant une teneur découlant des droits de l'homme » sont valables « aussi bien pour les Allemands que pour les étrangers » (A. DITTMANN, « Rapport allemand », *AJ/C* 1991/VII, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, colloque Aix-en-Provence, 12 et 13 juillet 1991, p. 177 et s.). Au Portugal, le principe de l'universalité de la jouissance des droits fondamentaux est expressément énoncé par la Constitution de 1976, dont l'article 15.1 dispose : « les étrangers et les apatrides séjournant ou résidant au Portugal jouissent des mêmes droits et sont astreints aux mêmes devoirs que les citoyens portugais ». En Espagne, l'article 13.1 prévoit que « les étrangers jouiront en Espagne des libertés publiques que garantit le présent titre dans les termes établis par les traités et la loi ». L'article 128 de la Constitution belge prévoit que « tout étranger, qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ». En France, le Conseil constitutionnel reconnaît en principe aux étrangers le bénéfice des droits et libertés constitutionnels sous certaines restrictions liées à l'ordre public et à la régularité du séjour (voir notamment CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Rec.* p. 224 ; n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Rec.* p. 45). On ajoutera qu'en vertu de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, les États contractants doivent reconnaître les droits et libertés consacrés dans la Convention « à toute personne relevant de leur juridiction ».

671 Voir notamment CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108.

pit des sujétions qui leur sont imposées par leurs statuts et qui, selon la formule de Maurice Hauriou, font de ces derniers des « citoyens spéciaux »⁶⁷². Les libertés fondamentales sont également reconnues aux personnes incarcérées. Pour le juge des référés, « les personnes détenues dans des établissements pénitentiaires ne sont pas de ce seul fait privées du droit d'exercer des libertés fondamentales susceptibles de bénéficier de la procédure particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative »⁶⁷³. Il bénéficie tout autant aux personnes hospitalisées dans un établissement psychiatrique⁶⁷⁴ ou aux incapables. Ainsi, le droit de mener une vie familiale peut avoir pour bénéficiaire un enfant mineur séparé de ses parents et être invoqué directement par cet enfant⁶⁷⁵.

164. Cela étant, le principe de l'universalité du bénéfice des libertés fondamentales n'est pas absolu. Des discriminations secondaires sont susceptibles d'intervenir entre les personnes physiques en ce qui concerne la jouissance de certaines libertés. Ces différences et distinctions ne sont pas arbitraires mais simplement justifiées par la nature ou les caractéristiques particulières des libertés en cause. Elles ne concernent en outre que des catégories déterminées de bénéficiaires. Ainsi, le bénéfice de certaines libertés fondamentales ne se conçoit que pour les nationaux et les étrangers en situation régulière et ne saurait, par conséquent, être revendiqué par les étrangers en situation irrégulière⁶⁷⁶. De même, la libre expression du suffrage, en tant que prérogative attachée à la citoyenneté, est réservée aux personnes ayant la qualité d'électeurs, c'est-à-dire aux personnes disposant de la citoyenneté française ou de la citoyenneté communautaire – étant précisé que pour ces derniers, ce droit n'est logiquement ouvert que pour les élections municipales et européennes⁶⁷⁷. Quant au droit d'asile, sa reconnaissance est nécessairement limitée aux seuls étrangers. Par définition, ce droit ne peut être invoqué que par des non-nationaux. En raison de la configuration spécifique de ce droit, seuls les ressortissants étrangers peuvent en revendiquer le bénéfice. Ainsi, le principe de l'universalité ne comporte que des exceptions justifiées par la nature particulière des droits concernés, dont la jouissance suppose nécessairement des personnes qui l'invoquent une qualité particulière. L'approche est également large en ce que le juge a également reconnu le bénéfice des libertés fondamentales aux personnes morales.

672 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} éd., Sirey, 1933, p. 744.

673 CE, ord. 27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, *Lebon* p. 232. Toutefois, l'exercice de ces libertés doit composer avec les contraintes liées à leur enfermement et se trouve, par conséquent, « subordonné aux contraintes inhérentes à leur détention ». Voir, dans le même sens CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388 : « s'agissant des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires, leur situation est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention ».

674 Voir, par exemple : CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

675 CE, ord. 29 septembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

676 Voir CE, ord. 5 mars 2001, *Préfet de l'Hérault c/ Hajjaj, Lebon T.* p. 1130.

677 Sur ce point, on relèvera que les Constitutions portugaise (article 15.2) et espagnole (article 13.2) prévoient expressément une exception au principe de l'universalité pour le droit de vote. Il en va de même dans les autres pays (cf. *AIJC* 1991/VII, *op. cit.*, p. 211 et s.).

B. Personne morale

165. Toutes les personnes morales, de droit privé comme de droit public, peuvent bénéficier des libertés fondamentales.

166. Leur reconnaissance au profit des personnes morales de droit privé n'a soulevé, dans son principe, aucune difficulté. S'il est vrai que les libertés fondamentales ont pour vocation première de protéger les personnes physiques, rien ne fait obstacle à une extension de leur bénéfice aux personnes morales. Dans la mesure où elles peuvent, tout comme les êtres corporels, exprimer une volonté, par la voie de leurs organes de décision et de représentation, les personnes morales sont assimilées par le droit aux personnes physiques⁶⁷⁸. Elles bénéficient d'une protection dite « aspectuelle » ou par aspect⁶⁷⁹. Cela signifie qu'elles peuvent jouir des libertés fondamentales mais uniquement si l'exercice de celles-ci est compatible avec leur genre ou leur nature. Certaines libertés, comme le droit de mener une vie familiale normale ou le droit d'asile sont attachées à la personne physique et ne se conçoivent que par référence aux individus. Leur exclusion au profit des personnes morales résulte simplement de la nature des choses, de la différence irréductible qui existe entre des êtres de chair et de sang et des êtres immatériels. En revanche, les personnes morales peuvent pleinement bénéficier des libertés fondamentales qui, ne présupposant nullement des caractéristiques intrinsèques ou naturelles à l'homme, sont compatibles avec leur nature. C'est donc sans difficultés que le juge des référés a reconnu à des personnes morales de droit privé le bénéfice de certaines libertés fondamentales, notamment le droit de propriété⁶⁸⁰ ou la liberté de réunion⁶⁸¹. La solution, là encore, est parfaitement classique. Elle s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence relative à la voie de fait administrative⁶⁸² et des droits constitutionnels européens⁶⁸³.

678 Sur l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques, voir Y. GUYON, « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 136-142.

679 L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 111.

680 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

681 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), Lebon* p. 311.

682 Le juge de la voie de fait a admis depuis longtemps la possibilité que des personnes morales puissent bénéficier de libertés fondamentales. Voir par exemple : TC, 8 avril 1935, *Action française, Lebon* p. 1226, concl. JOSSE, *GAJA* n° 51 ; Civ. 1^{ère}, 3 mai 1983, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres c/ Télédiffusion de France, Bull. civ. I*, n° 138.

683 En ce qui concerne la France, le Conseil constitutionnel a affirmé très tôt que la titularité des droits et libertés constitutionnels n'était pas l'apanage des personnes physiques (voir notamment CC, n° 79-109 DC, 9 janvier 1980, *Rec. p. 29* ; n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Rec. p. 18* ; n° 82-137 et 138 DC, 25 février 1982, *Rec. p. 38* ; n° 86-207 DC, 25-26 juin 1986, *Rec. p. 61* ; 98-401 DC, 10 juin 1998, *Rec. p. 258*). Au Portugal, la Constitution énonce en son article 12.2 que « Toutes les personnes morales jouissent des droits et sont astreintes aux devoirs qui sont compatibles avec leur nature ». En Allemagne, l'article 19 III de la Loi fondamentale énonce une certaine restriction en prévoyant l'application des droits fondamentaux « aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet ». Comme le souligne M. Dittmann, « L'intégration de personnes morales dans la protection découlant des droits fondamentaux n'est valable que pour des personnes morales nationales, c'est-à-dire des personnes morales ayant effectivement leur siège sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne. A la différence des personnes physiques, la protection découlant des droits fondamentaux est

167. L'attribution de libertés fondamentales aux personnes morales de droit public a soulevé, dans son principe, davantage de difficultés. La résistance est venue non pas du Conseil d'Etat lui-même mais de la doctrine ou plutôt d'une partie de celle-ci. Le débat a surgi lors de la consécration du principe de libre administration des collectivités territoriales comme liberté fondamentale dans l'arrêt *Commune de Venelles*⁶⁸⁴. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Laurent Touvet défendait une approche large du champ des bénéficiaires des libertés fondamentales. Il se fondait, pour ce faire, sur le texte de l'article L. 521-2, qui ne limite d'aucune sorte le cercle des bénéficiaires. M. Touvet précisait en outre que « Si les victimes des atteintes visées à cet article seront le plus souvent des personnes privées, on ne peut pas exclure que des personnes publiques portent atteinte à une liberté fondamentale d'une autre personne publique »⁶⁸⁵. L'attribution de libertés fondamentales à des personnes morales de droit public a été critiquée par certains auteurs. M. Marcou, par exemple, a affirmé que les libertés fondamentales peuvent uniquement être accordées « à des personnes privées, qu'il s'agisse de personnes physiques, ce qui correspond à l'origine de la notion, ou de personnes morales »⁶⁸⁶. En ce qui concerne le concept théorique de « droit fondamental », la doctrine apparaissait divisée. Si M. Picard s'était déclaré hostile à la reconnaissance de tels droits au profit des personnes publiques⁶⁸⁷, M. Drago s'y était en revanche déclaré favorable⁶⁸⁸. De manière générale, les objections opposées à l'attribution de libertés fondamentales aux personnes publiques reposent sur l'idée suivante : la nature des libertés fondamentales étant de protéger les personnes, l'Etat ne pourrait pas être à la fois destinataire et bénéficiaire des libertés. Si les libertés fondamentales sont dirigées contre l'Etat, on ne peut pas en faire bénéficier des entités qui sont elles-mêmes imputables à l'Etat (c'est-à-dire la personne publique Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics), sinon ce dernier se dirigerait contre lui-même. Comme l'a souligné M. Pfersmann, ce raisonnement repose sur une confusion entre le concept *théorique* et le concept *juridique* d'Etat. Appréhendé comme concept théorique, l'Etat désigne un ordre juridique. Envisagé comme un concept de droit positif, il correspond à tel ou tel ensemble d'organes auxquels l'ordre juridique confère ce nom, soit une collectivité territoriale englobant la totalité du territoire. Or, les libertés fondamentales constituent des sous-ensembles de l'Etat entendu au sens théorique puisqu'il s'agit de normes attribuant des droits subjectifs à des bénéficiaires identifiés. Rien ne s'oppose à

donc fondamentalement refusée pour des personnes morales étrangères ». Seules leur sont accordés les droits de nature processuelle (A. DITTMANN, rapport préc., pp. 183-187). En Espagne, « Pour les personnes morales de droit privé, on peut affirmer que la situation des personnes morales est identique à la situation allemande » (P. CRUZ VILLALON, « Rapport espagnol », *AJFC* 1991/VII, p. 229).

684 D'autres libertés ont suivi, notamment le droit de propriété (CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408 ; CE, 19 novembre 2001, *Commune d'Escaillens et Saint Just de Belengard*).

685 L. TOUVET, concl. sur CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles, RFDA* 2001, p. 386.

686 G. MARCOU, « Le référé administratif et les collectivités territoriales », *LPA* 14 mai 2001, n° 95, p. 47.

687 E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA* 1998, pp. 651-666, spé pp. 661-662.

688 R. DRAGO, « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 130-135.

ce que, dans notre système juridique, les normes ainsi qualifiées s'imposent à l'autorité publique – l'Etat en tant que concept juridique⁶⁸⁹.

Dans le cadre de la voie de fait, la question de l'invocation de libertés fondamentales par des personnes publiques s'est rarement posée. On doit néanmoins relever qu'à deux reprises au moins, le Tribunal des conflits a accepté de reconnaître l'existence de voies de fait à raison de l'empiètement d'une autorité administrative sur les attributions d'une autre autorité administrative⁶⁹⁰. En droit constitutionnel, la situation est contrastée en ce qui concerne l'attribution de droits et libertés constitutionnels au profit des personnes publiques. La position des juridictions constitutionnelles est néanmoins majoritairement orientée dans le sens d'une reconnaissance de cette titularité⁶⁹¹. En reconnaissant lui-aussi le bénéfice des libertés fondamentales aux personnes publiques, le juge des référés consacre l'appréhension la plus large du cercle des bénéficiaires.

168. Une liberté, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, s'analyse en un droit public subjectif. La reconnaissance d'une liberté suppose que le juge des référés apporte une réponse positive aux trois questions suivantes. Tout d'abord, le principe en cause est-il une norme juridique ? Ensuite, cette norme est-elle dotée d'un effet direct qui la rende opposable à l'administration ? Enfin, a-t-elle pour objet de protéger un intérêt individuel de son bénéficiaire, personne physique ou personne morale et, plus spécifiquement, une activité, une qualité ou une position du sujet, voire l'obtention d'une prestation ? Si une réponse positive peut être apportée à chacune de ces questions, le juge est en présence d'un droit public subjectif. Toutefois, les libertés fondamentales ne constituent pas un type ordinaire de droit subjectif. Elles

689 Cf. L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 112.

690 Voir TC, 15 mars 1951, *Comptoir limier, Lebon* p. 630 ; TC, 28 février 1952, *de Kernier, Lebon* p. 620, cités par M.-C. ROUAULT, *JCP G* 1992, II, 21804, p. 14. Pour une application de la voie de fait dans une relation entre personnes publiques, et au profit d'une collectivité territoriale, voir, plus récemment : Civ. 1, 28 novembre 2006, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés, Bull. civ. I*, n° 529, *JCP A* 2007, 2118, note O. RENARD-PAYEN.

691 Le Conseil constitutionnel a consacré la possibilité pour les personnes morales de droit public d'être bénéficiaires ou titulaires de droits et libertés constitutionnels. Le Conseil a notamment affirmé à plusieurs reprises que la protection constitutionnelle de la propriété « ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques » (CC, n° 86-207 DC, 25-26 juin 1986, cons. 58, *Rec.* p. 61 ; n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, cons. 47, *Rec.* p. 141 ; n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, cons. 3, *Rec.* p. 96). En Espagne, le Tribunal constitutionnel a d'abord été hostile à l'idée que les personnes publiques puissent se prévaloir de droits fondamentaux. Aux termes d'une évolution jurisprudentielle, il a jugé que les pouvoirs publics peuvent être titulaires de tels droits (cf. P. CRUZ VILLALON, « Rapport espagnol », *AJJC* 1991/VII, pp. 231-235). En Allemagne, la Cour constitutionnelle estime que l'article 19 III ne peut normalement pas bénéficier aux personnes morales de droit public, au motif que la puissance publique ne peut être simultanément créancière et débitrice du droit fondamental (BVerfGE 21, 362 [369], cité par C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, n° 113). Il ne peut en être autrement que pour les droits à caractère processuel (BVerfGE 13, 132 [140], cité par C. AUTEXIER, *op. cit.*, n° 113).

représentent, à l'instar des droits fondamentaux allemands, « les droits publics subjectifs les plus importants »⁶⁹².

SECTION 2. LE CRITÈRE DE LA FONDAMENTALITÉ

169. Pour être éligible à la procédure de l'article L. 521-2, la liberté doit présenter un caractère « fondamental ». Pour le juge administratif, la fundamentalité est une propriété qui n'est pas réductible à une source déterminée. Dans l'identification de la fundamentalité, le juge oppose les normes constitutionnelles, qui sont *toutes* fondamentales, et les normes infraconstitutionnelles, dont certaines seulement peuvent présenter ce caractère.

I. LA FONDAMENTALITÉ N'EST PAS LIÉE À UNE SOURCE

170. En Allemagne, la fundamentalité se réduit à un niveau normatif précis : le niveau constitutionnel. Dans l'expression « droit fondamental » indique M. Capitant, « le caractère constitutionnel, est exprimé par le mot « fondamental » qui ne signifie rien de plus »⁶⁹³. Dans la doctrine française, les partisans de l'approche formelle associent également la fundamentalité à un rang normatif déterminé : le niveau supralégislatif. Pour le juge des référés en revanche, la fundamentalité n'est pas liée à une source déterminée. Cela signifie, d'une part, qu'elle n'est pas liée à une seule source, d'autre part que les sources d'emprunt ne représentent que des sources matérielles.

A. La diversité des sources

171. Quatre critères permettent de déterminer la source dont est issue une liberté fondamentale. En dehors de ces hypothèses, il est logiquement impossible de rattacher une liberté fondamentale à une norme précise. On ne peut alors ni établir ni connaître la source sur laquelle le juge s'est fondé pour consacrer ladite liberté.

En premier lieu, la source peut être expressément mentionnée dans les motifs de la décision. Sur l'ensemble des libertés reconnues, les cas sont relativement rares. On peut citer, tout d'abord, le principe de libre administration des collectivités territoriales, explicitement rattaché à l'article 72 de la Constitution⁶⁹⁴. C'est le cas, ensuite,

692 R. ARNOLD, « Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne », *AJDA* 1999, p. 659.

693 D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, p. 3, note 4.

694 CE, Sect., 18 janvier 2001, Morbelli, maire de la Commune de Venelles, *Lebon* p. 18.

du droit « constitutionnel » d'asile⁶⁹⁵. Certes, le mot « constitutionnel » est avant tout employé pour préciser *le domaine* du droit en question, c'est-à-dire pour le distinguer de l'asile conventionnel protégé par la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés. Néanmoins, il en précise à titre incident *la source*, puisque le droit constitutionnel d'asile trouve par définition son fondement dans la Constitution (plus précisément à l'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946, complété par l'article 53-1 de la Constitution de 1958). Doivent également être mentionnées deux libertés d'origine législative : premièrement la liberté de communication du patient hospitalisé, liberté « que lui reconnaît l'article 3211-3 (...) du code de la santé publique »⁶⁹⁶, deuxièmement le consentement à un traitement médical, liberté « protégée par les dispositions de l'article 16-3 du code civil et par celles de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique »⁶⁹⁷.

En deuxième lieu, dans les cas où la décision est rendue par une formation collégiale, le commissaire du gouvernement indiquera presque toujours la source servant de fondement à la consécration de la liberté. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Aguillon* du 9 décembre 2003, Jacques-Henri Stahl indique que le Conseil d'Etat pourra « sans difficulté » consacrer le droit de grève comme liberté fondamentale dans la mesure où ce droit « est constitutionnellement garanti par les dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 »⁶⁹⁸. Le droit de grève est ainsi expressément rattaché à une seule source : le préambule de la Constitution 1946 et, plus précisément, son 7^{ème} alinéa.

En troisième lieu, la source d'une liberté fondamentale peut être identifiée à partir des visas de la décision. L'article R. 741-2 du code de justice administrative fait obligation au juge de mentionner dans les visas de sa décision les textes dont il fait application. Le terme application est entendu au sens large, comme synonyme d'utilisation⁶⁹⁹. La difficulté provient du fait qu'un texte – si l'on excepte les textes de procédure – peut être mentionné soit pour fonder l'existence d'une liberté fondamentale, soit pour apprécier la condition d'illégalité manifeste ; il peut même intervenir au titre des deux

695 CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12 ; CE, ord. 2 mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dzi-ri, Lebon* p. 227 ; CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T.* p. 1126 ; CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45 ; CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146.

696 CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487. L'article L. 3211-3 du code de la santé publique prévoit que la personne hospitalisée d'office « dispose du droit : (...) 1° de communiquer avec les autorités mentionnées à l'article L. 3222-4 ; (...) 4° d'émettre ou de recevoir des courriers ».

697 CE, ord. 16 juillet 2001, *Feuillatery, Lebon* p. 309. La formule retenue est néanmoins ambiguë. Elle peut être lue de deux manières puisque « protéger » une liberté peut vouloir dire aussi bien consacrer celle-ci que la mettre en œuvre. L'analyse des visas incline néanmoins à opter en faveur de la première solution : la Constitution n'y est pas mentionnée, et la Convention européenne des droits de l'homme n'y est évoquée que relativement à la condition d'illégalité manifeste. Toutefois, cela ne suffit pas à dissiper toute incertitude puisque la Constitution peut servir de fondement à la consécration d'une liberté fondamentale sans être mentionnée par le juge (voir, ci-dessous, la quatrième hypothèse d'identification de la source des libertés fondamentales, notamment les décisions *Marcel* et *Kurtarici*).

698 J.-H. STAHL, concl. sur CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres, Dr. soc.* 2004, p. 173.

699 Il n'est pas nécessaire que le texte soit formellement appliqué pour figurer dans les motifs. Un texte est mentionné par le juge dès lors que celui-ci l'utilise ou se fonde sur lui pour rendre sa décision (voir Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDR, t. 108, 1972, pp. 78-79).

conditions. Lorsque plusieurs des textes mentionnés sont porteurs de la liberté, il est délicat de déterminer lequel ou lesquels – un fondement combiné n'étant pas exclu – sert effectivement à la consécration⁷⁰⁰. Quoi qu'il en soit, et en s'en tenant aux seuls cas certains, l'analyse des visas met en lumière le caractère hétérogène des fondements utilisés. Le juge des référés vise la Constitution « notamment son article » 4, combiné avec la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques, pour consacrer le droit pour un parti politique légalement constitué de tenir des réunions⁷⁰¹. Il vise la Constitution et « notamment » son Préambule pour consacrer la libre disposition de ses biens par le propriétaire⁷⁰², la liberté d'entreprendre⁷⁰³, la liberté de culte⁷⁰⁴ ou encore la liberté individuelle⁷⁰⁵.

En quatrième et dernier lieu, la détermination de la source peut se déduire de la reprise mot pour mot d'une formule textuelle ou jurisprudentielle consacrée. L'arrêt *Tliba* du 30 octobre 2001 constitue une illustration de cette méthode d'identification⁷⁰⁶. Dans cette décision, le Conseil d'Etat avait à sa disposition deux formules lui permettant de reconnaître comme liberté fondamentale la protection de la famille : d'un côté la formule constitutionnelle, évoquant le « droit de mener une vie familiale normale »⁷⁰⁷,

700 Dans certaines décisions, la distinction est relativement aisée entre le texte servant de fondement à la consécration d'une liberté et celui intervenant pour l'appréciation de l'illégalité. Ainsi, dans l'ordonnance *Kurtarici*, la Convention européenne, mentionnée dans les visas, est ensuite reprise dans les motifs pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte portée au droit au respect de la vie familiale du requérant. On peut donc penser que le texte est pris en compte au titre de la légalité de la mesure contestée (CE, ord. 3 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, *Lebon T.* p. 871). Parfois, le partage est plus difficile à réaliser, comme dans l'ordonnance du 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon T.* p. 1034. La décision, qui consacre comme liberté fondamentale la liberté du salarié de ne pas être astreint à accomplir un travail forcé, comporte dans ses visas quatre textes « de fond » : la Constitution et notamment son préambule, la Convention européenne des droits de l'homme, le code du travail et la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 modifiant le code du travail en instituant une « journée de solidarité » prenant la forme d'une journée supplémentaire de travail non rémunérée pour les salariés. Sur ces quatre textes, trois sont repris dans les motifs de la décision. Le code du travail et la loi du 30 juin 2004 sont mentionnés en vue de présenter le dispositif dit de la « journée de solidarité ». La Convention européenne des droits de l'homme – et plus précisément son article 4 – est évoquée au titre de l'exigence d'illégalité manifeste de la mesure contestée. La Constitution, en revanche, n'est pas évoquée dans les motifs. Sa présence dans les visas ne peut donc s'expliquer que par la circonstance qu'elle constitue le fondement de cette liberté fondamentale. A défaut, sa mention dans les visas n'aurait aucune justification. Un élément vient néanmoins semer le doute : l'interdiction du travail forcé, explicitement consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, n'est en revanche reconnu ni dans le texte constitutionnel ni dans la jurisprudence constitutionnelle. Le rattachement constitutionnel est toutefois justifié par le juge qui, en mentionnant dans le même considérant la liberté du travail, fait implicitement mais nécessairement dériver de ce principe l'interdiction du travail forcé. Si la Convention européenne des droits de l'homme a joué un rôle dans cette consécration, la rédaction de la décision laisse à penser qu'il est strictement subsidiaire.

701 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

702 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl*, *Lebon* p. 154.

703 CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* p. 551.

704 CE, ord. 16 février 2004, *Benaissa*, *Lebon T.* p. 826.

705 CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158.

706 CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523.

707 Voir *supra*, § 135.

de l'autre l'expression conventionnelle, consacrant le « droit au respect de la vie familiale » (article 8 de la convention européenne des droits de l'homme). Alors que le juge du premier degré avait relevé une atteinte « au droit de Mme Tliba au respect de sa vie familiale », exprimant par là un rattachement à la source conventionnelle, le Conseil d'Etat préfère quant à lui parler du « droit de mener une vie familiale normale » de l'intéressée. Des observateurs autorisés ont souligné que le choix des mots n'était « pas le fruit du hasard »⁷⁰⁸. En employant cette formule, le Conseil rattache implicitement mais nécessairement cette liberté fondamentale à la source constitutionnelle. De même, dans l'ordonnance *Kurtarici* précitée, la formule retenue constitue un emprunt non pas au droit européen mais à la jurisprudence constitutionnelle. Dans ces conditions, et bien que la Constitution ne soit pas visée par le juge dans sa décision, il n'est pas douteux qu'elle représente la source matérielle de cette liberté fondamentale. Le même raisonnement peut également s'appliquer à la consécration de la liberté personnelle⁷⁰⁹, qui représente une notion d'origine constitutionnelle. Son origine est là encore certaine, bien que le juge ne mentionne la Loi fondamentale ni dans les motifs de sa décision ni dans les visas de celle-ci.

172. Il résulte de ce qui précède que les libertés fondamentales ne sont pas extraites par le juge d'un niveau normatif déterminé. La fundamentalité ne se réduit pas à un niveau donné de la hiérarchie des normes. Les libertés fondamentales reconnues trouvent leur origine soit dans la Constitution, soit dans la loi ordinaire⁷¹⁰. Les obligations juridiques qualifiées de liberté fondamentale sont issues de normes se trouvant à des niveaux variés de celle-ci. Elles représentent en outre des sources matérielles.

B. Des sources matérielles

173. La norme servant de fondement ou de support à la consécration d'une liberté fondamentale n'est que la source matérielle de celle-ci. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement, dans la mesure où le juge des référés *n'applique* pas en tant que tel – c'est-à-dire formellement – le texte porteur de la norme de liberté fondamentale. La notion de liberté fondamentale représente, comme celle de principe général du droit, une catégorie juridique permettant une application médiate des normes textuelles ou jurisprudentielles qui en constituent le fondement. Dans les deux cas, une norme est exigée pour la reconnaissance (une norme textuelle pour le principe général du droit, une norme textuelle ou jurisprudentielle pour la liberté fondamentale). Mais une fois la liberté fondamentale ou le principe reconnu, ceux-ci existent ensuite indépendamment de la norme-support et s'autonomisent par rapport à celle-ci. Selon la formule

708 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. précitée, p. 1055.

709 CE, ord. 2 avril 2001, Ministre de l'Intérieur *c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

710 En revanche, il semble possible d'affirmer, au regard de l'ensemble des décisions rendues, que les instruments internationaux et notamment la Convention européenne des droits de l'homme n'ont jusqu'à présent jamais servi de fondement à la reconnaissance d'une liberté fondamentale. En pratique, celle-ci n'est mentionnée par le juge des référés que pour apprécier la légalité de la situation qui lui est soumise.

jurisprudentielle, les principes généraux du droit s'appliquent « même sans texte »⁷¹¹. Cela emporte deux conséquences dans le cadre de la théorie des principes généraux du droit. D'une part, cette application médiate permet au juge de prendre une liberté par rapport au texte et de s'affranchir du cadre étroit de son énoncé. D'autre part, le principe bénéficie d'une plus grande stabilité que le texte d'origine, même si celui-ci est de rang constitutionnel. Comme l'a indiqué le président Genevois, « L'absence de rattachement à un texte constitutionnel assure aux « principes généraux du droit » une plus grande pérennité »⁷¹². Cette approche « a l'avantage de ne pas lier le principe dégagé à un texte formel et d'en assurer la survie à la Constitution qui a servi à sa protection juridique (...) »⁷¹³.

174. Plusieurs éléments donnent à penser que le juge entend largement s'inspirer de cette technique dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. En premier lieu, il arrive fréquemment que la formulation de la liberté fondamentale connaisse une transformation par rapport à l'énoncé de la norme-source, c'est-à-dire au texte ou à la jurisprudence qui a servi à sa consécration. Ainsi, le droit de mener une vie familiale est reformulé en une « liberté de vivre avec sa famille »⁷¹⁴, un « droit qu'a toute personne de vivre avec sa famille »⁷¹⁵, un « droit à une existence familiale normale »⁷¹⁶, un « droit à une vie familiale »⁷¹⁷ ou un « droit au respect de la vie familiale »⁷¹⁸. De même, alors que l'article L. 1111-4 du code de la santé publique mentionne « le consentement libre et éclairé de la personne » aux soins médicaux, le juge va, en se fondant sur cette disposition, consacrer « le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical »⁷¹⁹. Dans une décision ultérieure, ce droit devient « le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués »⁷²⁰. De manière identique, le « droit de communiquer », énoncé à l'article L. 3211-3 du code de la santé publique, devient « la liberté de communication »⁷²¹. Dans tous les cas, la norme brute fait donc l'objet d'une transformation au niveau de sa formulation. En deuxième lieu, la source normative de la liberté fondamentale n'est pas toujours énoncée par le juge, ce qui peut laisser

711 Voir J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, spé p. 380.

712 B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, n° 57.

713 M. MIGNON, « La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence », *D.* 1951, p. 130, cité par F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, LGDJ, coll. BDP, t. 68, 1966, p. 587, note 15. Voir dans le même sens : K. BUTERI, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, thèse Aix-en-Provence, 2000, pp. 167-168.

714 CE, ord. 5 mars 2002, *Fikry*, *Lebon T.* p. 872.

715 CE, ord. 10 juillet 2002, *Bouleミア*, n° 248422.

716 CE, ord. 29 septembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

717 CE, ord. 19 janvier 2005, *M. Laurent X.*, *Lebon* p. 23.

718 CE, ord. 25 novembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan*, *Lebon T.* p. 927.

719 CE, ord. 16 juillet 2002, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309.

720 CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel*, *Lebon* p. 388.

721 CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

penser que celle-ci n'a pas nécessairement à résulter d'un texte précis. En troisième lieu, certaines déclarations de membres de la juridiction administrative corroborent cette impression. Ainsi, selon le président Racine, le « concept de liberté fondamentale (...) prend corps d'un savant syncrétisme de droit constitutionnel, de droit conventionnel et de principes généraux du droit »⁷²². De même peut-on lire sous la plume de MM. Collin et Guyomar qu'« Il appartiendra à la jurisprudence de préciser la frontière entre les libertés fondamentales (...) et les *simples* droits reconnus par la Constitution qui a, par nature, vocation à se déplacer au fil des évolutions de la société et de la hiérarchie de ses valeurs »⁷²³. On peut s'étonner de cette affirmation qui rabaisse la Constitution, texte fondateur de notre ordre juridique, situé au sommet de celui-ci et ne reconnaissant rien qui lui soit supérieur, au rang de « simple » norme, ordinaire et banalisée. Mais en réalité, cette formule exprime une volonté de transposer aux libertés fondamentales la philosophie des principes généraux du droit, afin notamment de conférer à celles-ci une capacité de résistance au changement supérieure à celle des textes qui contribuent à leur donner naissance. Les libertés constitutionnelles sont par nature liées au texte qui les consacre et peuvent disparaître en cas de révision constitutionnelle ou de changement de Constitution. Les libertés fondamentales, à l'inverse, seraient détachées de tout texte et, par conséquent, insensibles aux changements normatifs susceptibles d'affecter la Loi fondamentale elle-même. Une fois consacrée, la liberté fondamentale deviendrait ainsi autonome par rapport aux données juridiques qui ont servi à sa consécration. Reconnue comme liberté fondamentale, intégrée à l'article L. 521-2, la norme débute une existence propre, une nouvelle vie indépendante de la norme qui lui a donné naissance. Elle se détache de son support originaire et connaît une novation. Envisagée dans le cadre de l'article L. 521-2, elle n'est plus une liberté constitutionnelle ou législative mais une liberté fondamentale. Elle devient indépendante de sa source d'origine.

Ainsi, il n'existe pas une source précise et formelle de la fundamentalité. Si celle-ci n'est pas réductible à une source, c'est, nécessairement, qu'elle est une propriété ou une qualité de la norme.

II. LA FONDAMENTALITÉ EST UNE PROPRIÉTÉ

175. L'essence de la fundamentalité n'est pas liée à la valeur juridique de la norme qui porte la liberté. Celle-ci n'est certes pas indifférente (du moins si elle est constitutionnelle) mais elle ne représente pour le juge qu'un indice. Elle agit comme un révélateur de fundamentalité. Rien de plus. La hiérarchie des normes n'intervient pas en tant que telle dans l'identification de la fundamentalité. Ce qui caractérise cette propriété, c'est l'importance ou l'essentialité d'une norme. Comme l'affirme Gilles Bachelier, « ce

722 P.-F. RACINE, « Les grands principes spécifiques au procès administratif », *Droit des libertés fondamentales* (R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET dir.), 9^{ème} éd., Dalloz, 2003, p. 545.

723 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, p. 156. Non souligné.

qui compte c'est le *caractère éminent de la liberté ou du droit en cause* »⁷²⁴. Ce qui fait le caractère fondamental d'une liberté, c'est son caractère essentiel. Le juge des référés a très clairement opté en faveur d'une approche matérielle de la fondamentalité.

176. Pour apprécier la fondamentalité d'une liberté, le juge administratif doit mesurer l'attachement que lui vouent les citoyens. Il est aidé, dans cette tâche, par plusieurs critères ou indices qui permettent de limiter la subjectivité inhérente à une telle opération. Le critère principal et presque exclusif est celui de la valeur juridique suprême. Par hypothèse, les règles de valeur constitutionnelle sont toutes – formellement et matériellement – fondamentales. A l'inverse, les normes infraconstitutionnelles ne sont pas fondatrices d'un ordre juridique, c'est-à-dire formellement fondamentales⁷²⁵. Si certaines d'entre-elles peuvent le cas échéant s'avérer fondamentales, c'est uniquement en raison de leur importance, donc exclusivement d'un point de vue matériel ou substantiel. Ainsi, il ressort de la jurisprudence une opposition, non pas entre les normes « disponibles » (législatives ou infralégislatives) et les normes « indisponibles » (supralégislatives), mais entre les normes constitutionnelles (qui sont toutes et nécessairement fondamentales) et l'ensemble des autres normes (dont certaines seulement sont fondamentales)⁷²⁶. La source constitutionnelle prévaut sur toutes les autres sources de découverte des libertés fondamentales⁷²⁷. Les autres sources ne jouent qu'un rôle subsidiaire, supplétif.

La vocation prioritaire de la Constitution dans la détermination de la fondamentalité s'explique par une considération simple : l'attachement des citoyens à un droit ou à une liberté est directement formalisé dans la Loi fondamentale. Cela étant, les citoyens peuvent également manifester un attachement à un droit ou à une liberté sans que celle-ci ne figure dans la Constitution. Enoncée simplement par une norme infraconstitutionnelle, elle peut néanmoins être essentielle, c'est-à-dire présenter un caractère matériellement fondamental. Ainsi, source principale des libertés fondamentales, la Constitution n'en représente pas le gisement exclusif. La source constitutionnelle recèle nécessairement la fondamentalité ; les sources infraconstitutionnelles ne sont susceptibles de la révéler que de façon exceptionnelle. Cette place privilégiée de la Constitution explique que le juge préfère parfois « internaliser » les normes conventionnelles

724 G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA* 2002, p. 263. Souligné.

725 Au contraire, elles n'existent et ne sont invocables que par et en vertu de la Loi fondamentale elle-même.

726 Madame de Silva exprime parfaitement ce clivage établi entre les normes constitutionnelles et l'ensemble des autres normes en affirmant que « Peut être qualifié de « fondamental » au sens de l'article L. 521-2 un droit ou une liberté consacré par la Constitution, au premier chef, *voire* par une Convention internationale, une loi ou un principe général du droit » (I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 329. Non souligné).

727 Lorsqu'une liberté est reconnue, en des termes proches, par la Constitution *et* par une convention internationale, le juge administratif choisira systématiquement la formulation constitutionnelle. En ce qui concerne le droit de mener une vie familiale normale, MM. Collin et Guyomar ont déclaré que « Si l'invocation de ce droit semble aujourd'hui indissociablement liée à la protection que lui confèrent les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, il convient de garder à l'esprit que ce droit dispose, avant toute chose, d'un statut constitutionnel » (M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. précitée, p. 1055).

et les rattacher à une norme constitutionnelle en en faisant un élément constitutif de celle-ci⁷²⁸.

A. Les normes constitutionnelles sont nécessairement fondamentales (la fundamentalité formelle et matérielle)

177. La constitutionnalité n'est pas une condition de la fundamentalité mais elle est plus qu'un indice. Elle n'est pas nécessaire, dans la mesure où des normes non constitutionnelles peuvent se voir reconnaître un caractère fondamental. Toutefois, elle est plus qu'un indice puisqu'elle suffit, à elle seule, à qualifier une norme de fondamentale. Il s'agit d'un critère et même du critère qui est, de loin, le plus important car il est à lui seul suffisant pour caractériser la fundamentalité d'une norme. Il est le critère par excellence de fundamentalité. Les normes constitutionnelles bénéficient d'une présomption de fundamentalité⁷²⁹. Elles correspondent aux deux acceptions du terme « fondamental ». D'une part, elles présentent un caractère *essentiel*, ce qui justifie leur consécration dans un texte placé hors des majorités parlementaires. D'autre part, elles sont *au fondement* de notre ordre juridique et politique. Par là, la constitutionnalité est par essence révélatrice de fundamentalité.

178. Les normes constitutionnelles sont formellement fondamentales ; elles sont même les seules normes formellement fondamentales. Comme l'a indiqué Robert Alexy, « Les normes de droits constitutionnels sont formellement fondamentales comme résultat de leur place au sommet de la hiérarchie du système juridique (...) »⁷³⁰. La Constitution représente en effet le « fondement de l'ordre juridique »⁷³¹, « la base indispensable des normes juridiques qui règlent la vie de la collectivité »⁷³². L'unité et la

728 Ainsi, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, énoncée à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'a pas son pendant dans la Constitution française. Le texte constitutionnel ne pouvait, par conséquent, servir de fondement à la reconnaissance comme liberté fondamentale de cette prohibition. S'il entendait assurer la protection du principe posé par cette disposition, le juge devait nécessairement s'appuyer sur le texte de la Convention européenne. Néanmoins, au lieu de consacrer cette prohibition comme une liberté fondamentale à part entière, le juge des référés choisit de faire du principe énoncé par l'article 3 de la convention une *composante* d'une liberté reconnue en droit constitutionnel et qui sera, tantôt la liberté individuelle, tantôt la liberté personnelle (voir *infra*, § 203).

729 La seule question est de savoir s'il s'agit d'une présomption simple ou d'une présomption irréfragable. En l'état actuel de la jurisprudence, on constate que le juge n'a jamais refusé de qualifier de liberté fondamentale une liberté constitutionnelle. Si certaines normes constitutionnelles se sont vues dénier la qualité de liberté fondamentale, c'est uniquement parce qu'elles n'avaient pas la nature de libertés (c'est-à-dire ne répondaient pas aux critères du droit public subjectif), et non pas parce qu'elles ne présentaient pas un caractère fondamental. Il paraît fort improbable que le juge administratif se refuse à qualifier une norme constitutionnelle de norme fondamentale.

730 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights* (traduit de l'allemand par J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, p. 349.

731 G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1954, p. 21.

732 B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Principes directeurs, STH, 1988, p. 189.

cohérence d'un ordre juridique se forment autour de sa Loi fondamentale. Celle-ci, en raison notamment de la stabilité particulière qui la caractérise, représente le fondement et la fondation d'un ordre juridique⁷³³ ; elle en établit les assises. Elle représente le fondement de validité de toutes les autres normes⁷³⁴. L'ordre juridique étant conçu comme une pyramide de normes hiérarchisées⁷³⁵, les normes infraconstitutionnelles doivent respecter les prévisions de la Constitution. Dans les conditions fixées par les textes et la jurisprudence, une disposition conventionnelle, législative ou administrative pourra voir sa validité contestée devant le juge constitutionnel ou le juge ordinaire⁷³⁶. En cas de contrariété avec la Loi fondamentale, la norme infraconstitutionnelle se trouvera, selon les cas, annulée ou privée d'effet. En tant qu'ils figurent parmi les normes de valeur constitutionnelle, autrement dit qu'ils représentent la base du système juridique, les droits et libertés constitutionnels sont *ipso facto* fondamentaux. Il en va de même en Allemagne, où les libertés énoncées dans la première partie de la Loi fondamentale « tendent à être à la base de l'ensemble du droit allemand »⁷³⁷. M. Starck affirme, dans le même sens, que « les droits fondamentaux sont des normes de base de tout système juridique »⁷³⁸.

179. Les normes constitutionnelles sont aussi matériellement fondamentales. Norme du consensus⁷³⁹, la Constitution représente en effet le siège des valeurs et des libertés

733 A mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie des normes, la procédure d'adoption et de modification des actes normatifs devient plus lourde, c'est-à-dire requiert des formalités plus contraignantes et des consentements plus difficiles à obtenir : la stabilité des règles est donc proportionnelle au rang qu'elles occupent. Situés au sommet de la hiérarchie des normes, les règles et principes constitutionnels bénéficient d'une stabilité remarquable. « Les règles de droit contenues dans le bloc de constitutionnalité sont beaucoup plus assurées d'une permanence ou d'une pérennité que celles contenues dans les lois ordinaires. Le droit donc a un coefficient de sécurité beaucoup plus grand lorsqu'il est de rang constitutionnel que lorsqu'il est de rang législatif ordinaire (...) » (L. FAVOREU, « Droit et loi. Brèves réflexions d'un Constitutionnaliste », in *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique. Droit et loi*, colloque des 22 et 23 mai 1985, PUAM, 1987, p. 13).

734 H. KELSEN, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 199 : « Si l'on pose la question du fondement de la validité d'une norme juridique appartenant à un ordre juridique déterminé, la réponse ne peut consister qu'à la rapporter à la norme fondamentale de cet ordre juridique, autrement dit : elle réside dans l'assertion que cette norme a été créée conformément à la norme fondamentale ».

735 Voir H. KELSEN, *op. cit.*, p. 224 et s.

736 Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des engagements internationaux assure la suprématie effective de la Constitution sur l'ensemble des autres normes juridiques (cf. H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDJ* 1928, pp. 197-257 ; C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse Paris 1928, rééd. 1986, Economica PUAM, coll. DPP, 383 p.). La juridiction administrative s'assure du respect des normes constitutionnelles par l'autorité administrative.

737 M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, tome I Les fondements, Cujas, 1977, p. 153.

738 C. STARCK, *La Constitution cadre et mesure du droit*, Economica, 1994, p. 104.

739 Comme l'a indiqué M. Zagrebelsky, le « moment constitutionnel » est par définition le moment de la coopération générale : « Dans les moments constituants, les volontés politiques des sujets politiques s'accordent dans un but commun : établir les principes qui dominent les intérêts particuliers de chacun pour permettre la vie en commun de tous » (G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur* (traduit de l'italien par M. LEROY), PUAM, 2000, p. 111). En cela, « La Constitution est le consensus de base d'un peuple sur sa façon de vivre » (U. KARPEN, « L'Etat de droit », in *La Constitution de la République fédérale d'Allemagne. Essai sur les droits fondamentaux et les principes de la Loi fondamentale*

essentielles⁷⁴⁰. Dès lors, c'est dans la Constitution que l'on est censé trouver les libertés les plus importantes. Les droits qui y sont énoncés sont en effet jugés suffisamment primordiaux ou essentiels pour devoir être mis hors de portée des majorités parlementaires⁷⁴¹. Ils correspondent à « des positions auxquelles on attribue une telle importance que la décision concernant leur acceptation ou non-acceptation ne peut être confiée à la simple majorité parlementaire »⁷⁴². Et de fait, un lien étroit unit depuis longtemps Constitutions et libertés⁷⁴³. En France, le principe d'une définition constitutionnelle des droits et libertés s'est imposé dès la Révolution⁷⁴⁴. Les Constitutions qui se succèdent depuis 1791 comportent en principe une liste de droits et libertés. Même les Constitutions les plus autoritaires contiennent au moins une garantie explicite des principales libertés (titre VII pour la Constitution de l'an VIII ; articles 1^{er} à 26 pour la Constitution de 1852). Cette tradition s'est néanmoins interrompue avec les lois

avec une traduction de la Loi fondamentale (U. KARPEN dir.), Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 174). Comme l'affirme Yann Aguila, « La Constitution davantage que la loi, constitue ce véritable socle fondateur dans lequel, au-delà des éphémères majorités parlementaires, s'enracine la continuité de la nation » (Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1993, p. 11).

- 740 Son objet même est « de définir un système de valeurs commun à un groupe humain » (B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 19). Comme le relève M. de Béchillon, « L'expression constitutionnelle d'une règle, quelle qu'en soit la nature, exprime, par ceci même qu'elle se veut constitutionnelle, une *valeur fondatrice* pour la société toute entière » (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 241. Non souligné). Dans tous les pays, « La norme fondamentale a pour rôle primordial d'établir et de fonder un consensus politique général, singulièrement dans le domaine des droits fondamentaux et des libertés publiques » (P. BON, « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, p. 40). Elle est la « charte de l'organisation de l'Etat et des valeurs fondamentales » (U. KARPEN, *op. cit.*, p. 175). Le président Marceau Long avait relevé que, « Placée au sommet de la hiérarchie des normes, la Constitution consacre les principes fondateurs de notre ordre social, dont le contenu se réfère à des valeurs politiques ou morales » (M. LONG, Préface de l'ouvrage précité de Y. AGUILA). En d'autres termes, elle « garantit les droits et principes fondamentaux » (O. SCHRAMMECK, « Droit administratif et droit constitutionnel », *AJDA* 1995, numéro spécial Le droit administratif, p. 34).
- 741 « Ils sont des droits que le législateur ordinaire (en tant qu'opposé au législateur constituant) n'est pas autorisé à limiter, modifier ou supprimer » (R. GUASTINI, « Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation », *RDP* 1991, p. 1080).
- 742 R. ALEXY, « Idée et structure d'un système de droit rationnel », *APD* t. 33 *La philosophie du droit aujourd'hui*, 1988, p. 32.
- 743 Hegel, déjà, affirmait que « Par Constitution, on doit entendre les libertés en général et l'organisation et la réalisation de ces libertés » (G.W.F. HEGEL, *Encyclopédie des Sciences philosophiques*, § 540, cité par A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, p. 7). Comme l'a observé M. Ardant, « Les premiers textes à valeur constitutionnelle de l'époque moderne, les textes anglais du XIII^e au XVIII^e siècle : Grande Charte de 1215, Pétition des droits de 1628, Habeas Corpus de 1679, Bill of Rights de 1689, se préoccupent moins des institutions que de la liberté sous différentes formes et de procédures destinées à la protéger. Quand à la fin XVIII^e, les Américains et les Français décident de mettre par écrit un ensemble de règles concernant l'organisation et le fonctionnement du pouvoir, ils inscrivent tout naturellement en tête de ces constitutions des Déclarations des droits, plaçant par là en quelque sorte l'ensemble du texte sous le signe des libertés » (P. ARDANT, « Les Constitutions et les libertés », *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 61).
- 744 Voir L. HAMON, « La définition constitutionnelle des droits et libertés en France », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica PUAM, coll. DPP, 1987, pp. 41-62.

constitutionnelles de 1875. Entre 1870 et 1946, soit pendant plus de 65 ans, le principe consistant à définir constitutionnellement les droits et libertés n'est plus appliqué. « Cette longue interruption explique que, lorsque le constituant de 1946 entendit renouer avec la tradition d'une garantie constitutionnelle des libertés, il en ait perdu le mécanisme initial (...) »⁷⁴⁵. Au lieu de consacrer les libertés dans le texte même de la Constitution il rappelle son attachement à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et ajoute dans le préambule de la Constitution un certain nombre de droits économiques et sociaux. De même, mais pour des raisons différentes, les rédacteurs de la Constitution du 4 octobre 1958 n'établissent pas de catalogue ordonné de droits et libertés mais se contentent de faire référence, dans son préambule, à la Déclaration de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946⁷⁴⁶. L'absence de déclaration constitutionnelle des droits et libertés fut à l'origine d'interrogations sur leur valeur juridique. En 1971, le Conseil constitutionnel consacra la pleine et entière valeur juridique du préambule de la Constitution et, par là même, de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 auquel il renvoi⁷⁴⁷.

180. La constitutionnalité emporte de plein droit la fondamentalité. Les normes constitutionnelles sont toutes fondamentales du fait de la conjonction, en ce qui concerne, des deux acceptions du terme fondamental. Rien ne peut affecter la fondamentalité d'un droit. Notamment, les restrictions législatives apportées à l'exercice de droit constitutionnel n'en suppriment nullement le caractère fondamental⁷⁴⁸. Cela

745 J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, p. 144.

746 Cette absence résulte tout d'abord de la légitimité insuffisante des rédacteurs de la nouvelle Constitution. C'est en effet au gouvernement présidé par le Général de Gaulle, et non à une assemblée élue au suffrage universel que fut confiée son élaboration. Le compte-rendu de la réunion du groupe de travail du 12 juin 1958 énonce qu'« il n'est pas conforme à la tradition politique et juridique française de faire rédiger une déclaration des droits par le Gouvernement » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La documentation française, 1988, p. 243). La même explication a été reprise par M. Janot, commissaire du gouvernement, devant le Comité consultatif constitutionnel (*op. cit.*, p. 95). Ensuite, les rédacteurs étaient pressés par le temps : ils devaient aller vite. Le compte-rendu de la réunion du 12 juin indique que « La solution la plus opportune paraît être de rédiger un article maintenant en vigueur la Déclaration de 1789 et l'additif de 1946 » (*op. cit.*, p. 243). Le choix d'un préambule de référence permettait un gain de temps appréciable tout en favorisant la naissance d'un consensus. La poursuite du conflit algérien a également pesé dans l'absence de rédaction d'un catalogue de droits et libertés en raison notamment de l'existence de certaines lois répressives dont la constitutionnalité pouvait être sérieusement discutée. Sur ce thème, voir V. TCHEN, « Questions sur un silence : les droits fondamentaux dans l'élaboration de la cinquième République », *Revue juridique d'Auvergne*, vol. 97-98/3, numéro spécial colloques, pp. 119-140 ; B. GENEVOIS, « Le préambule et les droits fondamentaux », in *L'écriture de la Constitution de 1958*, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence (L. FAVOREU, D. MAUS et J.-L. PARODI dir.), Economica, 1992, pp. 483-499.

747 Voir CC, n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Rec.* p. 29, *GDCC* n° 19.

748 Sur ce point, M. Pez a contesté le caractère fondamental reconnu au droit de propriété en mettant en avant les limitations qui lui ont été apportées de longue date par le législateur (T. PEZ, « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA* 2003, p. 372). Il est vrai que la jurisprudence constitutionnelle consacre le droit de propriété *d'aujourd'hui*, c'est-à-dire un droit qui a connu de multiples « limitations exigées au nom de l'intérêt général » (CC, n° 81-132 DC, cons.

étant, le juge administratif considère qu'une norme peut également être fondamentale d'un point de vue strictement substantiel. Si la Constitution épuise la fundamentalité formelle, elle n'épuise nullement la fundamentalité matérielle. Ainsi, des droits ont vocation à relever du référé-liberté « même s'ils ne sont « fondamentaux » que dans leur substance »⁷⁴⁹. La fundamentalité, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, ne se limite pas à la constitutionnalité.

B. Des libertés infraconstitutionnelles peuvent être fondamentales (la fundamentalité exclusivement matérielle ou substantielle)

181. Le juge n'entend exclure aucun niveau normatif du champ du référé-liberté. Il accepte, par conséquent, de reconnaître l'existence de libertés fondamentales à partir de normes infraconstitutionnelles⁷⁵⁰. Cette volonté d'ouverture avait été clairement exprimée dès la première année d'application de cette procédure. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Tliba*, Mme de Silva indiquait à la Section : « nous ne pensons pas que vous soyez strictement limités au champ constitutionnel : certains principes qui figurent dans des conventions internationales – par exemple la Convention internationale des droits de l'enfant – peuvent revêtir un caractère « fondamental » à un moment donné. C'est aussi que, quelque extension que l'on donne au substrat constitutionnel, le niveau de protection juridique peut évoluer, avec l'état de la société et, face à de nouvelles atteintes – par exemple celles qui mettent en jeu le droit à la vie privée, ou qui concernent le domaine de la bio-éthique –, certaines règles émanant de sources complémentaires pourront être reconnues comme mettant en jeu un droit fondamental »⁷⁵¹. La prise en compte de sources complémentaires – conventions internationales, lois et principes généraux du droit – doit permettre de donner une souplesse à la jurisprudence et, ainsi, de favoriser la découverte des libertés fondamentales conformément aux attentes et évolutions de la société. Comme l'explique M. Glénard, le Conseil d'Etat entend « recourir à une conception aussi peu formelle que possible de la notion de liberté fondamentale » en se laissant « la possibilité de tirer d'une loi ou d'un principe général du droit une liberté fondamentale lorsque son objet se distingue par son importance »⁷⁵².

16, *Rec.* p. 18). Cette circonstance, toutefois, n'est pas de nature à affaiblir la constitutionnalité de ce droit ni, par conséquent, sa fundamentalité.

749 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 278.

750 Pour l'heure, les libertés fondamentales issues de normes infraconstitutionnelles sont toutes des normes législatives. Aucune liberté fondamentale n'a semble-t-il été reconnue à partir d'un traité international ou d'un principe général du droit (étant précisé que la rédaction des ordonnances ne permet pas toujours de déterminer avec précision la source précise dont est issue la liberté). On peut raisonnablement penser que cette situation ne traduit nullement une volonté du juge d'exclure ces sources du champ de la fundamentalité.

751 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 329.

752 G. GLENARD, *op. cit.*, p. 2016.

La référence aux principes généraux du droit⁷⁵³ peut surprendre si l'on s'attache à la valeur de cette catégorie juridique. Néanmoins, la perspective change radicalement si l'on prend en considération l'importance des normes ainsi qualifiées⁷⁵⁴ et la stabilité remarquable qui les caractérise. Cela étant, tous les principes généraux du droit n'ont bien évidemment pas vocation à devenir des libertés fondamentales. Pour justifier cette qualification, ils doivent avoir la nature d'une liberté et présenter un caractère proprement fondamental. Ces exigences ne doivent pas être perdues de vue. A cet égard, M. Brenet affirme que « l'on ne voit pas ce qui pourrait empêcher [le juge administratif] de faire cesser, sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA, la violation des principes interdisant à l'administration de licencier un salarié enceinte ou l'obligeant à reclasser, voire à licencier, l'agent en cas d'incapacité physique l'empêchant d'occuper son emploi ou, dans un autre domaine, les atteintes portées à la liberté de choix du médecin par le patient et à la liberté de prescription »⁷⁵⁵. On peut sérieusement douter que l'obligation de licencier un agent public puisse être regardée comme une liberté. Quant aux deux derniers exemples cités par l'auteur, leur essentialité peut être discutée. On peut penser que la violation de ces normes relève plus sûrement de la compétence du juge du référé-suspension.

En ce qui concerne la consécration d'une liberté fondamentale à partir d'une disposition législative, celle-ci n'est pas dépourvue de risque au regard des caractères – précaires et subordonnés – qui sont aujourd'hui ceux de la loi. Non seulement la loi peut toujours être privée d'effet pour inconstitutionnalité ou inconventionnalité mais elle peut en outre être abrogée par le Parlement à tout moment. Pour autant, l'importance de ce risque doit être relativisée. En effet, s'il est vrai qu'une loi peut être invalidée ou privée d'effet *a posteriori* par l'un des juges de la loi⁷⁵⁶, cette possibilité est fort improbable pour les normes législatives que le juge des référés a qualifiées de liberté fondamentale. On ne voit pas, tout d'abord, quelle règle constitutionnelle, conventionnelle ou communautaire pourrait venir contrarier par exemple la liberté de réunion ou le consentement aux soins médicaux. Par ailleurs, si une réelle instabilité caractérise

753 Référence explicite, dans les conclusions de Mme de Silva (voir concl. préc., p. 329).

754 Selon le président Genevois, « la notion de principe général du droit doit être réservée à des normes dotées d'une certaine permanence, se situant à un niveau élevé de la hiérarchie des actes juridiques et correspondant à des valeurs jugées essentielles dans notre système juridique. Concrètement, si le critère de généralité du principe n'a pas une portée absolue quant à l'identification d'un principe général du droit, le critère qualitatif demeure indispensable » (B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, n° 103). Pour M. Genevois, « C'est l'importance de la norme, applicable à un domaine déterminé, en raison de sa permanence et de son rattachement à des valeurs essentielles, qui permet d'identifier au mieux un principe général du droit au sein des autres manifestations du pouvoir normatif de la jurisprudence » (*op. cit.*, n° 105).

755 F. BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDJ* 2003, p. 1557.

756 L'annulation peut provenir du Conseil constitutionnel en application de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie* (voir *GDCC* n° 37). Une sentence de la Cour de Strasbourg ou de Luxembourg peut également conduire à neutraliser les effets d'une disposition législative. La déclaration d'inconventionnalité peut enfin provenir du juge ordinaire lui-même, bien qu'il soit difficile d'imaginer le Conseil d'Etat déclarer l'inconventionnalité d'une disposition législative qu'il aurait lui-même érigé en liberté fondamentale.

aujourd'hui les textes législatifs⁷⁵⁷, ce phénomène ne concerne en pratique nullement les normes consacrant des libertés ou concourant à leur mise en œuvre. S'il arrive que celles-ci fassent l'objet de modifications, de restrictions ou d'extensions, il n'est en revanche jamais question de leur suppression. En outre, eu égard à la conception des libertés fondamentales développée par le juge administratif, il n'est pas impossible qu'une liberté fondamentale puisse survivre à la disparition du texte qui lui a donné naissance.

182. En ce qui concerne son identification, la fondamentale d'une norme infraconstitutionnelle s'évalue à l'aune d'un critère purement matériel. C'est sur ce point qu'apparaît la différence majeure entre les normes constitutionnelles et les normes infraconstitutionnelles. Alors que le critère de la valeur juridique suprême est à lui seul suffisant pour reconnaître la fondamentale d'une norme donnée, une disposition de rang infraconstitutionnel ne sera fondamentale que si elle présente un caractère éminent ou essentiel. Par définition, la fondamentale purement matérielle n'est pas formalisée dans un texte ni située à un niveau normatif déterminé.

Aucun critère juridique n'intervient à ce stade pour opérer le départ entre les normes fondamentales et les normes non fondamentales. Le juge ne se tourne pas de préférence vers le niveau normatif le plus élevé. Il n'accorde pas de primauté aux traités sur la loi dans la recherche de la fondamentale matérielle. A cet égard, les normes infraconstitutionnelles se trouvent toutes sur un pied d'égalité. D'un point de vue substantiel, la source conventionnelle n'est pas plus fondamentale que la source législative. Elle ne bénéficie pas d'un degré de fondamentale supérieur. Un exemple significatif est fourni par l'ordonnance du 19 août 2002, *FN IFOREL*, dans laquelle le juge des référés consacre la liberté de réunion comme liberté fondamentale⁷⁵⁸. Cette liberté est absente du texte constitutionnel et n'a pas été reconnue par le Conseil constitutionnel. Elle est néanmoins consacrée au niveau infraconstitutionnel par deux dispositions : d'une part l'article 1^{er} de la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques, d'autre part l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour consacrer la liberté de réunion dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le

757 A cet égard, on a observé que « la permanence, l'abstraction et la généralité ont cédé la place à la prolifération et à la contingence des lois, ainsi qu'au caractère détaillé de leur contenu » (N. POULET-GIBOT LECLERC, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, PUF, 1992, p. 129). La loi perd ses qualités traditionnelles, spécialement son immutabilité (voir F. TERRE, « La crise de la loi », *APD* t. 25, *La loi*, 1980, pp. 17-28). En effet, « Dès l'instant où elle devient précise et détaillée, elle risque d'être frappée plus vite de *caducité* » (J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDJ* 1990, p. 1666. Souligné). Cherchant à s'adapter à des situations mouvantes et évolutives, le droit apparaît de plus en plus comme un droit « transitoire » et la légalité devient « mobile » (C. MORAND, « Le droit et l'Etat-providence », *Revue de droit suisse* 1988, p. 542) Cette évolution a fait l'objet de critiques définitives de la part des membres du Conseil d'Etat. Pour son vice-président, « la loi devrait être solennelle, brève et permanente » ; au lieu de cela « elle est aujourd'hui bavarde, précaire et banalisée » (R. DENOIX DE SAINT MARC, « Trop de lois tue la loi ! », *Journal du dimanche*, 21 janvier 2001, p. 7). Ces attaques du Conseil d'Etat contre le travail législatif ne sont pas nouvelles et avaient été systématisées dans le Rapport public de 1991, qui dénonçait « la fréquence des changements » dans la législation (« De la sécurité juridique », *EDCE* 1991, n° 43, pp. 23-24).

758 CE, ord. 19 août 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311.

juge des référés disposait donc d'un choix entre ces deux sources ; il pouvait également opter pour un fondement combiné. Il résulte des visas de la décision que c'est à la seule source législative que le juge va rattacher cette liberté fondamentale sans faire mention de la Convention européenne. Ce choix démontre que la hiérarchie des normes n'est pas prise en compte à ce stade. La source législative, de valeur juridique moindre⁷⁵⁹, est préférée à la source conventionnelle.

Mesurer la fundamentalité matérielle d'une norme est une opération relativement délicate et qui requiert un certain effort d'appréciation de la part du juge. Lorsqu'il est en présence d'une norme constitutionnelle, les choses se présentent simplement : il lui suffit de constater sa valeur juridique suprême, dont découle de plein droit sa fundamentalité. Elle s'impose à lui ; il n'a donc pas à la mesurer. Son appréciation est nettement plus importante lorsqu'il s'agit d'évaluer la fundamentalité d'une norme non constitutionnelle et, par conséquent, de sélectionner au sein d'une masse normative colossale⁷⁶⁰ les règles qui se singularisent par leur éminence ou leur essentialité. Pour ce faire, le juge ne s'aventure pas sur le terrain des valeurs ni n'évalue la fundamentalité sur la base d'un jugement personnel⁷⁶¹. Il s'efforce de mesurer l'importance des libertés en cause. Dans une ordonnance du 22 octobre 2001, *Caillat et autres*, le juge des référés affirme que « nonobstant le 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 »⁷⁶². Par cette formule, le juge des référés laisse entendre qu'il a jaugé l'importance des droits concernés. En prenant soin de préciser que la loi reconnaît aux activités physiques et sportives un caractère « d'intérêt général », il admet que l'objet des droits en cause n'est certes pas dénué d'importance, mais que celle-ci ne présente pas un degré suffisant pour que l'on puisse regarder ces droits comme présentant un caractère fondamental.

183. En pratique, il semble possible de mettre en exergue quatre critères d'appréciation de l'essentialité d'une norme conventionnelle ou législative ou d'un principe général du droit.

Le premier critère réside dans le degré de protection de la liberté. L'étendue de la protection se manifeste par la facilité d'exercice d'une liberté, les garanties dont son exercice est assorti ainsi que par l'absence d'exception ou de tempérament apportés au principe. Ainsi, le droit de consentir aux soins médicaux est consacré sans réserves ni restrictions par la loi du 4 mars 2002. L'article L. 1111-4 du code de la santé publique

759 Voir CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo, Lebon* p. 190, concl. P. FRYDMAN, *GAJA* n° 102.

760 Voir les chiffres cités par P. TRONQUOY (in *Le droit dans la société française*, La documentation française, 1998, 104 p.), notamment en ce qui concerne le nombre de lois et de traités internationaux applicables en France.

761 Son approche peut, à certains égards, rappeler la méthode développée par la Cour suprême pour identifier la fundamentalité au titre de la clause de *due process of law* (voir *supra*, § 66).

762 CE, ord. 22 octobre 2001, *Caillat et autres, Lebon* p. 479.

assorti son exercice de nombreuses garanties à la fois précises et détaillées. Celles-ci justifient, aux yeux du juge des référés, la qualification de liberté fondamentale⁷⁶³.

Le deuxième critère correspond à la constance historique ou à la permanence d'un droit. Son enracinement dans notre ordre juridique apparaît comme un indice de son essentialité. C'est notamment le cas de la liberté de réunion, consacrée en droit interne depuis plus d'un siècle. De même, pour justifier la fondamentale du secret des correspondances, le commissaire du gouvernement Sophie Boissard énonce, avant toute chose, que « La méconnaissance de ce secret, expressément consacré par un arrêté du 5 décembre 1789, constitue une infraction constamment réprimée depuis le code pénal du 25 septembre 1791 »⁷⁶⁴. La mention de cette longévité ne doit rien au hasard. Pour le commissaire du gouvernement, elle révèle l'importance ou l'essentialité de ce droit. Mme Boissard aurait pu constater que ce principe était contenu dans le code pénal actuel, c'est-à-dire se limiter au seul droit positif. La référence à la pérennité du principe et à sa réaffirmation constante par le législateur tend à démontrer sa fondamentale substantielle.

Le troisième critère réside dans le lien existant entre la liberté en cause et des droits et libertés constitutionnellement protégés. Ce critère est parfois mentionné par les commissaires du gouvernement. Ainsi, s'agissant du droit de solliciter l'asile territorial, le commissaire du gouvernement Sophie Boissard faisait valoir, pour justifier la qualification de liberté fondamentale, que « si le droit d'asile territorial n'est pas, par lui-même, reconnu par la Constitution, il n'en reste pas moins qu'il est destiné à garantir des droits et des libertés qui sont quant à eux de valeur constitutionnelle, en particulier, le droit à la vie et à la sauvegarde de la dignité humaine »⁷⁶⁵. Dans cette espèce toutefois, le Conseil d'Etat n'a pas suivi le raisonnement du commissaire du gouvernement. Il a préféré un rattachement au droit constitutionnel d'asile par la technique du corollaire, en faisant de l'asile territorial un élément constitutif du droit constitutionnel d'asile. De manière générale, ce critère d'identification est relativement imprécis dans la mesure où toute norme infraconstitutionnelle peut être considérée comme ayant, de près ou de loin, un lien avec la Constitution, en raison de la formulation très large de ses dispositions. Néanmoins, le juge sera sensible au lien direct qui peut exister entre une norme constitutionnelle et une norme législative qui en constitue le prolongement ou concourt à sa mise en œuvre. Ainsi, la liberté de communication de la personne hospitalisée peut être regardée comme le prolongement, en matière médicale, de la liberté générale de communication consacrée sur le plan constitutionnel. A travers une démarche analogue, le Conseil constitutionnel avait évoqué dans la décision n° 97-389

763 Voir en ce sens, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., 2002, Dalloz, coll. Cours, 2002, n° 222 : « Il devrait aussi être admis que les libertés puissent être qualifiées de fondamentales compte tenu de l'importance des garanties législatives dont elles font l'objet : on peut penser qu'en consacrant le droit pour un patient majeur de donner son consentement à un traitement médical, le Conseil d'Etat s'est engagé dans cette voie ». On ajoutera que ce droit trouve en outre un prolongement à l'article 16-3 du code civil. Bien que cette disposition ne soit pas formellement applicable à l'administration, elle contribue néanmoins à en conforter la fondamentale.

764 S. BOISSARD, concl. sur CE, 9 avril 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, p. 779.

765 S. BOISSARD, concl. inédites sur CE, 15 février 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45. Il convient néanmoins de préciser que si le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine est une norme de valeur constitutionnelle, il n'en va nullement ainsi du droit à la vie.

DC les « dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »⁷⁶⁶. Ce faisant, il présentait la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés comme une extension de la liberté individuelle consacrée par la Constitution.

On pourrait enfin penser que la consécration par des normes convergentes représente également un indice de fondamentalité. Pour l'heure, aucune application de ce critère ne se retrouve dans les décisions du Conseil d'Etat⁷⁶⁷. Elle jouera, le cas échéant, en cas de consécration d'une norme par plusieurs sources infraconstitutionnelles convergentes.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

184. Pour le juge administratif des référés, une liberté fondamentale s'analyse en un droit public subjectif essentiel, l'essentialité se mesurant principalement, mais non exclusivement, à partir de la constitutionnalité⁷⁶⁸. Les normes qualifiées de libertés fondamentales remplissent toutes et sans exception l'ensemble des critères ; les normes exclues de la protection du L. 521-2 ne satisfont pas au moins à l'un des critères. Il est peu probable que cette combinaison de critères connaisse à l'avenir une évolution, du fait d'une part de leur caractère large, d'autre part de la stabilité qui caractérise la jurisprudence administrative⁷⁶⁹. Une fois que le juge des référés a reconnu l'existence d'une liberté fondamentale, il doit en déterminer le sens, le contenu et les limites. On

766 CC, n° 97-389 DC, 22 avril 1997, cons. 5, *Rec.* p. 45.

767 Ce critère a seulement été développé par les commissaires du gouvernement, et à titre surabondant, car concernant à chaque fois des normes constitutionnelles. Mme de Silva a ainsi relevé que la liberté d'aller et venir est reconnue par l'article 2-2 et 2-3 du 4^{ème} Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (concl. précitées, p. 332). Mme Fombeur a souligné que la liberté d'opinion des agents publics est explicitement mentionnée par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général des fonctionnaires et que leur liberté syndicale l'était par son article 8 (concl. précitées, p. 403). Rappelons toutefois que ces références sont strictement surabondantes, la consécration constitutionnelle d'une norme suffisant, à elle seule, à emporter sa fondamentalité.

768 Cette vocation prioritaire redonne une nouvelle vigueur au phénomène de constitutionnalisation du droit, celui-ci étant défini comme « la diffusion progressive des normes issues de la Constitution et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans l'ensemble des branches du droit, révélatrice d'un droit constitutionnel qui n'est plus seulement une règle d'organisation des pouvoirs publics mais un droit substantiel, effectif et sanctionné » (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. Thémis droit public, 1998, p. 65). Sur le phénomène de constitutionnalisation, voir L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* n° 13, 1980, pp. 17-26 ; *ID.*, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, *Economica*, 1996, pp. 25-42 ; *ID.*, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, *Economica*, 1982, pp. 235-244, spé p. 244 ; S. MOUTON, *La constitutionnalisation du droit en France*, thèse Toulouse I, 1998, 833 p. ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 juin 1996, *Economica* PUAM, coll. DPP, 1998, 204 p. Sur la constitutionnalisation du droit administratif, voir P. BON, « Constitution de 1958 et droit administratif », *LPA* 1^{er} décembre 1993, n° 144, pp. 4-8.

769 Voir H. LE BERRE, Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998, LGDJ, coll. BDP, t. 207, 1999, spé. p. 626 et s.

retrouve ici la même démarche qui préside à la découverte des libertés fondamentales, à savoir une acception large du champ d'application du référé-liberté.

Chapitre 3

La définition du contenu des différentes libertés fondamentales : une démarche d'enrichissement

185. Pour la mise en œuvre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés doit établir le contenu et les limites de chacune des libertés fondamentales reconnues. L'opération définitoire, qui est soumise à certaines contraintes, est nécessaire afin de déterminer ce que permet ou ce que recouvre précisément telle ou telle liberté. De manière générale, le juge privilégie une définition concrète et extensive du contenu de chaque liberté. Seul le droit au consentement médical fait exception.

SECTION 1. L'OPÉRATION DÉFINITOIRE : NÉCESSITÉ ET CONTRAINTES

186. Les droits et libertés éligibles à la procédure de l'article L. 521-2 présentent le plus souvent un contenu faiblement déterminé. Cette absence de précision est une conséquence de la formulation généralement vague et générale des normes auxquelles le juge administratif des référés reconnaît la qualité de liberté fondamentale⁷⁷⁰. Cela est

⁷⁷⁰ Un constat identique s'impose sur le concept théorique de droit fondamental ou de liberté fondamentale. « Quelle que soit la source considérée », déclare ainsi Mme Delmas-Marty, « les libertés et droits fondamentaux présentent les mêmes caractéristiques de normes faiblement déterminés par le texte qui les énonce (« prédétermination faible ») » (M. DELMAS-MARTY, in *Libertés et droits fondamentaux* (M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC dir.), Seuil, 1996, p. 28).

vrai, tout d'abord, des libertés qui trouvent leur source dans la Constitution⁷⁷¹. Elle se retrouve également, mais de façon moins marquée et systématique – du fait de leur caractère plus facilement révisable – pour les libertés fondamentales d'origine législative. C'est le cas par exemple pour la liberté de réunion. En revanche, le droit au consentement médical fait l'objet d'une définition très précise quant à son contenu.

187. En raison de cette indétermination, il est souvent difficile de connaître *a priori* le champ de protection exactement couvert par chaque liberté fondamentale. Notamment, lorsqu'une liberté de faire est en cause, il apparaît malaisé de voir quelles sont précisément les limites des actions permises par rapport à celles qui ne le sont pas. Le domaine protégé par les libertés fondamentales ne pouvant être identifié à partir de la seule formulation de leur énoncé, c'est au juge des référés qu'il appartient, au fil de sa jurisprudence, d'en déterminer la consistance et les limites⁷⁷². Le juge doit en perma-

771 En ce sens, M. Bockenforde observait que « Les dispositions de la Loi fondamentale allemande relative aux droits fondamentaux, comme celles d'autres constitutions établissant un Etat de droit, sont, dans leur lettre et leur forme langagière, des formules lapidaires et des dispositions de principe qui manquent par elles-mêmes largement de précision quant à leur contenu » (E.-W. BOCKENFORDE, « Théorie et interprétation des droits fondamentaux », in *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000, p. 253). Cette imprécision de la formulation, recherchée par les rédacteurs, est destinée à assurer la prééminence des principes garantis au-delà de toute définition trop stricte du contenu des différents droits et libertés. Le caractère ouvert favorise leur adaptation aux changements sociaux, technologiques, culturels ou autres susceptibles d'intervenir. En France, cette indétermination s'explique également par des considérations d'ordre historique, en particulier pour les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En effet, la question du contenu des droits et libertés n'avait que fort peu préoccupé les rédacteurs de ces dispositions, qui ne les avaient pas conçues comme des règles de droit mais comme un condensé de leur philosophie politique, comme un *credo* et non comme la formulation d'une norme juridique (voir S. RIALS, *La Déclaration de 1789*, Hachette, 1988, 771 p.). Le caractère faiblement déterminé des dispositions a également été souligné pour les droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme. Comme l'a fait remarquer M. Melchior, la Convention « abonde en notions vagues, concepts indéterminés ou imprécis. Les droits garantis sont le plus souvent simplement cités, énumérés ; ils ne sont pas définis dans leurs éléments constitutifs. Même là où le contenu du droit fait l'objet d'une certaine précision, d'une amorce ou d'une tentative de définition – comme c'est le cas pour le droit à une bonne administration de la justice garanti à l'article 6 de la Convention –, il n'en demeure pas moins que les termes utilisés à cette occasion sont susceptibles d'une large gamme d'interprétations, allant de l'interprétation minimaliste à l'interprétation maximaliste » (M. MELCHIOR, « Notions « vagues » ou « indéterminées » et « lacunes » dans la Convention européenne des Droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, 2^{ème} éd., Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 411).

772 De manière générale, en cas d'indétermination des droits et libertés, c'est aux organes juridictionnels que revient le soin d'en préciser le contenu. Comme le relève Mme Delmas-Marty, le caractère faiblement déterminé de ces droits « amène le juge, quel qu'il soit, à participer au travail de détermination du sens de la norme, par une interprétation créatrice (« codétermination forte ») » (M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 28). Les juridictions concernées procèdent à cette détermination selon des modalités variées, tantôt s'inspirant de considérations théoriques, tantôt adhérant à une démarche pragmatique, tantôt enfin combinant l'une et l'autre. Pour l'interprétation des stipulations de la Convention européenne, la Cour de Strasbourg fait preuve d'un pragmatisme certain, qui consiste à donner leur plein effet aux principes énoncés sans dépasser certaines « limites ». Ces limites, précise M. Melchior, « Il paraît impossible de les déterminer de façon rationnelle, par la mise en œuvre d'un principe juridique. Elles ne résultent que d'une appréciation du sens de la mesure, de la mise en œuvre d'une sorte de pragmatisme. Ce pragmatisme consiste (...) à apprécier ce qui peut être accepté par les Etats, peut-être non sans difficultés, mais en tout cas, assurément, sans impossibilité manifeste.

nence préciser le contenu des libertés fondamentales et en établir les conséquences pratiques dans les situations juridiques particulières qui se présentent à lui. Pour la mise en œuvre de cette procédure, l'opération définitoire présente ainsi un intérêt pratique majeur car c'est au regard du contenu matériel d'une liberté que s'appréciera l'existence d'une éventuelle atteinte. En effet, pour déterminer si une liberté fondamentale a été violée ou méconnue, il est nécessaire de connaître au préalable sa consistance et son étendue.

188. Il s'agit, là encore, pour le juge du référé-liberté d'un problème d'interprétation. Une nouvelle fois, en fonction de l'interprétation retenue, le juge choisit de définir de façon plus ou moins large le champ d'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Le problème, toutefois, se pose en des termes différents par rapport à l'interprétation de la notion même de liberté fondamentale. En effet, la norme préexiste à son intervention. Par conséquent, elle a déjà fait l'objet d'interprétations, d'applications, de mises en œuvre ou de précisions. Il existe, pour chaque liberté fondamentale, une définition de référence – résultant soit d'un texte, soit d'une interprétation jurisprudentielle – à la lumière de laquelle pourront être déterminés la consistance et les contours de chaque liberté. D'un point de vue chronologique, le juge des référés intervient après d'autres organes ou institutions qui ont, chacun dans leur sphère de compétence, édicté, aménagé ou interprété la norme en question. Il connaît de la question en second, et ceci est de nature à l'influencer dans la détermination du contenu des libertés fondamentales.

189. La marge de liberté du juge, par rapport au texte qui énonce une liberté, dépend du degré de précision de ce dernier. Lorsque la formulation est imprécise, comme c'est le cas le plus souvent, le juge dispose d'une importante liberté par rapport à l'énoncé textuel. En revanche, dans les rares cas où le contenu et les limites du droit ont été clairement et précisément énoncés par le législateur ordinaire ou constitutionnel, le juge des référés doit appliquer la norme telle qu'elle a été définie avec précision par le texte. Il n'a pas à en fixer ou à en modifier les limites puisque l'autorité normative, qui a créé la norme, a entendu elle-même en déterminer l'étendue. Dans le cas où le contenu d'une liberté fondamentale est précisément défini par un texte, celui-ci s'impose au juge : « le législateur ou le constituant selon les cas, est en mesure d'imposer le sens précis d'un droit fondamental, lorsqu'il l'énonce dans un texte législatif ou constitutionnel (...) »⁷⁷³. On doit observer que l'hypothèse de la définition détaillée du

Prudence et progressivité : telles sont les deux vertus qui caractérisent ce pragmatisme. En d'autres termes, il importe que la Cour et la Commission calculent, estiment jusqu'où ne pas aller trop loin dans leurs prises de position pour que ne soit pas franchie la limite au-delà de laquelle les États cesseraient de s'incliner devant le mécanisme de la Convention, devant les exigences qu'on déduit de cette dernière à leur égard » (M. MELCHIOR, *op. cit.*, p. 412). En ce qui concerne l'interprétation des droits constitutionnels, on dénombre en Allemagne pas moins de cinq théories d'interprétation des droits fondamentaux : les théories libérale, institutionnelle, axiologique, démocratique et fonctionnelle, et sociale (voir E.-W. BOCKENFORDE, *op. cit.*, pp. 256-273). Le contenu substantiel d'un droit pourra varier de manière significative selon l'orientation théorique retenue.

773 G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *Dr. adm.* 2004, Etude n° 11, p. 9.

contenu des libertés se limite en pratique aux seules libertés fondamentales d'origine législative et même, plus précisément, à certaines d'entre elles. En ce qui les concerne, les libertés constitutionnelles ne voient pas leur contenu défini de manière précise par le texte constitutionnel. La question est alors de savoir dans quelle mesure le juge administratif des référés est lié par l'interprétation donnée par le juge constitutionnel⁷⁷⁴.

190. Lorsqu'il précise le contenu, les contours et les limites de chaque liberté fondamentale d'origine constitutionnelle, le juge administratif des référés est-il lié par la définition qu'en donne le Conseil constitutionnel ? Il y a plusieurs années, M. Braconnier avait affirmé que l'arrivée du Conseil sur la scène juridictionnelle allait « remettre fondamentalement en cause le monopole, partagé jusqu'ici entre juge administratif et juge judiciaire, de la détermination des grands principes protecteurs des droits fondamentaux »⁷⁷⁵. Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel étaient appelés, en quelque sorte, à « chasser sur le même territoire »⁷⁷⁶. Il a pu alors être soutenu que sous le double mouvement de constitutionnalisation et d'eupéanisation du droit, le juge administratif allait perdre toute initiative dans la détermination du contenu des libertés. « Dans la mesure où le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'Homme maîtrisent à eux seuls la quasi-intégralité du processus d'interprétation des droits fondamentaux de l'Homme, la jurisprudence administrative est condamnée, à terme, à n'être que l'expression de principes dégagés en dehors de l'ordre juridictionnel administratif. L'idée peut apparaître à certains égards excessive, voire irréaliste. Elle nous paraît cependant inscrite dans la logique d'un développement parallèle et de plus en plus coordonné des droits constitutionnel et européen protecteurs des droits

774 Dans la mesure où les libertés situées à un niveau supralégislatif sont toutes de rang constitutionnel, la question de l'autorité de l'interprétation ne concerne en pratique que le Conseil constitutionnel. En cas de reconnaissance de libertés conventionnelles, elle pourrait également se poser à l'égard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Les données du problème se posent alors en des termes strictement identiques, sous réserve de l'existence d'un recours pouvant aboutir à une intervention du juge européen postérieurement à celle du juge national. En revanche, la question de l'autorité de l'interprétation ne concerne pas le juge judiciaire. Juge ordinaire, à l'instar du juge administratif, il se situe au même niveau que ce dernier dans la hiérarchie des organes de l'Etat. En droit, son interprétation ne s'impose nullement au juge du référé-liberté. Selon les termes de M. Drago, il existe une « autonomie de définition des droits fondamentaux » entre l'ordre juridictionnel administratif et l'ordre juridictionnel judiciaire : « Le juge administratif n'est pas tenu par la définition d'un droit fondamental donnée par le juge judiciaire et inversement le juge judiciaire n'a pas à tenir compte de la définition donnée par le juge administratif » (G. DRAGO, *op. cit.*, p. 9). Pour les libertés fondamentales qui seraient éventuellement issues de principes généraux du droit, la question de l'autorité ne se pose pas davantage ; on conçoit d'ailleurs difficilement que le juge administratif décide, en référé, de prendre le contre-pied d'une position arrêtée au fond. Enfin, il ne sera pas fait mention de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg dans la mesure où aucune liberté fondamentale ne procède pour l'heure d'une norme de droit communautaire primaire ou dérivé.

775 S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, p. 434.

776 D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 1994, p. 169. Comme l'affirmait le doyen Favoreu, le problème était « de savoir comment la Haute Juridiction administrative acceptera d'appliquer un droit découlant de principes constitutionnels dégagés par le Conseil constitutionnel, et non plus issu de sa propre jurisprudence » (L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* n° 13, 1980, p. 25).

de l'Homme »⁷⁷⁷. Qu'en est-il d'un point de vue strictement juridique ? Existe-t-il, en droit strict, une norme imposant au juge des référés de définir le contenu des droits et libertés conformément à l'interprétation qu'en donne le juge constitutionnel⁷⁷⁸ ? En droit, l'autorité qui s'attache à la jurisprudence du Conseil constitutionnel présente, pour le juge administratif, un caractère purement *persuasif*. En premier lieu, la jurisprudence forgée par le Conseil dans ses décisions ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée, laquelle ne s'attache qu'au dispositif de la décision. Celle-ci ne s'étend aux motifs de la décision que lorsque ces derniers sont le soutien nécessaire du dispositif⁷⁷⁹. Comme le souligne M. Aguila, « En droit pur, rien n'oblige le juge administratif ou le juge judiciaire à suivre une interprétation retenue par le Conseil constitutionnel »⁷⁸⁰. Le juge ordinaire est lié par les décisions du Conseil, mais non pas par sa jurisprudence. En second lieu, le concept d'autorité de la chose interprétée ne présente pas une nature juridique et se heurte pour le moins à un problème d'efficacité. Ce concept, qui se veut juridique, a été développé par les auteurs pour fonder la force obligatoire de la jurisprudence – et non pas seulement des décisions – constitutionnelle, communautaire et européenne⁷⁸¹. Selon le professeur Andriantsimbazovina, c'est la fonction de gardien de la norme constitutive d'un ordre juridique qui constitue le fondement de la nature juridique de l'autorité de chose interprétée. Chaque ordre juridique est fondé sur une norme constitutive (la Constitution du 4 octobre 1958 pour l'ordre juridique national) ; et chaque ordre juridique dispose d'une juridiction qui assure la garde de cette norme constitutive (le Conseil constitutionnel pour l'ordre juridique interne). Le gardien de la norme constitutive est investi d'une fonction consistant à veiller à la

777 S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 440-441.

778 La question est celle de l'autorité qui s'attache à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Sur ce thème, voir notamment J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, coll. BDP, t. 192, 1998, 663 p. ; L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, 799 p. ; V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude d'une norme dépourvue de sanction*, LGDJ, coll. BSCP, t. 220, 2005, 462 p. ; J. RODEVILLE-HERMANN, « L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés européennes », *RDP* 1989, pp. 1735-1779 ; J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1994, spé pp. 319-351. A.-S. OULD-BOUBOUTT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica PUAM, 1987, spé pp. 310-349.

779 Voir la jurisprudence constitutionnelle, administrative et judiciaire citée par le président Genevois in *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, STH, 1988, p. 58 et s.

780 Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* 1995, p. 21.

781 Initiée à propos de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (voir notamment J. BOULOUIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. I, LGDJ, 1974, p. 149), la notion a été étendue à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voir notamment G. COHEN-JONATHAN, « La convention européenne des droits de l'homme », *Economica PUAM*, 1989, p. 255) et à celle du Conseil constitutionnel (voir notamment L. FAVOREU, « Les effets des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard du juge administratif français », *RIDC* 1987, p. 463). Elle a fait l'objet d'une théorisation remarquée de la part du professeur Andriantsimbazovina (voir thèse précitée, p. 365 et s.).

cohérence interne de l'ordre juridique et à l'uniformité de l'interprétation de la norme constitutive de cet ordre juridique. Selon M. Andriantsimbazovina, « chaque norme constitutive d'un ordre juridique dispose d'un interprète authentique ; pour réaliser l'uniformité d'interprétation de cette norme constitutive, il est évident que l'interprétation de la norme constitutive par la juridiction chargée de la faire doit s'imposer sur toutes les autres juridictions qui composent l'ordre juridique concerné »⁷⁸². Cette présentation, néanmoins, peut être discutée. Tout d'abord, on peut remettre en cause la fonction de gardien *exclusif* de la Constitution ainsi décernée au juge constitutionnel, alors notamment que celui-ci n'assure pas un contrôle des actes du pouvoir exécutif ni plus généralement ceux de l'autorité administrative. Ensuite, et à la supposer fondée, la théorie de l'autorité de la chose interprétée se heurte en toute hypothèse à un problème *d'efficacité*. En l'absence de mécanisme procédural permettant au juge constitutionnel d'imposer ses décisions au juge ordinaire, c'est en définitive du bon vouloir de ce dernier que va dépendre le respect de sa jurisprudence. Comme l'a rappelé le professeur Moderne, « le Conseil constitutionnel n'est pas, en tant que juge, le supérieur hiérarchique du Conseil d'Etat. Il n'a guère les moyens d'imposer ses solutions aux juridictions suprêmes des deux ordres, comme lui souveraines et qui échappent à son contrôle »⁷⁸³. Aujourd'hui encore, le débat sur l'autorité de la chose interprétée reste « passionnant mais essentiellement théorique »⁷⁸⁴.

L'autorité qui s'attache à la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas juridiquement contraignante mais de nature purement persuasive⁷⁸⁵. Elle ne s'impose que si le juge administratif est convaincu de la justesse et de l'opportunité de la solution retenue. Dans ces conditions, si le juge administratif est fortement incité à tenir compte de

782 J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.* p. 438.

783 F. MODERNE, « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque 21 et 22 janvier 1988, LGDJ Montchrestien, 1988, p. 318. En revanche, lorsqu'il existe un mécanisme de question préjudicielle ou de recours direct, le juge constitutionnel dispose des moyens d'imposer ses interprétations au juge ordinaire. En France, « en l'absence de l'un ou l'autre de ces mécanismes, le Conseil d'Etat reste une juridiction souveraine organiquement indépendante du Conseil constitutionnel » (T. LARZUL, *Les mutations des sources du droit administratif*, L'Hermès, 1994, p. 83). Comme le résume M. Drago, « Le juge administratif et le juge judiciaire, ce dernier particulièrement dans la jurisprudence relative à la voie de fait, font preuve légitimement d'une autonomie de définition des droits fondamentaux qu'ils utilisent parce qu'ils ne sont tenus par aucune obligation procédurale d'appliquer les décisions du Conseil constitutionnel ou les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, les deux ordres juridictionnels français reconnaissent, et l'importance des jurisprudences constitutionnelle et européenne, et la nécessité impérieuse de ne pas s'en écarter, mais aucune procédure ne peut les contraindre à appliquer exactement ces jurisprudences » (G. DRAGO, *op. cit.*, p. 9).

784 R. ABRAHAM, « Le juge administratif et la Cour de Strasbourg », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?* (P. TAVERNIER dir.), Bruylant, 1996, p. 243.

785 Cf. L. FAVOREU et T.-S. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, coll. Droit public, 1992, n° 348 : « A la différence de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du Conseil constitutionnel et qui s'impose relativement à l'application d'un texte, quant à la solution donnée à la question de sa constitutionnalité, quant à l'interprétation donnée audit texte mais également, quant à l'interprétation des dispositions de la Constitution au regard desquelles la validité de ce texte a été appréciée, l'autorité attachée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, indépendamment de toute application du texte examiné par le juge constitutionnel et, corrélativement, de toute référence aux dispositions constitutionnelles au vu desquelles ce texte a été examiné, n'est tout au plus que celle de la persuasion » (souligné).

la jurisprudence du Conseil constitutionnel lorsqu'il détermine le contenu des libertés fondamentales, il n'est pas juridiquement tenu de procéder ainsi. « Libre de découvrir les libertés fondamentales protégées par l'article L. 521-2, le juge administratif est également libre de leur définition. Il peut en donner un contenu matériel propre qui s'accordera plus ou moins précisément avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel appliquant la même liberté »⁷⁸⁶.

191. Des contraintes mises en exergue, il ressort que le juge des référés dispose d'une marge de liberté appréciable pour déterminer le contenu des libertés fondamentales. Les contours et composantes de chacune de ces libertés sont révélés et précisés au fil des décisions. La définition du contenu de chaque liberté est, bien évidemment, tributaire du hasard des saisines. Le juge ne se prononçant que ce sur quoi il est invité à se prononcer, le contenu donné à une liberté est susceptible d'évoluer et de s'enrichir en fonction des aléas du contentieux. Par conséquent, il n'est nullement question ici de s'intéresser au contenu de l'ensemble des libertés fondamentales mais de s'attacher, en l'état, à certains exemples significatifs sur lesquels le juge a expressément pris position. A partir de ces exemples, il est possible d'identifier les grandes orientations de la jurisprudence et de mettre en évidence les éléments clés qui la caractérise. A cet égard, le principe général qui préside à la définition du contenu des libertés fondamentales consiste à donner de celles-ci un contenu large, concret et extensif dans le respect des textes applicables. A une reprise néanmoins, il est arrivé au juge d'amoindrir le contenu d'une liberté fondamentale par rapport à la norme-source.

SECTION 2. UNE DÉFINITION LARGE

192. Le juge définit le contenu des libertés fondamentales conformément aux textes qui les régissent. Tirant toutes les implications de ces dispositions, il donne de ces libertés une définition large et extensive.

I. UNE DÉFINITION CONFORME AU DROIT APPLICABLE

193. Pour déterminer le contenu d'un droit ou d'une liberté, le juge part tout d'abord de la norme et de l'orientation générale qu'a voulu lui donner son auteur. Aussi vague soit sa formulation, la norme n'en revêt pas moins un sens qui lui-même peut être très général. Le juge respecte cette prescription, qui sert de point de départ à la définition du contenu de la liberté considérée. Le juge ne va pas donner de celle-ci

786 B. FAURE, « Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 34.

un sens qui serait visiblement contraire à la lettre du texte et à la volonté de son auteur. La définition du contenu du droit est tributaire de la législation qui le régit. Il ne va pas, sous couvert d'interprétation, en dénaturer le contenu ni remettre en cause ce qui forme son essence. De même qu'il ne peut de sa propre autorité « créer » une liberté fondamentale, le juge des référés ne peut « inventer » un élément constitutif de celle-ci qui ne serait pas reconnu par le droit. Plusieurs exemples sont significatifs de cette démarche somme toute logique.

194. Tout d'abord, celui de la libre administration des collectivités territoriales. Dans l'affaire *Commune de Venelles*, le premier juge s'était mépris sur la signification de ce principe, considérant que la libre administration était susceptible de s'appliquer aux relations entre les organes d'une collectivité, en l'occurrence entre un maire et son conseil municipal⁷⁸⁷. Ce n'est bien évidemment pas là la signification de ce principe. En droit constitutionnel français et étranger, la libre administration est le droit pour une collectivité de gérer librement les affaires relevant de son domaine de compétence, autrement dit d'exercer ses compétences propres sans intrusion d'une autre personne publique⁷⁸⁸. Elle s'oppose à ce qu'une personne publique, qu'il s'agisse de l'Etat, d'une autre collectivité territoriale ou encore d'un établissement de coopération intercommunale ne vienne entraver son libre fonctionnement. Elle ne peut jouer que dans les relations entre une collectivité et une personne publique tierce. Telle est la signification du principe de libre administration, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat en affirmant que le refus opposé par le maire de Venelles aux demandes de convocation du conseil municipal « ne concerne que les rapports internes au sein de la commune et ne peut, par suite, être regardé comme méconnaissant ce principe »⁷⁸⁹. S'il est possible d'enrichir ce principe en considérant, dans le cadre et sur le fondement des textes qui l'organisent, qu'il implique par exemple l'existence de ressources suffisantes, l'autonomie fonctionnelle ou la liberté de gestion du personnel, il est en revanche contre nature de vouloir appliquer ce principe dans les rapports internes d'une collectivité. La libre administration trouve à s'appliquer non pas dans les relations internes à une collectivité territoriale mais dans les relations entre une collectivité territoriale et une autre collectivité publique. En refusant de consacrer la libre administration sous cet angle, le Conseil d'Etat n'a pas fait preuve de restriction ou de réductionnisme. Au contraire, il « a bien consacré la libre administration des collectivités territoriales dans sa plénitude ; simplement le titulaire de cette liberté étant une personne morale, seuls les or-

787 Cf., retenant une interprétation identique du principe : CA Papeete, ch. civ, 26 février 1992, *Vernaudon c/ Juventin*, JCP G 1992, II, 21926, et la note critique de A. MOYRAND. La Cour d'appel avait affirmé que « ce principe doit être protégé contre l'Etat mais aussi contre certaines émanations de ces collectivités et contre ces collectivités elles-mêmes », le président de l'Assemblée territoriale étant assimilé à une « émanation » de la collectivité.

788 Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que « la libre administration peut être considérée comme la liberté pour des collectivités de gérer leurs propres affaires » (L. FAVOREU et A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », CCC n° 12, 2002, p. 92). Une solution identique prévaut, par exemple, en droit autrichien : « Le droit à l'auto-administration n'est violé que si une autorité publique prend des décisions par lesquelles le droit de la commune à gérer certaines affaires dans son domaine est nié en tant que tel » (O. PFERSMANN, « Rapport autrichien », AIJC 1991/VII, p. 208).

789 CE, Sect., 18 janvier 2001, Morbelli, maire de la Commune de Venelles, *Lebon* p. 18.

ganes de celle-ci peuvent l'invoquer »⁷⁹⁰. Le principe protège la collectivité elle-même contre d'autres personnes publiques, et non pas tel organe contre le comportement de tel autre organe.

195. Un autre exemple est fourni par le principe de libre expression du suffrage auquel « ont pour objet de concourir », selon le juge, les dispositions des articles L. 28 et R. 10 du code électoral. En vertu de ces dispositions, les électeurs, les candidats et les partis politiques ont droit à la communication de la liste électorale et des rectifications qui lui sont apportées chaque année par la commission administrative. Tel qu'organisé par la loi, le principe de libre expression du suffrage ouvre donc aux intéressés le droit à une communication *globale* de la liste électorale et non pas à une communication par bureau de vote. Par conséquent, ce principe n'est pas en cause lorsqu'un maire refuse de faire droit à une demande de communication de cette liste *de façon distincte pour chaque bureau de vote*⁷⁹¹. Ainsi, de manière générale, le juge définit le contenu de la liberté conformément à la législation qui l'organise et la met en œuvre. Ainsi, la liberté syndicale « a pour corollaire la libre constitution des syndicats selon la procédure prévue par la loi » ; en revanche, en l'absence de norme juridique la consacrant, « elle n'implique pas qu'un syndicat puisse fixer son siège dans des locaux administratifs sans l'accord des autorités dont ceux-ci dépendent »⁷⁹².

196. La jurisprudence relative au droit d'asile est également particulièrement intéressante dans la mesure où elle témoigne, d'une part, que le juge des référés ne peut intégrer dans une liberté fondamentale un « droit » qui ne serait pas reconnu par la loi, d'autre part qu'il ne peut maintenir un droit une fois que celui-ci a disparu de la législation.

Tout d'abord, le juge administratif ne peut pas aller contre la volonté du législateur et attribuer à l'administré un droit qu'aucune autorité normative ne lui aurait reconnu. Ainsi, l'article 53-1 de la Constitution reconnaît aux autorités françaises la possibilité de donner asile à un étranger lorsque l'examen de sa demande relève de la compétence d'un autre Etat⁷⁹³. Toutefois, cette disposition ne reconnaît pas un *droit* à ce que l'Etat mette en œuvre cette prérogative mais organise simplement une *possibilité*. Dès lors, et sauf à méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, le juge ne saurait reconnaître comme élément constitutif du droit d'asile un « droit » – qui n'existe pas – à ce que l'Etat fasse usage de cette faculté. La mise en œuvre de cette possibilité

790 L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1742.

791 CE, ord. 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre, Lebon T.* p. 1129. Le juge des référés du Conseil d'Etat annule l'ordonnance par laquelle le premier juge a enjoint au maire de délivrer copie des listes électorales et tableaux rectificatifs établis *pour chaque bureau de vote*.

792 CE, ord. 28 mars 2006, *Commune de Saint-Chély d'Apcher*, n° 291399, mentionnée au recueil *Lebon*.

793 Dans les hypothèses où, en application des stipulations de la convention de Dublin du 15 juin 1990 (à laquelle s'est substituée le règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003), l'examen de la demande d'asile relève de la compétence d'un autre Etat membre de l'Union européenne, l'article 53-1 reconnaît expressément aux autorités de la République « le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».

représente une prérogative de l'Etat et non pas un droit du demandeur d'asile⁷⁹⁴. En l'absence d'obligation pesant sur l'administration, il ne saurait en résulter un droit subjectif pour le demandeur. Dans le même sens, tirant les conséquences des termes de la loi, le juge affirme que le droit constitutionnel d'asile n'implique pas qu'une nouvelle autorisation de séjour soit délivrée après le rejet d'une première demande pour tardiveté de sa présentation. Un tel droit, en effet, ne lui est pas reconnu par la loi⁷⁹⁵. De même, en l'absence de disposition en ce sens, le droit d'asile « n'exige ni n'implique que le demandeur du statut d'*apatride* soit admis provisoirement au séjour en France le temps nécessaire à l'examen d'une demande tendant à l'obtention de cette dernière qualité »⁷⁹⁶.

Inversement, un droit reconnu comme élément constitutif d'une liberté peut disparaître si la législation vient à changer. En effet, le juge ne saurait maintenir un droit comme composante d'une liberté après sa suppression par le législateur. Ainsi, l'asile territorial, reconnu par la loi du 11 mai 1998, était considéré comme un élément protégé par le droit constitutionnel d'asile⁷⁹⁷. A compter de sa suppression par la loi du 10 décembre 2003, qui lui substitue un mécanisme dit de « protection subsidiaire »⁷⁹⁸, le juge des référés ne peut maintenir *contra legem* un droit qui n'existe plus. Le contenu d'une liberté fondamentale peut ainsi varier au gré des évolutions de la législation. Il doit en suivre les changements que ce soit dans le sens de l'enrichissement ou dans celui de l'appauvrissement du contenu des droits.

197. En revanche, une fois respecté le contenu général d'une liberté, le juge des référés en donne une définition large et tire toutes les conséquences qui peuvent en découler. Il peut ainsi en explorer les différentes ramifications et en déduire l'ensemble des implications dans le respect de la législation en vigueur.

794 Voir CE, ord. 2 mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri, Lebon* p. 227. Voir également CE, ord. 4 septembre 2003, *Thanattikul, Lebon T.* p. 928 ; CE, ord. 21 février 2005, *Sutaev*, n° 277757.

795 Voir CE, ord. 16 décembre 2005, *Kabengera et association Forum réfugiés*, n° 287905 ; CE, ord. 5 octobre 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Abalo, Lebon T.* p. 1036, *AJDA* 2006, pp. 204-206, note D. RIBES. Le juge souligne qu'il appartient à l'étranger intéressé de formuler sa demande dans les conditions prévues par la législation et la réglementation en vigueur. Au nombre de ces conditions figure l'exigence de saisir l'Office français de protection des réfugiés et apatrides d'un dossier complet dans un délai de 21 jours à compter de la délivrance de l'autorisation provisoire de séjour. L'ordonnance précise « que ce délai, de caractère impératif, a été fixé dans le souci d'assurer un examen rapide des demandes d'asile ». Il en résulte qu'à la suite du rejet d'une demande d'asile présentée après l'expiration de ce délai, « l'intéressé n'est pas en droit de se voir délivrer une autorisation provisoire de séjour et qu'un refus peut lui être opposé indépendamment des cas énumérés à l'article L. 741-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ».

796 CE, ord. 2 mai 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, n° 292910, mentionnée au recueil *Lebon*.

797 Voir *infra*, § 201. Le ministre de l'Intérieur pouvait, après avis du ministre des Affaires étrangères, accorder l'asile territorial à un étranger dont la vie ou la liberté étaient menacées dans son pays. Le champ couvert par l'asile territorial était plus large que celui que recouvre la qualité de réfugié : des menaces de toute nature, venant ou non des autorités publiques de l'Etat d'origine, permettaient de solliciter la protection du ministre de l'Intérieur.

798 Cette protection est accordée pour une année renouvelable aux personnes qui, sans pouvoir prétendre à la qualité de réfugié, sont exposées à des menaces graves émanant d'autorités de l'Etat, d'organisations qui contrôlent une partie du territoire d'un Etat ou d'acteurs non étatiques, notamment des milices ou des groupes armés.

II. UNE DÉFINITION LARGE, CONCRÈTE ET EXTENSIVE

198. Le juge, tout d'abord, consacre dans leur plénitude les libertés fondamentales qu'il reconnaît. Entre une interprétation minimaliste et une interprétation maximaliste du contenu d'un droit, le juge des référés privilégie le plus souvent l'approche large la plus large qui soit⁷⁹⁹. Ainsi, le secret des correspondances n'est pas limité aux échanges d'ordre exclusivement privé ; il couvre plus largement l'ensemble des courriers personnels. Comme l'indique le commissaire du gouvernement Sophie Boissard, « il protège tous les courriers adressés sous pli fermé à une personne désignée, même à une adresse différente de celle de son domicile personnel, tel que son lieu de travail »⁸⁰⁰. Le champ de la liberté de réunion est également entendu largement. La notion de réunion s'étend notamment aux universités d'été organisées par les partis politiques à la fin des périodes de vacances, dans des villes ou stations de caractère touristique⁸⁰¹. La liberté d'aller et venir se trouve également consacrée dans toutes ses dimensions. Elle comporte la liberté de circuler sur le territoire national⁸⁰², la liberté de se déplacer hors du territoire français⁸⁰³ et la liberté d'y revenir⁸⁰⁴.

De même, le droit de mener une vie familiale normale, traditionnellement confiné au contentieux des étrangers, est entendu de la façon plus large comme le droit, pour quiconque, d'être et de vivre en famille. Cette approche large a pour importante conséquence d'affranchir ce droit du domaine de la police administrative. Dans le contentieux des étrangers, ce droit comprend classiquement le droit au regroupement familial⁸⁰⁵ et se trouve également concerné « lorsque la décision de l'autorité publique sépare une famille déjà constituée et régulièrement établie sur le sol français »⁸⁰⁶. Mais pour le juge des référés, ce droit est plus large puisqu'il peut par exemple être mis en cause en présence d'une décision de placement d'office ordonné par l'autorité préfectorale, notamment lorsque l'établissement psychiatrique est trop éloigné géographiquement du lieu de résidence des membres de la famille⁸⁰⁷.

799 On relève une même volonté de la part de la Cour de Strasbourg. Celle-ci « adopte une interprétation large et extensive des droits garantis, tant en ce qui concerne leur teneur que leur champ d'application (...) » (M. MELCHIOR, *op. cit.*, p. 411).

800 S. BOISSARD, concl. sur CE, 9 avril 2004, Vast, *RFDA* 2004, p. 779. Une conception large est également retenue par la Cour de cassation. La chambre sociale juge que l'employeur ne peut prendre connaissance des messages personnels reçus ou envoyés par le salarié sans l'accord de ce dernier (Soc., 2 octobre 2001, *Société Nikon France SA et M. Onof*, *Bull. civ. V*, n° 291 ; *Dr. soc.* 2001, p. 915, note J.-E. RAY).

801 CE, ord. 19 août 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311.

802 CE, ord. 8 novembre 2001, *Kaigisiz*, *Lebon* p. 545.

803 CE, ord. 9 janvier 2001, *Depertthes*, *Lebon* p. 1 ; CE, ord. 11 octobre 2001, *Tabibou*, *Lebon T.* p. 1133.

804 CE, ord. 11 juin 2002, *Aït Oubba*, *Lebon T.* p. 869

805 CE, ord. 13 janvier 2006, *Rasamoelina*, n° 288434. Ce droit permet à un ressortissant étranger, dont la résidence en France est stable et régulière, de faire venir en France ses enfants mineurs et son conjoint (CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, *Lebon* p. 793, *GAJA* n° 96 ; CC, n° 93-325 DC, 12-13 août 1993, cons. 70, *Rec. p.* 224, *GDCC* n° 46).

806 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur cf Tliba*, *RFDA* 2002, p. 331.

807 CE, ord. 14 octobre 2004, *Arre*, n° 273047.

199. La présomption d'innocence est également entendue largement. Le juge des référés a considéré, dans l'ordonnance *Gollnisch* du 14 mars 2005, que ce principe s'étend au-delà de la sphère du procès pénal⁸⁰⁸. Son respect « implique qu'en matière répressive la culpabilité d'une personne faisant l'objet de poursuites ne puisse être présentée publiquement comme acquise avant que ne soit intervenue une condamnation devenue irrévocable ». Pour le juge des référés, « le respect de cette exigence s'impose, non seulement devant les instances chargées de l'instruction puis du jugement de l'affaire, mais également vis-à-vis d'autres autorités publiques ». Il en découle pour celles-ci certaines obligations très précisément énoncées par le juge. Certes, le respect de ce principe ne saurait « faire obstacle à ce que l'autorité en charge des poursuites ou de l'instruction rassemble tous éléments de preuves susceptibles d'étayer à ses yeux un verdict de culpabilité ». En outre, « la présomption d'innocence doit être conciliée avec l'information du public sur le déroulement des instances répressives en cours dans le respect des règles définies par les lois et règlements ». Toutefois, dans l'hypothèse où un enseignant-chercheur est accusé d'avoir gravement méconnu ses obligations déontologiques, les pouvoirs du recteur d'académie sont limités par l'obligation de respecter la présomption d'innocence. Dans une telle hypothèse, il lui est loisible, en cas de défaillance du président de l'établissement, d'engager la procédure disciplinaire après avoir le cas échéant rassemblé tous éléments de preuve nécessaires. Il lui est également possible d'informer le public sur l'état d'avancement de la procédure. Mais, s'il décide de communiquer sur la question, « il doit, sauf à porter atteinte à la présomption d'innocence, s'abstenir de préjuger de l'issue des poursuites ».

En fournissant ainsi des indications très précises sur la conciliation à opérer entre l'information du public et la présomption d'innocence, le juge donne une définition *concrète* de ce principe dans l'hypothèse d'une procédure disciplinaire. Il détermine de façon pratique quelles sont les bornes et la consistance de la présomption d'innocence dans une hypothèse factuelle particulière. Cette façon de procéder est une conséquence du caractère concret du contrôle exercé par le juge des référés. La question du contenu des droits se pose sous des angles renouvelés par rapport au contentieux constitutionnel. A la différence d'un juge exerçant un contrôle abstrait, le juge des référés peut définir le contenu des libertés fondamentales au plus près de la réalité. Il est ainsi conduit à déterminer quelle doit être, de manière générale, la portée de telle liberté dans une situation factuelle donnée.

200. Pour autant, l'approche n'est pas seulement large et concrète ; elle est aussi extensive. Les éléments que recèle une liberté fondamentale peuvent être dégagés ou révélés par le juge dès lors qu'ils en constituent le prolongement nécessaire. Le juge des référés extrait de la norme de liberté fondamentale toutes les potentialités qu'elle

808 CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103. La Cour européenne des droits de l'homme affirme également que la présomption d'innocence doit être respectée par les autorités publiques et non pas uniquement dans le procès pénal (voir CEDH, 10 février 1995, *Alenet de Ribemont c/ France*, série A, n° 308 ; *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (F. SUDRE et alii), 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit, 2005, arrêt n° 29).

recèle. Il part du noyau dur qui constitue la liberté en cause, c'est-à-dire ce qui forme son essence. A partir de là, en respectant sa substance de base, il s'autorise à déduire de cette norme-souche tous les éléments qu'elle peut comprendre et à explorer toutes les ramifications qu'elle peut comporter. Parfois, cet élément constitutif sera expressément rattaché à une norme qui le consacre. Ainsi, la « libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte » est issue de la loi du 9 décembre 1905, dont plusieurs dispositions confèrent aux associations cultuelles et aux fidèles la libre disposition des biens affectés au culte⁸⁰⁹. D'autres fois, cet élément constitutif est déduit du texte proclamant la liberté fondamentale et combiné avec les textes qui la mettent en œuvre dans un domaine précis. Par exemple, le juge affirme que la liberté d'aller et venir « a pour corollaire que toute personne dont la nationalité française et l'identité sont établies, puisse, sous réserve de la sauvegarde de l'ordre public et du respect des décisions d'interdiction prises par l'autorité judiciaire, obtenir, à sa demande, un passeport »⁸¹⁰. En cette hypothèse, la composante de la liberté d'aller et venir est déduite des dispositions combinées de la Constitution et des textes relatifs aux conditions de délivrance et de renouvellement des passeports. Ces libertés « engendrées » sont parfois qualifiées de « corollaire » ou d'« accessoire » de la liberté-souche. Dégagées à partir de celles-ci, elles en constituent ensuite une facette ou une composante⁸¹¹.

Pour consacrer une liberté corollaire, et à l'instar du critère de l'accessoire utilisé en matière de domanialité publique, le juge des référés prend en compte l'utilité qu'elle présente pour la liberté-souche ou le lien qui la relie à celle-ci. Cette technique de reconnaissance de nouveaux droits et libertés n'est pas propre au juge du référé-liberté. On en trouve des applications dans le contentieux constitutionnel, notamment en France⁸¹² et au

809 CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat, Lebon* p. 386. Le juge indique que la liberté du culte, telle qu'elle est régie par la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, « ne se limite pas au droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public ». Dans le cadre de cette loi, « elle a également pour composante la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte ».

810 CE, ord. 26 avril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LA-MALL, Lebon T.* p. 1034 ; CE, ord. 10 août 2005, *Diabira*, n° 283444.

811 Par exemple, le juge des référés qualifie la liberté de disposer de ses biens au sens strict – c'est-à-dire l'*abusus* – de « corollaire » du droit de propriété (CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408). Or, il est constant que l'*abusus* représente un attribut et non pas un corollaire du droit de propriété. La libre disposition ne découle ni ne résulte du droit de propriété ; elle en est l'un des éléments constitutifs. Elle fait partie du « contenu du droit de propriété » (P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, précis, 1998, n° 107). Elle est l'« attribut capital de la propriété » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, 19^{ème} éd., PUF, 2000, n° 25) ; elle constitue « un attribut essentiel du droit de propriété » (CC, n° 96-373 DC, 9 avril 1996, cons. 22, *Rec.* p. 43 ; n° 98-403 DC, 29 juillet 1988, cons. 40, *Rec.* p. 276). Partant, la notion de « corollaire », telle qu'utilisée par le juge du référé-liberté, doit être entendue comme synonyme de « composante ». Par exemple, le droit de solliciter l'asile territorial était qualifié de corollaire du droit constitutionnel d'asile alors qu'il en était l'un des éléments constitutifs.

812 Le Conseil constitutionnel a affirmé que le principe de non rétroactivité des textes à caractère répressif a pour corollaire l'interdiction pour le législateur « de faire renaître en cette matière une prescription légalement acquise » (CC, n° 88-250 DC, 29 décembre 1988, cons. 6, *Rec.* p. 267). De façon explicite, le principe du caractère contradictoire de la procédure a été qualifié de corollaire du principe des droits de la défense (CC, n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, cons. 58, *Rec.* p. 110). Voir B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de droits fondamentaux », *D.* 1995, pp. 211-212.

Portugal⁸¹³, dans la jurisprudence de la Cour suprême espagnole⁸¹⁴ ou bien encore dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme⁸¹⁵. Dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, cette technique a donné lieu à des applications remarquées en ce qui concerne le droit d'asile et, plus encore, le droit de propriété.

201. Pour le juge des référés, le droit d'asile comporte, tout d'abord, le droit de solliciter le statut de réfugié⁸¹⁶. Il comporte, ensuite, le droit de demeurer sur le sol français durant le traitement de sa demande par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et, le cas échéant, la Commission de recours des réfugiés⁸¹⁷. Le droit au séjour provisoire s'exerce dans les conditions et les limites prévues par la loi⁸¹⁸. Les garanties sus-mentionnées étant toutes prévues par la loi, leur reconnaissance par le juge des référés était parfaitement naturelle. En revanche, ce dernier a eu une part d'initiative

813 Pour le Tribunal constitutionnel portugais, le droit à un double degré de juridiction en procédure pénale est un corollaire du principe des garanties de la défense du prévenu ; le droit à la connaissance et à la reconnaissance de la paternité est un corollaire du droit à « l'identité personnelle » et du droit à « l'intégrité morale » des personnes ; le droit d'une personne de s'opposer, pour des raisons de conscience, à l'utilisation de son propre cadavre est le corollaire du droit à l'intégrité morale (cf. J.-M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport portugais », *AJJC 1990/VI, VIII^e Conférence des cours constitutionnelles européennes*, Ankara 7-10 mai 1990, pp. 185-186).

814 La Cour suprême a jugé que le droit, pour les parents, de choisir l'établissement d'enseignement de leur enfant, est un corollaire du droit à l'éducation libre (Arrêt de la Cour suprême d'Espagne, 21 juillet 2000, reproduit in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives 2003*, n° 3, La documentation française, 2004, pp. 200-208).

815 Comme l'indique Mme Potvin-Solis, « L'interprétation évolutive de la Cour a permis une protection de certains droits qui n'y étaient pas initialement inscrits, par la théorie dite de la « protection par ricochet » » (L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.*, p. 245 ; voir spécialement les exemples cités p. 662 et s.).

816 CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12 ; CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146. Le demandeur disposait de même, avant sa suppression par la loi du 10 décembre 2003, du droit de solliciter du ministre de l'Intérieur l'asile territorial (CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T.* p. 1126 ; CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45).

817 Le droit constitutionnel d'asile, qui a pour corollaire le droit de statut de réfugié, « implique que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande » (CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146 ; CE, ord. 4 septembre 2003, *Thanattikul, Lebon T.* p. 928). Le droit au séjour provisoire était également valable dans le cadre de l'asile territorial durant l'examen de la demande par les services du ministère de l'Intérieur (CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T.* p. 1126). Ce droit avait été consacré par le Conseil constitutionnel dans la décision précitée 93-325 DC. Pour le Conseil, « le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande » (cons. 84).

818 Par suite, l'étranger ne peut se prévaloir de ce droit en cas de demandes présentées hors délais (voir *supra*, § 196). Ce droit peut également lui être refusé par l'autorité administrative lorsque sa demande présente un caractère manifestement infondé. Voir CE, ord. 24 octobre 2005, *MBIZI MPASSI*, n° 286247 ; CE, ord. 17 mars 2006, *Saidov*, n° 291214 : le droit de solliciter le statut de réfugié « implique que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; (...) c'est seulement dans le cas où celle-ci est « manifestement infondée » que le ministre de l'Intérieur peut, après avis de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), lui refuser l'accès au territoire ».

nettement plus importante en reconnaissant que la liberté fondamentale de solliciter le statut de réfugié inclut le droit de bénéficier d'une procédure d'examen de sa demande d'asile conforme aux garanties qui doivent s'y attacher⁸¹⁹. La reconnaissance de ce droit résulte d'une synthèse de plusieurs dispositions applicables en ce domaine⁸²⁰.

202. Néanmoins, c'est en matière de droit de propriété que la technique du corollaire a donné lieu à ses applications les plus notables. De manière relativement classique, le juge des référés a tout d'abord considéré que ce droit comprend l'*abusus*, c'est-à-dire le droit de disposer de ses biens au sens strict⁸²¹ ainsi que l'*usus* et le *fructus*, le droit pour le propriétaire d'user de ses biens et d'en récolter les fruits⁸²². Le juge a également reconnu que le droit de propriété avait pour corollaire le droit pour les riverains de disposer d'un libre accès à la voie publique⁸²³. Il inclut également le droit au sursis de paiement découlant de l'article L. 277 du livre des procédures fiscales⁸²⁴. De manière plus audacieuse, le juge des référés a affirmé que le droit de propriété comprend le droit, pour le locataire, de « disposer » des biens pris à bail⁸²⁵. Ainsi, le libre usage d'un bien est protégé en quelques mains qu'il se trouve, aussi bien celles du propriétaire que celles du locataire (lorsque le propriétaire en cède contractuellement, et pour une durée limitée, la jouissance à un tiers). Le locataire bénéficie alors de l'*usus* et peut s'en prévaloir devant le juge du référé-liberté⁸²⁶. Le terme « disposer » doit ici encore être compris comme synonyme d'« utiliser », le locataire ne bénéficiant en tout état de cause que de l'*usus* et du *fructus* mais non point de l'*abusus*. Dans ses décisions, le juge des référés présente le droit du locataire sur le bien sous les traits d'un « corollaire » du droit de propriété. Des auteurs ont critiqué la corrélation ainsi établie au motif, selon eux, que

819 CE, ord. 25 novembre 2003, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales / Nikoghosyan, *Lebon T.* p. 927.

820 Voir *supra*, §127. Dans la décision *Nikoghosyan*, le juge des référés indique que la liberté fondamentale de solliciter le statut de réfugié se trouverait compromis si l'examen de la demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes par un ressortissant d'un pays tiers s'effectuait sans la présence de son auteur, seul à même d'apporter les justifications exigées et de répondre aux interrogations des autorités en charge de l'instruction du dossier.

821 Voir par exemple : CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408 (réalisation d'un projet de vente) ; CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin*, *Lebon T.* p. 1126 (possibilité d'aliéner un cheptel bovin)

822 Voir par exemple l'ordonnance *Gaz de France* précitée, qui évoque, à propos de « la liberté de disposer d'un bien » la possibilité pour le propriétaire de tirer de l'immeuble les revenus qu'il pouvait en escompter. Les biens en cause peuvent être autant des biens meubles que des biens immeubles (CE, ord. 8 novembre 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon* p. 491). Il faut noter que le juge des référés évoque ici la « libre disposition » des biens mais cette fois dans son sens commun, comme synonyme de libre utilisation et non pas dans son acception stricte ou civiliste. Elle désigne la possibilité d'utiliser un bien au sens large et ne se réduit pas à la seule possibilité d'aliéner.

823 CE, ord. 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* p. 253.

824 CE, ord. 13 juin 2007, *Soppelsa*, n° 306252, publiée au recueil *Lebon*.

825 CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* p. 117 : « le droit de propriété a, comme son corollaire qu'est le droit pour le locataire de disposer librement des biens pris à bail, le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative ».

826 A l'inverse, le juge de la voie de fait a toujours refusé d'étendre au locataire le bénéfice du droit de propriété. L'atteinte à l'usage des biens doit concerner le propriétaire et ne peut être invoquée que par celui-ci. Par conséquent, le locataire d'un immeuble ne peut se prévaloir de l'existence d'une voie de fait à son encontre (Civ. 1^{ère}, 18 juin 1974, *Bull. civ.* I, n° 197).

le droit du locataire ne saurait procéder du droit de propriété⁸²⁷. Leur critique repose sur l'idée que le droit du propriétaire, droit réel, ne saurait fonder le droit du locataire, droit personnel⁸²⁸. Cela étant, l'approche est par trop réductrice. Il convient en effet de raisonner en termes de normes et d'obligations juridiques et non pas à partir d'une « distinction fallacieuse »⁸²⁹ entre droit réel et droit personnel. A travers ce lien de déduction, le juge administratif fait simplement dériver une norme d'une autre norme dans la mesure où toutes deux portent sur un objet identique : le bien pris à bail. Une obligation juridique pèse sur l'administration lui imposant de respecter les prérogatives conventionnellement dévolues au locataire. Si le droit du locataire consiste au premier chef à obtenir du bailleur la jouissance de la chose louée, un tel droit n'en demeure pas moins opposable à toutes les personnes, y compris les tiers à la convention parmi lesquelles figurent notamment les personnes morales de droit public⁸³⁰.

203. Il faut enfin mentionner le cas de certaines libertés fondamentales dont le contenu est à ce point indéterminé que le juge du référé-liberté dispose, pour décider ce qu'elle recouvre, d'une marge de manœuvre presque illimitée. La notion de « liberté personnelle », apparue dans la jurisprudence constitutionnelle dans la décision 244 DC⁸³¹, est indubitablement un modèle du genre. Cette notion est en effet affectée d'une grande incertitude quant à son contenu. Au regard des rares éléments jurisprudentiels sur lesquels il est possible de s'appuyer dans la jurisprudence constitutionnelle, M. Renoux a affirmé que « le respect de la liberté personnelle s'oppose à ce que toute personne physique mais aussi certainement personne morale, ne soit l'objet de mesures coercitives, tatillonnes ou vexatoires, qui, sans entamer sa liberté individuelle et notam-

827 D'aucuns ont affirmé que le raisonnement du juge des référés s'apparente à « un tour de passe-passe » (Y. LEQUETTE, note sous CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et CE*, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *RFDA* 2003, p. 386) ou que la déduction repose « sur un rattachement quelque peu artificiel » (E. SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDJ* 2004, p. 239).

828 M. Pez affirme ainsi que « L'objet du droit de propriété est une chose, un bien (l'immeuble), celui du droit du locataire une obligation, une prestation (la libre jouissance de l'immeuble). Le droit de propriété est un rapport entre une personne et une chose (*jus in re* : droit sur une chose), le droit au bail un rapport entre deux personnes (*jus ad personam* : droit à l'encontre d'une personne) » (T. PEZ, « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA* 2003, p. 376). Il en résulte, selon lui, que « Le corollaire d'un droit réel peut être un autre droit réel, non un droit personnel. (...) Le droit du locataire sur le propriétaire découle non du droit du propriétaire mais du contrat de bail, non du bien mais de l'obligation » (*op. cit.*, p. 377). « Le locataire a certes des droits mais pas directement sur le bien qu'il occupe : ses droits s'exercent sur le propriétaire bailleur, dont il a le droit d'obtenir la jouissance de son bien » (*ibid.*).

829 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 136. Voir *supra*, § 151.

830 On remarquera que dans une décision du 26 mai 1993, la Cour constitutionnelle fédérale allemande est parvenue à un résultat identique en faisant intervenir une dimension objective du droit de propriété. Le professeur Fromont signale que dans cette décision, la Cour constitutionnelle étend la garantie constitutionnelle de la propriété au droit du locataire sur son logement et « plus précisément à son droit de possession puisqu'en droit civil allemand la protection objective de la possession conduit à considérer le locataire comme un possesseur » (M. Fromont, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993 », *RDJ* 1995, p. 340). Sur cette décision, voir également T. MEINDL, *op. cit.*, p. 145.

831 CC, n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Rec.* p. 119.

ment sa liberté d'aller et venir, n'en définissent pas moins sans nécessité une technique d'amenuisement progressif de sa liberté d'action, en particulier de l'autonomie de sa volonté »⁸³². Comme l'a souligné M. Lichère, la consécration de la liberté personnelle dans le cadre de l'article L. 521-2 « s'avère intéressante au regard des potentialités de la liberté en cause, malgré le flou qui l'entoure et peut-être précisément grâce à ce flou ». Il affirme que la notion prétorienne de liberté personnelle « pourrait devenir (...) pour le juge administratif une notion fonctionnelle, lui permettant d'inclure des libertés non explicitement consacrées dans un texte »⁸³³.

Le voile entourant cette notion a été en partie levé par une série de décisions rendues par le juge du référé-liberté. Tout d'abord, cette liberté a été considérée comme méconnue dans un cas de retrait de documents d'identité des membres d'une famille de nationalité française⁸³⁴ et dans un refus injustifié de délivrer un passeport aux enfants du requérant⁸³⁵. De même, il a été jugé que la liberté personnelle « implique, s'agissant des personnes de nationalité française, qu'elles puissent, après que l'administration a pu s'assurer que les pièces produites par le demandeur sont de nature à établir son identité et sa nationalité, se voir délivrer la carte nationale d'identité »⁸³⁶. Le juge a pu également préciser « que cette liberté implique notamment qu'un ressortissant étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement ne puisse être renvoyé dans un Etat pour lequel il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'il s'y trouverait exposé à un risque réel pour sa personne du fait des autorités de cet Etat, soit même du fait de personnes ou groupes de personnes ne relevant pas des autorités publiques, dès lors que, dans ce dernier cas, les autorités de l'Etat de destination ne sont pas en mesure de parer à un tel risque par une protection appropriée »⁸³⁷. Néanmoins, c'est l'ordonnance *Bunel* qui a fourni les plus précieuses indications sur cette liberté, en évoquant « le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle *qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui* »⁸³⁸. La liberté personnelle vise ainsi à limiter le degré de contraintes pesant sur l'individu. Elle tend à épargner à la personne les contraintes, sujétions et sacrifices dépassant ce qu'implique normalement la situation dans laquelle elle se trouve.

On relèvera enfin que le contenu de la liberté personnelle pourrait recouper, sur certains points, celui de la liberté individuelle. Il a en effet été considéré, dans des affaires concernant la reconduite à la frontière de ressortissants étrangers condamnés à une peine d'interdiction du territoire, que la prohibition de la torture et des traitements

832 T. S. RENOUX et M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} éd., Litec, 2005, n° 1245.

833 F. LICHÈRE, Note sous CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalous*, JCP G 2002, II, 10003, p. 40. Sur cette notion, voir A. PARIENTE, « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, pp. 267-282 ; P. PEREON, *La protection constitutionnelle de la liberté personnelle*, thèse Toulon, 2001, 529 p. ; *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?* (H. ROUSSILLON et X. BIOY dir.), Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006, 156 p.

834 CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

835 CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranter, Lebon T.* p. 875.

836 CE, ord. 26 avril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LA-MALI, Lebon T.* p. 1034.

837 CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo, Lebon T.* p. 915.

838 CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388.

inhumains et dégradants était un élément constitutif de la liberté individuelle *et* de la liberté personnelle⁸³⁹. En rattachant le droit de ne pas être soumis à la torture ni de subir des traitements inhumains ou dégradants à la liberté individuelle et à la liberté personnelle, le juge des référés entend inclure dans ces libertés le droit à l'intégrité physique.

204. Déterminant le contenu des libertés, le juge des référés doit également en fixer les limites. Par exemple, il déclare que, pour son bénéficiaire, la liberté d'entreprendre « s'entend de celle d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et conformément aux prescriptions qui lui sont légalement imposées »⁸⁴⁰. Cette limite semble en réalité commune à toutes les libertés de faire dont l'exercice est strictement encadré. Ainsi, le juge des référés en a transposé l'application au droit de propriété, liberté fondamentale qui « a pour corollaire la liberté pour le propriétaire de disposer de ses biens *dans le respect des lois et règlements* »⁸⁴¹. De même, le libre exercice de leurs mandats par les élus locaux n'est pas absolu ; il peut être limité mais il « ne peut être limité ou restreint que pour des motifs trouvant leur fondement dans des dispositions ou des principes généraux du droit destinés à assurer le bon fonctionnement des organes délibérants des collectivités territoriales de la République ou de leurs organes exécutifs »⁸⁴². Le juge a également estimé que le droit de consentir à un traitement médical pouvait être limité en cas de risque de décès du patient. Cette limite ne figurant dans aucune disposition, la liberté de consentir au traitement a fait l'objet d'une définition amoindrissante de son contenu par rapport à la norme-source. Il s'agit de la seule et unique liberté fondamentale ayant fait l'objet

839 La rédaction de l'ordonnance *Hamani* est à cet égard particulièrement significative, puisqu'elle utilise les deux expressions. Pour contester l'arrêté préfectoral fixant l'Algérie comme pays de destination de la reconduite à la frontière, le requérant invoquait les stipulations de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge des référés affirme « qu'il se réfère ainsi à la *liberté individuelle* qui est au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». Après avoir passé en revue les arguments du requérant tendant à établir la réalité des menaces qu'il allègue, le juge affirme que la décision fixant l'Algérie comme pays destination ne peut être regardée « comme portant une atteinte manifestement illégale à la *liberté personnelle* » (CE, ord. 15 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* p. 466). Auparavant, et sans reconnaître explicitement la liberté personnelle comme une liberté fondamentale, le juge des référés avait déclaré dans l'ordonnance *Djalout* que « la fixation du pays de renvoi est susceptible d'affecter gravement la *liberté personnelle* d'un ressortissant étranger dans le cas où il se trouverait, de ce fait, exposé à des risques de la nature de ceux visés par l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158). Dans une décision *Chikh*, intervenue après l'ordonnance *Hamani*, il ne mentionnera plus que la liberté personnelle. Les données de l'espèce sont strictement identiques à celles de l'affaire *Hamani*. Le requérant, reconduit vers l'Algérie, se réfère à l'article 3 de la convention européenne pour contester l'arrêté fixant l'Algérie comme pays de destination. Le juge affirme « qu'il se réfère par là même à sa *liberté personnelle* qui est au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 20 décembre 2001, *Chikh*, n° 241154).

840 CE, ord. 25 avril 2002, *Société Savia Industries, Lebon* p. 155.

841 CE, ord. 13 juillet 2005, *Société Combé Chavat 2*, n° 282220.

842 CE, ord. 11 avril 2006, *Tefaarere, Lebon* p. 197. Il résulte de cette même décision que le libre exercice de leur mandat par les élus locaux comprend le droit pour un élu de démissionner.

d'une interprétation appauvrissante de son contenu par rapport à l'énoncé textuel la consacrant en droit positif.

SECTION 3. LE CONTRE-EXEMPLE DU CONSENTEMENT AUX SOINS MÉDICAUX

205. Le principe du consentement médical implique la liberté pour le patient de choisir les soins qui lui sont prodigués⁸⁴³. Il permet notamment de s'opposer à des soins non désirés. La question est de savoir jusqu'à quel point le corps médical doit s'incliner devant la volonté du patient, en particulier lorsque celui-ci refuse un traitement médical indispensable à sa survie. « La problématique essentielle est de savoir si une décision éminemment personnelle du patient, à laquelle il est tellement attaché qu'il la maintient au péril de sa vie, doit être respectée »⁸⁴⁴. Le corps médical peut-il enfreindre la volonté du patient dans l'objectif de le sauver ? Lorsque le malade, sans rechercher la mort, envisage néanmoins celle-ci comme une conséquence possible de son choix, lorsque subir le traitement lui apparaît à ce point insupportable qu'il préfère y laisser sa vie, peut-on lui imposer de force et contre son gré un traitement qu'il refuse catégoriquement ? A la question de savoir s'il faut systématiquement s'incliner devant la volonté du patient, le législateur a apporté une réponse positive, la loi a érigé en principe absolu le respect de la volonté du patient. *Contra legem*, le juge administratif y a apporté une réponse négative, estimant que la volonté du patient n'est plus prise en compte lorsque sa vie est menacée. Le juge des référés a tempéré le principe proclamé par la loi en en faisant un principe simplement relatif.

I. UN PRINCIPE ABSOLU POUR LE LÉGISLATEUR

206. La réglementation traditionnelle n'établissait pas de hiérarchie entre l'obligation de soins du médecin et le respect du consentement du patient. Répondant à une demande de clarification que lui avait implicitement adressé le Conseil d'Etat, le législateur a posé en principe absolu le droit au consentement médical.

843 Pour un panorama de la jurisprudence administrative, judiciaire et européenne, voir *GP* 5 janvier 1999, numéro spécial *Le consentement aux actes médicaux*, pp. 1-50 ; J.-P. GRIDEL, « Le refus de soins au risque de la mort », *GP* 19-20 juin 2002 spécial *Droit de la santé*, pp. 997-1003 ; A. GARAY, « Le consentement à l'acte médical au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *LPA* 18 juin 1997, n° 73, pp. 9-12.

844 A. DORSNER-DOLIVET, « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », *RFDA* 2003, p. 529.

A. Les incertitudes de la réglementation classique

207. La réglementation traditionnelle ne fixait pas de manière claire les limites du droit au consentement. L'article 36 du code de déontologie médical, issu du décret du 6 septembre 1995, ne réservait pas l'hypothèse particulière de l'urgence vitale mais ne la visait pas non plus. Les dispositions législatives n'établissaient pas non plus de hiérarchie entre l'obligation de soins du médecin et le consentement du patient. L'article 16-3 du code civil, issu de la loi du 29 avril 1994 dite loi *bioéthique*, pose l'exigence du consentement préalable à tout acte médical en prévoyant : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Cette disposition, qui excepte l'hypothèse de l'urgence, a toutefois un champ d'application limité : elle correspond à la situation du patient hors d'état d'exprimer sa volonté et non pas à celle du patient majeur capable de s'exprimer. Par ailleurs, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique autorisait « la personne malade (...) à s'opposer à toute investigation ou thérapeutique » mais une grande incertitude régnait sur la portée de cet article. En effet, ce texte était à l'origine issu de la loi du 9 juin 1999 comportant un titre 1^{er} consacré aux « droits de la personne malade » mais, dans son intitulé même, cette loi visait à « garantir le droit d'accès aux soins palliatifs ». Par conséquent, ce texte « laissait à penser que le droit de s'opposer aux soins devait être regardé comme un droit de s'opposer à l'acharnement thérapeutique et de choisir une démarche palliative »⁸⁴⁵.

208. C'est dans ce contexte juridique incertain qu'intervient l'affaire *Senanayake*. Un hôpital ayant pratiqué une transfusion sanguine malgré l'opposition du patient, le juge devait déterminer si la réalisation d'un acte médical contre la volonté de la personne constituait une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration⁸⁴⁶. La Cour administrative d'appel de Paris estime que l'obligation de soins du médecin doit prévaloir de façon absolue sur le consentement du patient lorsque la survie de ce dernier est en jeu. La décision énonce une règle générale : « l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en état de l'exprimer (...) trouve (...) sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu ». Dans ces conditions, le comportement du médecin, qui accomplit les actes indispensables à la survie du patient, « ne saurait » être qualifié de fautif, alors même qu'il violerait l'obligation de respecter la volonté du malade⁸⁴⁷. Implicitement,

845 A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.*, p. 532.

846 Le patient avait refusé de subir une transfusion en raison de son appartenance aux Témoins de Jéhovah. Sur la question des refus de transfusion sanguine, voir *Consentement éclairé et transfusion sanguine. Aspects juridiques et éthiques* (A. GARAY et S. GROMB dir.), éditions ENSP, 1996, 254 p.

847 CAA Paris, 9 juin 1998, *Donyoh et Senanayake* (2 espèces), *RFDA* 1998, pp. 1231-1242, concl. Mme HEERS. Cette solution était le fruit d'une réflexion exposée par le commissaire du gouvernement Mme Heers, et liée aux incertitudes législatives.

ce raisonnement conduit à faire prévaloir dans tous les cas l'obligation de sauver la vie sur l'obligation de respecter la volonté individuelle, mais aussi à exclure systématiquement la commission d'une faute. Un pourvoi en cassation est formé devant le Conseil d'Etat. Le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux propose une solution diamétralement opposée à celle retenue par la juridiction d'appel. Il préconise de s'incliner sans réserve devant la volonté du patient, y compris lorsque la vie de celui-ci se trouve immédiatement menacée par son opposition à un acte médical : « Nous croyons (...) que dans l'hypothèse où le patient est conscient et jouit de toutes ses facultés mentales au moment où sa vie se trouve menacée, et où il maintient clairement et fermement son refus de subir un acte déterminé, le devoir des médecins est de s'abstenir »⁸⁴⁸.

Le décalage entre la solution retenue par la cour administrative d'appel et celle proposée par le commissaire du gouvernement s'explique par les incertitudes de la réglementation applicable. Cette ambiguïté sur l'état du droit va précisément justifier pour le Conseil d'Etat le refus de toute hiérarchisation entre l'obligation de soins du médecin et le respect du consentement du patient⁸⁴⁹. Le Conseil exclut de faire prévaloir de façon générale l'obligation de soins, comme l'a fait la cour d'appel, ou le principe du consentement, comme le proposait le commissaire du gouvernement. Il n'adhère à aucune de ces deux solutions. Le juge de cassation reproche à la cour d'avoir « entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade ». Evoquant le dossier, il admet cependant que le choix du médecin d'accomplir un acte indispensable à la survie du patient et proportionné à son état, compte tenu de la situation extrême dans laquelle il se trouvait, ne constitue pas une faute malgré l'obligation de respecter sa volonté⁸⁵⁰. La décision d'administrer des soins indispensables à la poursuite du processus vital appartient en dernier ressort à l'équipe médicale, même en cas de refus du patient de recevoir de tels soins. Alors qu'en l'espèce le patient avait manifesté clairement son opposition aux soins, le médecin n'engage pas la responsabilité de l'hôpital alors qu'il passe outre ce refus.

848 Concl. D. CHAUVAUX sur CE, Ass., 26 octobre 2001, *Senanayake*, *RFDA* 2002, p. 151. Le commissaire du gouvernement indiquait : « il nous semble radicalement impossible de considérer que le droit d'une personne de recevoir des soins puisse se transformer en une obligation de les subir » (*op. cit.*, p. 150). « Le patient qui refuse un acte médical choisit simplement, comme il est libre de le faire, de ne pas user de son droit aux soins, et sa volonté doit être respectée » (*op. cit.*, p. 151).

849 CE, Ass., 26 octobre 2001, *Senanayake*, *Lebon* p. 514 ; *RFDA* 2002, pp. 156-162, note D. DE BECHILLON ; *Dr. adm.*, comm. n° 40, note E. AUBIN ; *D.* 2001, IR, p. 3253, obs. X. ; *AJDA* 2002, pp. 259-263, note M. DEGUERGUE ; *LPA* 15 janvier 2002, n° 11, pp. 18-21, note C. CLEMENT ; *RDSS* 2002, n° 38(1), pp. 41-51, note L. DUBOUIS ; C. GUETTIER, *chron. LPA* 19 août 2002, n° 165, pp. 8-13 ; *GP* 16-17 octobre 2002, p. 27 et s., note J.-J. FRION. Voir également l'étude de A. MEERSCH, « Le refus de soins devant le Conseil d'Etat », *Dr. adm.* 2002, *chron.* n° 13 ; J. MOREAU, *JCP G* 2002, II, 10025.

850 La motivation est exprimée par un considérant très précis : « Considérant que, compte tenu de la situation extrême dans laquelle M. Senanayake se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de le sauver, d'accomplir un acte *indispensable à sa survie et proportionné à son état* ; que, dans ces conditions, et quelque fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris ».

209. Ce faisant, le Conseil d'Etat parvient à la même solution que la cour administrative d'appel, en employant des moyens juridiques qui ne sont pas fondamentalement différents, mais à travers une démarche qui lui évite soigneusement de se prononcer sur la question d'une hiérarchisation entre l'obligation du médecin et le consentement du malade. « Selon toute évidence », affirme M. de Béchillon, « l'ambition de cet arrêt était de renvoyer au législateur une balle avec laquelle le Conseil d'Etat ne voulait absolument pas jouer »⁸⁵¹. En effet, affirme l'auteur, « si le Conseil d'Etat a cassé l'arrêt de la cour administrative d'appel, ce n'est pas du tout parce qu'il en désapprouvait l'issue, ni même, au fond, la motivation, mais parce qu'il entendait poursuivre un autre objectif, que l'on peut qualifier de politique : sommer le législateur de prendre ses responsabilités en prenant l'initiative de dire *generaliter* si, oui ou non, l'on décide, en France, de permettre à un patient d'exiger qu'on le laisse mourir »⁸⁵². En clair, « le juge met le législateur en face de ses responsabilités en l'incitant à consacrer une norme nouvelle à travers une alternative simple : laisser le patient décider de son sort, voire de sa mort, ou obliger le médecin à le sauver malgré lui »⁸⁵³.

B. La consécration d'un principe absolu en 2002

210. Sommé de prendre ses responsabilités, le législateur va venir préciser l'état du droit par la loi du 4 mars 2002. De façon très explicite, il consacre le droit au consentement comme un principe absolu. S'alignant sur les solutions prévalant en droit européen et dans de nombreux pays, il affirme la primauté du consentement sur l'obligation de soins.

211. Deux textes servent de référence au niveau européen. La *Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe*, signée à Amsterdam les 28-30 mars 1994 contient un §3 consacré au consentement. Après avoir rappelé qu'aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement éclairé et préalable du patient, ce paragraphe reconnaît à ce dernier le droit de refuser un acte médical ou de l'interrompre en exigeant du médecin que la portée d'un tel refus ou d'une telle interprétation lui ait été clairement exposée. En aucun cas, cependant, cette déclaration ne permet au médecin de passer outre au refus du patient pour des raisons tirées d'une nécessité vitale. De même, une *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* a été signée sous l'égide du Conseil de l'Europe le 4 avril 1997⁸⁵⁴. Ce texte constitue une convention-cadre : elle constitue un minimum et réserve à chaque Etat signataire la possibilité ultérieure de traiter des questions particulières avec plus de détails (article 27). Son article 5 dispose qu'une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après un consentement libre et éclairé donné par la personne ; elle reconnaît à celle-ci la faculté de le retirer librement à tout moment. Ce minimum ne réserve pas l'hypothèse

851 D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 161.

852 D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 162.

853 A. PARIENTE, « Le refus de soins : réflexions sur un droit en construction », *RDP* 2003, p. 1432.

854 Conseil de l'Europe, STE n° 164.

de la nécessité vitale. Les compléments qui lui seront éventuellement apportés en droit interne ne pouvant aller que dans le sens d'une protection plus grande, ils n'auront pas la possibilité d'introduire une telle restriction. Dans ces deux instruments, le droit au consentement est présenté comme un principe absolu. A la lecture de ces textes, « il apparaît clairement qu'il n'est pas prévu que la nécessité vitale permette au médecin de passer outre à l'opposition du patient au traitement »⁸⁵⁵.

S'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci a jugé que « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8§1 de la Convention (vie privée) »⁸⁵⁶. Dans une précédente décision, la Cour de Strasbourg avait déjà considéré qu'une « intervention médicale sous la contrainte, même si elle est d'importance minime, doit être considérée comme une atteinte à ce droit »⁸⁵⁷.

Une orientation similaire se dégage en droit comparé. Aux Etats-Unis, les juridictions font prévaloir de façon inconditionnelle la volonté du patient. Ainsi, pour la Cour supérieure du New-Jersey, « Un témoin de Jéhovah jouissant de ses facultés ou une personne ayant des opinions similaires a toute latitude de refuser tout ou partie d'un traitement médical, même si sa décision conduit à sacrifier sa vie »⁸⁵⁸. La Cour d'Appel Angleterre a posé en principe que tout adulte a normalement le droit de décider s'il accepte ou non un traitement médical, même si un refus peut entraîner un dommage permanent pour sa santé ou son décès et même si les motifs du refus sont irrationnels⁸⁵⁹. De même, au Canada, la Cour d'appel de l'Ontario a condamné en 1990 un médecin qui avait effectué une transfusion sanguine sur une personne inconsciente munie d'une carte indiquant qu'elle refusait les transfusions à lui verser des dommages-intérêts d'un montant de 20 000 dollars⁸⁶⁰. Au Japon, la Cour suprême a accordé une somme de 5 000 dollars aux héritiers d'un témoin de Jéhovah transfusé contre son gré⁸⁶¹.

212. La loi du 4 mars 2002⁸⁶² s'inscrit dans cette démarche visant à promouvoir l'autonomie et la volonté du patient. Elle « donne au patient le droit de refuser tout

855 A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.*, p. 531. Sur ces textes, voir les développements de Mme Dorsner-Dolivet, pp. 530-531.

856 CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 63, *AJDA* 2003, pp. 1383-1338, note B. LE BAUT-FERRARESE, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit du refus de soins ». Le problème du consentement aux soins est abordé par la Cour de Strasbourg de façon incidente dans cet arrêt. La question centrale ne concernait pas le refus de soins mais celle de l'existence d'un éventuel « droit » de mourir. La Cour a jugé que la Convention n'accorde pas à l'individu un droit au suicide assisté. Le droit à la vie proclamé par la Convention ne saurait fonder un droit symétrique de mourir.

857 *Affaires X. c/ Pays-Bas* du 4 décembre 1978, et *X. c/ Autriche*, 13 décembre 1979, citées par B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 1385.

858 Décision de la division d'appel de la Cour supérieure du New-Jersey, affaire *In re Hughes*, 611 A.2d, 1148 (N.J. 1992), cité par A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 1425.

859 English Court of Appeal, Re T [1992] 4 All ER 649, cité par D. CHAUVVAUX, *op. cit.*, p. 154-155.

860 Cour d'appel de l'Ontario, 3 mars 1990, *Malette v. Shulman*, 72 O.R. (2d) 417, cité par D. CHAUVVAUX, *op. cit.*, p. 154.

861 Cour suprême du Japon, 29 février 2000, *Takeda c/ Etat*, cité par D. CHAUVVAUX, *op. cit.*, p. 154.

862 Loi du 4/3/ 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé, JO 5/3/2002, p. 4118.

acte médical dans le sens de la logique nord-américaine »⁸⁶³. La rédaction de ce texte est novatrice : il reconnaît un droit d'opposition aux soins en introduisant dans le code de la santé publique l'article L. 1111-4, qui traite de la question du consentement. Le législateur a choisi de faire du consentement un droit absolu, dont la reconnaissance et l'exercice ne sont assortis d'aucune réserve ou limite.

Le premier alinéa réaffirme le principe du consentement. Au contraire des textes précédents qui instituaient le patient comme l'acceptant des soins qui lui étaient proposés par le médecin, cette disposition prévoit une véritable concertation entre les deux protagonistes en associant véritablement le patient à la décision médicale. « Plus que d'un consentement, il s'agit de la reconnaissance au profit du malade d'un pouvoir de décision concernant sa santé »⁸⁶⁴.

Les alinéas 2 et 3 traitent du refus de soins. Le 2^{ème} alinéa rappelle la nécessité pour le « médecin [de] respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix ». Il envisage ensuite l'hypothèse où « la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger » afin d'obliger alors « le médecin [à] tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables ». Cette disposition « confère donc au patient, en état de s'exprimer et dûment éclairé, un droit de s'opposer aux soins au risque de sa vie »⁸⁶⁵. Le « respect de l'autonomie de la volonté du malade est tel que si ce dernier refuse un traitement médical, le médecin est tenu de respecter ce choix »⁸⁶⁶. Le 3^{ème} alinéa affirme la prévalence du consentement du malade majeur, en état d'exprimer une volonté libre et éclairée, même en cas d'urgence vitale : « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ». Comme l'affirme M. Mathieu, « le médecin ne dispose plus du pouvoir de passer outre la volonté du patient même en cas d'urgence vitale »⁸⁶⁷. La loi du 4 mars 2002 « reconnaît expressément au patient, même au péril de sa vie, le droit de s'opposer à une intervention »⁸⁶⁸. Le texte ne limite pas la prééminence du consentement aux hypothèses dans lesquelles la vie du patient n'est pas menacée. Il n'envisage aucune circonstance permettant de passer outre son consentement. Comme le souligne M. Pariente, « en tout état de cause, la possibilité qu'un patient conscient refuse les soins jusqu'à en mourir est théoriquement possible et juridiquement prévue et autorisée par la loi »⁸⁶⁹. La loi met fin à la limite qui figurait dans la jurisprudence *Senanayake* en cas de risque vital. Le choix du patient est souverain et doit être respecté.

863 A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 1423.

864 B. MATHIEU, « Les droits des personnes malades », *LPA* 19 juin 2002, n° 122, numéro spécial La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système français » (A. LAUDE dir.), p. 16.

865 A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.*, p. 531.

866 P. MISTRETTA, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation », *JCP G* 2002, I, 141, p. 1079.

867 B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 16.

868 A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.*, p. 532.

869 A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 1433.

Les deux derniers alinéas de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique traitent des particularités du consentement de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté (4^{ème} alinéa) ou incapable (5^{ème} alinéa)⁸⁷⁰.

213. Dans son commentaire de l'arrêt *Senanayake*, M. de Béchillon avait déclaré que si une disposition législative prévoyait l'obligation d'abstention du praticien face au refus de soins clairement exprimé par le patient, le médecin aurait « non seulement le droit mais encore le devoir de ne pas transfuser son patient »⁸⁷¹. La réserve formulée par le Conseil d'Etat ayant été écartée par le législateur, la doctrine a, dans son ensemble, conclu à la caducité de la jurisprudence *Senanayake* à la suite de l'adoption de la loi du 4 mars 2002⁸⁷². Les travaux préparatoires confirment en outre cette interprétation. Le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale a précisé que « le principe du consentement du patient lui ouvre le droit de refuser les soins proposés » et que, par conséquent, « il ne peut y avoir de traitement ou d'examen diagnostique imposé »⁸⁷³. Interrogé par un parlementaire sur le point de savoir si les médecins devaient « laisser mourir » un témoin de Jéhovah qui refuse une transfusion sanguine, le ministre de la santé a affirmé qu'« Il n'est pas question de transfuser quelqu'un qui le refuse pour quelque raison que ce soit ». Seule une personne qui ne s'est pas opposée à cette intervention peut être transfusée. La transfusion n'est « possible que lorsque la vie est en danger et qu'il ne peut ni refuser ni consentir, comme c'est le cas dans le coma »⁸⁷⁴.

870 La 4^{ème} alinéa prévoit qu'aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance ou la famille ou, à défaut, un de ses proches ait été consulté. Ce texte réservant expressément l'urgence, il est permis de penser que le législateur aurait également écarté cette circonstance dans le cas du majeur en état d'exprimer sa volonté s'il avait vraiment souhaité le faire. Or, il ne l'a pas fait. La même observation peut être transposée en présence d'un mineur ou majeur placé sous tutelle.

871 D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 159.

872 M. Mathieu affirme que l'on peut « estimer que la loi a privé le médecin du choix que lui laissait implicitement le Conseil d'Etat et lui enjoint de faire prévaloir son obligation de respecter la volonté du patient sur son devoir de sauver sa vie » (B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 16). Après l'adoption de ce texte, « la jurisprudence qui légitime une transfusion sanguine effectuée contre la volonté exprimée d'un témoin de Jéhovah (C.E., 26 octobre 2001) ne devrait plus avoir cours » (Y. LAMBERT-FAIVRE, « Les droits des malades, usagers du système de santé », *D.* 2002, p. 1296). Voir dans le même sens : P. MISTRETTA, *op. cit.* ; F. BELLIVER et J. ROCHFELD, *RTDciv* 2002, p. 574 ; J.-P. GRIDEL, *op. cit.* Les auteurs ont réaffirmé cette position lorsqu'ont surgi, quelques mois plus tard, les affaires mettant à l'épreuve les limites de cette liberté fondamentale. Pour Mme Mersch, « la prévalence du consentement fait obstacle à la faculté du praticien de passer outre l'acceptation du patient à un acte médical, quand bien même cette décision serait préjudiciable à sa survie » (A. MERSCH, « Quand les juges font fi de la loi Kouchner et confirment la jurisprudence *Senanayake* », *JCP A* 2002, 1022, p. 27). De même, M. Garay estime que la loi 4 mars 2002 a mis fin à la jurisprudence *Senanayake* (A. GARAY, « Volontés et libertés dans la relation médecin-malade : la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique », *RGDM* 2003/10, p. 161). Le patient « peut s'opposer à tout acte. Il semble alors impossible au praticien d'outrepasser le dissentiment aux transfusions sanguines des témoins de Jéhovah si ces derniers disposent des facultés intellectuelles nécessaires à la compréhension des suites de leur refus » (A. FLASQUIER, L. LAMBERT-GARREL, B. PITCHO, F. VIALLA, « Droits des patients et refus de soins », *JCP G* 2003, II, 10098, p. 1112).

873 Rapport AN n° 3263, 26 septembre 2001, p. 60.

874 B. KOUCHNER, *JO déb. AN* 2001, CR séance 3 octobre 2001, p. 5448.

Si en revanche la personne a, avant sa perte de connaissance, explicitement refusé la transfusion, il faudra respecter sa volonté.

Le texte était précis, la volonté du législateur univoque. Néanmoins, l'exigence législative de primauté absolue du consentement a été « refusée par la jurisprudence »⁸⁷⁵.

II. UN PRINCIPE RELATIF POUR LE JUGE

214. Pour le juge des référés, le droit de choisir un traitement médical, et notamment de s'opposer à des soins non désirés constitue un droit relatif. Le champ de cette liberté fondamentale ne s'étend pas aux actes médicaux nécessaires à la survie du patient. La volonté de celui-ci n'est respectée que jusqu'à un certain point. Lorsque le choix arrêté par le malade risque de provoquer sa mort, le corps médical recouvre la possibilité de passer outre son consentement.

215. Dès l'été 2002, le juge des référés a été amené à se prononcer sur un refus de traitement médical mettant en jeu la vie du patient. L'espèce concernait l'opposition à une transfusion sanguine exprimée par une personne appartenant aux Témoins de Jéhovah⁸⁷⁶. L'affaire débute le 5 août 2002. Hospitalisée au centre hospitalier de Saint-Etienne, Valérie Feuillatey y subit, en dépit de son refus oral et écrit, une transfusion sanguine jugée par les médecins indispensable à sa survie. La patiente avait fait savoir qu'elle refuserait, quelles que soient les circonstances, l'administration de tout produit sanguin. Elle et sa sœur, « personne de confiance » au sens de l'article L. 1111-6 du code de la santé publique⁸⁷⁷, saisissent le juge des référés du tribunal administratif de

875 A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 1433. Pour l'auteur, le juge « s'est refusé à appliquer la loi » (*ibid.*).

876 CE, ord. 16 juillet 2002, *Feuillatey, Lebon* p. 309, *Droit, déontologie et soin* septembre 2002, vol. 2, n° 3, pp. 416-425, note L. OUATAH ; *LPA* 26 mars 2003, n° 61, pp. 4-10, note C. CLEMENT ; *JCP G* 2002, II, 10184, note P. MISTRETTA ; *GP* 2002, 2, p. 1345, note F.-J. PANSIER. Une affaire similaire s'est présentée devant le juge des référés du tribunal administratif de Lille la semaine suivante : TA Lille, ord. 25 août 2002, *M. et Mme G. c/ CHR de Valenciennes*, *JCP G* 2003, II, 10098, note A. FLASQUIER, L. LAMBERT-GARREL, B. PITCHO, F. VIALLA ; *GP* 2003, 2, pp. 486-489, note A. GARAY. Ces deux décisions ont également fait l'objet d'études et de commentaires communs : Y. LACHAUD, « Le droit au refus de soins après la loi du 4 mars 202 : premières décisions de la juridiction administrative » *GP* 2002, 1, pp. 1729-1731 ; A. MERSCH, « Quand les juges font fi de la loi Kouchner et confirment la jurisprudence Sénanayaké », *JCP A* 2002, 1022 ; S. PORCHY-SIMON, « Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002 (à propos de deux ordonnances des juridictions administratives des 16-25 août 2002) », *Resp. civ. et ass.* 2002, chron. n° 21 ; E. AUBIN, « Refus de soins et urgence médicale après la loi du 4 mars 2002 », *Dr. adm.* 2002, comm. n° 188 ; B. MATHIEU, « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie. Réflexions sur la jurisprudence administrative relative à la transfusion sanguine des témoins de Jéhovah », *RGDM* 2003/9, pp. 97-104 ; A. GARAY, « Volontés et libertés dans la relation médecin-malade : la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique », *RGDM* 2003/10, pp. 143-155 ; O. YACOUB, « L'article L. 1111-4 du code de la santé publique à l'épreuve du référé-liberté (ou le refus de soins, liberté fondamentale) », *GP* 23 mars 2003, pp. 2-5 ; *Droit de la famille* 2003, comm. n° 11, note S. MOUTON.

877 C'est-à-dire la personne désignée par le malade pour prendre des décisions à sa place dans le cas où il serait hors d'état de le faire.

Lyon le 7 août 2002. Par ordonnance du 9 août 2002, ce dernier enjoint aux médecins de ne pas pratiquer d'autre transfusion à la patiente, et précise que cette injonction cessera de s'appliquer si celle-ci « venait à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital ». Les requérantes relèvent appel de cette ordonnance en demandant au juge des référés du Conseil d'Etat d'annuler la réserve concernant le risque vital. Néanmoins, le juge d'appel va approuver la réserve mentionnée par le premier juge. Il réforme seulement l'ordonnance pour préciser que, d'une part, les soins doivent être indispensables à la survie du patient et proportionnés à son état et, d'autre part, les médecins doivent tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter des soins.

L'exigence de tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter le traitement témoigne de la prise en compte du nouvel état du droit, l'article L. 1111-4 du code de la santé publique imposant en effet une telle démarche préalablement à tout acte médical. Néanmoins, la prise en compte des innovations introduites par la loi du 4 mars 2002 n'apparaît pas totale puisque le juge maintient la réserve, issue de l'arrêt *Senanayake*, concernant les soins indispensables à la survie du patient⁸⁷⁸. Alors que le législateur avait voulu voir disparaître cette réserve, le juge des référés considère que la loi n'a pas entendu exclure la possibilité de passer outre à la volonté du patient en cas de risque vital. Par une interprétation « *contra legem* »⁸⁷⁹ de la loi du 4 mars 2002, le juge administratif « en vient ainsi à considérer que le droit de s'opposer au traitement, loin d'être absolu, peut céder sous l'effet de circonstances particulières »⁸⁸⁰.

216. Comme l'a fait remarquer Mme Porchy-Simon, « la pertinence d'un tel raisonnement ne peut être admise qu'à la condition d'identifier en droit positif une règle autorisant le médecin à faire prévaloir son obligation de soins sur la volonté de l'intéressé, règle devant, en outre, être reconnue par un texte de nature législative ou supra-législative »⁸⁸¹. Or, force est de constater qu'« aucune de ces deux propositions ne (...) semble pouvoir être vérifiée en l'état actuel du droit positif. La recherche d'une règle autorisant expressément le médecin à soigner le malade contre sa volonté, même aux conditions très particulières visées par le Conseil d'Etat, apparaît, en effet, vouée à l'échec »⁸⁸².

A l'évidence, cette solution ne peut tout d'abord être fondée sur la loi du 4 mars 2002, qui reconnaît le droit du patient de refuser l'acte médical sans y apporter *aucune limite* relative aux conséquences du refus sur la santé de l'intéressé. Dès lors que le consen-

878 Comme l'indique M. Pariente, « l'utilisation corrélatrice du critère jurisprudentiel dégagé dans l'affaire *Senanayake* de la pertinence du traitement indispensable à la survie et proportionné à l'état du patient démontre aussi clairement la mise à l'écart des dispositions législatives établissant la primauté du consentement » (A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 1434).

879 A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 1434.

880 A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.*, p. 529.

881 S. PORCHY-SIMON, *op. cit.* p. 5. En effet, le respect du refus étant imposé par un texte de valeur législative – l'article L. 1111-4 du code de la santé publique –, une dérogation ne peut résulter que d'un texte de valeur au moins égale.

882 *Ibid.*

tement exprimé est, comme l'exige la loi, « libre et éclairé »⁸⁸³, il doit être absolument respecté. La loi n'apporte aucun tempérament au respect du consentement du malade. L'article L. 1111-4 du code de la santé publique se contente, dans l'hypothèse où la décision du patient d'interrompre un traitement pourrait mettre sa vie en danger, d'astreindre le médecin à tenter de convaincre la personne d'accepter les soins indispensables, sans accorder aucunement à ce dernier la possibilité de les mettre en œuvre de façon autoritaire. « Ce droit de refus des soins n'empêche pour le médecin qu'une seule obligation, celle de persuader le patient d'accepter la thérapeutique objectivement la plus appropriée à son état. A défaut de parvenir à convaincre le malade, son refus doit en tout état de cause être respecté »⁸⁸⁴. Au-delà de la lettre même des textes, la philosophie générale de la loi du 4 mars 2002 semble s'opposer à une mise en œuvre autoritaire des soins car cette dernière, relative aux *droits* des malades, « apparaît porteuse d'un protection autonomiste de la relation médicale, en totale opposition avec les solutions retenues par les juridictions administratives »⁸⁸⁵.

Les dispositions du code pénal ne constituent pas davantage une limite au consentement du patient. L'incrimination de la non-assistance à personne en danger, par le deuxième alinéa de l'article 233-6 du code pénal, a parfois été invoquée comme justification des soins forcés. Selon ce raisonnement, la possibilité que le médecin soit poursuivi pour non-assistance à personne en danger, notamment lorsque le refus de soins entraîne un risque vital pour le patient, justifierait *a contrario* son intervention en dépit de l'opposition du malade. La question est donc de savoir si le médecin qui, pour se conformer au refus de son patient, ne lui prodigue pas les soins qui auraient évité son décès, doit être considéré comme s'étant abstenu de porter assistance à une personne en péril. La Cour de cassation n'a jamais reconnu une telle solution. Au contraire, la jurisprudence consacre l'impossibilité de poursuivre le médecin sur ce fondement dans l'hypothèse où la personne en péril refuse l'aide qui lui est apportée⁸⁸⁶.

Certains auteurs ont vu dans l'article 16-3 du code civil une limite au principe énoncé par l'article L. 1111-4 du code de la santé publique. Développant cette hypothèse, Mme Ouatah soutient qu'« A l'évidence, le Conseil d'Etat refuse de donner à cet article L. 1111-4 toute sa portée car, aussi ambitieuse que puisse être la loi du 4 mars 2002, elle doit être appréciée dans un cadre plus large, celui de l'article 16-3 du Code civil (...) »⁸⁸⁷. Toutefois, il convient de préciser que les deux textes ont des champs d'appli-

883 Précisons que les motifs qui fondent le refus de soins ne sauraient être pris en compte pour dénier à la volonté son caractère de liberté. Une solution contraire instaurerait en effet le médecin en véritable arbitre des intentions du malade. Or une telle approche serait en opposition avec l'article L. 1111-4 qui indique que « toute personne prend, en concertation avec le professionnel de santé, et compte tenu des informations et préconisations qu'il fournit, les décisions concernant sa santé », sans reconnaître un quelconque droit de contrôle du médecin sur les motivations de l'intéressé. « Même si les raisons conduisant les témoins de Jéhovah à refuser les transfusions sanguines peuvent sembler irraisonnables pour un esprit rationnel, il n'appartient pas au praticien d'invoquer une telle croyance pour justifier, en soi, la méconnaissance de la volonté du patient » (S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, p. 7).

884 A. MERSCH, « Quand les juges font fi de la loi Kouchner... », *op. cit.*, p. 27.

885 S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, p. 5.

886 Voir Crim., 3 janvier 1973, n° Juris-Data 1973-095002, D. 1973, Jur, p. 220.

887 L. OUATAH, *op. cit.* p. 417. Cf. également C. CLEMENT, *op. cit.*, p. 8 : « Sans doute une application littérale de cet article conduit-elle le médecin à respecter absolument la volonté du patient, alors

cation très différents. L'article 16-3 du code civil correspond à la situation du patient *hors d'état d'exprimer sa volonté* et non pas celle du patient majeur capable de s'exprimer, hypothèse qui est celle de l'article L. 1111-4. L'article 16-3 du code civil n'était donc pas en cause dans l'espèce soumise au juge des référés, la patiente ayant exprimé sa volonté par écrit et par oral lorsqu'elle se trouvait en état de le faire.

Cette limite pouvait-elle alors venir de l'obligation de soins pesant sur le médecin ? La réponse semble, là encore, devoir être négative. Comme l'a fait remarquer M. Pariente, « l'importance des obligations du médecin est souvent amplifiée par les commentateurs, alors que celles-ci connaissent un encadrement juridique précis qui n'exclut en aucun cas des limites »⁸⁸⁸. Affirmer la prévalence de l'obligation de soins sur le principe du consentement procède, selon M. Penneau d'un véritable « vice de raisonnement ». L'auteur explique que « l'obligation faite au médecin de protéger la santé et la vie de l'individu n'existe, en effet, que par la volonté de l'intéressé, autrement dit la référence à l'obligation du médecin de protéger la vie et la santé de l'individu perd toute signification en cas de refus de soins, puisque, précisément, l'individu refuse cette protection »⁸⁸⁹. Si le médecin est astreint, par diverses sources textuelles, à une obligation de soins, cette dernière n'existe qu'à la condition que le malade y consente. Or celui-ci peut, tout en consentant à la relation thérapeutique, s'opposer à ce que certains types d'actes soient pratiqués sur lui. Si le médecin a l'obligation de soigner un patient qui en fait la demande, il ne saurait pour autant lui imposer des actes auxquels celui-ci s'oppose.

Le consentement du patient peut-il enfin rencontrer une limite dans un ordre public implicite qui, gouvernant l'action du médecin ou régissant le statut du corps humain, se présenterait sous les traits d'un « droit objectif à la vie »⁸⁹⁰ ? Certains auteurs soutiennent que des principes généraux du droit, révélateurs d'un ordre public virtuel, pourraient conduire le praticien à faire prévaloir son obligation de soins sur le respect de la volonté du patient⁸⁹¹. Sont invoqués, à l'appui de cette thèse, le principe de la dignité de la personne humaine ou encore le principe de l'indisponibilité du corps humain. Mais en réalité, l'invocation de ces principes dans l'hypothèse du malade refusant des soins vitaux est vivement discutable. On ne saurait en effet invoquer le principe d'indisponibilité du corps humain pour contraindre un patient à subir des soins contre sa volonté, alors que ce refus ne porte atteinte ni aux droits des tiers ni à l'intérêt général. Si ce principe interdit au patient de contraindre le médecin à accomplir un acte contraire à l'ordre public, il permet en revanche au patient de s'opposer à la réalisation sur son corps d'un acte non voulu. En ce qui concerne le principe de la dignité de la personne humaine, l'affaire dite du « lancer de nain »⁸⁹² a démontré que cette

même que la vie de celui-ci serait en jeu. Le juge administratif ne l'a pas entendu ainsi et a préféré admettre, en vertu de l'article 16-3 du Code civil, que le droit à consentir n'était que relatif ».

888 A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 1423.

889 J. PENNEAU, *Urgence, information et consentement*, éditions ENSP, 2001, p. 29.

890 Voir concl. Mme HEERS précitées, p. 1236, faisant également référence à « l'ordre public de protection » (*op. cit.*, p. 1238).

891 Voir J.-P. GRIDEL, « Le refus de soins au risque de la mort », étude précitée.

892 CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge, Lebon* p. 372, concl. FRYDMAN ; *GAJA* n° 108.

notion ne pouvait être appréhendée de façon purement subjective et, au contraire, qu'il pouvait conduire à faire prévaloir une protection objective de l'individu contre la conception que ce dernier peut avoir de sa propre dignité⁸⁹³. Cela étant, ce principe ne permet en aucun cas de faire obstacle à l'exercice de ses droits subjectifs par la personne malade. Les droits des tiers ne sont aucunement en cause dans l'hypothèse d'un patient se contentant purement et simplement de refuser des soins : une telle décision ne met en jeu que ses stricts intérêts. Plus fondamentalement encore, ce genre d'argument « suscite un certain malaise dans son principe même, comme dans les risques de dérive qu'il pourrait impliquer »⁸⁹⁴. Il se réfère « à une conception animale de la vie, qu'il appartiendrait de préserver par tout moyen, même si ce moyen est insupportable à l'intéressé, pour des raisons que le médecin pas plus que quiconque, n'a aucune qualité pour juger, quelle que soit la nature de ces raisons »⁸⁹⁵.

217. Ainsi, en l'état actuel du droit, aucun texte ni principe ne reconnaît au médecin le droit d'imposer à un patient un acte médical contre sa volonté. Aucune règle de droit positif ne peut fonder la solution retenue par le juge administratif des référés. Celui-ci « réserve le cas où la vie du patient serait en danger, et ajoute à la loi ; il pose une condition que la loi n'a pas évoquée »⁸⁹⁶. Le juge s'est affranchi de la lettre du texte en y ajoutant une condition qui n'y figurait pas ; il a posé une limite que le législateur avait explicitement entendu exclure. Résumant l'opinion d'une doctrine quasi unanime, Mme Porchy-Simon affirme que les solutions retenues par le juge ne « semblent donc pas pouvoir être justifiées en l'état actuel du droit positif »⁸⁹⁷. La jurisprudence développée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative s'inscrit dans une conception classique de la médecine dans laquelle l'individu n'est pas maître de son propre corps⁸⁹⁸. Alors que dans la pensée anglo-saxonne, qui prend pour fondement l'autonomie du patient, l'homme est considéré comme étant propriétaire de son corps, il n'est dans le modèle français que « l'usufrui-

893 Voir O. CAYLA, « Le coup d'Etat de droit », *Le débat*, 1998, n° 100, pp. 108-133.

894 S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, p. 6.

895 J. PENNEAU, *op. cit.*, p. 29.

896 J. PENNEAU, « Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical », *D.* 2002, p. 2879.

897 S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, p. 8.

898 A cet égard, lors de son audition par la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, M. Denoix de Saint Marc affirmait que « le respect de la volonté du malade, au moins dans certains cas très précis, doit céder devant le maintien de la vie » (Rapport n° 1708, *Respecter la vie, accepter la mort*, juillet 2004, XII^e législature, t. 1, p. 247, cité par Y.-M. DOUBLET, « La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *LPA* n° 124, 23 juin 2005, p. 8). On peut également rapprocher cette orientation de plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme montrant que celle-ci est prête à absoudre les Etats pour des motifs tirés de la santé publique. L'affaire sur le sado-masochisme est, à cet égard, particulièrement significative (CEDH, 19 février 1997, *Laksey, Jaggard et Brown, Rec.* 1997-I, p. 131). Cette décision, rendue dans le cadre de l'article 8 al. 2 de la Convention, concernait une législation condamnant pénalement les adeptes de ces pratiques. La Cour va considérer que l'ingérence étatique dans la vie privée apparaît nécessaire à l'objectif poursuivi de protection de la santé. Ce faisant, elle a « opté clairement en faveur de la protection de l'individu y compris contre son gré, en faisant primer l'intangibilité de la personne humaine sur toute autre considération » (note J.-M. LARALDE, *D.* 1998, Jur., p. 97).

tier d'un corps qui appartient à l'Etat »⁸⁹⁹. Lorsque le choix conscient, lucide et éclairé de l'individu risque d'entraîner sa mort, il est dépossédé de son pouvoir de décision au profit de la collectivité. Une fois que le patient a consenti à la relation thérapeutique, il adhère à un cadre juridique déterminé, avec un ensemble de droits et d'obligations qui en découlent. Le juge des référés entend ici s'opposer à l'instauration d'une médecine « à la carte ». Si un patient demande à être soigné dans un hôpital public, ce ne peut être que dans le cadre et aux conditions définis par l'équipe médicale. Néanmoins, la consécration de ce droit comme un principe relatif, outre qu'elle méconnaît la lettre de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, n'est pas sans comporter d'éventuels risques de dérive. Comme le fait remarquer Mme Dorsner-Dolivet, « Admettre la transfusion, c'est ouvrir une brèche dans le principe du consentement préalable du patient majeur, capable et conscient et cela peut conduire, en définitive, pour des interventions gravissimes, à conférer au médecin le pouvoir de décider à la place du patient »⁹⁰⁰.

899 S. RAMEIX, « Du paternalisme à l'autonomie des patients. L'exemple du consentement aux soins en réanimation », *Médecine & Droit* n° 12, 1995, p. 1.

900 A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.*, p. 534.

CONCLUSION DU TITRE I

218. Bénéficiant d'une marge importante pour déterminer la liste et le contenu des libertés fondamentales, le Conseil d'Etat a opté pour une définition large du champ d'application du référé-liberté. Le juge administratif a dégagé un catalogue relativement étoffé de libertés fondamentales. Il définit le contenu et la consistance de chacune d'entre elles de manière extensive. En se tenant à une analyse strictement positiviste, on ne saurait critiquer la position retenue par le juge des référés ni la critiquer sans faire appel à des considérations extrajuridiques. En droit strict, la conception des libertés fondamentales développées sur le fondement de l'article L. 521-2 n'est pas critiquable. Elle apparaît respectueuse des contraintes juridiques et logiques qui s'imposent à lui dans la détermination du sens de cette notion.

219. En revanche, on peut se demander si l'approche généreuse retenue par le Conseil d'Etat pour définir le champ d'application du référé-liberté ne remet pas en cause le caractère exceptionnel de cette procédure. Le juge des référés n'a-t-il pas ouvert de façon trop extensive le champ de l'article L. 521-2 ? Autrement dit, la volonté de donner une acception large de la notion de liberté fondamentale n'a-t-elle pas conduit à banaliser le recours à cette procédure ? Au regard du texte et de la pratique de l'article L. 521-2, un tel risque est parfaitement écarté, et ce pour deux raisons. D'une part, même avec une définition large des libertés fondamentales, le champ d'application de cette procédure n'en reste pas moins réduit à un nombre très limité de droits et

de libertés. Bien qu'envisagé de façon extensive, le champ d'application du référé-liberté demeure strictement cantonné par la notion de liberté fondamentale. Nettement maîtrisé par le juge administratif, celui-ci ne couvre au final qu'une infime partie des droits, des libertés et des principes que compte notre ordre juridique. D'autre part, les conditions d'octroi énoncées par l'article L. 521-2 présentent un caractère proprement draconien, ce qui restreint les possibilités de mise en œuvre de cette procédure à des situations relativement exceptionnelles.



TITRE II

DES CONDITIONS D'OCTROI DRACONIENNES

220. Les conditions d'octroi énoncées à l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont véritablement draconiennes, limitant à l'extrême les situations dans lesquelles cette procédure a vocation à s'appliquer. Outre « la condition d'urgence inhérente à la procédure de référé »⁹⁰¹, la loi subordonne le prononcé d'une mesure de sauvegarde à la circonstance que l'administration ait, dans l'exercice de ses pouvoirs, porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Comme l'a indiqué le vice-président du Conseil d'Etat, « Ces termes ont été soigneusement pesés. Le Conseil d'Etat veillera à ce qu'ils soient respectés »⁹⁰². Du fait des termes mêmes retenus par le législateur, aucune inflexion jurisprudentielle ni aucun assouplissement ne sont envisageables ni même possibles. En outre, une volonté d'atténuer la rigueur des conditions posées par la loi, par une interprétation abusivement souple de celles-ci ne profiterait pas aux requérants. En effet, « Le succès de la procédure de référé-liberté repose sur la possibilité pour les juges désignés à cette fin de continuer à statuer en quarante-huit heures. Les exposer au risque d'un afflux de demandes n'irait pas dans le sens de l'intérêt des justiciables »⁹⁰³. Une appréciation trop bienveillante ou laxiste des conditions d'octroi pénaliserait les requérants et leur droit de recourir dans la mesure où le juge administratif ne pourrait plus répondre en 48 heures aux demandes qui lui sont adressées sur ce fondement. Pour que la procédure puisse fonctionner dans des conditions satisfaisantes, il est indispensable que le juge du référé-liberté soit en mesure

901 CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* p. 551.

902 R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les procédures d'urgence : premier bilan », *AJDA* 2002, p. 1.

903 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tiba*, *AJDA* 2001, p. 1056.

de réagir très rapidement à une atteinte. Son action doit se concentrer sur les seules – et normalement rares – demandes qui correspondent à des situations exceptionnelles, sans être parasitées dans cette tâche par les demandes « ordinaires » relevant de l'office du juge du référé-suspension.

221. Les conditions d'octroi énoncées à l'article L. 521-2 sont distinctes les unes par rapport aux autres et, par conséquent, « s'apprécient séparément »⁹⁰⁴. En outre, de par la formulation même de l'article L. 521-2, elles revêtent un caractère cumulatif⁹⁰⁵ dont il résulte deux conséquences. D'une part, lorsque l'une des conditions d'octroi fait défaut, le juge peut rejeter la demande sans qu'il soit besoin « de se prononcer (...) sur le point de savoir si les autres conditions mises à l'application de l'article L. 521-2 du code précité sont remplies »⁹⁰⁶. D'autre part, le juge ne peut prononcer une mesure de sauvegarde que si toutes les conditions sont satisfaites⁹⁰⁷, ce dont il doit le cas échéant s'assurer de sa propre autorité⁹⁰⁸. Comme en matière de voie de

904 CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385.

905 CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12 ; CE, ord. 15 janvier 2001, *Charlery-Adele, Lebon* p. 14 ; CE, ord. 8 février 2001, *Guillou, Lebon T.* p. 1129 ; CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158 ; CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154 ; CE, ord. 1^{er} mars 2001, *Paturel, Lebon T.* p. 1134 ; CE, ord. 10 avril 2001, *Merzouk, Lebon T.* p. 1135 ; CE, ord. 9 avril 2001, *Belrose et autres, Lebon T.* p. 1126 ; CE, ord. 3 avril 2001, *Soriano et autres, Lebon T.* p. 1128 ; CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin, Lebon T.* p. 1126 ; CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385 ; CE, ord. 10 août 2001, *Association « La Mosquée » et autres, Lebon T.* p. 1133 ; CE, ord. 10 août 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, n° 236969 ; CE, ord. 11 octobre 2001, *Hauchemaille, Lebon* p. 460 ; CE, ord. 18 octobre 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071 ; CE, ord. 22 octobre 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165 ; CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* p. 551 ; CE, ord. 7 janvier 2002, n° 241588 ; CE, ord. 20 février 2002, *Ploquin*, n° 243234 ; CE, ord. 6 septembre 2002, *Tetaahi*, n° 250120 ; CE, ord. 21 décembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361 ; CE, ord. 20 janvier 2005, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T.* p. 1022 ; CE, ord. 13 juillet 2005, *Société Combé Chavat 2*, n° 282220.

906 CE, ord. 26 janvier 2001, *Gunes, Lebon* p. 38.

907 Voir par exemple CE, ord. 21 novembre 2005, *Commune de Lyon, Lebon T.* p. 1039. Le juge des référés ne peut faire usage du pouvoir que lui confèrent les dispositions de l'article L. 521-2 « sans avoir constaté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ». Le premier juge n'ayant pas en l'espèce constaté une telle atteinte avant d'adresser une injonction à l'administration, il a « tout à la fois insuffisamment motivé son ordonnance et méconnu l'office que l'article L. 521-2 du code de justice administrative confie au juge des référés ».

908 CE, ord. 22 mars 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T.* p. 1134. Dans cette affaire, le juge du premier degré avait rejeté la demande de la commune requérante pour défaut d'urgence alors même que ce moyen n'avait pas été soulevé en défense par l'administration préfectorale. Devant le juge d'appel, la commune reprochait au premier juge d'avoir soulevé un moyen « d'office » au sens des articles R. 522 et R. 611-7 du code de justice administrative, c'est-à-dire qui aurait dû être communiqué préalablement aux parties. Le juge des référés du Conseil d'Etat écarte cette argumentation. Il affirme que lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés « est tenu d'examiner si les conditions posées par cet article sont réunies ». Il lui appartient de s'assurer que l'ensemble des conditions énoncées par cette disposition est satisfait, et sans pour cela être contraint de susciter les observations des parties sur chacune d'elles dans la mesure où il ne s'agit en aucun cas de moyen d'ordre public (à l'exception toutefois de la condition relative à la présence d'une liberté fondamentale, laquelle concerne le champ d'application de la loi). Ainsi, dans l'ordonnance *Commune de Pertuis* du 28 février 2003 (*Lebon* p. 68), le juge des référés du Conseil d'Etat a pu se fonder sur l'absence d'urgence alors qu'il ne ressort pas des visas de la décision que la commune requérante ait contesté l'appréciation opérée par le premier juge sur ce point.

fait⁹⁰⁹, les conditions d'octroi s'apprécient au regard de circonstances normales. Par suite, elles ne peuvent être regardées comme satisfaites en cas de circonstances exceptionnelles, dont la survenance n'est en rien imputable à l'administration⁹¹⁰. Précisons que l'ordre d'examen des conditions d'octroi n'obéit à aucune règle prédéfinie. Notamment, et contrairement à ce que l'on pouvait penser avant l'entrée en vigueur de la réforme du 30 juin 2000⁹¹¹, la condition d'urgence n'est pas nécessairement examinée en premier. Aucune priorité n'étant donnée à l'examen de telle condition sur telle autre, l'ordre d'appréciation des conditions est susceptible de varier selon chaque décision⁹¹².

222. Dans l'esprit des rédacteurs du texte, chacune des conditions d'octroi a été pensée dans un objectif bien précis. L'exigence, tout d'abord, d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale a été conçue par référence à la procédure de la voie de fait, dont le référé-liberté se voulait le pendant devant les

909 Une jurisprudence constante exclut la caractérisation de la voie de fait administrative si les conditions dans lesquelles s'est inscrite l'action administrative sont anormales ou inhabituelles. Voir CE, Ass., 7 novembre 1947, *Alexis et Wolff, Lebon* p. 416, *JCP G* 1947, II, 4006, concl. CELIER, note A. MESTRE ; D. 1948, p. 472, note C. EISENMANN ; Civ. 14 avril 1970, *Département de la Corrèze c/ Orluc, Bull. civ. I*, n° 116 ; Civ. 23 mars 1971, *Plénel, D.* 1971, Somm., p. 159 ; Civ. 1^{er} juin 1976, *Société de la clinique de l'Hermitage, Bull. civ. I*, n° 202 ; TC, 13 février 1961, *Nanjod, Lebon T.* p. 981 ; TC, 17 décembre 1962, *Société civile Saint Domat c/ Etat français, Lebon* p. 828 ; CE, Sect., 24 mai 1968, *Mencièrre, Lebon* p. 329 ; CE, 23 octobre 1987, *Nachfolger Navigation Company Limited, RDP* 1988, p. 836, note J.-M. AUBY.

910 Cf. CE, ord. 6 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ SARL Le Vivier, Lebon* p. 186. Un très important dépôt de munitions datant de la première guerre mondiale ayant été découvert au cours des travaux de construction d'un lotissement, le préfet avait retiré l'arrêté de lotir précédemment accordé et pris l'ensemble des mesures nécessaires à l'organisation des opérations de déminage et à l'enlèvement des obus présents sur le site. Le juge des référés du Conseil d'Etat affirme « que si la nécessité de préserver la sécurité publique retarde la réalisation des projets de construction prévus dans le lotissement, ce retard qui, dans les circonstances de l'espèce, ne peut, *en tout état de cause*, être regardé comme constituant une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, n'est pas imputable à l'administration qui a, au contraire, pris dans les délais les plus rapides compatibles avec la difficulté, la complexité et les risques inhérents aux opérations de déminage les mesures propres à permettre l'exercice normal des droits du lotisseur et des acquéreurs de lots ». Voir par comparaison, dans le cadre de la voie de fait, CE, 20 mars 1968, *Entreprise de publicité générale A. Lioté, Lebon* p. 195 (usagers de la route menacés par un danger que l'administration fait cesser).

911 Cf. R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, p. 712, affirmant que, s'agissant d'un référé conditionné par l'urgence, cette exigence « sera nécessairement examinée prioritairement par le juge des référés ».

912 On peut néanmoins mettre en évidence deux grandes orientations concernant les ordonnances et arrêts rendus sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Tout d'abord, on observe que lorsque les conditions sont toutes satisfaites, le juge des référés va constater en premier lieu l'existence d'une liberté fondamentale à laquelle il est porté une atteinte grave et manifestement illégale, et n'examiner qu'en second lieu la condition d'urgence. Par ailleurs, on constate que lorsque l'une au moins des conditions fait défaut, le juge va le plus souvent, comme il lui est loisible de le faire, se contenter de désigner la condition défaillante sans s'attacher à l'examen des autres conditions. Dans les rares cas où il poursuit néanmoins l'examen, il indiquera au requérant qu'au surplus, une (CE, ord. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p. 37 ; CE, ord. 9 février 2001, *Philippart et Lesage*, n° 230112 ; CE, ord. 10 janvier 2005, *Société SIMBB et autres*, n° 276137) ou plusieurs (CE, ord. 30 janvier 2001, *Tauraatua*, n° 229418 ; CE, ord. 24 janvier 2005, *Commune de Wissous*, n° 276493) des autres conditions faisaient également défaut.

juridictions administratives⁹¹³. La condition d'urgence, ensuite, a pour objet de limiter le recours au référé-liberté aux seuls cas qui requièrent une intervention très rapide du juge administratif. Enfin, la condition d'une atteinte portée par l'administration « dans l'exercice de ses pouvoirs » a été instituée en vue de sauvegarder la compétence du juge judiciaire en matière de voie de fait. Cette dernière exigence, on le verra, a été vidée de sa substance par le Conseil d'État. Les autres conditions en revanche, sont appliquées avec toute la rigueur qu'impose leur formulation.

M. Chapus a souligné que dans l'appréciation des conditions d'octroi de l'article L. 521-2, la subordination « à ce que sont les circonstances de chaque espèce est si étroite qu'on ne saurait tirer beaucoup de leçons de l'état du droit jurisprudentiel »⁹¹⁴. A la lumière de cet avertissement, l'entreprise de systématisation apparaît périlleuse. Il convient néanmoins de s'y risquer en examinant successivement ces trois séries d'exigence.

913 MM. Guyomar et Collin avaient ainsi indiqué « que, par ses termes mêmes, l'article L. 521-2 fait de la procédure de « référé-liberté » le pendant de celle de la voie de fait (...) » (M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, p. 153). Dans le même sens, le président Vandermeeren avait signalé que les conditions de l'article L. 521-2 « ne sont évidemment pas sans évoquer la « théorie » de la voie de fait » (R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, p. 2228). Le professeur Chapus a souligné que la double exigence d'atteinte grave à une liberté fondamentale et d'illégalité manifeste « évoque les conditions de la voie de fait » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1602). Enfin, les auteurs des *Grands arrêts* ont pour leur part relevé que « La gravité et l'illégalité manifeste de l'atteinte rappellent la formule (...) de certains cas de voie de fait (...) » (*GAJA* n° 118, § 11).

914 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1600.

Chapitre 1

L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

223. En premier lieu, le requérant doit faire état d'une atteinte à une liberté fondamentale, de la gravité de cette atteinte et son caractère manifestement illégal⁹¹⁵. Ces conditions sont distinctes⁹¹⁶ et cumulatives. Elles n'en sont pas moins étroitement liées

915 Malgré l'emploi du conditionnel passé (« aurait porté »), le juge des référés exige du requérant une véritable démonstration de l'atteinte grave et manifestement illégale. Celle-ci doit être avérée et certaine, et non simplement éventuelle ou probable. Lorsque le juge regarde les conditions d'octroi comme satisfaites, cela signifie qu'elles le sont de manière certaine ; l'atteinte, la gravité et l'illégalité sont établies et avérées sans aucun doute possible. Il n'était pas dans l'intention des rédacteurs du texte de permettre l'intervention du juge du référé-liberté en cas d'atteinte ou d'illégalité simplement probables. L'avant-projet de loi visait « le cas où (...) une atteinte grave et manifestement illégale est portée à une liberté fondamentale ». En pratique, le passage au conditionnel passé s'est produit avec l'introduction à l'article L. 521-2 du code de justice administrative de la formule « dans l'exercice de ses pouvoirs » (voir *infra*, §§ 321-322) sans que la moindre observation ne soit formulée sur le terme précis « aurait ». Cette modification purement rédactionnelle n'a jamais eu pour objet d'ouvrir la voie du référé-liberté à des atteintes et des illégalités simplement hypothétiques. Si le juge du référé-liberté indique parfois rendre ses décisions « en l'état de l'instruction » (voir par exemple CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311 ; CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408), cela ne signifie nullement qu'il se contente d'une « atteinte grave et manifestement illégale » ne présentant pas un caractère certain. En outre, on observera que le juge administratif utilise également cette formule dans les procédures au fond (voir par exemple : CE, Ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard*, *Lebon* p. 355, concl. GAZIER, *GAJA* n° 82).

916 Ainsi, une mesure peut porter atteinte à une liberté fondamentale sans présenter un caractère manifestement illégal (CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523 ; CE, ord. 29 septembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584 ; CE, ord. 9 décembre 2004, *Commune de Béziers*, n° 274852 ; CE, ord. 9 avril 2001, *Belrose et autres*, *Lebon T.* p. 1126). Inversement, elle peut être entachée d'illégalité sans être constitutive d'une atteinte grave à une liberté fondamentale (CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Mon-*

par la formule de l'article L. 521-2. En effet, la loi n'exige pas, d'un côté, une atteinte grave à une liberté fondamentale et, d'un autre, une illégalité manifeste. Les deux exigences sont reliées par la conjonction de coordination « et », laquelle signifie qu'il doit exister une relation entre l'illégalité de l'atteinte et la gravité de celle-ci⁹¹⁷. Il ne suffit pas que l'administration ait d'un côté, pris un acte manifestement illégal et d'un autre porté atteinte à une liberté fondamentale. Il faut que l'atteinte soit la conséquence de l'illégalité commise⁹¹⁸. Si une illégalité manifeste est relevée et qu'une atteinte à une liberté fondamentale est caractérisée, les conditions de l'article L. 521-2 ne seront satisfaites que si l'atteinte résulte directement de l'illégalité constatée⁹¹⁹. Il s'ensuit notamment qu'une illégalité de pure forme, liée par exemple à la consultation d'un organisme ou à la motivation d'une décision ne satisfait pas à cette exigence⁹²⁰. Ceci étant dit, il convient de décrire séparément les trois conditions comprises dans cette formule – à savoir l'atteinte, l'atteinte grave et l'atteinte manifestement illégale – afin de faire ressortir pour chacune d'entre elles les caractéristiques qui lui sont propres.

treuil-Bellay, Lebon p. 551). Certes, il arrive au juge, lorsqu'il rejette une demande en référé-liberté, de dénier en bloc la présence d'une « atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale » (voir notamment CE, ord. 23 mai 2001, *Jacques VII*, n° 233941 ; CE, ord. 20 février 2002, *Ploquin*, n° 243234 ; CE, ord. 19 juillet 2001, *Société générale bâtiment et habitation (SGBH)*, n° 248742 ; CE, ord. 4 octobre 2002, *Rousselle*, n° 250744). Toutefois, cette formule semble davantage utilisée pour signifier qu'aucune condition d'octroi n'est satisfaite. Dans le cas contraire, en effet, le juge désigne la condition qui, dans les circonstances de l'espèce, fait précisément défaut.

- 917 Voir CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* p. 551 : « il résulte tant des termes de l'article L 521-2 que du but dans lequel la procédure qu'il instaure a été créée que *doit exister un rapport direct entre l'illégalité relevée à l'encontre de l'autorité administrative et la gravité de ses effets* au regard de l'exercice de la liberté fondamentale en cause ».
- 918 Les formules retenues par le juge des référés expriment clairement la nécessité d'un tel lien. Dans l'ordonnance *Djalout*, après avoir constaté l'irrégularité de la procédure suivie devant l'autorité administrative lors de la désignation du pays de renvoi de l'intéressé, le juge relève « que *cette irrégularité ne porte pas* une « atteinte grave » à une liberté fondamentale » (CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158). Par conséquent, c'est de l'irrégularité que doit procéder l'atteinte à une liberté fondamentale. De manière plus explicite encore, il a affirmé qu'en cas de recours formé contre une décision, le juge du référé-liberté ne peut ordonner sa suspension « qu'à la condition d'avoir constaté au préalable que cette mesure est entachée d'une illégalité manifeste *dont découle* une atteinte grave à une liberté fondamentale » (CE, ord. 14 octobre 2004, *Arre*, n° 273047). Voir, pour rédaction similaire, CE, ord. 17 décembre 2004, *Faure*, n° 275219 : « Considérant que la mise en œuvre des pouvoirs que l'article L. 521-2 du code de justice administrative attribue au juge des référés suppose qu'une mesure prise par une autorité administrative soit entachée d'une illégalité manifeste *dont découle* une atteinte grave à une liberté fondamentale ».
- 919 Il en va de même dans la procédure du déféré-liberté. Le « moyen sérieux » (aujourd'hui « doute sérieux ») de nature à justifier l'annulation de l'acte est l'illégalité de l'atteinte à une liberté publique ou individuelle. Par conséquent, les décisions déferées ne peuvent être regardées comme entrant dans le champ d'application de cette procédure « que si elles sont de nature à compromettre illégalement l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, *l'illégalité de cette atteinte constituant le moyen sérieux* qui, en l'état de l'instruction, serait de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué » (CE, ord. 15 décembre 1982, *Commune de Garches, RDP* 1983, pp. 211-215, note R. DRAGO).
- 920 Voir *infra*, § 262.

SECTION 1. UNE ATTEINTE

224. Il appartient au requérant de faire la preuve de l'atteinte qu'il allègue⁹²¹. Il peut arriver, même si cela reste fort rare, que le juge relève l'atteinte à « une » liberté fondamentale sans désigner précisément quelle liberté est en cause. Dans certains cas, celle-ci apparaît au regard des données de l'espèce. Ainsi, le litige concernant l'utilisation d'une propriété privée met nécessairement en cause, dans les circonstances de l'espèce, le seul droit de propriété⁹²². Dans d'autres cas, elle se révèle plus difficile à identifier⁹²³.

Pour qu'une situation puisse être regardée comme une atteinte à une liberté fondamentale, elle doit présenter certaines caractéristiques. En ce qui concerne l'origine de l'atteinte, le juge des référés considère qu'elle peut procéder soit de l'objet d'un agissement ou d'un acte administratif, soit des motifs de celui-ci.

I. LES CARACTÈRES DE L'ATTEINTE

225. L'atteinte à une liberté fondamentale est une « violation » de celle-ci⁹²⁴. Elle peut se définir comme une interférence actuelle dans le domaine matériellement reconnu au bénéficiaire d'une liberté fondamentale. L'atteinte suppose donc la réunion de trois éléments. Tout d'abord, la mesure contestée intervient dans le domaine protégé par la liberté fondamentale. Ensuite, le requérant a la qualité de bénéficiaire de la liberté fondamentale invoquée. Enfin, elle présente un caractère actuel et certain.

A. La mise en cause de l'objet protégé par la liberté fondamentale (*rationae materiae*)

226. D'un point de vue matériel, l'atteinte s'analyse en une interférence dans le domaine protégé par une liberté fondamentale. Le juge des référés estime que certaines mesures sont par elles-mêmes insusceptibles de porter matériellement atteinte à une liberté.

921 C'est sur lui que pèse la charge de la preuve. Le juge ne qualifiera pas l'atteinte si le requérant ne rapporte pas d'éléments de preuve suffisants. Voir par exemple, à propos d'une allégation d'atteinte à la liberté individuelle non assortie des justifications et éléments propres à en établir l'existence : CE, ord. 15 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* p. 466.

922 CE, ord. 10 septembre 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015. Voir également CE, ord. 9 décembre 2004, *Commune de Béziers*, n° 274852 : l'interdiction faite aux requérants « d'habiter l'immeuble dont ils sont propriétaires, n'en affecte pas moins l'exercice d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

923 Voir, relativement à une mesure d'extradition : CE, ord. 29 juillet 2003, *Pegini, Lebon* p. 345. Sur cette décision, voir *supra*, § 127.

924 Voir, utilisant l'expression : CE, ord. 30 décembre 2003, *SARL People*, n° 263135.

1. Une interférence dans le domaine protégé par une liberté fondamentale

227. L'atteinte n'est pas toujours synonyme de *restriction* apportée à l'exercice d'une liberté fondamentale. Si cette qualification est en général valable pour les libertés de faire, elle s'avère en revanche inopérante pour les libertés qui, à proprement parler, ne s'exercent pas. Par conséquent, il est préférable de retenir la formule, plus générale, d'interférence dans le domaine protégé par la liberté fondamentale. Cela signifie que la mesure administrative doit intervenir au sein du domaine matériellement protégé par la liberté fondamentale invoquée. Elle doit mettre en cause l'un de ses éléments constitutifs ou l'une de ses composantes⁹²⁵. De nombreux exemples permettent d'illustrer cette exigence.

228. Toutefois, l'atteinte n'est pas caractérisée si la mesure contestée n'interfère pas avec l'un des éléments protégés par la liberté fondamentale. Ainsi, le principe de libre expression du suffrage ouvrant droit à une communication *globale* de la liste électorale, il n'est pas en cause en cas de refus de communiquer cette liste de manière *distincte* pour chaque bureau de vote⁹²⁶. Le droit au consentement médical trouvant une limite lorsque le choix du patient risque de provoquer son décès, il n'est pas matériellement en cause lorsque l'acte médical auquel il entend s'opposer est indispensable à sa survie⁹²⁷. L'impossibilité, pour un justiciable, d'être physiquement présent à une audience organisée devant une cour administrative d'appel, n'affecte pas la possibilité d'assurer de manière effective sa défense. Non seulement la procédure devant cette juridiction présente un caractère écrit mais, en outre, le requérant a la possibilité de s'y faire représenter par un avocat⁹²⁸. La liberté syndicale et le droit de grève protègent respectivement la liberté de constitution et de fonctionnement d'une organisation syndicale, et la liberté de cesser le travail. Ces libertés fondamentales ne sont pas mises en cause par une circulaire de l'inspecteur d'académie donnant aux directeurs d'écoles des instructions en vue de procéder au recensement des absences pour fait de grève des enseignants du premier degré⁹²⁹. Ce recensement, qui a pour objet d'opérer des retenues sur le traitement des enseignants grévistes, n'empêche nullement la liberté de cesser le travail et n'entrave nullement le libre fonctionnement des syndicats.

925 L'approche est identique dans le cadre de la voie de fait, comme l'illustre notamment la jurisprudence relative à la liberté d'association. Cette liberté s'entend de la liberté de constitution et de fonctionnement des associations. Elle n'est pas en cause en cas de rupture du contrat par lequel la commune donnait à bail l'un de ses locaux à une association (Civ. 1^{ère}, 19 décembre 1995, *Ville d'Épinay-sur-Seine*, *Dr. adm.* 1996, n° 10 ; *D.* 1996, IR, p. 39). En revanche, elle se trouve atteinte par l'apposition d'un cadenas sur la porte d'entrée du local d'une maison de retraite gérée sous forme associative (Civ. 1^{ère}, 24 octobre 1977, *Bull. civ.* I, n° 386).

926 CE, ord. 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, *Lebon T.* p. 1129.

927 CE, ord. 16 juillet 2002, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309.

928 CE, ord. 3 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, *Lebon T.* p. 871.

929 CE, ord. 25 juillet 2003, *Ministre de la Jeunesse, de l'Éducation et de la Recherche c/ Syndicat unifié des directeurs, instituteurs et professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO)*, n° 258677, *AJDA* 2004, pp. 447-451, note O. GRIMALDI.

229. A l'inverse, l'atteinte pourra être qualifiée lorsque la mesure litigieuse interfère dans le domaine matériellement protégé par une liberté. Ainsi, la loi reconnaissant au patient placé d'office la liberté de communiquer avec les autorités administratives et judiciaires, cette liberté est affectée par l'interdiction, verbalement mentionnée à l'intéressé, d'adresser des communications à ces autorités⁹³⁰. Le droit de mener une vie familiale normale implique le droit de rester en famille. Aussi, « eu égard à la circonstance qu'une enfant mineure est du fait de son placement en zone d'attente momentanément séparée de l'un comme de l'autre de ses parents, l'exercice du droit à une existence familiale normale de l'intéressée s'en trouve affecté »⁹³¹. De même, la liberté d'entreprendre comportant la possibilité d'exercer une activité économique, elle se trouve mise en cause par la décision ordonnant la fermeture d'un établissement commercial⁹³² ou d'un restaurant-discothèque⁹³³.

230. Des exemples positifs et négatifs tirés de la libre administration des collectivités territoriales, de la liberté personnelle et du droit de propriété permettent de mieux appréhender la façon dont le juge opère le départ entre les mesures interférant dans le domaine protégé par la liberté fondamentale et celles qui se situent en dehors des frontières définies par celle-ci.

Le principe de libre administration protège l'autonomie d'une collectivité territoriale face aux immixtions des personnes publiques tierces ; il ne couvre pas les rapports internes au sein de celle-ci⁹³⁴. Par conséquent, ce principe n'est pas en cause en cas de refus de convocation du conseil municipal⁹³⁵ ou de fonctionnement irrégulier d'un syndicat mixte avec impossibilité pour une région de s'en retirer⁹³⁶. En revanche, le principe est directement en cause lorsqu'une commune est incluse, sans son consentement, dans un établissement public de coopération intercommunale⁹³⁷, ou lorsqu'un tel établissement exerce de manière prématurée des attributions relevant encore de la compétence des communes membres⁹³⁸.

La liberté personnelle, en tant qu'elle implique notamment l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, peut trouver à s'appliquer en cas de renvoi d'un ressortissant étranger vers le pays dont il a la nationalité. Dans une telle hypo-

930 CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

931 CE, ord. 29 septembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

932 CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry, Lebon T.* p. 931.

933 CE, ord. 16 août 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, n° 271148.

934 Voir V. HAÏM, « Référé-liberté et administration des collectivités territoriales », *AJDA* 2005, pp. 810-813.

935 CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18.

936 CE, 8 mars 2002, *Région Languedoc-Roussillon*, n° 236587.

937 Voir CE, ord. 24 janvier 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer, Lebon T.* p. 873, *LPA* 14 mars 2002, n° 53, pp. 17-18, note N. KATTINEH (inclusion dans une communauté d'agglomération) ; CE, ord. 1^{er} mars 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, mentionnée au recueil *Lebon* (inclusion dans une communauté de communes).

938 CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215. L'établissement public de coopération intercommunale dépossède avant l'heure les communes d'une partie de leurs compétences.

thèse, l'atteinte à la liberté personnelle est établie si les éléments du dossier attestent que l'intéressé se trouverait exposé à un risque réel pour sa personne⁹³⁹. En revanche, si l'intéressé ne justifie pas de l'existence d'un tel risque, la liberté personnelle ne peut être regardée comme méconnue⁹⁴⁰.

Le droit de propriété a pour composante le droit pour les riverains d'accéder librement à la voie publique. Ainsi, ce droit est en cause lorsque des terrains se retrouvent enclavés à la suite de travaux réalisés par l'administration, privant les intéressés de toute possibilité d'accès à leur parcelle⁹⁴¹. En revanche, il n'est pas affecté par la mise en place d'une barrière en amont d'une voie privée dès lors que cette installation ne fait nullement obstacle à l'usage de la voie par ses propriétaires et, par conséquent, ne prive pas ces derniers d'un accès à leurs parcelles⁹⁴². Dans le premier cas les propriétaires sont privés de la possibilité d'utiliser leur bien, dans le second ils conservent un libre accès à celui-ci. Le droit de propriété inclut également la libre disposition de ses biens au sens large. Cette dimension du droit de propriété est en cause en cas d'incorporation dans un terrain de golf d'une parcelle appartenant au requérant⁹⁴³, de décision d'abattre des arbres situés sur une propriété privée⁹⁴⁴, de mesures d'immobilisation de véhicules de transport⁹⁴⁵, d'abattage du cheptel bovin d'un éleveur⁹⁴⁶, de refus de concours de la force publique pour l'expulsion des occupants sans titre d'une propriété privée⁹⁴⁷ ou encore de suppression de la chaîne à enrouleur placée à l'entrée d'un chemin privé par ses copropriétaires et édicition d'un arrêté prévoyant pour tout véhicule une liberté d'accès et de stationnement sur ce chemin⁹⁴⁸. En revanche, ne met pas en cause la libre disposition d'un bien la décision relative à l'occupation d'un poste d'amarrage. Une telle décision, en effet, n'affecte pas la liberté, invoquée par la requérante, « d'utiliser librement le bien constitué par le navire Tuku Hentu »⁹⁴⁹. Elle ne prive ni n'entrave la libre disposition de ce bien par l'intéressée.

231. De par leur objet, certaines décisions interfèrent par nature avec un élément protégé par une liberté fondamentale. C'est le cas, par exemple, du refus d'apporter le concours de la force publique pour l'évacuation des occupants irréguliers d'un immeu-

939 CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo, Lebon T.* p. 915.

940 CE, ord. 20 décembre 2001, *Chikh*, n° 241154.

941 CE, ord. 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* p. 253. A l'occasion de travaux de réfection de la chaussée et des trottoirs, la commune avait supprimé le raccordement à la chaussée de quatre locaux à usage de garages ou d'entrepôts et fait poser des potelets empêchant l'accès par des véhicules. Le juge affirme « qu'en empêchant le libre accès aux locaux en cause depuis la voie publique pour l'usage auquel ils étaient destinés », la commune porte atteinte au droit de propriété.

942 CE, ord. 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule, Lebon* p. 388.

943 CE, ord. 22 octobre 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165.

944 CE, ord. 8 novembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491.

945 CE, ord. 9 avril 2001, *Belrose et autres, Lebon T.* p. 1126.

946 CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin, Lebon T.* p. 1126. Une telle mesure « supprime la libre disposition par un propriétaire de certains de ses biens et affecte par là même l'exercice d'une « liberté fondamentale » au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

947 Voir les décisions citées *infra*, § 273.

948 CE, ord. 10 septembre 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

949 CE, ord. 8 mars 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 265144.

ble privé. Une telle décision porte, par elle-même, atteinte au droit de propriété⁹⁵⁰. De même, le refus de délivrance ou de renouvellement d'un passeport à un citoyen français porte par lui-même atteinte à la liberté d'aller et venir⁹⁵¹. Par leur objet, et en raison des caractéristiques qui sont les leurs, ces types de mesures portent toujours atteinte au droit de propriété pour la première, à la liberté d'aller et venir pour la seconde. Elles interfèrent automatiquement dans le domaine protégé par la liberté. A l'inverse, il est d'autres décisions qui, de par leurs caractères, sont « par elles-mêmes » insusceptibles de porter atteinte à une liberté fondamentale.

2. Les mesures insusceptibles de porter atteinte à une liberté fondamentale

232. Le juge établit de manière générale que certaines catégories de mesures ne constituent pas, « par elles-mêmes », une atteinte à « une » ou à « aucune » liberté fondamentale. Cette motivation, « un peu courte » relève M. Chapus, « n'est pas des plus éclairantes »⁹⁵². Dès lors que le juge vise « une » liberté fondamentale et non la liberté fondamentale précisément invoquée par le requérant, les formules retenues semblent exclure de manière générale la possibilité d'atteinte. En d'autres termes, « une » est synonyme de « toute » ; la formule retenue paraît signifier qu'en toute hypothèse, aucune liberté fondamentale ne peut être affectée par la mesure litigieuse. Précisons que l'absence d'atteinte est valable uniquement pour la mesure en cause et parce que celle-ci présente des caractères déterminés et constants. Le juge limite strictement la portée des solutions à tel ou tel type de mesure déterminée ; il se garde, à dessein, d'employer des formules générales qui auraient vocation à s'appliquer au-delà de la seule mesure précisément en cause. Aussi apparaît-il malaisé de généraliser des solutions jurisprudentielles délibérément limitées à telle ou telle mesure déterminée.

Cette appréhension par type de mesure ne prétend jamais à une portée absolue. En effet, la caractérisation d'une atteinte redevient possible, pour ces mesures par elles-mêmes insusceptibles de porter atteinte à une liberté fondamentale, dans deux hypothèses. Tout d'abord, lorsque l'acte en cause va, par ses motifs, révéler une atteinte à une liberté fondamentale. Ensuite lorsque la mesure a été prise dans des conditions ou dans un contexte qui caractérisent une « circonstance particulière », laquelle fait perdre à la mesure les caractères qui sont traditionnellement les siens et, par conséquent, justifient d'abandonner la présomption de non-atteinte établie à son égard.

233. Figure tout d'abord au nombre de ces mesures la délivrance d'un permis de construire. Un tel permis, « dont l'objet est d'assurer la conformité de la construction

950 Voir CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408 ; CE, ord. 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Société Kerry, Lebon T.* p. 928, p. 931 ; CE, ord. 15 octobre 2004, *Société Sud-Est réalisations*, n° 272934.

951 CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes, Lebon* p. 1 ; CE, ord. 11 octobre 2001, *Tabibou, Lebon T.* p. 1133 ; CE, ord. 20 juillet 2004, *Mzimba*, n° 270044. Voir également, pour un refus de délivrance de carte nationale d'identité : CE, ord. 11 mars 2003, *Samagassi, Lebon* p. 119 ; CE, ord. 22 août 2003, *Cohen*, n° 259583.

952 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1598.

projetée avec la réglementation applicable » et « qui est accordé sous réserve des droits des tiers » n'est « susceptible de porter, par lui-même, aucune atteinte au droit de propriété »⁹⁵³. On pourrait se risquer à affirmer, au regard de la motivation retenue par l'ordonnance, que cette solution a vocation à s'appliquer à la délivrance de toute autorisation accordée sous réserve des droits des tiers. A plusieurs reprises, le juge a affirmé que le refus de délivrer telle ou telle autorisation ne portait pas, par lui-même, atteinte à une liberté fondamentale. Ainsi, « le refus d'attribuer un emplacement sur le domaine public accueillant la foire du Trône, opposé aux demandes des requérants, ne peut, alors même qu'il a pour conséquence de les priver de la possibilité d'exercer leur activité commerciale, être regardé comme portant atteinte à une liberté fondamentale »⁹⁵⁴. De même, « le refus d'autoriser un établissement commercial à occuper le domaine public communal en vue d'y installer une terrasse, alors même qu'il a une incidence sur l'attraction commerciale de celui-ci, ne peut être regardé par lui-même comme portant atteinte à une liberté fondamentale »⁹⁵⁵. Il en va de même du retrait d'une autorisation, lorsque son titulaire ne remplit plus les conditions légales pour en bénéficier⁹⁵⁶. De même, « une autorité administrative ne porte pas atteinte à une liberté fondamentale lorsqu'elle prend, dans les conditions et pour les motifs que prévoient la loi et les dispositions réglementaires édictées pour son application, *des mesures relatives à l'exercice d'une activité professionnelle réglementée* »⁹⁵⁷. Par exemple, dans la décision *Hoffer*

953 CE, ord. 11 octobre 2001, *Commune de Saint-Bauzille-de-Putois, Lebon* p. 462. En l'espèce, la délivrance du permis litigieux ne saurait être regardée, par elle-même, comme comportant une emprise sur un terrain adjacent – dès lors que les droits des tiers ont été pris en considération – ni, par voie de conséquence, comme portant atteinte à une liberté fondamentale. On relèvera que de manière proche, mais sans toutefois utiliser la formule « par elle-même », le juge du déféré-liberté avait affirmé qu'un arrêté municipal octroyant un permis de construire n'est pas « au nombre des actes visés par l'article 3 comme susceptibles de porter atteinte aux libertés publiques ou individuelles » (CE, ord. 11 décembre 1984, *Commissaire de la République du département de la Charente-Maritime*, n° 64-388, extrait cité in S. MARTIN, *Contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger-Levrault, 1990, pp. 228-229). Voir dans le même sens, pour l'autorisation de créer un étang : CE, ord. 10 janvier 1985, *Doret, AJDA* 1985, p. 366, note H. PERINET-MARQUET.

954 CE, ord. 6 avril 2001, *Lapere et autres*, n° 232135. Cette solution doit être rapprochée d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, qui exclut l'invocation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie pour les activités dont l'exercice est soumis à autorisation administrative préalable (voir par exemple CE, Ass., 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens, Lebon* p. 578).

955 CE, ord. 16 septembre 2002, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon T.* p. 314. Pour une décision du conseil de l'ordre des chirurgiens dentistes refusant à un praticien de procéder au transfert du siège de son cabinet, voir CE, ord. 9 février 2001, *Philippart et Lesage*, n° 230112. De manière comparable, le juge de l'excès de pouvoir considère qu'un arrêté qui prévoit la délivrance d'autorisations d'occupation privative du domaine public « ne porte pas, par lui-même, atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie » (CE, 11 février 1998, *Ville de Paris, Lebon* p. 146, *AJDA* 1998, p. 527, concl. G. BACHELIER).

956 Ainsi, « la décision par laquelle, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le code de l'aviation civile à propos de l'activité réglementée de transporteur aérien, le ministre chargé des transports met fin à une licence d'exploitation de transporteur aérien *en se fondant sur ce que les conditions auxquelles est subordonnée la délivrance d'une telle licence ne sont plus remplies*, ne peut être regardée comme portant atteinte à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 10 février 2003, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, n° 254029).

957 CE, ord. 24 février 2003, *Vincendeau*, n° 254362. En l'espèce, la décision par laquelle le préfet a, en application des dispositions combinées du code de l'environnement et du code rural, suspendu pour

du 18 septembre 2002, l'assemblée de la Polynésie française avait subordonné à la possession d'un certificat de capacité l'exercice de l'activité d'entrepreneur de taxis. Le juge des référés considère que l'organisation, selon les règles prévues par cette délibération, d'un examen préalable à la délivrance des certificats de capacité, ne peut être regardé comme portant atteinte à une liberté fondamentale⁹⁵⁸. Précisons que dans une telle hypothèse, l'obstacle à la qualification de l'atteinte résulte des caractères de la mesure et non pas du fait que l'atteinte soit prévue par la loi. En effet, contrairement à ce qui est parfois affirmé, une atteinte, même prévue par la loi, n'en demeure pas moins une atteinte au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁹⁵⁹.

Une autre catégorie semble être constituée des mesures de sanction prises par l'administration à la suite d'une faute commise par le requérant. Par son comportement, le demandeur s'est placé en contrariété avec des dispositions législatives et réglementaires. Il a commis un manquement l'exposant à une sanction prévue par les textes⁹⁶⁰. Il

un an les licences de pêche attribuées au requérant, ne saurait être regardée comme portant atteinte à une liberté fondamentale.

958 CE, ord. 18 septembre 2002, *Hoffer*, n° 250331.

959 Cf. CE, ord. 24 janvier 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer, Lebon T* p. 873 : « Considérant que le fait pour un arrêté portant création d'une communauté d'agglomération d'y inclure une commune sans que celle-ci ait donné son assentiment affecte la libre administration des collectivités territoriales, qui constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; qu'il en va ainsi, *alors même que cette éventualité est expressément prévue par les dispositions de l'article L. 5211-5 du code général des collectivités territoriales* ». Voir également CE, ord. 9 décembre 2004, *Commune de Béziers*, n° 274852 : « même si, comme le fait valoir la commune appelante, une interdiction d'habiter figure au nombre des mesures de police de la sécurité susceptibles d'être prises par le maire sur le fondement des dispositions précitées du code général des collectivités territoriales, l'interdiction faite à M. et Mme Rousset d'habiter l'immeuble dont ils sont propriétaires, n'en affecte pas moins l'exercice d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

960 S'agissant des licences de transport routier, « lorsque le préfet fait usage, dans les conditions et pour les motifs que la loi prévoit, de son pouvoir de retirer des licences précédemment accordées, il ne peut être regardé comme portant atteinte à une liberté fondamentale » (CE, ord. 26 mars 2002, *Société Route Logistique Transports, Lebon* p. 114). L'article 37 de la loi du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs prévoit que les licences de transport routier peuvent faire l'objet d'un retrait temporaire ou définitif en cas d'infraction aux dispositions relatives aux transports, aux conditions de travail et à la sécurité. L'entreprise Route Logistique Transports avait commis diverses infractions entrant dans le champ des prévisions de l'article 37. En lui retirant les licences précédemment accordées, le préfet ne peut être regardé comme portant atteinte à une liberté fondamentale. De même, « lorsque le préfet fait usage, dans les conditions et pour les motifs que la loi prévoit, de son pouvoir de retirer ou de ne pas renouveler l'agrément précédemment accordé à un établissement d'enseignement de la conduite automobile, il ne peut être regardé comme portant atteinte à une liberté fondamentale » (CE, ord. 1^{er} mars 2002, *Bonfils, Lebon* p. 69). M. Bonfils avait été condamné pour avoir pratiqué l'enseignement de la conduite des véhicules terrestres à moteur sans être personnellement titulaire de l'autorisation d'enseigner. Il résulte des dispositions combinées de l'article L. 213-1, L. 213-3 et R. 212-4 du code de la route que l'autorisation d'enseigner ne peut être délivrée aux personnes ayant été condamnées pour avoir enseigné la conduite sans autorisation. En se bornant à appliquer ces dispositions, le préfet ne peut être regardé comme portant atteinte à une liberté fondamentale. De même, lorsque l'autorité administrative fait usage, dans les conditions et pour les motifs que la loi prévoit, du pouvoir de prononcer la fermeture définitive d'un établissement privé hébergeant des personnes âgées, au motif que celui-ci n'a pas sollicité l'autorisation requise pour son extension, elle ne peut être regardée comme portant atteinte à une liberté fondamentale (CE, ord. 29 avril 2004, *Département du Var*, n° 266902).

s'est placé dans une situation illégale et en subit les conséquences légalement prévues. Pour cette raison, le juge des référés considère qu'« une mesure d'exclusion d'un élève d'un lycée pour motif disciplinaire ne peut être regardée comme portant atteinte à une liberté fondamentale »⁹⁶¹. Il a de même affirmé « que la décision, fût-elle illégale, excluant un agent public pour un motif disciplinaire ne constitue pas, par elle-même, une atteinte à une liberté fondamentale au sens des dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »⁹⁶². Dans une ordonnance du 15 mars 2002, le juge déclare « que si le refus par l'administration de restituer le permis de conduire de M. Delaplace a une incidence sur les conditions d'exercice par celui-ci de sa profession de chauffeur-livreur (...), ce refus ne porte pas par lui-même atteinte à une liberté fondamentale »⁹⁶³.

Relèvent également de cette catégorie d'autres décisions d'espèce comme la mutation d'un fonctionnaire dans l'intérêt du service⁹⁶⁴, l'arrêté de cessibilité pris dans une procédure d'expropriation⁹⁶⁵, les conditions dans lesquelles il est fait application par une personne morale de droit public des règles relatives au maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, qui « ne sauraient être regardées comme touchant par elles-mêmes à l'exercice d'une liberté fondamentale »⁹⁶⁶ ou encore la reconduite à la frontière ordonnée par l'autorité administrative à la suite d'une peine d'interdiction du territoire français prononcée par le juge pénal⁹⁶⁷.

961 CE, 29 novembre 2002, *Arakino, Lebon* p. 422.

962 CE, ord. 27 juin 2002, Centre hospitalier général de Troyes, *Lebon* p. 228.

963 CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105.

964 CE, ord. 28 janvier 2003, *Renard*, n° 253617 : « la décision prononçant, dans l'intérêt du service, la mutation d'office d'un militaire ne constitue pas, par elle-même, une atteinte à une liberté fondamentale ».

965 Ces arrêts « ne sont pas susceptibles de porter, par eux-mêmes, une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété du requérant » dans la mesure où ils n'opèrent pas transfert de propriété (TA Orléans, ord. 19 février 2001, *Galteau, AJDA* 2001, pp. 780-783, note R. HOSTIOU ; *AJDI* 2002, pp. 20-21, obs. S. GILBERT et E. SIMONET). Ces arrêts sont dépourvus d'incidence directe sur le droit de propriété du requérant. Ce n'est qu'avec l'ordonnance d'expropriation, dont le contentieux relève du juge judiciaire, que les droits des intéressés sont susceptibles de se voir affectés.

966 CE, ord. 13 mars 2002, *Mori et autres, Lebon* p. 101.

967 Lorsqu'un ressortissant étranger est condamné à une peine d'interdiction du territoire par le juge pénal, l'arrêté préfectoral qui procède à son éloignement ne porte pas, par lui-même, atteinte à la liberté d'aller et venir ni au droit au respect de la vie familiale. La mesure d'éloignement est, dans son principe, la conséquence nécessaire de l'interdiction du territoire qui a été prononcée par le juge pénal. En effet, en vertu de l'article 27 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'interdiction du territoire « emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière ». Cela signifie que le préfet est tenu de prononcer cette mesure ; l'atteinte découle en réalité du prononcé par le juge pénal de la peine d'interdiction du territoire. Ne disposant d'aucune marge d'initiative pour exécuter la mesure d'éloignement et n'ayant pas à porter d'appréciation sur celle-ci, l'administration ne saurait être regardée comme portant elle-même atteinte à une liberté fondamentale (CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158 ; CE, ord. 15 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* p. 466, n° 239022 ; CE, ord. 21 décembre 2001, *Mahmoudi*, n° 241188 ; CE, ord. 17 décembre 2002, *Batoudounou Ntoumi*, n° 252479 ; CE, 12 juillet 2002, *Oulai Doué*, n° 245141). Devant le juge de la reconduite à la frontière, une telle demande est sanctionnée sur le terrain de la recevabilité (CE, ord. 2 décembre 1991, *Beya, Lebon T.* p. 944). Précisons que la décision fixant le pays de renvoi peut, si elle expose l'intéressé à des risques de la nature de ceux visés par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, être considérée comme portant atteinte à sa liberté

234. La réserve des circonstances particulières, absente des premières décisions, est apparue ultérieurement pour tempérer la portée des formulations qui semblaient exclure par principe et en toute hypothèse la possibilité d'une atteinte⁹⁶⁸. La question de la détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile illustre comment peut être écartée, dans des circonstances particulières, une présomption de non-atteinte. En principe, l'atteinte au droit d'asile ne saurait « résulter de la seule circonstance qu'il a été fait application des dispositions (...) du 1° de l'article 10 de la loi du 25 juillet 1952 à un étranger qui a présenté une demande d'asile dont l'examen relève de la compétence d'un autre Etat (...) »⁹⁶⁹. Le juge des référés affirme, dans l'ordonnance *Nikoghosyan*, que la mise en œuvre de la procédure de détermination de l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile « ne saurait par elle-même porter atteinte à la liberté fondamentale de solliciter le statut de réfugié »⁹⁷⁰. Néanmoins, cette règle générale peut céder en cas de circonstances particulières et, selon le comportement de l'administration, constituer une atteinte à une liberté fondamentale. Ainsi, dans l'ordonnance *Nikoghosyan* précitée, le juge indique que l'exercice de la liberté de solliciter le statut de réfugié « se trouverait compromis si l'examen de la demande s'effectuait sans la présence de son auteur, seul à même d'apporter les justifications exigées et de répondre aux interrogations des autorités en charge de l'instruction du dossier ». Dans les circonstances très particulières de l'espèce, le préfet a porté atteinte au droit de bénéficier d'une procédure d'examen de sa demande d'asile conforme aux garanties qui doivent s'y attacher. En effet, en plaçant le demandeur d'asile devant l'alternative, soit

personnelle ou à sa liberté individuelle (CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158 ; CE, ord. 15 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* p. 466, n° 239022 ; CE, ord. 20 décembre 2001, *Chikh*, n° 241154). Cette solution est conforme à la jurisprudence qui s'est développée sur le fondement de l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Dans l'hypothèse d'une interdiction du territoire français, le juge de la reconduite à la frontière considère que la décision fixant le pays de renvoi est une mesure administrative susceptible de recours (CE, avis 26 mai 1995, *Stein, Lebon T.* p. 716). Pour prendre cette décision, l'administration recouvre en effet un pouvoir d'appréciation ; la mesure prise n'est plus la conséquence nécessaire de la condamnation prononcée par le juge pénal.

- 968 Voir par exemple CE, ord. 23 mars 2004, *Chapron*, n° 265735 : « la modification temporaire du régime de détention qui résulte pour l'intéressé de son placement en cellule disciplinaire, dans les conditions prévues par l'article D. 251-3 du code de procédure pénale, ne peut par elle-même et en l'absence de circonstances particulières, être regardée comme portant une atteinte grave » à la liberté d'aller et de venir.
- 969 CE, ord. 2 mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri, Lebon* p. 227. Dès lors, affirme le juge des référés, « le ministre de l'intérieur est fondé à soutenir qu'en estimant que l'engagement d'une procédure de réadmission vers l'Espagne des époux Dziri et de leurs enfants constituait une atteinte grave et manifestement illégale à l'exercice par eux de la liberté fondamentale que constitue le droit d'asile et en enjoignant au préfet de la Haute-Garonne de leur délivrer un titre de séjour valable jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur demande par les autorités françaises, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a fait une application erronée des règles constitutionnelles, conventionnelles et législatives applicables et à demander en conséquence l'annulation de l'ordonnance attaquée ». Voir dans le même sens CE, ord. 4 septembre 2003, *Thanattikul, Lebon T.* p. 928 ; CE, 3 mai 2004, *Dogan épouse Antil, Lebon T.* p. 854.
- 970 CE, ord. 25 novembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon T.* p. 927.

de quitter sa famille pour soutenir sa demande d'asile dans un autre Etat partie à la Convention de Dublin du 15 juin 1990, soit de voir celle-ci examinée en son absence pendant une durée indéterminée, l'administration a porté atteinte à la liberté fondamentale de solliciter le statut de réfugié. En imposant un tel choix au demandeur, le préfet porte atteinte, « selon le cas, soit à son droit au respect de la vie familiale, soit à son droit de bénéficier d'une procédure d'examen de sa demande d'asile conforme aux garanties qui doivent s'y attacher ». Ce qui est en cause alors n'est pas la procédure de réadmission vers l'Etat compétent mais les circonstances particulières dans lesquelles elle se réalise. Dès lors, l'atteinte est caractérisée d'un point de vue matériel. Néanmoins, pour que le juge reconnaisse l'existence d'une atteinte au sens de l'article L. 521-2, il ne suffit pas d'être dans le champ protégé par une liberté fondamentale. Il faut également que la personne qui en invoque la violation ait la qualité de bénéficiaire de cette liberté.

B. La mise en cause du bénéficiaire de la liberté fondamentale (*rationae personae*)

235. Le requérant doit avoir la qualité ou disposer du titre permettant de se prévaloir de la liberté qu'il invoque. Il est évident que n'importe quel justiciable ne peut pas revendiquer le bénéfice de n'importe quelle liberté fondamentale. Seuls les bénéficiaires d'une liberté fondamentale peuvent en invoquer la violation. Les personnes qui ne rentrent pas dans le cercle des bénéficiaires d'une liberté ne peuvent par hypothèse alléguer l'atteinte portée à celle-ci.

Ainsi, les ressortissants étrangers ne peuvent se prévaloir des droits dont le bénéfice est réservé aux citoyens français. Notamment, étant « soumis à des mesures spécifiques réglant leur entrée et leur séjour en France », ils ne bénéficient pas, « à la différence des nationaux, de la liberté d'entrée sur le territoire »⁹⁷¹. Tout aussi logiquement, un étranger en situation irrégulière ne peut invoquer les libertés reconnues aux étrangers en situation régulière. En particulier, il « ne saurait prétendre au libre exercice d'une profession sur le territoire français et au bénéfice des droits sociaux qui en découlent »⁹⁷². A l'inverse, et en application des mêmes principes, un étranger en situation régulière pourra prétendre au bénéfice de ces droits et en invoquer la violation devant le juge du référé-liberté⁹⁷³.

La qualité de bénéficiaire d'une liberté fondamentale peut dépendre d'autres paramètres que la nationalité ou la régularité du séjour sur le sol français. Par exemple, le droit de mener une vie familiale normale est réservé aux personnes ayant la qualité de membres de la famille au sens juridique. Il n'est pas en cause dans l'hypothèse d'un refus de visa d'entrée opposé à des enfants n'étant liés à la requérante que par une adoption

971 CE, ord. 4 mars 2002, *Timor*, n° 243653.

972 CE, ord. 5 mars 2001, *Préfet de l'Hérault c/ Hajjaj, Lebon T.* p. 1130. En effet, précise cette décision, « l'exercice des droits et libertés dont peuvent jouir les étrangers sur le territoire français est subordonné à la régularité de leur entrée et de leur séjour au regard des lois et règlements et des conventions internationales applicables ».

973 CE, ord. 11 juin 2002, *Aït Oubba, Lebon T.* p. 869.

simple de droit malgache, laquelle n'a pas les mêmes effets que l'adoption simple de droit français⁹⁷⁴. De même, le juge de la voie de fait refuse aux personnes qui ne sont pas propriétaires d'un bien d'invoquer à l'appui de leur demande la violation du droit de propriété. Ne peuvent ainsi se prévaloir d'une atteinte à ce droit ni le locataire d'un bien immobilier⁹⁷⁵ ni le titulaire d'une concession sur le domaine public⁹⁷⁶.

236. Par ailleurs, l'atteinte alléguée à une liberté fondamentale doit être directe et personnelle. Le juge des référés a affirmé dans l'ordonnance *Meyet* du 17 avril 2002 que le requérant doit « subir directement et personnellement l'atteinte à la liberté fondamentale dont il se prévaut »⁹⁷⁷. Le requérant estimait que le Conseil supérieur de l'audiovisuel portait atteinte au libre exercice du suffrage en n'imposant pas à la société Canal + une obligation de traitement équitable des différents candidats à l'élection présidentielle dans son émission satirique « Les Guignols de l'info ». Le juge affirme qu'en sa seule qualité d'électeur, le requérant n'a pas subi d'atteinte directe et personnelle. Le juge administratif n'admet pas d'atteinte indirecte ou ne concernant pas la personne du requérant.

L'atteinte, caractérisée d'un point de vue matériel et personnel, doit également l'être d'un point de vue temporel.

C. Une atteinte constituée (*rationae temporis*)

237. Pour être qualifiée par le juge, l'atteinte doit exister au jour de sa saisine, ce qui suppose que sa survenance soit certaine et avérée. La situation liberticide doit être actuelle et déjà constituée. Si la saisine du juge intervient trop tôt, avant que l'atteinte n'ait débutée, ou trop tard, après qu'elle ait cessé, l'exigence d'une atteinte au sens de l'article L. 521-2 ne pourra être regardée comme satisfaite⁹⁷⁸.

238. L'atteinte ne saurait être qualifiée prématurément, c'est-à-dire avant même que ne surgisse la situation litigieuse.

Par exemple, l'atteinte au droit de propriété ne peut être caractérisée, d'un point de vue temporel, lorsque l'autorité administrative s'abstient d'apporter le concours de la force publique durant la trêve hivernale aménagée par l'article L. 613-3 du code de la construction et de l'habitation⁹⁷⁹. Lorsque les textes interdisent à l'administration d'agir, elle ne peut être regardée comme portant, par son abstention, atteinte à une liberté fondamentale. Entre le 1^{er} novembre de l'année et le 15 mars de l'année suivante, l'abstention du préfet à apporter le concours de la force publique ne peut s'analyser

974 CE, ord. 12 septembre 2001, *Langard*, n° 238106.

975 Voir Civ. 1^{ère}, 18 juin 1974, *Bull. civ. I*, n° 197.

976 Civ. 1^{ère}, 27 mai 1975, *Legros c/ Maire de Saint-Lunaire*, *Bull. civ. n° 178*.

977 CE, ord. 17 avril 2002, *Meyet, Lebon T. p. 870*.

978 Si la situation litigieuse a cessé au jour de la saisine ou du prononcé du jugement, le juge ne se prononcera pas sur les conditions d'octroi et rejettera la demande pour irrecevabilité dans le premier cas, et prononcera le non-lieu à statuer dans le second. Voir *infra*, § 384.

979 Sur cette disposition, voir *infra*, § 273.

en une atteinte au droit de propriété. Les dispositions de ce texte faisant obstacle à ce que le préfet prenne les mesures sollicitées avant le 16 mars, la requérante « ne saurait se prévaloir de l'abstention de l'autorité administrative avant cette date pour établir l'existence d'une atteinte à une liberté fondamentale »⁹⁸⁰.

De même, une simple intention exprimée par l'autorité administrative, et qui ne produit par lui-même aucun effet immédiat, ne peut s'analyser en une atteinte à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2. Ainsi, « la décision du maire de Castelnaule-Lez, rendue publique le 11 octobre 2001 par un communiqué de presse, de cesser à l'avenir de délivrer des attestations d'accueil permettant à des familles de la commune d'héberger des étrangers n'appartenant pas à la communauté européenne, qui annonce une intention et ne fait, en tout état de cause, pas obstacle à ce que d'autres autorités délivrent les attestations sollicitées, ne porte par elle-même aucune atteinte concrète et *immédiate* à l'exercice par une personne déterminée d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »⁹⁸¹. *A fortiori*, il ne saurait y avoir atteinte à une liberté fondamentale lorsque l'administration est poursuivie pour une situation juridique non encore constituée⁹⁸².

239. Cette exigence doit-elle conduire à exclure du champ du référé-liberté toutes les atteintes présentant un caractère futur ? En mentionnant l'atteinte que l'administration « aurait porté » à une liberté fondamentale, le libellé de l'article L. 521-2 paraît exclure toute possibilité d'intervention préventive. Toutefois, comme le souligne le professeur Chapus, « une rédaction involontairement restrictive ne pouvait exclure la possibilité, que tout recommande avec évidence, d'un référé préventif »⁹⁸³. En effet, imposer au requérant d'attendre de subir effectivement une atteinte dont on sait avec certitude qu'elle se produira serait contraire à l'esprit et à la finalité de cette procédure. En outre, il est de l'intérêt même d'un référé d'urgence de pouvoir prévenir la réalisation d'un dommage éventuel. Aussi, afin de donner son plein effet à la procédure du référé-liberté, le juge administratif n'a pas appliqué de façon littérale cette disposition.

Il a admis, à l'instar du juge de la voie de fait⁹⁸⁴, que l'atteinte pouvait être future si elle concerne une mesure déjà édictée mais non encore exécutée. La procédure du référé-

980 CE, ord. 10 mars 2003, *Commune de Nice*, n° 254838.

981 CE, ord. 18 octobre 2001, Association groupe local cimade Montpellier, n° 239071.

982 Voir CE, ord. 24 décembre 2002, *Dondeynaz-Sbai*, n° 252690. Par une requête enregistrée au secrétariat du contentieux le 19 décembre 2002, la requérante faisait valoir que l'administration lui avait refusé illégalement le droit de s'inscrire à un examen professionnel en février 2002 et demandait au juge des référés d'enjoindre à l'administration d'autoriser son inscription à l'examen qui aura lieu en février 2003. Le juge déclare « qu'en l'absence de prise de position de l'administration quant à son droit de s'inscrire à ce futur examen, la requérante ne saurait, en l'état de l'instruction, invoquer une quelconque atteinte à l'une de ses libertés fondamentales ».

983 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1594.

984 Voir TC, 18 décembre 1947, *Hilaire c/ Kigen, Lebon* p. 516, *D.* 1948, p. 62, note M. FREJAVILLE, *JCP G* 1948, II, 4087, note G. VEDEL ; TC 26 février 1948, *Dame veuve Puget c/ Arnaudon, Lebon* p. 507 ; TC, 25 mai 1950, *Société nationale des entreprises de presse, Lebon* p. 660 ; TC, 17 décembre 1962, *Société civile du domaine de Comteville, Lebon* p. 830, *RDP* 1963, p. 317. Le juge exige que la décision soit assortie de mesures d'exécution à jour fixé (TC, 4 novembre 1996, *Vanères et Laure*

liberté est ouverte au requérant lorsque, dans son principe, l'atteinte a été décidée par l'administration. Elle doit, pour cela, comporter une date précise d'exécution. Dès lors que la mesure est arrêtée, l'atteinte peut être qualifiée sans devoir attendre l'intervention des mesures d'exécution. Par conséquent, le justiciable peut engager un référé-liberté pour obtenir, à titre préventif, la sauvegarde de ses libertés fondamentales. Dans l'ordonnance *Ploquin* du 1^{er} juin 2001, le juge administratif admet l'atteinte au droit de propriété dans le cas d'un arrêté préfectoral prescrivant l'abattage d'un cheptel dans un délai d'un mois. Bien que présentant un caractère futur, cette mesure affecte de façon certaine la libre disposition de ses biens par l'éleveur et, ainsi, atteint l'exercice d'une liberté fondamentale⁹⁸⁵. De façon similaire, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse avait, par une ordonnance du 3 août 2005, admis l'atteinte à la liberté du culte concernant une décision du maire de la commune de Massat prévoyant l'organisation de spectacles et manifestations publiques dans l'église de la commune du 4 au 15 août 2005⁹⁸⁶.

L'atteinte à une liberté fondamentale, qui doit être constituée d'un point de vue matériel, personnel et temporel, peut résulter de l'objet d'une mesure administrative ou des motifs de celle-ci.

II. L'ORIGINE DE L'ATTEINTE

240. La première forme d'atteinte, qui s'attache au *contenu* d'une mesure administrative, présente un caractère relativement classique. Elle correspond aux cas dans lesquels l'acte ou l'agissement de la puissance publique interfère, par son objet ou par ses effets, dans le domaine protégé par une liberté fondamentale. Il en va ainsi, par exemple, lorsque l'administration procède au retrait et à la rétention des documents d'identité d'une famille⁹⁸⁷, refuse de mettre une salle municipale à la disposition d'un parti politique⁹⁸⁸ ou ordonne la fermeture d'un établissement commercial⁹⁸⁹. De même, peut également porter atteinte à une liberté fondamentale l'acte qui, sans avoir pour objet de limiter une liberté, peut néanmoins présenter cet effet. Ainsi, « la décision par laquelle l'inspecteur du travail refuse d'autoriser le licenciement d'un salarié protégé,

Robert, GP 1997, 2, p. 732 ; TC, 5 juillet 1999, *Préfet du Calvados, Lebon* p. 459). Lorsque l'administration a annoncé l'exécution de sa décision de façon imminente, avec date certaine, le juge civil des référés peut interdire qu'il y soit précédé. En visant, à côté du trouble manifestement illicite (qui correspond à la voie de fait déjà réalisée), le dommage imminent (qui correspond à la voie de fait en cours de réalisation), l'article 809 al. 1 du nouveau code de procédure civile donne un fondement juridique à l'intervention du juge civil des référés pour éviter la réalisation d'une voie de fait.

985 CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin, Lebon T.* p. 1126.

986 Ordonnance confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat : CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat, Lebon* p. 386.

987 CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

988 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), Lebon* p. 311.

989 CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry, Lebon T.* p. 931.

qui lui est demandé à raison de faits de harcèlement moral sur ses subordonnés, peut, *par ses conséquences*, porter atteinte à une liberté fondamentale »⁹⁹⁰.

241. L'atteinte peut également, de manière plus originale, résulter des *motifs* d'une décision administrative. Cette solution novatrice a été consacrée par l'arrêt *Casanovas* du 28 février 2001⁹⁹¹. Le requérant, M. Casanovas, exerce les fonctions de capitaine stagiaire des sapeurs-pompiers. En dehors du service, il est un activiste politique ayant notamment participé à la création d'une association de soutien aux membres du groupe Action directe. Par arrêté du 25 juin 1999, le préfet de Meurthe-et-Moselle et le Président de la Communauté urbaine du Grand Nancy refusent sa titularisation et mettent fin à ses fonctions de capitaine stagiaire des sapeurs-pompiers. Cette décision est justifiée, selon ses auteurs, par l'insuffisance professionnelle de l'intéressé. M. Casanovas s'estime quant à lui victime de ses prises de position politique en dehors du service et de son engagement aux côtés de militants d'extrême gauche. Il affirme que la décision de mettre fin à ses fonctions a été prise non pas en raison de l'insuffisance professionnelle alléguée mais en considération de ses opinions politiques. Il demande au juge des référés de suspendre, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, l'arrêté du 25 juin 1999. Le juge des référés du tribunal administratif de Nancy affirme, par une formule qui se veut de portée générale, « qu'une décision par laquelle il est mis fin aux fonctions d'un agent public, par suite d'un refus de titularisation n'est pas, par elle-même, *et quels qu'en soient les motifs*, de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale ». Saisi d'un pourvoi, le Conseil d'Etat va censurer cette ordonnance et consacrer le principe selon lequel les motifs d'une décision peuvent, dans certains cas, « révéler » une atteinte à une liberté fondamentale que le seul objet de l'acte ne suffirait pas à faire apparaître. Comme l'indiquait le commissaire du gouvernement, le juge des référés ne doit pas se « limiter à l'examen de l'objet apparent d'une mesure » ; il lui appartient de « rechercher sa portée réelle, laquelle peut être révélée par ses motifs »⁹⁹². Le Conseil d'Etat vérifie donc si, comme le soutient le requérant, la décision de mettre fin à ses fonctions est intervenue en raison de ses opinions politiques. Au vu du dossier, le Conseil va constater que la décision « a été prise non en raison des opinions que l'intéressé a pu manifester en dehors du service mais en raison de son insuffisance professionnelle ». Dans ces conditions, « elle ne porte atteinte à aucune liberté fondamentale ».

La jurisprudence *Casanovas* a été confirmée par la suite, essentiellement dans le contentieux de la fonction publique⁹⁹³, mais également en dehors de ce

990 CE, 4 octobre 2004, Société Mona Lisa investissements et autres, *Lebon* p. 362.

991 CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108.

992 P. FOMBEUR, concl. sur CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *RFDA* 2001, p. 403.

993 Dans une ordonnance du 27 juin 2002, le juge des référés relève, à propos du licenciement d'un agent public pour motif disciplinaire, « qu'en l'espèce, il n'est ni établi ni même allégué que la sanction prononcée à l'encontre de Mme Prieur serait fondée sur des motifs autres que disciplinaires *et qui révéleraient une atteinte à une liberté fondamentale* » (CE, ord. 27 juin 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, *Lebon* p. 228). On relèvera que le juge soulève d'office l'existence d'une éventuelle atteinte tirée des motifs de la décision puisque celle-ci, précise l'ordonnance, n'était pas « alléguée ». De même, saisi d'un référé-liberté formé par un militaire basé en Guyane contre la décision de le rapatrier en

dernier⁹⁹⁴. A ce jour, aucune application positive n'est à relever : aucune décision administrative soumise au juge des référés du Conseil d'Etat n'a été regardée comme portant, par ses motifs, atteinte à une liberté fondamentale.

La notion de motifs, au sens de cette jurisprudence, mérite d'être précisée. S'agit-il de *motifs* de fait selon l'acception qu'en donne le juge de l'excès de pouvoir, ou de *mobiles* au sens qui prévaut pour caractériser un détournement de pouvoir ? Ces deux notions doivent en effet être distinguées. Le motif est objectif⁹⁹⁵ ; il correspond à ce « sur quoi » est fondé la décision⁹⁹⁶. A l'inverse, le mobile est subjectif ; il correspond à l'intention de l'auteur d'un acte⁹⁹⁷, ce « en vue de quoi » a été prise la décision. Alors que les mobiles sont les « déterminants psychologiques » de la décision, le concept de

métropole, le juge des référés affirme « qu'en l'espèce, il n'est pas établi que la mesure prise à l'encontre du requérant serait fondée sur des motifs étrangers à l'intérêt du service *et* qui pourraient révéler une atteinte à une liberté fondamentale » (CE, ord. 28 janvier 2003, *Renard*, n° 253617).

994 Voir par exemple, concernant le refus d'autoriser l'installation d'une terrasse sur le domaine public : CE, ord. 16 septembre 2002, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon T.* p. 314. Le juge indique que l'atteinte à une liberté fondamentale pourrait être caractérisée « si ce refus était fondé sur un motif étranger aux considérations d'intérêt général de nature à le justifier au regard des exigences de la bonne utilisation des dépendances du domaine public ». Faute pour la société requérante de justifier que ce refus « serait fondé, comme elle le soutient, sur une animosité personnelle liée au contexte politique local », le juge des référés exclut l'atteinte à une liberté fondamentale. Pour une application de la jurisprudence *Casanovas* en dehors du domaine de la fonction publique, voir également CE, ord. 26 juin 2003, *Conseil départemental de parents d'élève de Meurthe-et-Moselle*, n° 257938. Les requérants invoquaient une rupture du principe d'égalité dans la notation des copies du baccalauréat. Le juge relève que « certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent, constituer des atteintes à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». Il ajoute « qu'en l'espèce il n'est ni établi ni même allégué que les conditions dans lesquelles l'épreuve de mathématiques a été passée ou sera notée par le jury, pourraient être à l'origine de discriminations fondées sur des motifs qui les feraient apparaître comme constituant des atteintes à une liberté fondamentale ».

995 Le contrôle des motifs ne fait pas intervenir de données psychologiques : « Même s'il est vrai que, dans le cas du contrôle des motifs, le juge administratif reconstitue les faits réels qui ont pu servir de fondement à une décision, en s'efforçant de vérifier si ces faits ont réellement inspiré l'auteur de la décision, il ne va pas jusqu'à s'intéresser aux arrières-pensées de l'administrateur. La nature des motifs dont le juge administratif tient compte dans son contrôle est donc purement objective » (S. KTISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 162, 1991, p. 4).

996 La notion de motif correspond « à la situation de fait qui, dans le cas concret, a rendu possible ou obligatoire l'édition d'un acte administratif » (S. KTISTAKI, *op. cit.*, p. 2). Ce sont « des faits antérieurs à la décision, ou une situation existant à la date de celle-ci, et dont l'existence est une condition de la légalité de cette décision » (M. WALINE, « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE* 1956, p. 31). Les motifs sont les justifications du contenu de la décision. L'autorité ne peut agir que si certains éléments de fait existent et elle peut seulement prendre les mesures prévues par le ou les textes qui lui confèrent cette compétence et en précisent les modalités de mise en œuvre. Dans ces conditions, « les motifs d'un acte doivent être ceux qui sont prévus, explicitement ou implicitement, par les textes qui ont créé la compétence au titre de laquelle cet acte est fait et qui en ont déterminé les modalités de mise en œuvre » (F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 548).

997 Comme l'indique M. Benoît, le mobile est « ce qui pousse l'agent à utiliser sa compétence » ; « c'est donc la raison qui pousse à faire cet acte, le but que l'autorité se propose d'atteindre ; le mobile, c'est l'intention » (*op. cit.*, p. 543). « L'acte fait pour des mobiles étrangers aux considérations qui correspondent à la compétence en cause est entaché de « détournement de pouvoir » » (*op. cit.*, p. 544).

motifs est « attaché par nature aux données de fait de la décision »⁹⁹⁸. Mme Rouault affirme que le contrôle mis en œuvre par le juge des référés, au titre de la jurisprudence *Casanovas*, « est proche de celui du détournement de pouvoir, le juge « sondant les cœurs et les reins » de l'Administration »⁹⁹⁹. De même, évoquant cette jurisprudence, le commissaire du gouvernement Pierre Collin affirme qu'il convient « de toujours réserver le cas d'un éventuel détournement de pouvoir »¹⁰⁰⁰. Dans ses décisions, le juge des référés vérifie à la fois si la mesure est fondée sur des motifs étrangers aux considérations d'intérêt général de nature à la justifier mais également, le cas échéant, si l'intention qui animait l'administrateur révèle une atteinte à une liberté fondamentale. Dans les ordonnances précitées *Centre hospitalier général de Troyes* et *Renard*, le contrôle des motifs et celui des mobiles est distinct, mais en même temps relié par la conjonction de coordination « et ». Ces deux dimensions sont donc indissociables : le juge des référés ne contrôle pas uniquement ce « sur quoi » est fondé la décision ; il examine aussi et avant tout ce « en vue de quoi » l'administration a agi¹⁰⁰¹. Pour que cette jurisprudence puisse trouver à s'appliquer, il faut non seulement que la décision ne repose pas sur les motifs susceptibles de la justifier, mais également que l'administration ait été animée par une intention étrangère à l'objectif d'intérêt général qu'elle pouvait légalement poursuivre¹⁰⁰². La notion de motifs doit donc s'entendre au sens large « en tant que « raisons » d'émission de l'acte »¹⁰⁰³.

Cela étant, l'atteinte à une liberté fondamentale ne suffit pas. La loi exige également que cette atteinte présente un caractère grave et manifestement illégal.

SECTION 2. UNE ATTEINTE GRAVE

242. L'article L. 521-2 du code de justice administrative impose que l'atteinte portée à une liberté fondamentale revête un caractère « grave »¹⁰⁰⁴. L'exigence de gravité de

998 S. KTISTAKI, *op. cit.*, p. 2-3.

999 M.-C. ROUAULT, obs. sous CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, JCP G 2001, IV-3014, p. 2277.

1000 Concl. inédites P. COLLIN sur CE, 29 novembre 2002, *Arakino* (*Lebon* p. 422).

1001 Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, M. Pacteau avait déjà relevé la difficulté de distinguer les deux notions : voir B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I, 1977, pp. 14-15.

1002 La formule de l'ordonnance *Renard* précitée peut ainsi être rapprochée de l'arrêt *Rioux*, dans lequel le Conseil d'Etat constatait que l'acte attaqué était entaché de détournement de pouvoir car reposant sur des « motifs d'ordre politique étrangers à l'intérêt du service » (CE, 26 octobre 1960, *Rioux*, *Lebon* p. 558, concl. CHARDEAU).

1003 Formule empruntée à M. Pacteau (B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 15).

1004 La même exigence de gravité de l'atteinte se retrouve dans le cadre de la voie de fait (voir par exemple : TC, 27 juin 1966, *Guigon*, *AJDA* 1966, p. 547 ; Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, *Guez c/ Préfet de police de Paris*, *Bull. civ. I*, n° 142, *D.* 1991, IR, p. 155 ; TC, 23 octobre 2000, *Boussadar*, *Lebon* p. 775 ; TC, 19 novembre 2001, *Mohamed*, *D.* 2002, pp. 1446-1450, concl. G. BACHELIER). En revanche, la

l'atteinte constitue une condition à part entière. Elle exprime essentiellement l'idée d'une certaine intensité de l'atteinte.

I. L'EXIGENCE DE GRAVITÉ : UNE CONDITION À PART ENTIÈRE

243. Toute atteinte à une liberté fondamentale n'est-elle pas, par nature, « grave » ? La question s'est posée dès l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000. Ne devait-on pas, du fait de l'éminence des libertés protégées, tenir pour grave toute atteinte portée à celles-ci ? Le commissaire du gouvernement Laurent Touvet s'y est déclaré favorable en affirmant, dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Venelles* : « Cette condition de la gravité de l'atteinte ne devrait pas se prolonger très longtemps dès lors que la condition de gravité se rapporte à l'atteinte à une liberté fondamentale. Nous n'imaginons pas qu'une atteinte à une liberté fondamentale puisse n'être pas « grave »¹⁰⁰⁵. En d'autres termes, toute atteinte à une liberté fondamentale serait de ce seul fait révélatrice du degré de gravité imposé par le législateur. Avec cette interprétation, la condition de gravité devait être considérée comme remplie de plein droit dès l'instant où l'atteinte à une liberté fondamentale était caractérisée. Cette lecture généreuse, et relativement libre des termes de l'article L. 521-2, revenait à limiter l'atteinte « grave » à une atteinte « simple ». Cette position induisait un assouplissement des conditions d'octroi. En dispensant le requérant d'une exigence, elle venait atténuer sur ce point le caractère exceptionnel du référé-liberté.

244. Néanmoins, l'interprétation proposée par le commissaire du gouvernement prenait une liberté trop importante avec la lettre de la loi pour pouvoir être avalisée par le Conseil d'Etat. En premier lieu, affirmer que toute atteinte à une liberté fondamentale est nécessairement grave « reviendrait à dire que le législateur et le groupe de travail du Conseil d'Etat chargé de préparer la réforme ont prévu une condition surabondante à la mise en œuvre de la procédure de référé, ce qui serait leur faire injure »¹⁰⁰⁶. La position de M. Touvet conduisait en effet à supprimer purement et simplement l'une des conditions d'octroi du référé-liberté. Or, si la loi formule l'exigence d'une atteinte grave, c'est qu'elle admet implicitement mais nécessairement que certaines formes d'atteintes puissent ne pas être graves. La condition de gravité de l'atteinte est une exigence à part entière et ne peut être réduite à une clause de style. Les conditions d'atteinte et de gravité ont été conçues par le législateur comme des exigences distinctes et cumulatives ; elles doivent être appliquées comme telles par le juge des référés. En second lieu, l'affirmation selon laquelle l'atteinte portée à une liberté fondamentale est toujours et par essence grave, est contestable dans son principe même. Comme le fait remarquer le professeur Chapus, « il serait sans doute excessif d'estimer que toute

gravité ne figure pas formellement au nombre des conditions d'octroi du déféré-liberté, la loi évoquant un acte « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ».

1005 L. TOUVET, concl. sur CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, RFDA 2001, p. 385.

1006 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, AJDA 2001, p. 154.

atteinte est grave, dès lors qu'elle affecte une liberté fondamentale. L'atteinte aux libertés fondamentales, aussi regrettable qu'elle puisse être, n'est pas assimilable à un crime de lèse-majesté »¹⁰⁰⁷. Une atteinte peut donc être caractérisée sans être grave. Comme l'indique Mme de Silva, « cela ne signifie pas qu'elle soit anodine » mais seulement « qu'elle ne justifie pas le recours au juge de l'extrême urgence »¹⁰⁰⁸. La loi exige une atteinte qualifiée. Aussi est-il nécessaire que la lésion affectant la liberté fondamentale atteigne un certain degré de gravité pour pouvoir donner lieu à un référé-liberté. Toute atteinte portée à une liberté fondamentale n'est pas nécessairement « grave ».

245. Comment alors s'apprécie la gravité de l'atteinte ? Comment le juge des référés opère-t-il le départ entre les atteintes graves et les atteintes non graves ? Le juge des référés appréciant au cas par cas cette exigence, la jurisprudence portant sur son application apparaît rétive à toute systématisation. La distinction entre l'atteinte grave et l'atteinte non grave se détermine au gré de chaque espèce. L'intensité de l'atteinte comporte des degrés ; il n'existe pas de point précis à partir duquel l'on quitterait la zone d'absence de gravité pour entrer dans celle de la gravité. Néanmoins, il est possible de mettre en évidence l'existence d'éléments propres à caractériser la gravité de l'atteinte, ainsi que de facteurs de nature à tempérer la gravité de celle-ci.

II. LES ÉLÉMENTS DE NATURE À CARACTÉRISER LA GRAVITÉ

246. Le juge évalue la gravité de l'atteinte au regard de deux principaux éléments : d'une part l'intensité de ses effets sur la situation personnelle du requérant, d'autre part l'attitude particulièrement contestable ou choquante que l'administration peut avoir eu dans l'espèce en cause.

A. Les effets de la mesure

247. L'exigence de gravité de l'atteinte concerne en premier lieu *les effets* de celle-ci, et spécialement ses incidences sur la situation du demandeur. La rédaction de l'ordonnance *Lidl*, concernant l'apposition de scellés sur un bâtiment commercial, est sur ce point significative. Le juge affirme « qu'en raison de ses effets sur la libre disposition par la société Lidl du bâtiment dont elle est propriétaire, cette décision porte une atteinte grave à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». La référence aux effets de la mesure concerne l'exigence de gravité et non l'exigence d'atteinte, comme en atteste la phrase suivante soulignant « qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si (...) une atteinte *de même gravité* affecte également la liberté

1007 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1603.

1008 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 331.

du commerce et de l'industrie »¹⁰⁰⁹. Ainsi, conformément à l'acception courante de ce standard¹⁰¹⁰, la condition de gravité implique « un certain degré dans la violation de la liberté »¹⁰¹¹. L'atteinte à la liberté fondamentale doit revêtir « un caractère substantiel »¹⁰¹².

Il est parfois affirmé que la gravité de l'atteinte est l'*impossibilité* d'exercer une liberté¹⁰¹³. Cette présentation, qui convient à de nombreuses situations¹⁰¹⁴, ne peut néanmoins être retenue pour toutes les libertés fondamentales, et ce pour deux raisons. D'une part, la notion d'exercice d'une liberté est inadaptée pour les libertés qui, *stricto sensu*, ne s'exercent pas¹⁰¹⁵. La terminologie proposée ne concerne en pratique que les libertés de faire – lesquelles il est vrai, forment l'essentiel des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. D'autre part, la gravité d'une atteinte peut être caractérisée en présence d'une restriction qui, bien que présentant un caractère important, ne s'apparente pas à proprement parler à une privation ou une impossibilité d'exercice. Ainsi, lorsqu'un établissement public de coopération intercommunale exerce des attributions qui relèvent de la compétence des communes membres, il n'empêche pas l'exercice par celles-ci de leur liberté de s'administrer ; il ne les dépossède pas de leur libre administration mais fait seulement obstacle à son exercice dans les matières concernées. Les communes conservent la possibilité de s'auto-administrer ; leur libre administration ne se trouve nullement affectée dans les matières étrangères à l'immixtion de l'établissement public de coopération intercommunale.

1009 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

1010 Dans la jurisprudence administrative, l'adjectif « grave » désigne un acte ou une situation qui excède par son intensité les limites habituelles de la normalité (voir S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. BDP, t. 135, 1980, p. 80). On retrouve une expression identique à celle de l'article L. 521-2 du code de justice administrative en matière de police, le juge évoquant l'« atteinte grave » à l'ordre public (voir par exemple CE, 5 janvier 1962, *Bernardet, AJDA* 1962, p. 310 ; CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, Lebon* p. 426, *GAJA* n° 68 ; 4 février 1966, *Syndicat national des fonctionnaires du groupement des contrôles radio-électriques, Lebon* p. 80).

1011 *GAJA* n° 188, § 11.

1012 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 118.

1013 Ainsi, M. Chapus affirme qu'il y a lieu de distinguer, à l'instar de la jurisprudence qui s'est développée dans le cadre de la voie de fait administrative, « entre (en bref) ce qui est obstacle et ce qui n'est que gêne à l'exercice d'une liberté. Il y a là, en tout cas, la façon la plus opératoire de distinguer entre les atteintes selon leur gravité (...) » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1603).

1014 L'atteinte grave se traduira généralement par une privation pure et simple de l'exercice d'une liberté, par exemple l'impossibilité d'utiliser un bien ou de quitter le territoire national. Un exemple, tiré de la jurisprudence sur la voie de fait concernant la liberté professionnelle, permet de confirmer le caractère souvent opérant de cette distinction. Ainsi, sera considérée comme une atteinte grave à cette liberté la décision qui a pour effet d'interdire totalement l'exercice de la profession, par exemple le retrait d'une carte professionnelle (Trib. civ. Montpellier, 1^{er} septembre 1948, *JCP G* 1948, II, 4529) ou la suspension d'un médecin hospitalier (Civ. 1^{ère}, 22 novembre 1983, *Raymondon c/ Ministre de la santé et de la sécurité sociale, Bull. civ. I*, n° 277). En revanche, ne présente pas ce caractère la décision de l'administration obligeant un saltimbanque à se déplacer sur une distance extrêmement réduite pour faire son spectacle de rue. En modifiant seulement le lieu du spectacle, cette mesure n'empêche nullement l'intéressé d'exercer son activité (Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, *Guez c/ Préfet de police de Paris, Bull. civ. I*, n° 142, *D.* 1991, IR, p. 155).

1015 Voir *supra*, § 153 et s.

Il n'y a pas d'obstacle à la libre administration, puisque les communes conservent l'essentiel de leurs prérogatives, mais une simple gêne. Pour autant, la condition de gravité est satisfaite : l'atteinte à la libre administration est qualifiée de grave lorsqu'une collectivité territoriale se voit usurper une partie de ses compétences¹⁰¹⁶. De même, lorsqu'une personne est sanctionnée à raison de ses opinions politiques ou syndicales, elle n'est pas privée de l'exercice de sa liberté d'opinion. Il en va de même lorsqu'elle est victime d'une atteinte grave à sa liberté personnelle. Les exemples pourraient ainsi être multipliés.

Une dernière illustration, concernant le droit de propriété, mérite néanmoins d'être signalée. Alors même qu'il s'agit d'une liberté de faire, la gravité de l'atteinte qui est portée à la libre disposition des biens ne peut se résumer en une privation ou impossibilité d'exercice de cette liberté. Dans le cadre du référé-liberté, la gravité de l'atteinte au droit de propriété n'implique pas nécessairement l'impossibilité de disposer du bien. Certes, le plus souvent, c'est dans des hypothèses où son bénéficiaire – propriétaire ou locataire – est privé de la libre disposition de son bien que le juge qualifiera de grave l'atteinte portée au droit de propriété. Il en va notamment ainsi en cas d'apposition de scellés sur la porte principale du bâtiment dont le requérant est propriétaire¹⁰¹⁷, de refus d'évacuer des squatters, qui prive les propriétaires de la possibilité de louer leur bien et empêche les locataires de disposer des appartements dont ils devaient avoir la libre jouissance en vertu du contrat de location¹⁰¹⁸ ou de l'immobilisation d'un avion, « qui fait obstacle à sa libre disposition par son propriétaire »¹⁰¹⁹. L'atteinte peut également être grave lorsque, continuant à pouvoir user et disposer de leur bien, les propriétaires sont seulement privés de l'utilisation *exclusive* de celui-ci. L'atteinte est ainsi qualifiée de grave pour l'enlèvement de la chaîne à enrouleur placée par les copropriétaires à l'entrée d'un chemin privé pour empêcher l'accès des véhicules et l'édition d'un arrêté prévoyant pour tout véhicule une liberté d'accès et de stationnement sur ce chemin, mesures qui font obstacle à une utilisation exclusive de cette voie par leurs copropriétaires¹⁰²⁰. De même, dans le cadre de la voie de fait, la condition de gravité a été regardée comme satisfaite dans des hypothèses d'atteinte au droit de propriété ne présentant pas les caractères d'une dépossession mais ceux d'une simple gêne à la jouissance de ses

1016 CE, 12 juin 2002, Commune de Fauillet et autres, *Lebon* p. 215.

1017 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154. L'atteinte est qualifiée de grave « en raison de ses effets sur la libre disposition par la société Lidl du bâtiment dont elle est propriétaire ».

1018 Voir par exemple CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408. Après avoir rappelé que le refus de concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle ordonnant l'expulsion d'un immeuble porte atteinte à la liberté de disposer d'un bien, le juge des référés affirme « que dans la mesure où ce refus fait obstacle, non seulement à ce que le propriétaire tire de l'immeuble les revenus qu'il pouvait en escompter, mais aussi à ce qu'il réalise un projet de vente, la seule circonstance que l'Etat soit tenu d'indemniser le préjudice résultant pour le propriétaire d'un refus de concours de la force publique ne saurait suffire, comme le soutient le ministre, à dénier à un tel refus le caractère d'une atteinte grave à une liberté fondamentale ». Voir également, par exemple : CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon* p. 117.

1019 G. BACHELIER, concl. sur CE, 2 juillet 2003, *Société Outremer Finance Limited, AJDA* 2003, p. 1782.

1020 CE, ord. 10 septembre 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

biens, du fait par exemple de la construction de canalisations sur une parcelle privée¹⁰²¹ ou du déversement sur celle-ci de déchets provenant d'un abattoir¹⁰²².

248. Pour apprécier la gravité de l'atteinte, le juge des référés tient compte de l'intensité de ses effets sur la situation personnelle du requérant. L'appréciation de cette exigence est très étroitement liée à la situation dans laquelle se trouve l'intéressé. Telle mesure présentera un caractère de gravité pour un requérant, mais non pour celui se trouvant dans une situation personnelle sensiblement différente.

L'exemple du refus de délivrance ou de renouvellement d'un passeport est, à cet égard, significatif. Dans son principe, ce refus porte toujours atteinte à la liberté d'aller et venir. Néanmoins, l'atteinte ne sera qualifiée de « grave » que dans certaines hypothèses seulement. Il semblerait, au regard de la décision *Deperthes*, que ces hypothèses correspondent aux cas dans lesquels le requérant justifie devoir se rendre vers certaines destinations étrangères pour lesquelles ce document est exigé¹⁰²³. Dans une telle hypothèse, le refus qui lui est opposé empêche l'intéressé de se rendre dans le pays de destination. *A contrario*, on peut déduire de cette jurisprudence que l'atteinte ne sera pas qualifiée de grave si le requérant entend se rendre dans un Etat pour lequel ce document n'est pas exigé ou, à plus forte raison, ne justifie pas devoir se rendre à brève échéance à l'étranger.

L'atteinte à la liberté d'entreprendre satisfait à l'exigence de gravité lorsqu'elle comporte des effets substantiels sur l'activité du requérant. Dans une décision du 17 décembre 2003, le juge des référés affirme que lorsque l'atteinte invoquée à la liberté d'entreprendre trouve son origine dans la mise en œuvre d'une nouvelle réglementation technique, « la condition de gravité ne pourra être remplie que si cette réglementation fait obstacle, en droit ou en fait, à la poursuite par l'agent économique de l'activité en cause ou a un effet équivalent »¹⁰²⁴. En l'espèce, la nouvelle norme technique imposée par une note du ministre de l'agriculture concernait uniquement les produits exportés vers le Canada. Le juge en déduit « que, dans ces conditions, l'application de la note de service au 1^{er} janvier 2004 n'est pas susceptible de faire obstacle à la poursuite de l'activité économique des deux sociétés requérantes et donc de créer une atteinte grave à leur liberté d'entreprendre ». A l'inverse, l'atteinte est qualifiée de grave lorsqu'elle affecte une part substantielle de l'activité du requérant. Dans l'ordonnance *Commune de Collioure* du 2 juillet 2003, le juge affirme que l'atteinte à la liberté d'entreprendre constatée, « en interdisant à la SARL Côte Radieuse d'exploiter les services de transport côtier de passagers comportant une escale à Collioure, qui représentent 25 % de son activité, revêt le caractère de gravité exigé par les dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹⁰²⁵. De même, l'atteinte à la liberté d'en-

1021 TC, 11 mai 1964, *Lajugie c/ Compagnie générale d'entreprises électriques*, *Lebon* p. 791.

1022 Civ. 2^{ème}, 9 janvier 1974, *Commune d'Aignan c/ Caubet*, *Bull. civ.* II n° 17.

1023 CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes*, *Lebon* p. 1 : refus de renouvellement de passeport opposé à un ressortissant qui justifie devoir, pour les besoins de son activité professionnelle, se rendre au Brésil et au Canada.

1024 CE, ord. 17 décembre 2003, *EURL Ecosphère et SARL Général services applications*, *Lebon* p. 519.

1025 CE, ord. 2 juillet 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p. 930.

treprendre satisfait à l'exigence de gravité lorsqu'un établissement de fabrication de nitrates et de stockage d'explosifs voit ses possibilités de livraison restreinte de façon considérable pendant une partie importante de la journée¹⁰²⁶. La condition se trouve *a fortiori* satisfaite lorsque l'activité doit cesser totalement en raison d'une fermeture ordonnée par l'administration¹⁰²⁷ ou de toute autre mesure édictée par celle-ci¹⁰²⁸. En ce qui concerne les autres libertés fondamentales, plusieurs solutions d'espèce permettent d'illustrer les circonstances dans lesquelles l'exigence de gravité doit être regardée comme satisfaite. Par exemple, l'atteinte à la liberté d'aller et venir d'un étranger en situation régulière est qualifiée de grave lorsque l'intéressé, mis dans l'impossibilité de justifier de la régularité de sa situation au regard de la législation relative au séjour en France des étrangers, ne peut quitter le territoire national et y revenir¹⁰²⁹. De même, l'atteinte à cette liberté satisfait à l'exigence de gravité lorsqu'un citoyen français ne dispose pas d'une carte nationale d'identité faute pour l'administration d'avoir statué sur la demande de délivrance plus d'un an après le dépôt de celle-ci auprès des autorités compétentes¹⁰³⁰. L'atteinte à la liberté de communication du patient placé d'office est grave lorsque ce dernier se voit purement et simplement interdire d'envoyer du courrier et de communiquer avec les autorités administratives et judiciaires¹⁰³¹. Le juge regarde comme une atteinte grave à la liberté de réunion le refus illégal de mettre une salle communale à la disposition d'un parti politique¹⁰³² ou d'une association culturelle¹⁰³³. Pareillement, l'atteinte à la liberté du culte satisfait à l'exigence de gravité lorsqu'un maire entend organiser des représentations théâtrales, expositions et conférences dans un édifice culturel malgré l'opposition de l'autorité desservante¹⁰³⁴. L'atteinte au droit d'asile est qualifiée de grave lorsque l'administration met l'intéressé dans l'impossibilité de présenter une demande, par exemple en refusant de lui délivrer le formulaire nécessaire¹⁰³⁵, en refusant d'enregistrer sa demande¹⁰³⁶, en lui donnant des indications erronées quant au délai dans lequel la demande doit être introduite auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides¹⁰³⁷ ou en prenant du retard

1026 CE, ord. 26 novembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

1027 Voir, pour un commerce de proximité, CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931 ; pour un restaurant-discothèque, CE, ord. 16 août 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, n° 271148.

1028 Pour une interdiction d'accoster à un port de plaisance adressée à un navire spécialisé dans les promenades en mer, voir CE, ord. 6 septembre 2006, *Commune d'Ota*, n° 296912.

1029 CE, ord. 8 novembre 2001, *Kaïgisiz*, *Lebon* p. 545 ; CE, ord. 11 juin 2002, *Aït Oubba*, *Lebon T.* p. 869 ; CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p. 1132 ; CE, 7 mai 2003, *Boumaïza*, n° 250002.

1030 CE, ord. 11 mars 2003, *Samagassi*, *Lebon* p. 119.

1031 CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

1032 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

1033 TA Rennes, ord. 21 février 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29 avril 2003, p. 12 ; TA Paris, ord. 13 mai 2004, *Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres*, AJDA 2004, pp. 1597-1599, note G. GONZALEZ.

1034 CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386.

1035 CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* p. 12.

1036 CE, 15 février 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45.

1037 CE, ord. 21 décembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361.

pour procéder à sa réadmission vers un autre Etat¹⁰³⁸. Cette qualification s'impose également si l'intéressé ne peut se maintenir sur le territoire français durant l'examen de la demande, l'administration refusant de lui délivrer une autorisation provisoire de séjour¹⁰³⁹ ou se voit opposé un refus d'accès au territoire alors que sa demande n'est en réalité pas manifestement infondée¹⁰⁴⁰. Enfin, l'atteinte au droit de grève revêt un caractère de gravité en cas de réquisition de l'ensemble du personnel gréviste, en vue d'assurer la poursuite complète du service, et cela dans des conditions normales¹⁰⁴¹. Cette conception du service minimal qui ne se traduit par aucune réduction de l'activité du service constitue une négation du droit de grève.

249. Pour une liberté fondamentale – le droit de mener une vie familiale normale –, le Conseil d'Etat a donné des indications précises sur la façon dont devait s'apprécier la condition de gravité. Dans l'arrêt *Tliba*, il affirme « que la condition de gravité de l'atteinte portée à la liberté de vivre avec sa famille doit être regardée comme remplie dans le cas où la mesure contestée peut faire l'objet d'une exécution d'office par l'autorité administrative, n'est pas susceptible de recours suspensif devant le juge de l'excès de pouvoir, et fait directement obstacle à la poursuite de la vie en commun des membres d'une famille ; que tel est le cas d'une mesure d'expulsion du territoire français, susceptible d'une exécution d'office, s'opposant au retour en France de la personne qui en fait l'objet, et prononcée à l'encontre d'un ressortissant étranger qui justifie qu'il mène une vie familiale en France »¹⁰⁴². Ainsi, porte une atteinte grave au droit de mener une vie familiale normale la mise à exécution d'un arrêté de reconduite à la frontière lorsque l'intéressé est séparé de son jeune enfant vivant sur sol français¹⁰⁴³. A l'inverse, et en application des mêmes critères, la condition de gravité n'est pas remplie dans le cas d'un refus de titre de séjour opposé à un étranger¹⁰⁴⁴ ou de rejet d'une demande de regroupement familial, « qui ne fait pas directement obstacle à la poursuite de la vie en commun des membres d'une famille »¹⁰⁴⁵. De même, ne porte pas une atteinte grave

1038 L'atteinte au droit de solliciter le statut de réfugié est grave si les requérants risquent d'être réadmis vers un Etat européen dont il n'est pas certain qu'il examinera leur demande d'asile du fait des retards pris par les autorités françaises pour procéder à leur transfert vers ce pays (CE, 14 mai 2004, *Gaitukaeu*, n° 267360).

1039 CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T.* p. 1126.

1040 CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146 ; CE, ord. 24 octobre 2005, *MBIZI MPASSI*, n° 286247 ; CE, ord. 17 mars 2006, *Saidov*, n° 291214.

1041 CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

1042 CE, Sect., 30 octobre 2001, *Lebon* p. 523. En l'espèce, relève le Conseil d'Etat, Mme Tliba réside en France depuis plus de 30 ans avec cinq enfants de nationalité française et est dépourvue de toute famille dans son pays d'origine. La condition d'atteinte grave portée à sa liberté de vivre avec sa famille doit par conséquent être regardée comme remplie.

1043 CE, ord. 21 février 2005, *Najemi*, n° 277520.

1044 CE, ord. 5 mars 2002, *Fikry, Lebon T.* p. 872 ; CE, ord. 15 octobre 2004, *Sahi*, n° 273110 ; CE, ord. 6 juin 2003, *Benmessaoud*, n° 257429.

1045 CE, ord. 27 janvier 2003, *Kartboub*, n° 253603. Voir également CE, ord. 10 juillet 2002, *Boulemia*, n° 248422 : « la circonstance qu'une décision administrative ferait obstacle à l'instauration d'une vie familiale en France n'est pas à elle seule de nature à faire regarder cette décision comme méconnaissant de façon grave le droit qu'à toute personne de vivre avec sa famille ». En l'espèce, l'autorité adminis-

au droit au respect de la vie familiale du requérant sa réadmission vers la Norvège en application des stipulations de la Convention de Dublin du 15 juin 1990, alors même que son père, qui réside en France auprès de son épouse et de son second fils, doit y subir une intervention chirurgicale¹⁰⁴⁶.

Outre les effets de la mesure, le juge peut tenir compte de l'attitude de l'administration pour qualifier la gravité de l'atteinte à une liberté fondamentale.

B. L'attitude de l'administration

250. Un abus de pouvoir inqualifiable ou, de manière générale, une attitude particulièrement déplacée ou choquante de l'administration sera considérée par le juge comme une circonstance *aggravante*, qu'il prendra soin de souligner dans sa décision.

251. Il est constant que le refus de renouveler le passeport d'un ressortissant français porte atteinte à sa liberté d'aller et venir. Lorsque ce refus intervient dans des conditions particulièrement inacceptables, comme dans l'affaire *du Couëdic de Kérerant*, le juge qualifiera de grave l'atteinte à la liberté d'aller et venir, ajoutant en outre l'atteinte à la liberté personnelle, dont la mise en cause témoigne à elle seule, dans une affaire de ce type, du degré de gravité du comportement de l'administration. M. du Couëdic de Kérerant, ressortissant français résidant en Suisse et père de deux enfants, avait engagé en août 2002 les démarches auprès du consulat général de France à Genève en vue du renouvellement de son passeport – sur lequel étaient inscrits ses deux enfants – et dont il avait déclaré la perte à Paris en juillet 2002. L'année précédente, la justice suisse avait autorisé le requérant et son épouse à vivre séparés, la garde des deux enfants étant confiée à la mère et les deux parents continuant d'exercer en commun l'autorité parentale. Par lettre du 29 août 2002, le consul adjoint a répondu au requérant que la loi exigeait, en cas de séparation et d'autorité parentale partagée, l'autorisation des deux parents pour que les enfants soient inscrits sur les passeports de leurs parents. Ainsi, l'autorité consulaire exprimait le refus d'inscrire les enfants du requérant sur le passeport de ce dernier si la demande de renouvellement n'était pas accompagnée de l'autorisation expresse de leur mère. Pourtant, comme le relève le juge, une telle condition ne résulte d'aucun texte régissant la délivrance des passeports. Au contraire, l'article 8 du décret du 26 février 2001 dispose que « La demande de passeport faite au nom d'un

trative avait refusé l'enregistrement de la demande de certificat de résidence déposée par la requérante en faisant notamment valoir que celle-ci n'avait pas la qualité de conjoint d'un ressortissant français, son mariage avec M. Mihoubi, célébré religieusement, n'ayant pas été transcrit sur les registres de l'état civil. Le juge des référés affirme « que, si le refus d'enregistrement de sa demande de certificat de résidence l'empêche de mener une vie commune avec M. Mihoubi, cette seule circonstance ne permet pas de regarder la décision comme portant une atteinte grave à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». Dans le même sens, CE, ord. 20 juillet 2005, *Mohammad*, n° 285524 : « si le refus d'autoriser la venue en France de son époux au titre du regroupement familial l'empêche de mener une vie commune avec M. Mohammad, cette seule circonstance ne permet pas de regarder la décision comme portant une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

1046 CE, ord. 21 février 2005, *Sutaev*, n° 277757.

mineur est présentée par *l'une ou l'autre* des personnes exerçant l'autorité parentale (...) ». L'autorité consulaire a donc, ni plus ni moins, ajouté à la loi une condition qui n'y figurait pas. Aussi, « en opposant aux démarches du requérant cette condition entachée d'une illégalité manifeste, l'administration a porté une atteinte grave à la liberté personnelle et à la liberté d'aller et venir des membres de la famille »¹⁰⁴⁷. Pour conclure à la gravité de l'atteinte, le juge ne se place pas du côté du requérant et des effets de la mesure, mais de celui de l'administration qui s'est rendue coupable d'un agissement grave. La gravité de son manquement à la loi se répercute, par ricochet, sur celle de l'atteinte à une liberté fondamentale.

252. Trois autres décisions permettent d'illustrer la prise en compte du comportement de l'administration dans l'appréciation de la gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Vast*, le commissaire du gouvernement relève que la note du maire prescrivant l'ouverture des courriers adressés à certains conseillers municipaux porte une atteinte au secret de la correspondance qui peut être qualifiée de grave. « Par son caractère délibéré, elle peut s'apparenter en effet à un abus de pouvoir. Il ne s'agit pas ici d'une simple maladresse de la part d'un édile peu au fait des subtilités de la législation mais d'une volonté clairement affichée de contrôler le courrier destiné à un certain nombre d'élus nommément désignés »¹⁰⁴⁸. Et cela dans la dissimulation la plus totale, les intéressés n'ayant pas été informés de l'existence de cette mesure. Dans l'ordonnance *Gollnisch*, le juge souligne que les prises de position affirmant la culpabilité de l'enseignant concerné par une procédure disciplinaire en cours « ont été formulées dans des termes désobligeants à l'égard [du requérant], dont le recteur a estimé ne pas devoir même prononcer le nom par souci d'hygiène et dont il a appelé de ses vœux qu'il soit chassé de la fonction publique »¹⁰⁴⁹. L'atteinte ayant déjà été établie en amont de la décision, et l'illégalité étant certaine, cette précision concerne nécessairement la condition de gravité. Enfin, le juge des référés a affirmé que le fait, pour l'administration, de procéder à des coupes et abattages d'arbres dans un espace boisé classé, en méconnaissance des prescriptions de l'article L. 130-1 du code de l'urbanisme, « et alors que le requérant avait appelé son attention dès février 2005 sur la nécessité de se conformer à cette législation », porte une atteinte grave à la libre disposition de ses biens par un propriétaire¹⁰⁵⁰. Ici encore, la précision donnée par le juge concerne la condition de gravité de l'atteinte. Celle-ci pouvait être qualifiée par le seul fait que l'intéressé subissait une entrave importante à la liberté de disposer de ses biens. Néanmoins, pour affirmer la gravité de l'atteinte, le juge préfère mettre l'accent sur le comportement de l'administration, qui a délibérément méconnu la législation applicable alors que le requérant lui en avait rappelé l'existence et la nécessité de la respecter. A l'opposé de ces facteurs qui renforcent ou caractérisent la gravité de l'atteinte, d'autres éléments sont de nature à tempérer celle-ci ou à lui ôter tout caractère de gravité.

1047 CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranter*, *Lebon T.* p. 875.

1048 S. BOISSARD, concl. sur CE, 9 avril 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, p. 780.

1049 CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch*, *Lebon* p. 103.

1050 CE, ord. 8 novembre 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon* p. 491.

III. LES ÉLÉMENTS DE NATURE À TEMPÉRER LA GRAVITÉ

253. Deux éléments peuvent être pris en compte pour dénier la gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale : d'une part le comportement fautif du requérant, d'autre part le fait que l'atteinte soit autorisée par la loi. Ces éléments concernent en pratique les libertés de nature économique, essentiellement le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle.

A. Le comportement du requérant

254. Le comportement fautif du requérant peut exclure tout caractère de gravité à l'atteinte portée à ses libertés fondamentales. Ce principe a été posé, pour la première fois, dans l'ordonnance *Lidl* du 23 mars 2001¹⁰⁵¹. La société Lidl souhaitant ouvrir un commerce de détail entrant dans le champ d'application de la loi du 27 décembre 1973, elle devait obtenir au préalable l'autorisation d'exploitation exigée par ce texte. Mais, éludant la réglementation applicable, la société entreprend des travaux sur le bâtiment commercial sans présenter de demande d'autorisation à la commission départementale d'équipement commercial. Pour mettre fin aux irrégularités constatées, le maire édicte un arrêté prescrivant l'apposition de scellés sur le bâtiment en cause. La société Lidl conteste cette mesure devant le juge du référé-liberté en invoquant une atteinte grave à la liberté du commerce. Saisi par la voie de l'appel, le juge des référés du Conseil d'Etat exclut toute gravité de l'atteinte dès lors que la société requérante ne s'est pas conformée à la législation sur l'urbanisme commercial. Dans la mesure où celle-ci a entendu se soustraire aux prescriptions établies par la loi en ce domaine, le juge affirme, après s'être prononcé sur l'existence d'une atteinte grave au droit de propriété, qu'« il n'est pas nécessaire de rechercher si (...) une atteinte de même gravité » affecte la liberté du commerce.

Le même raisonnement s'applique lorsqu'une entreprise exerce une activité classée en méconnaissance des prescriptions qui lui sont légalement imposées. Dans l'ordonnance *Saria industries* du 25 avril 2002, le juge indique que pour son bénéficiaire, la liberté d'entreprendre « s'entend de celle d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et conformément aux prescriptions qui lui sont légalement imposées, tout spécialement lorsqu'elles poursuivent une exigence aussi impérieuse que la protection de la santé publique »¹⁰⁵². En l'espèce, la société Saria Industries avait été autorisée par l'autorité administrative à développer une activité de stockage et de traitement de déchets animaux. Se fondant sur le non respect par l'entreprise des prescriptions qui lui étaient légalement imposées, le maire ordonne la suspension de son activité dans le cadre de ses pouvoirs de police administrative générale. La société y voit une atteinte grave à sa liberté d'entreprendre et demande au juge des référés d'en suspendre l'exécution sur le fondement de l'article L. 521-2 du code

1051 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

1052 CE, ord. 25 avril 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155. Formule notamment reprise dans CE, ord. 20 avril 2004, *Ramon*, n° 266694 ; CE, ord. 29 avril 2004, *Département du Var*, n° 266902.

de justice administrative. Le juge des référés du Conseil d'Etat rejette sa demande en se fondant sur le non respect par la requérante des obligations qui lui sont imposées au titre de la législation sur les installations classées. L'ordonnance précise « que la mesure demandée au juge des référés tend à faire cesser l'atteinte portée à la liberté de la société requérante de poursuivre l'exploitation de son établissement *sans se conformer à certaines prescriptions légalement imposées*, notamment dans l'intérêt de la santé publique, par l'autorité compétente de l'Etat ». Dans ces conditions, l'atteinte à la liberté d'entreprendre ne saurait être regardée comme présentant un caractère de gravité.

Les mêmes principes s'appliquent au requérant exploitant une entreprise de véhicules de transports sanitaires privés en méconnaissance de la réglementation applicable aux ambulances et, en particulier, sans disposer d'équipements médicaux suffisants. Eu égard aux manquements de l'intéressé à ses obligations, la décision par laquelle le préfet retire l'agrément qui lui avait été délivré en vue de l'exploitation de ces véhicules n'est pas de nature, en l'absence de circonstances particulières, à constituer une atteinte grave à la liberté d'entreprendre¹⁰⁵³.

255. Dans ces hypothèses, le comportement du requérant exclut la gravité de l'atteinte. De même, lorsque le régime des libertés fondamentales est sévèrement réglementé par le législateur, l'exigence de gravité sera, sinon exclue, du moins plus difficile à satisfaire. Le juge intègre l'environnement législatif dans l'appréciation de la gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale.

B. L'environnement législatif

256. Pour apprécier le degré de gravité de l'atteinte à une liberté fondamentale, le juge des référés prend en considération les restrictions apportées par la loi à son exercice. En conséquence, il porte un regard spécifique sur les libertés fondamentales qui font l'objet d'un strict encadrement légal : la gravité de l'atteinte doit être relativisée lorsqu'elle est prévue par la loi ; elle devient plus difficile à qualifier lorsque la loi reconnaît à l'administration des pouvoirs étendus pour en limiter l'exercice. Le principe en a été posé dans l'ordonnance *Commune de Montreuil-Bellay* du 12 novembre 2001. Le juge affirme que pour apprécier le degré de gravité que peut revêtir l'atteinte portée à une liberté fondamentale, « il y a lieu de prendre en compte les limitations de portée générale qui ont été introduites par la législation pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations entre particuliers »¹⁰⁵⁴. Les limitations apportées par le législateur ont donc pour effet d'élever le seuil à partir duquel la gravité est caractérisée. L'atteinte doit apparaître d'autant plus

1053 CE, ord. 20 avril 2004, *Ramon*, n° 266694.

1054 CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* p. 551. Cette formule s'inspire directement de la jurisprudence constitutionnelle. A plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a affirmé que le principe de libre disposition d'un bien par son propriétaire doit être apprécié dans le cadre des limitations de portée générale introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers (CC, n° 59-1 FNR, 27 novembre 1959, cons. 1, *Rec.* p. 71). La formule sera notamment reprise concernant la libre disposition de ses biens par le propriétaire et la liberté des conventions (CC,

grave que la législation permet à l'administration de limiter valablement la liberté en question. Elle peut faire l'objet d'atteintes plus importantes avant que ne soit caractérisée la gravité, du fait de l'étendue des pouvoirs reconnus à l'administration. Certaines libertés – en pratique, les libertés de nature économique – subissent plus que d'autres des prescriptions légales et il devient dès lors plus difficile de considérer que l'autorité administrative leur porte une atteinte *grave* lorsque cette dernière se contente d'appliquer correctement la loi. Dans une telle hypothèse, l'atteinte à la liberté fondamentale résulte d'abord de l'ensemble de la législation avant d'être le résultat du comportement de l'administration.

257. Plusieurs exemples permettent d'illustrer les modalités de cette appréciation. Tout d'abord, dans l'ordonnance *Commune de Montreuil-Bellay*, le juge précise qu'en matière d'urbanisme, le degré de gravité des atteintes portées à la liberté d'entreprendre, à la libre disposition de son bien par un propriétaire ou à la liberté contractuelle doit être apprécié en tenant compte de la législation qui reconnaît aux personnes publiques la possibilité de disposer, dans certaines zones, d'un droit d'acquisition prioritaire d'un bien librement mis en vente par son propriétaire. Cette restriction est prévue par la loi elle-même, et permet aux personnes publiques bénéficiaires de se substituer à l'acquéreur potentiel d'un bien. C'est dans le cadre de cette restriction que doit être appréciée l'ampleur de l'atteinte portée au droit de propriété ou à l'économie d'un contrat légalement conclu. En l'espèce, l'éventualité d'un usage de cette prérogative par la puissance publique avait été envisagée par les cocontractants dans la promesse de vente. Celle-ci avait été conclue sous la condition suspensive que toute personne physique ou morale titulaire d'un droit de préemption renonce à l'exercer et que, pour le cas où le bénéficiaire d'un droit de préemption l'exercerait aux prix et conditions fixés par la promesse de vente, les parties au contrat en reconnaîtraient la caducité sans indemnité de part et d'autre. Le juge considère « qu'eu égard à ces stipulations l'exercice par la commune au cas présent du droit de préemption urbain, même s'il est entaché d'illégalité, n'est pas pour autant constitutif d'une atteinte grave à la libre disposition de son bien par tout propriétaire ou à l'économie d'un contrat légalement conclu ». Une deuxième illustration résulte de l'ordonnance *da Costa* du 8 août 2002¹⁰⁵⁵. La Ville de Pau a acquis par voie de préemption une parcelle que M. da Costa envisageait d'acheter. Ayant utilisé une partie de ladite parcelle pour l'extension d'équipements publics (ce qui était conforme à l'objet de la préemption), la commune décida de vendre l'autre partie à une société civile immobilière. Contrairement aux prescriptions de l'article L. 213-11 du code de l'urbanisme, la commune procéda à cette revente sans en proposer l'acquisition à M. da Costa¹⁰⁵⁶. Le requérant considère que la méconnaissance

n° 61-3 FNR, 8 septembre 1961, cons. 1, *Rec.* p. 48 ; CC, n° 73-80 L, 28 novembre 1973, cons. 7, *Rec.* p. 45).

1055 CE, ord. 8 août 2002, *da Costa*, n° 249409, *Contrats et marchés publics* 2002, comm. n° 236, note P. SOLER-COUTEAUX.

1056 L'article L. 213-11 du code de l'urbanisme prévoit que dans un délai de 5 ans à compter de l'exercice du droit de préemption, la commune qui décide d'utiliser ou d'aliéner le bien acquis à d'autres fins que celles invoquées pour justifier la préemption a l'obligation d'en informer les anciens propriétaires et de leur en proposer l'acquisition en priorité. Si ceux-ci renoncent à l'acquisition, la personne pu-

de cette exigence porte une atteinte grave à sa liberté de contracter. Néanmoins, le juge des référés du Conseil d'Etat va exclure la gravité de l'atteinte en mettant en avant deux considérations. D'une part, les actes d'acquisition de la parcelle par la commune n'ont pas été contestés par l'intéressé alors que c'est en premier lieu de ceux-ci que résulte l'atteinte à sa liberté de contracter. D'autre part, les dispositions du livre II du code de l'urbanisme, notamment son article L. 213-11, « ont précisément pour objet d'apporter à cette liberté les limitations de portée générale qui ont été introduites par le législateur, à la fois pour permettre certaines interventions de la puissance publique en matière d'aménagement urbain et pour sauvegarder les intérêts des anciens propriétaires ou des personnes qui avaient eu l'intention d'acquérir les biens préemptés ». Ainsi, l'atteinte n'est pas qualifiée de grave dans la mesure où elle respecte le cadre fixé par la loi et les conditions qu'elle détermine. La restriction à la liberté de contracter est issue de la loi, de sorte que la décision de revendre le bien préempté, qui ne constitue que sa mise en œuvre, n'est pas de nature à apporter en soi à cette liberté une atteinte suffisamment grave pour justifier sa suspension.

Cette jurisprudence a également été appliquée dans le domaine des relations du travail. Dans l'affaire *Société Mona Lisa Investissements, M. X.*, salarié protégé, était accusé de faits graves de harcèlement moral qui avaient conduit son employeur à s'orienter vers un licenciement. Celui-ci ayant été refusé par l'inspecteur du travail, les collaborateurs de M. X introduisent une requête en référé-liberté en vue d'obtenir la suspension de son exécution. Le Conseil relève « que pour la mise en œuvre de dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le degré de gravité que peut revêtir une mesure affectant la liberté d'entreprendre ou la liberté du travail, doit prendre en compte les limitations de portée générale apportées à ces libertés qui ont été introduites par la législation pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique, notamment dans les relations du travail ; que figure au nombre de ces limitations la protection dont bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, les délégués du personnel, dont le licenciement ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail »¹⁰⁵⁷. En conséquence, le Conseil d'Etat doit apprécier l'exigence de gravité au regard du statut particulier dont bénéficie M. X. A la lumière de cette donnée, et de l'ensemble des circonstances de l'espèce – notamment du fait que si le climat est dégradé dans l'entreprise, les salariés peuvent néanmoins continuer de venir travailler –, le Conseil d'Etat exclut la gravité de l'atteinte. Il ressort de la motivation de la décision que le Conseil d'Etat a avant tout justifié cette solution par le statut protecteur dont bénéficie M. X. Dans l'ordonnance *Confédération française des travailleurs chrétiens* du 3 mai 2005, les requérants contestaient la mise en œuvre de la loi sur la « journée de solidarité » prévoyant qu'en dehors d'accords de branche ou d'entreprise fixant un autre jour, le lundi de Pentecôte sera travaillé et modifiant à cet effet la durée annuelle du travail sans rémunération supplémentaire pour les salariés

blique doit en faire de même auprès de la personne qui avait l'intention de l'acquérir. En l'espèce, la commune n'avait pas proposé l'acquisition du bien à son ancien propriétaire ni, par conséquent, à M. da Costa.

1057 CE, 4 octobre 2004, Société Mona Lisa investissements et autres, *Lebon* p. 362.

mensualisés¹⁰⁵⁸. Le juge des référés exclut la gravité de l'atteinte à la liberté du travail après avoir précisé que le degré de gravité que peut revêtir une mesure affectant cette liberté « doit prendre en compte les limitations de portée générale apportées à cette liberté qui ont été introduites par le législateur pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations du travail notamment sur la durée du travail, les jours fériés et les congés ».

258. En définitive, il résulte de la jurisprudence *Commune de Montreuil-Bellay* une distinction entre deux catégories de libertés fondamentales au regard du critère de la gravité. Certaines font l'objet de restrictions législatives importantes, d'autres laissent un pouvoir d'intervention plus limité à la puissance publique. Ces différences de régime sont prises en compte par le juge administratif pour apprécier si l'atteinte dont elles sont l'objet satisfait à l'exigence de gravité, et nullement, comme cela a pu être soutenu, pour jauger de la fondamentale d'une liberté. Lorsque la loi a reconnu des possibilités d'intervention étendues au profit de la puissance publique, la gravité est naturellement plus difficile à qualifier. Ainsi, si la liberté d'entreprendre est, comme l'affirme Mme Jacquinet, « un cas à part », c'est non pas parce qu'elle serait fondamentale dans certaines circonstances seulement mais parce que, faisant l'objet d'un encadrement législatif très strict, l'appréciation de la gravité des atteintes qui lui sont portées est nécessairement plus exigeante¹⁰⁵⁹. Si l'atteinte est plus difficile à qualifier pour ces libertés, c'est simplement parce que le législateur a entendu les soumettre à des limites plus importantes au nom de l'intérêt général. Le juge administratif n'établit en rien une hiérarchisation entre ces libertés qui reposerait sur leur plus ou moins grande importance. Le juge du référé-liberté, qui n'est pas juge des législations et des réglementations existantes, ne fait que tirer les implications de la loi et des différences qu'elle organise quant au régime d'exercice des différentes libertés fondamentales. Toutes les libertés fondamentales s'exercent dans le cadre dessiné par la loi mais, ce cadre n'étant pas le même pour toutes ces libertés, l'appréciation de la gravité pourra varier en fonction de l'étendue des restrictions autorisées par le législateur. Toutefois, pour pouvoir justifier la mise en œuvre du référé-liberté, l'atteinte à une liberté fondamentale ne doit pas seulement être grave ; elle doit encore être manifestement illégale.

1058 CE, ord. 3 mai 2005, Confédération française des travailleurs chrétiens, *Lebon T.* p. 1034.

1059 Pour cet auteur, la jurisprudence *Commune de Montreuil-Bellay* « laisse supposer que des libertés peuvent n'être considérées comme fondamentales que dans certaines matières, dans certains domaines. Cela reviendrait alors à dire qu'il y a des libertés fondamentales à éclipses », c'est-à-dire qui disparaîtraient dans l'hypothèse d'un important encadrement législatif (N. JACQUINOT, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA* 2003, p. 665). Ce point de vue ne correspond pas à la réalité du droit positif. Pour le juge administratif, une liberté est fondamentale ou ne l'est pas ; elle l'est tout le temps ou elle ne l'est jamais. La jurisprudence conduit à distinguer nettement la condition relative à la présence d'une liberté et celle relative à la gravité de l'atteinte qui lui est portée. Ces deux éléments ne se situent pas sur le même plan et sont parfaitement indépendants l'un par rapport à l'autre. En outre, la liberté ne « disparaît » pas dans ce genre de situation et demeure *invocabable* devant le juge du référé-liberté. L'incidence d'un encadrement législatif important se répercute sur l'appréciation de la gravité d'une liberté mais nullement sur son invocabilité.

SECTION 3. UNE ATTEINTE MANIFESTEMENT ILLÉGALE

259. En vertu de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le référé-liberté ne peut être mis en œuvre que lorsque l'administration a porté à une liberté fondamentale une « atteinte (...) manifestement illégale ». Il résulte de cette formule que la loi n'exige pas n'importe quelle forme d'illégalité mais une illégalité déterminée. L'illégalité est celle de l'atteinte portée à une liberté fondamentale. Elle doit en outre se caractériser par son évidence. En revanche, l'illégalité n'a pas à être grave¹⁰⁶⁰. « Si on peut distinguer, au sein de l'illégalité, selon qu'elle est « externe » ou « interne », il n'y a pas matière, en bonne règle, à apprécier la gravité d'une illégalité. Elle ne comporte pas de degrés »¹⁰⁶¹.

I. L'ILLÉGALITÉ DE L'ATTEINTE

260. L'illégalité de l'atteinte n'est caractérisée qu'à certaines conditions. Elle s'apprécie de manière sensiblement identique selon qu'est en cause une action de l'administration, ou un refus ou une abstention de celle-ci.

A. Les conditions de l'illégalité

261. Il est exigé une forme particulière d'illégalité : l'illégalité de l'atteinte à une liberté. Cette illégalité s'analyse en une atteinte injustifiée et disproportionnée à une liberté fondamentale.

1060 Certaines ordonnances du juge des référés font référence à l'exigence d'une « illégalité grave » (CE, ord. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p. 37 ; CE, ord. 22 juillet 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRD)*, n° 248734 ; CE, ord. 2 août 2002, *Société Prophal*, n° 249110 ; CE, ord. 6 septembre 2002, *Tetaahi*, n° 250120 ; CE, ord. 14 octobre 2002, *Ramon*, n° 250922 ; CE, ord. 15 octobre 2002, *Société Pierre conseil foncier SA*, n° 250947 ; CE, ord. 26 décembre 2002, *Belakhdar*, n° 252867 ; CE, ord. 27 juin 2002, *Frullani et SCI Marcfore, Lebon T.* p. 872 ; CE, ord. 2 avril 2003, *GaiFFE*, n° 255597 ; CE, ord. 25 juin 2003, *Ahamada et Said Abdallah*, n° 257835 ; CE, ord. 17 juillet 2003, *Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRD)*, n° 258506 ; CE, ord. 2 septembre 2003, *Société SAGEP et autres*, n° 259866 ; CE, ord. 30 juillet 2004, *Moussaoui*, n° 270462 ; CE, ord. 12 novembre 2004, *Marty*, n° 274029 ; CE, ord. 2 mars 2005, *Commune de Vedene*, n° 278123 ; CE, ord. 15 juillet 2005, *Cotten*, n° 282369 ; CE, ord. 28 août 2006, *SARL Fitness Gym*, n° 296846 ; CE, ord. 29 septembre 2006, *Traoré*, n° 297752). Néanmoins, il est constant que l'article L. 521-2 n'impose nullement une telle condition. L'illégalité doit être manifeste, l'atteinte doit être grave mais l'illégalité de l'atteinte n'a pas elle-même à être grave.

1061 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1604.

1. L'illégalité d'une atteinte

262. Une illégalité dont ne résulte pas d'atteinte à une liberté fondamentale ne satisfait pas à l'exigence énoncée à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. L'illégalité, en effet, est celle de l'atteinte à une liberté fondamentale¹⁰⁶². La loi exige que l'illégalité constatée ait une réelle incidence sur la liberté en cause. L'illégalité peut être directe et résulter de la norme consacrant la liberté fondamentale, comme dans les décisions *Gollnisch* ou *Gaitukaev*¹⁰⁶³. Elle « peut également être indirecte, c'est-à-dire résulter du caractère manifestement illégal de l'atteinte causée à des normes législatives ou réglementaires conditionnant la jouissance de cette liberté fondamentale »¹⁰⁶⁴. En toute hypothèse, elle doit nécessairement affecter une liberté fondamentale.

Par suite, une illégalité de pure forme ne saurait satisfaire à cette exigence d'illégalité *de l'atteinte* à une liberté. Si un vice de forme substantielle peut présenter un caractère illégal, et même manifestement illégal, il paraît par nature insusceptible de porter atteinte à une liberté fondamentale. Dans un arrêt du 30 mai 2002, le Conseil d'Etat refuse d'annuler l'ordonnance par laquelle un juge des référés a rejeté une demande tendant à ce que soit prononcée, sur le fondement de l'article L. 521-2, la suspension d'arrêtés étendant le périmètre d'une communauté d'agglomération et prononçant le retrait de plusieurs communes de l'établissement public de coopération intercommunale. Le pourvoi est rejeté au motif qu'en l'espèce, les communes requérantes se prévalent uniquement de moyens de légalité externe relatifs aux procédures consultatives. Pour le Conseil, « aucun de ces moyens, à les supposer fondés, ne permet de regarder comme « grave et manifestement illégale » l'atteinte que porteraient les arrêtés litigieux au principe de libre administration des collectivités locales »¹⁰⁶⁵. On doit toutefois relever que dans de rares décisions, le juge a accepté d'examiner un moyen tiré de la violation de la loi du 11 juillet 1979, qui impose la motivation de certaines décisions individuelles défavorables. Ainsi, dans l'arrêt *Tliba*, le Conseil d'Etat apprécie l'exigence d'illégalité manifeste d'une mesure d'expulsion au regard des dispositions de ce texte, et conclut à l'absence de violation¹⁰⁶⁶. A une reprise il a jugé fondé le moyen tiré de la méconnaissance de cette loi par un arrêté de police ordonnant la fermeture d'un commerce de proximité¹⁰⁶⁷. Toutefois, dans cette décision, le juge avait relevé *deux*

1062 Voir par exemple, exprimant ce lien, CE, ord. 22 octobre 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165. Le juge relève qu'une parcelle appartenant aux requérants « a fait l'objet d'une emprise irrégulière de la part du syndicat mixte Côte des Isles Développement qui l'a incorporée dans un terrain de golf dont il assure la gestion ; qu'il a ainsi été porté au droit de propriété des requérants une atteinte manifestement illégale ».

1063 Lorsqu'une procédure disciplinaire est en cours contre un enseignant-chercheur, le recteur d'académie qui, sans attendre le résultat de celle-ci, soutient publiquement que le manquement de l'intéressé à ses obligations déontologiques est établi et appelle de ses vœux que la sanction la plus lourde soit prononcée, porte une atteinte illégale à la présomption d'innocence (CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103). Dans l'arrêt *Gaitukaev*, le juge relève l'atteinte illégale au droit des requérants de solliciter le statut de réfugié (CE, 14 mai 2004, *Gaitukaev*, n° 267360).

1064 P. CASSIA et A. BEAL, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier 2001-28 février 2001) », *JCP G* 2001, I, 319, p. 986.

1065 CE, 30 mai 2002, *Commune de Gely-du-Fesc et autres*, n° 247273 et 247286.

1066 CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

1067 CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry, Lebon T.* p. 931.

illégalités : d'une part l'utilisation non justifiée de ses pouvoirs de police administrative par l'exécutif communal, d'autre part l'insuffisance de motivation de sa décision. L'atteinte à la liberté d'entreprendre provient non pas du défaut de motivation mais de l'utilisation sans fondement de ses pouvoirs de police par le maire. Si la méconnaissance des prescriptions de la loi du 11 juillet 1979 constitue une illégalité manifeste, elle ne peut caractériser à elle seule une atteinte à une liberté fondamentale. Dans la jurisprudence relative à l'article L. 521-2, jamais un moyen de pure forme n'a été, à lui seul, retenu comme source de l'atteinte illégale à une liberté.

2. Une atteinte injustifiée et/ou disproportionnée

263. Toute atteinte à une liberté fondamentale n'est pas illégale. En effet, les libertés fondamentales ne sauraient bénéficier d'une garantie absolue ni prévaloir de façon inconditionnelle et systématique sur toute considération susceptible de s'y opposer¹⁰⁶⁸. Leurs bénéficiaires doivent supporter des limitations destinées à opérer une conciliation avec les droits d'autrui ou à faire place à l'expression de certaines formes de l'intérêt général¹⁰⁶⁹. En pratique, l'atteinte à une liberté fondamentale sera légale si elle est non seulement *justifiée* par la loi ou par un motif d'intérêt général mais également *proportionnée* à l'objectif poursuivi. *A contrario*, l'atteinte sera illégale dans deux hypothèses. Tout d'abord, l'atteinte est illégale si elle n'est autorisée ni par la loi ni par un motif d'intérêt général. Ce sera le cas, à l'évidence, lorsque se trouve frontalement méconnue une norme juridique législative, conventionnelle, constitutionnelle ou autre. Dans un tel cas de figure, l'absence de justification de l'atteinte apparaît immédiatement. Ensuite, dans l'hypothèse où elle se trouve justifiée, l'atteinte sera illégale si elle présente un caractère excessif et, ainsi, ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité. Ce schéma, qui concerne les atteintes provenant d'actions mais également les atteintes résultant de refus ou d'abstentions, mérite d'être précisé dans ses éléments constitutifs.

264. L'atteinte est *justifiée* si elle est prévue et autorisée par la loi ou requise par un motif d'intérêt général.

Le texte justificateur peut être une loi ou un règlement en cas d'atteinte provenant d'une abstention ou d'un refus. Mais en cas d'atteinte résultant d'un acte positif ou d'une action, le texte qui lui sert de fondement doit impérativement être de nature législative. En effet, en cas d'action, seule la loi peut porter atteinte aux libertés fonda-

1068 Voir sur ce point la crainte, exprimée par M. Drago, « de la déstructuration sociale engendrée par une société de droit (de droits ?) dans laquelle l'individu et la défense de ses droits prime sur toute autre considération (...), c'est-à-dire d'un droit uniquement préoccupé de la sphère privée ou individuelle et dont la doctrine des droits fondamentaux relève essentiellement » (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. Thémis droit public, 1998, p. 69).

1069 Cette idée est exprimée, en substance, par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux termes duquel « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». L'esprit de cette disposition est qu'il est parfois nécessaire de limiter les libertés de certains, afin de pouvoir garantir leur exercice par le plus grand nombre. La liberté « limitée » est la condition de la liberté de tous. Voir J.-P. COSTA, « Article 4 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires* (G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL dir.), Dalloz, 2001, pp. 101-113.

mentales à titre initial. Cette exigence est une conséquence de la réserve de loi, principe juridique en vertu duquel le législateur dispose d'une compétence exclusive pour intervenir dans certains domaines¹⁰⁷⁰, au premier rang desquels figure l'atteinte aux libertés fondamentales¹⁰⁷¹. Cette matière constituant une prérogative exclusive du législateur, il est interdit à l'autorité administrative d'y intervenir¹⁰⁷². A défaut d'habilitation législative, l'atteinte portée par l'autorité administrative est entachée d'illégalité¹⁰⁷³. La poursuite d'un objectif d'intérêt général est également un motif légitime de limitation d'une liberté. Celui-ci est admis depuis longtemps par le Conseil d'Etat. Comme

- 1070 Le législateur se voit constitutionnellement réservé – et assigné – un domaine qui ne peut être méconnu ni par les autres autorités ni par lui-même. Cela implique tout d'abord que le législateur peut seul intervenir dans ces matières, à l'exclusion de toute autre autorité. La décision administrative qui intervient dans la sphère de compétence du législateur est entachée d'illégalité. D'autre part, cette règle signifie que le législateur doit exercer lui-même sa compétence et ne peut autoriser aucune autorité à intervenir à titre initial dans les matières protégées (incompétence négative).
- 1071 Le Conseil d'Etat a affirmé, sous la IV^e République, que ces matières sont réservées à la loi en vertu de la tradition constitutionnelle républicaine (cf. *supra*, § 110, avis du 6 février 1953). L'article 4 de la Déclaration de 1789 dispose que les « bornes » que connaissent les libertés « ne peuvent être définies que par la loi ». Il en va ainsi quel que soit le rang de la norme dont la liberté fondamentale est issue. La réserve de loi concerne tout d'abord les libertés constitutionnelles. L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 attribue au Parlement la détermination des garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques. Sur le fondement de cette disposition, « La loi dispose d'une compétence irréductible pour la réglementation des droits constitutionnellement reconnus, le pouvoir réglementaire étant limité à la mise en œuvre des normes posées par le législateur » (J. TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Economica PUAM, coll. DPP, 1997, p. 260). Pour les libertés fondamentales d'origine conventionnelle, le principe d'une restriction législative est expressément énoncé par les instruments pertinents (soit spécifiquement pour tel ou tel droit, comme dans la Convention européenne et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, soit par une clause générale, à l'image de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Quant aux libertés fondamentales de rang législatif, le législateur, qui les a créées, peut seul les remettre en cause.
- 1072 En cela, l'objet premier de la réserve de loi est « de s'assurer que les limitations apportées aux libertés des citoyens ont été consenties par ceux-ci ou par leurs représentants. La réserve de loi se conçoit avant tout de façon négative, comme l'exclusion pour l'Exécutif de la possibilité d'intervention originale, et donc comme l'interdiction pour ce dernier d'attenter aux droits et libertés des citoyens sans autorisation législative » (J. TREMEAU, *op. cit.*, p. 36-37). Le même principe prévaut en droit comparé. En Allemagne, la notion de réserve de loi (*Vorbehalt des Gesetzes*) « signifie qu'il ne peut y avoir d'atteinte à la liberté et à la propriété des administrés/citoyens que dans la mesure où une loi le prévoit et en fixe les conditions et la mesure » (C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, n° 95). En Suisse également, l'article 36 al. 1 de la Constitution exige que toute restriction grave d'un droit fondamental se fonde sur une base légale (voir C. ROUILLER, « Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi en droit constitutionnel suisse », in *Droit constitutionnel suisse* (D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J.P. MÜLLER dir.), Schulthess, 2001, p. 683).
- 1073 Conformément à cette exigence, le Conseil d'Etat s'assure que les atteintes aux libertés trouvent leur origine dans une loi et, dans le cas contraire, annule les dispositions par lesquelles l'autorité administrative y porte atteinte à titre initial (voir par exemple, pour la liberté du commerce et de l'industrie : CE, Sect., 29 juillet 1953, *Société générale des travaux cinématographiques, Lebon* p. 430 ; et pour le droit de propriété CE, 5 octobre 1977, *Secrétaire d'Etat à la culture, Lebon* T. p. 686). Dans le même sens, le commissaire du gouvernement Galmot affirmait que la disposition décidant que le défaut de vaccination anti-polio est susceptible de faire obstacle à l'admission d'un enfant dans un établissement sanitaire ou scolaire porte atteinte à certaines libertés publiques fondamentales, et ne peut donc trouver sa source que dans la loi (concl. GALMOT sur CE, 16 juin 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, JCP G 1967, II, 15303).

le faisait remarquer M. Hadas-Lebel, « Il est constant que l'une des fonctions les plus importantes de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence administrative est de limiter, au nom des finalités supérieures qu'elle représente, l'exercice de certains droits et libertés individuels (...) »¹⁰⁷⁴. Cette prise en compte de l'intérêt général, qui est une constante du droit des libertés, sinon sa problématique essentielle, peut justifier que les particuliers, mus par des mobiles d'ordre privé, puissent être amenés à « s'incliner devant des impératifs plus puissants »¹⁰⁷⁵. La loi, comme l'intérêt général, peuvent justifier l'atteinte portée par l'administration à une liberté fondamentale.

265. Justifiée, l'atteinte doit encore être *proportionnée*, c'est-à-dire ne pas dépasser le seuil d'atteinte autorisé par la loi ou strictement justifié par la poursuite de l'intérêt général¹⁰⁷⁶. La prise en compte du critère de la proportionnalité est liée à la nature des normes de libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, lesquelles constituent des obligations d'optimisation, c'est-à-dire des « principes » au sens qu'en donnent, au-delà des nuances qui peuvent opposer les deux auteurs, Ronald Dworkin et Robert Alexy¹⁰⁷⁷. Cela signifie, pour reprendre une for-

1074 R. HADAS-LEBEL, « L'intérêt général », *EDCE* n° 50, 1999, p. 290. On relèvera que dans la jurisprudence constitutionnelle, l'intérêt général bénéficie également d'une considération toute particulière de nature à justifier les restrictions apportées par le législateur aux droits et libertés constitutionnels. Par exemple, le Conseil admet la limitation du droit de grève au nom de la continuité des services publics (CC, n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Rec.* p. 33), de la liberté individuelle au nom des « nécessités de la lutte fiscale » (CC, n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Rec.* p. 67 ; n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, *Rec.* p. 94 ; n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Rec.* p. 110), de la liberté d'aller et venir et de la liberté individuelle au nom de « la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle » (CC, n° 81-127 DC, 19-20 janvier 1981, *Rec.* p. 15), de la liberté d'aller et venir au nom de la protection de la sécurité nationale (CC, n° 93-323 DC, 13 août 1993, *Rec.* p. 213), de la liberté individuelle et du droit de mener une vie familiale normale au nom de « la sauvegarde de l'ordre public » (CC, n° 93-323 DC, 13 août 1993, *Rec.* p. 213), ou encore du droit de propriété au nom de la protection de la santé publique (CC, n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, *Rec.* p. 11).

1075 M. LETOURNEUR, « Quelques réflexions sur la codification du droit administratif », in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 277.

1076 Sur le principe de proportionnalité, voir notamment G. XYNLOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, coll. BDP, t. 179, 1996, 463 p. ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, coll. Science et droit administratifs, 1990, 541 p. ; J. MEKHANTAR, *Le principe de proportionnalité*, thèse Paris II, 1990 ; G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. 2, LGDJ, 1974, pp. 297-306 ; J.-P. COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *AJDA* 1988, pp. 434-437 ; P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 1, Bruylant, 1992, pp. 49-68 ; P. MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, pp. 319-341 ; M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 numéro spécial, pp. 156-166.

1077 Pour les deux auteurs, règles et principes sont d'authentiques normes juridiques ; la différenciation s'opère en fonction du degré de leur détermination. La règle s'applique à un cas concret auquel elle assigne des conséquences juridiques précises ne laissant aucune liberté de choix à son destinataire. Le principe en revanche n'empporte pas de conséquences juridiques automatiques. Ainsi, « La distinction entre règles et principes est (...) une distinction entre deux types de normes » (R. ALEXY, *A theory of constitutional rights* (traduit de l'allemand par J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, p. 45) :

mule de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, que « L'atteinte ne doit pas avoir une intensité sans relation avec l'importance de la chose et les inconvénients imposés au citoyen »¹⁰⁷⁸. L'autorité publique ne doit pas, par son action ou son abstention, porter atteinte à une liberté fondamentale au-delà de ce qui est nécessaire ou raisonnable. Cette exigence concerne aussi bien les atteintes résultant d'actions que celles résultant d'un refus ou d'une abstention. Elle prend la forme, dans les deux cas, de l'exigence de l'atteinte la plus faible possible aux libertés fondamentales en interdisant, tantôt les mesures excessives, tantôt les mesures insuffisantes. En toute hypothèse, il appartient au demandeur de faire la preuve de l'illégalité qu'il allègue. Une motivation insuffisante à cet égard l'expose au rejet de sa demande¹⁰⁷⁹.

« les principes sont des *obligations d'optimisation*, tandis que les règles ont un caractère d'*obligations définitives* » (R. ALEXY, « Idée et structure d'un système de droit rationnel », *APD* t. 33 La philosophie du droit aujourd'hui, 1988, p. 34. Souligné). Plus précisément les règles « sont des normes qui, toujours, ou bien peuvent être effectuées ou bien ne peuvent point être effectuées. Si une règle est valable et applicable, alors il est obligatoire de faire exactement ce qu'elle demande, rien de plus ni de moins » (*ibid.*). Si la règle est applicable en l'espèce, et si les circonstances de fait constituant sa « mineure » sont remplies, alors, nécessairement, les conséquences juridiques de sa « majeure » le seront aussi. En cela, « Les règles sont applicables dans un style du tout ou rien » (R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. Léviathan, 1995, p. 79). A l'inverse, « En tant qu'obligations d'optimisation, les principes sont des normes qui commandent que quelque chose sera réalisé dans la plus haute mesure possible, relativement à ce qui est juridiquement et réellement possible. Cela signifie qu'ils peuvent être satisfaits à des degrés variés et que le degré exigé de leur satisfaction ne dépend pas seulement des possibilités de fait mais aussi des possibilités juridiques qui déterminent – outre les règles – essentiellement des principes divergents. Ceci implique que les principes sont susceptibles de pondération : pour les principes, la pondération est la forme caractéristique de l'application du droit » (R. ALEXY, *op. cit.*, p. 34). Ainsi, les principes sont des normes juridiques qui ne déterminent pas la solution concrète d'un litige uniquement parce qu'ils y sont applicables. Les libertés fondamentales dégagées dans le cadre de l'article L. 521-2 correspondent strictement à cette définition. Leur exercice doit toujours être concilié avec d'autres impératifs et la violation de ces normes n'entraîne jamais une sanction systématique dans le cadre de cette procédure. De même en Allemagne, « Tous les droits fondamentaux sont des « principes » (...) » (G. XYNOPLOULOS, *op. cit.*, p. 348). Aux Etats-Unis, nombre de droits constitutionnels ont, à l'image de la liberté d'expression, la nature de principes. « Lorsqu'une atteinte à la liberté d'expression est découverte, elle est inconstitutionnelle à moins que se présente une autre politique ou un autre principe qui, au vu des circonstances, pèse d'un assez grand poids pour autoriser cette limitation » (R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 86).

1078 BVerfGE 63, 88 [115] I, cité par C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, 1997, n° 97. De manière comparable, la Cour européenne des droits de l'homme a par exemple déclaré, à propos du respect du droit de propriété privée, qu'il lui appartient de « rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (...). Inhérent à l'ensemble de la Convention, le souci d'assurer un tel équilibre se reflète aussi dans la structure de l'article 1 du Premier Protocole » (CEDH, 13 juin 1979, *Spörrong et Lönnroth c/ Suède*, série A, n° 31).

1079 Voir par exemple, rejetée selon la procédure de tri, CE, ord. 20 avril 2004, *Ba*, n° 266647 : le juge des référés du premier degré a fait une juste appréciation des faits soumis à son examen en jugeant que ni les imprécises productions écrites du requérant, ni les explications peu circonstanciées données lors de l'audience publique qui s'est tenue devant lui ne permettaient de regarder comme manifeste la décision de refus d'entrée sur le territoire français qui lui a été opposé. Voir également, rejetée après tenue d'une audience publique, CE, ord. 11 août 2005, *Maingueneau*, n° 283462 : le requérant, propriétaire d'un immeuble occupé par la société Hôtel du Marais, s'était vu refuser le concours de la force publique pour exécuter un commandement de quitter les lieux délivré par le juge civil au motif, selon l'administration, qu'il n'avait pas été saisi dans les formes prescrites par la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992. Devant le juge des référés du Conseil d'Etat, le requérant se borne à

B. L'illégalité de l'action

266. L'atteinte procédant d'une action est entachée d'illégalité si elle est injustifiée. Elle est également illégale si, bien que fondée, elle présente un caractère excessif au regard des termes de l'habilitation légale ou de l'objectif poursuivi.

267. L'atteinte sera injustifiée d'une part si elle méconnaît une prescription juridique de fond, d'autre part si elle ne dispose d'un fondement législatif ou, en matière de police, ne repose pas sur un motif d'intérêt général.

268. En premier lieu, l'atteinte est par nature insusceptible d'être justifiée lorsqu'elle intervient en contrariété avec une norme juridique de fond. Plusieurs exemples permettent d'illustrer cette exigence dont l'application ne soulève aucune difficulté. Ainsi, les biens affectés à l'exercice d'un culte étant, en vertu des dispositions combinées de la loi du 9 décembre 1905 et de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, laissés à la disposition des fidèles et des desservants, « l'autorité publique commet une illégalité manifeste en autorisant une manifestation dans un édifice affecté à l'exercice d'un culte sans l'accord du ministre du culte chargé d'en régler l'usage »¹⁰⁸⁰. De même, il résulte des dispositions de la loi du 10 mars 1927 et des principes de la procédure pénale qu'un décret accordant l'extradition ne peut légalement intervenir qu'après l'expiration du délai de recours en cassation contre l'avis de la chambre de l'instruction ou, lorsqu'un tel recours a été formé, qu'après son rejet par la Cour de cassation. Aussi est entaché d'illégalité le décret du garde des Sceaux accordant l'extradition du requérant alors que le pourvoi formé à l'encontre de cette mesure est pendant devant la Cour de cassation¹⁰⁸¹. Dans sa rédaction issue de la loi du 26 novembre 2003, l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 interdit la reconduite à la frontière de l'étranger qui

cet égard à faire valoir « que les arguments de procédure manifestement infondés dans le cas de locaux hôteliers attestent de l'attitude dilatoire de l'administration ». Le juge affirme « que, ce faisant, et alors que l'administration présente sur ce point une argumentation détaillée, le requérant ne met pas le juge des référés en mesure d'apprécier si l'atteinte qui est portée à son droit de propriété est manifestement illégale ». Voir également, excluant l'illégalité manifeste « compte tenu notamment du caractère très général des documents produits » par le requérant : CE, ord. 8 décembre 2003, *Abdi Karim Abdul Kadir Abdi*, n° 262446.

1080 CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat, Lebon* p. 386. Cette solution est conforme à une jurisprudence constante. Pour le Conseil d'Etat, « la loi du 9 décembre 1905 (...) n'a pas rendu aux communes le droit de disposer des églises dont elles sont propriétaires » (CE, 1^{er} mars 1912, *Commune de Saint-Dézéry*, S. 1913, III, p. 18). C'est à l'affectataire que revient la possession des clés de l'édifice, ce qui lui permet de faire obstacle à une occupation matérielle de l'édifice par le maire (CE, 1913, *Abbé Arnaud*, 20 juin 1913, *Lebon* p. 717). Il décide seul de l'utilisation de l'église et de son aménagement (CE, 17 décembre 1914, *Abbé Foussadier, Lebon T.* p. 1052). Plus récemment, le Conseil avait jugé « qu'en décidant d'instituer (...) un droit de visite des objets mobiliers classés exposés dans l'église Saint-Pierre de Baume-les-Messieurs sans avoir recueilli l'accord du desservant, le conseil municipal de ladite commune a porté atteinte aux droits qui sont reconnus à ce dernier pour réglementer l'usage des biens laissés à la disposition des fidèles par les lois des 9 décembre 1905 et 2 janvier 1907 » (CE, Sect., 4 novembre 1994, *Abbé Chalumey, RFDA* 1995, p. 986, concl. R. SCHWARTZ). Plus généralement, sur la question, voir E. TAWIL, « La police administrative des cultes en droit français », *RRJ* 2004/1, pp. 507-529.

1081 CE, ord. 29 juillet 2003, *Pegini, Lebon* p. 345.

est père d'un enfant français mineur résidant en France. Par suite, est entachée d'illégalité la mise à exécution de l'arrêté de reconduite à la frontière pris à l'encontre d'un ressortissant se trouvant dans la situation prévue par cette disposition¹⁰⁸². Est illégale la décision d'abattre des arbres protégés par l'article 1^{er} de la loi du 29 décembre 1892 sans procéder à l'évaluation imposée par cette disposition ni obtenir l'autorisation de coupes et abattage exigée par l'article L. 130-1 du code de l'urbanisme pour les espaces boisés classés¹⁰⁸³. Est illégal le fait d'empêcher un patient placé d'office de correspondre avec les autorités administratives et judiciaires en méconnaissance des prescriptions de l'article L. 3211-3 du code de la santé publique¹⁰⁸⁴.

269. En second lieu, l'atteinte résultant d'une mesure positive est injustifiée lorsqu'elle ne dispose pas d'une couverture légale ou ne repose pas sur un motif d'intérêt général.

L'atteinte est légale si elle trouve son fondement dans un texte législatif. C'est le cas, par exemple, d'une mesure d'immobilisation de véhicules de transports prise sur le fondement de l'article 37 de la loi du 3 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs¹⁰⁸⁵, l'arrêté préfectoral de création d'une communauté d'agglomération incluant une commune contre son assentiment pris en vertu de l'article L. 5211-5 du code général des collectivités territoriales¹⁰⁸⁶, la fermeture, prononcée sur le fondement de l'article L. 3332-15 du code de la santé publique, d'un débit de boisson n'ayant pas respecté la réglementation interdisant la vente à emporter au-delà de 23 heures¹⁰⁸⁷ ou encore le fait pour un proviseur d'exiger d'un élève le paiement des frais de scolarité prévu par les dispositions des articles L. 452-2 et L. 452-8 du code de l'éducation relatives à l'Agence pour l'enseignement français à l'étranger, sous peine, pour cet élève, de s'exposer à une mesure d'éviction prévue par les textes¹⁰⁸⁸. En revanche, la loi ne justifie pas l'atteinte portée à une liberté fondamentale si l'acte ou l'agissement litigieux ne rentre pas dans le champ d'application du texte invoqué par l'administration à son soutien. Ainsi, est illégale la pose de scellés au soutien d'un arrêté interruptif de travaux lorsqu'aucune poursuite pénale n'est engagée¹⁰⁸⁹ ou la rétention d'un avion, au détri-

1082 CE, ord. 21 février 2005, *Najemi*, n° 277520.

1083 CE, ord. 8 novembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491.

1084 CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

1085 CE, ord. 9 avril 2001, *Belrose et autres, Lebon T.* p. 1126. Cette disposition permet à l'autorité administrative, à certaines conditions, de prononcer l'immobilisation d'un ou plusieurs véhicules après constat d'une infraction de nature délictuelle aux règles relatives aux transports. Le juge affirme « que contrairement à ce que les requérants allèguent dans le dernier état de leurs écritures, les mesures d'immobilisation prises par le préfet trouvent leur fondement dans les dispositions législatives et réglementaires dont l'économie a été rappelée ci-dessus ». Les infractions dont se sont rendus coupables les requérants n'étant pas contestées, les mesures d'immobilisation prises par le préfet sont légales et justifiées.

1086 CE, ord. 24 janvier 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer, Lebon T.* p. 873.

1087 CE, 9 février 2005, *SARL « Lou Marseillou »*, n° 272196.

1088 CE, ord. 11 mai 2002, *Devynck*, n° 246755. Voir, dans le même sens, CE, ord. 23 juillet 2003, *Peyre*, n° 258672.

1089 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154. L'apposition des scellés a pour objet de concourir à l'exécution d'un arrêté interruptif de travaux. L'article L. 480-2 du code de l'urbanisme dispose que « lorsqu'aucune poursuite n'a été engagée, le Procureur de la République en informe le maire qui, soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, met fin aux mesures par lui prises » (voir CE, 10 mai

ment du propriétaire, lorsque l'aéronef n'a plus d'exploitant¹⁰⁹⁰. Dans l'ordonnance *Commune de Collioure* du 2 juillet 2003, le juge prend soin de relever « que, contrairement à ce que soutient en appel la commune de Collioure », la possibilité d'instaurer un régime d'autorisation préalable pour l'accès au port de plaisance « ne trouve pas sa base légale dans le livre III du code des ports maritimes auquel renvoie l'article L. 2213-22 du code général des collectivités territoriales ». Cette mesure, qui méconnaît une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, est par conséquent entachée d'illégalité¹⁰⁹¹. Une illustration notable est fournie par l'ordonnance *Marcel* du 2 avril 2001. L'administration avait retiré à l'ensemble d'une famille française ses passeports et cartes nationale d'identité. L'autorité de police avait justifié cette mesure par la circonstance que, du fait de l'absence de mention de sa filiation sur son acte de naissance, M. Marcel ne pouvait plus être regardé comme possédant la nationalité française par filiation. Le juge des référés considère qu'en l'absence de texte législatif autorisant l'administration à procéder à un tel retrait sur ce motif, l'absence de mention de sa filiation « ne saurait à elle seule *légalement fonder* le retrait par l'autorité administrative des cartes nationales d'identité et des passeports »¹⁰⁹².

Dans le domaine de la police administrative, où l'intervention de l'administration est par hypothèse conditionnée par l'existence d'un texte législatif, la justification de l'atteinte doit procéder d'un motif d'intérêt général tiré de la préservation de l'ordre public. Le juge se montre exigeant et, en l'absence de menaces de troubles à l'ordre public, conclut à l'illégalité de la mesure. Ainsi, est entachée d'illégalité la décision de fermeture d'un débit de boissons prise sur la base de faits dont la réalité n'est pas établie¹⁰⁹³. De même, la note, prise par le maire d'une commune, prescrivant l'ouverture du courrier adressé à certains conseillers municipaux, porte une atteinte non justifiée

1985, *Commune d'Aigues-Mortes c/ Mortureux*, *AJDA* 1985, p. 511, obs. L. RICHER). En l'espèce, le Procureur de la République avait classé sans suite la plainte de la commune, ce qui faisait obstacle à la mise en œuvre, par le maire, des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 480-2. Ne rentrant pas dans le champ d'application de ce texte, la mesure est illégale.

1090 CE, 2 juillet 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon* p. 306. Aucune des dispositions du code de l'aviation civile invoquées par l'établissement public Aéroport de Paris n'autorise l'administration à retenir un avion au détriment de son propriétaire lorsque l'appareil n'a plus d'exploitant.

1091 CE, ord. 2 juillet 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p. 930. Le maire de Collioure subordonnait l'accès des navires au port de plaisance à la délivrance d'une autorisation préalable. N'était donc pas en cause une occupation privative du domaine public – laquelle exclut toute autre utilisation par d'autres personnes que l'occupant et est soumise par principe à autorisation (article L. 28 code du domaine de l'Etat) – mais la circulation et le stationnement sur ce domaine conformément à sa destination, lesquels ne peuvent en principe faire l'objet d'un régime d'autorisation (CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, *Lebon* p. 362, *GAJA* n° 71). Le juge des référés souligne que la mesure édictée « a pour effet, en imposant illégalement l'obtention d'une telle autorisation, dont les conditions et la procédure d'attribution ne sont pas précisées par le règlement de police, de permettre au maire de choisir discrétionnairement les navires de transport côtier de passagers, et les entreprises exploitantes, autorisées à faire escale à Collioure, en évinçant complètement les navires et les entreprises auxquels il ne souhaiterait pas délivrer une autorisation ». Ce faisant, précise l'ordonnance, l'autorité administrative « institue illégalement un régime d'autorisation que ses pouvoirs de police ne lui permettent pas de créer ».

1092 CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* p. 167.

1093 CE, ord. 16 août 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, n° 271148.

au secret des correspondances et à la liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux. Le Conseil relève que cette mesure « a pour conséquence que tous les plis adressés aux intéressés sont systématiquement ouverts sans qu'il soit fait de distinction entre les différentes catégories de courriers que peuvent recevoir ces élus ; qu'elle ne prévoit pas l'accord préalable des destinataires et *n'est justifiée par aucune circonstance particulière* »¹⁰⁹⁴. Dans l'ordonnance *Commune de Wingles*, le juge relève que l'arrêté interdisant la circulation de véhicules dangereux sur une portion de la commune située en dehors de l'agglomération « *n'est pas justifiée* par des impératifs de sécurité publique ». En outre, cette interdiction suffit à bloquer entièrement l'accès des camions, pendant les périodes concernées, à l'établissement de la société Nitrochimie, notamment en empêchant ces camions d'utiliser un autre itinéraire que celui passant par l'agglomération de Wingles. Le juge en conclut « que ce blocage de l'accès de l'établissement exploité par la société Nitrochimie pendant une partie importante de la journée, *sans justification tirée de la sécurité publique*, porte à la liberté d'entreprendre et à la liberté d'aller et venir une atteinte grave et manifestement illégale »¹⁰⁹⁵.

270. Dans l'hypothèse où l'atteinte résultant d'une action est justifiée par la loi ou par un motif d'intérêt général, la mesure prise sera illégale si elle ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité. Ainsi, dans l'arrêt *Aguillon*¹⁰⁹⁶, le Conseil d'Etat considère que la réquisition de l'ensemble des grévistes du personnel en grève d'une clinique porte une atteinte excessive au droit de grève au regard de l'objectif de protection de la santé publique. La décision est certes justifiée, puisqu'elle trouve son fondement dans une disposition du code général des collectivités territoriales et qu'il existe une menace pour la santé publique¹⁰⁹⁷. Toutefois, elle n'est pas proportionnée dans la mesure où le préfet a entendu requérir l'ensemble des sages-femmes en grève, en vue de permettre la poursuite d'une activité complète du service obstétrique. La solution est condamnée en raison de sa généralité. Le préfet aurait pu, par une mesure moins attentatoire à la liberté en cause, parvenir à un résultat satisfaisant au regard de l'objectif de protection de la santé publique. Le Conseil indique qu'il aurait dû « envisager le redéploiement d'activités vers d'autres établissements de santé ou le fonctionnement réduit du service » et « rechercher si les besoins essentiels de la population ne pouvaient pas être autre-

1094 CE, 9 avril 2004, *Vast, Lebon* p. 173.

1095 CE, ord. 26 novembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

1096 CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

1097 La loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003 a ajouté à l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales un 4° qui permet à l'autorité préfectorale de requérir des personnels grévistes, même relevant d'un employeur privé, lorsque l'urgence et une menace de troubles à l'ordre public le justifient (voir F. CHAUVIN, « Les nouveaux pouvoirs du préfet pour la sécurité intérieure », *AJDA* 2003, p. 667 ; D. MAILLARD DESGREES DU LOU, « L'encadrement législatif du pouvoir de réquisition des préfets et la police administrative générale », *JCP A* 2003, 1475). Cette exigence était satisfaite en l'espèce dans la mesure où la clinique touchée par le mouvement de grève assure en temps normal 42 % des accouchements du département. Lorsque celle-ci interrompt brutalement son activité, les autres établissements du département ne sont pas en mesure de prendre en charge l'ensemble des patientes dans des conditions de sécurité satisfaisantes. La mesure de réquisition prise par le préfet était donc parfaitement justifiée au regard de la nécessité de protéger la santé des parturientes et des nouveaux-nés.

ment satisfaits compte tenu des capacités sanitaires du département »¹⁰⁹⁸. De même, les restrictions apportées à la circulation des mineurs sont illégales si elles portent une atteinte excessive à la liberté de déplacement au regard de l'objectif de sécurité publique poursuivi. Deux arrêtés édictés par le maire de Montfermeil dans la période précédant l'été 2006, et déférés au juge du référé-liberté, illustrent les modalités d'appréciation de cette exigence classique. Le premier arrêté interdisait la circulation des mineurs de 15 à 18 ans à plus de trois, à toute heure, dans la partie du territoire recouvrant le centre ville de la commune, jusqu'au 30 juin 2006. Le juge des référés affirme « que l'interdiction, faite aux personnes âgées de 15 à 18 ans de circuler à plus de trois porte une atteinte manifestement disproportionnée à leur liberté de circulation compte tenu de son objet même et de son étendue dans le temps, *tous les jours, à toutes les heures* et jusqu'au 30 juin 2006 »¹⁰⁹⁹. Le second arrêté interdisait aux mineurs de moins de 16 ans de circuler librement, sans être accompagné d'une personne majeure, de 20 heures à 5 heures, sur la même partie de la commune, et cela jusqu'au 30 juin 2006. Le juge souligne que si, pour contribuer à la protection des mineurs, le maire peut faire usage, en fonction des circonstances locales particulières, des pouvoirs de police générale qu'il détient des articles L. 2212-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, « la légalité des mesures restreignant à cette fin la liberté de circulation des mineurs est subordonnée à la double condition qu'elles soient justifiées par l'existence de risques particuliers dans les secteurs pour lesquels elles sont édictées et qu'elles soient adaptées par leur contenu à l'objectif de protection pris en compte ». En l'espèce, « la mesure d'interdiction litigieuse, eu égard au nombre de ses destinataires, les mineurs de moins de 16 ans, à son étendue dans le temps, dès 20 heures, et à son caractère permanent, jusqu'au 30 juin 2006, apparaît comme manifestement excessive et inadaptée à l'objectif affiché de protection des mineurs »¹¹⁰⁰. L'atteinte présente également un caractère

1098 Cette solution s'inscrit dans une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, qui censure les restrictions excessives apportées au droit de grève (voir CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier général d'Orléans*, *Lebon* p. 10). Avant l'arrêt *Aguillon* du Conseil d'Etat, des juges des référés du premier degré avaient également sanctionné, sur le fondement de l'article L. 521-2, les mesures portant une atteinte excessive au droit de grève des personnels de santé au regard de l'objectif de préservation de la santé publique (TA Nantes, ord. 2 avril 2001, *Syndicat SUD-CRC services santé-sociaux Loire Atlantique*, *Dr. adm.* 2001, comm. n° 155, note T.-M. DAVID). Toujours dans le contentieux de la fonction publique hospitalière, le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans avait jugé qu'en se bornant à organiser la continuité du service par assignation des seuls médecins du service médical d'urgence, l'administration porte une atteinte disproportionnée au droit de grève des requérants (TA Orléans, ord. 11 décembre 2001, *Bennis*, *AJFP* 2002, p. 39).

1099 TA Cergy-Pontoise, ord. 5 mai 2006, *Ott et autres*, n° 0604077, *AJDA* 2006, p. 958, obs. S. BRONDEL.

1100 TA Cergy-Pontoise, ord. 5 mai 2006, *Ott et autres*, n° 0604074, *JCP A* 2006, 1118, note J. MOREAU. Le juge du déféré-liberté avait adopté une position similaire à propos de mesures prohibant la circulation nocturne des jeunes mineurs, condamnant avec constance les arrêtés « couvre-feu » présentant un champ d'application trop étendu. Voir CE, ord. 29 juillet 1997, *Préfet du Vaucluse*, *RFDA* 1998, pp. 383-389, note P.-L. FRIER ; CE, ord. 4 août 1997, *Maire de Dreux*, *Quot. jur.* 23 octobre 1997, n° 85, pp. 4-5, note G. PELLISSIER ; CE, ord. 9 juillet 2001, *Préfet du Loiret*, ord. 27 juillet 2001, *Ville d'Etampes*, *AJDA* 2002, pp. 351-359, note G. ARMAND ; CE, ord. 30 juillet 2001, *Préfet d'Eure-et-Loir*, *Lebon T.* p. 1103 ; CE, ord. 2 août 2001, *Préfet du Vaucluse*, *Lebon T.* p. 1101 ; CE, ord. 10 août 2001, *Commune d'Yerres*, *Lebon T.* p. 1106 ; CE, ord. 10 août 2001, *Commune de Meyreuil*, *Lebon T.* p. 1101. Sur le procédé des arrêtés « couvre-feu », voir B. SIERPINSKI, « La police

illégal en cas de restriction excessive à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi. Dans l'ordonnance *Commune d'Evry*, la commission communale de sécurité avait opéré certaines constatations lors de sa visite d'un commerce de proximité, constatations qui appelaient normalement une simple mise en demeure de réaliser les différents travaux et contrôles nécessaires dans un délai déterminé. Dans ces conditions, le maire ne pouvait légalement, en l'absence de situation d'urgence particulière, ordonner la fermeture de l'établissement le jour même de la visite de la commission¹¹⁰¹. Si une mesure s'imposait, l'ordre de fermeture apparaît excessif au regard des circonstances ayant justifié son édicton.

En revanche, la mesure est légale si elle est justifiée et proportionnée. Ainsi, dans l'ordonnance *Commune de Wingles* précitée, le juge des référés relève que l'interdiction de circulation ne concerne que certaines voies de la commune et est limitée aux périodes de 8h15 à 12h15 et de 13h15 à 17h30. Dans ces conditions, « si cette interdiction perturbe l'organisation du travail dans l'établissement exploité par la société Nitrochimie en contraignant celle-ci à effectuer les réceptions et les expéditions avant ou après ces périodes, elle n'est pas entachée, eu égard à son but de protection de la santé publique, d'une disproportion de nature à lui conférer le caractère d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir »¹¹⁰². De même, dans le déféré-liberté, une mesure restrictive de liberté est légale si elle est proportionnée à l'objectif poursuivi. Il en va ainsi de l'interdiction de stands politiques sur un marché. Le juge administratif relève « que compte tenu de la stricte limitation dans le temps et les lieux de cette interdiction, celle-ci, rendue nécessaire par le maintien du bon ordre et pour la commodité de la circulation du public à l'intérieur et autour du marché, n'apparaît pas comme portant illégalement atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de la presse »¹¹⁰³.

Le juge a également admis, dans son principe, que pouvait revêtir un caractère illégal la restriction excessive apportée à la liberté d'entreprendre d'une société exerçant son activité sur le domaine public. Cette solution mérite d'être soulignée dans la mesure où, traditionnellement, les restrictions apportées en ce domaine paraissent devoir céder systématiquement face aux impératifs de la gestion du domaine public. Classiquement, le Conseil d'Etat affirmait que si l'administration assure la gestion du domaine public « tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général », le principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas susceptible de « faire obstacle » à l'exercice par l'administration de ses pouvoirs de gestion du domaine¹¹⁰⁴. La balance entre les deux exigences se faisait de manière presque systématique au dé-

administrative au secours de la permission de minuit », *RA* 1998, pp. 723-730 (1^{ère} partie), *RA* 1999, pp. 28-34 (2^{nde} partie).

1101 CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931.

1102 CE, ord. 26 novembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226. La mesure n'est illégale qu'en tant qu'elle concerne une partie de la zone couverte située en dehors de l'agglomération (voir *supra*, § 269).

1103 CE, ord. 15 décembre 1982, *Commune de Garches*, *RDP* 1983, pp. 211-215, note R. DRAGO.

1104 CE, Sect., 20 décembre 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, *Lebon* p. 702 ; CE, Sect., 29 avril 1996, Société d'affichage Giraudy, *Lebon* p. 293.

triment des activités économiques exercées sur le domaine public¹¹⁰⁵. Au point que le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville avait déclaré qu'« Il est permis de douter de l'existence d'une véritable liberté du commerce et de l'industrie lorsqu'il s'agit d'une activité qui s'exerce sur la voie publique »¹¹⁰⁶. Néanmoins, sous l'influence notamment du droit communautaire, le juge administratif a infléchi sa jurisprudence traditionnelle. Si le Conseil d'Etat affirme toujours qu'il « appartient à l'autorité administrative affectataire des dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général », il ajoute désormais qu'« il lui incombe en outre, lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de liberté du commerce et de l'industrie ou de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre de laquelle s'exercent ces activités »¹¹⁰⁷. Ainsi, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne doit plus être systématiquement sacrifié sur l'autel de l'intérêt général. Tout intérêt tiré de la gestion du domaine public ne peut plus justifier de plein droit une restriction de la cette liberté. Le juge du référé-liberté en a tiré les conséquences dans l'ordonnance *Commune de Théoule-sur-Mer* du 22 mai 2003. Certes, le juge rappelle les « contraintes particulières qui pèsent sur les activités économiques s'exerçant sur le domaine public ». Néanmoins, en acceptant d'examiner l'ampleur des sujétions imposées à l'entreprise, il admet qu'une restriction non proportionnée à la liberté d'entreprendre puisse être sanctionnée par la voie du référé-liberté¹¹⁰⁸. Si les acteurs éco-

1105 Voir J.-P. BROUANT, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *LPA* 15 juillet 1994, n° 84, pp. 21-25. Cette jurisprudence reposait sur une considération simple : sur le domaine public, et en particulier les voies publiques, la plupart des libertés ne sont pas « à leur place », selon l'expression de Pierre-Henri Teitgen (P.-H. TEITGEN, *La police municipale. Etude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey, 1934, p. 450). Par nature, les voies publiques sont prioritairement affectées à la circulation. Leur vocation première étant de garantir la liberté de circuler, ce n'est que subsidiairement qu'elles peuvent être affectées à l'exercice d'autres libertés. Dans ces conditions, « celui qui utilise la voie publique comme siège de son exploitation ou comme moyen de son industrie doit souffrir des sujétions au profit de celui qui ne l'utilise que pour aller et venir » (P. BON, *La police municipale*, thèse Bordeaux I, 1975, p. 251).

1106 Concl. sur CE, Sect., 25 janvier 1980, *Gadiaga et autres, Lebon* p. 44.

1107 CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA, Lebon* p. 107.

1108 CE, ord. 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232. En l'espèce, le juge exclut l'atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale après avoir apprécié l'étendue des contraintes imposées à l'entreprise Cannes Aquaculture pour l'exercice de son activité. L'ordonnance expose que la société requérante exploite une entreprise d'élevage de poissons de mer sur des parcelles du domaine public maritime et qu'en dehors de quelques incidents mineurs survenus de manière épisodique, les livraisons sont autorisées. S'il est vrai que les véhicules doivent franchir une barrière, que surveillance durant les heures ouvrables un préposé de la capitainerie du port, ces modalités d'accès n'ont pas entraîné de difficultés sérieuses d'approvisionnement. L'accès à pied aux locaux de l'entreprise est en outre possible en permanence. Les motifs de l'ordonnance précisent que la commune n'exclut pas de délivrer à la société un badge permettant un accès permanent des camions à des installations. Le juge ajoute qu'il appartient « à la commune de veiller à ce qu'en cas d'urgence, et notamment en cas de rupture dans l'approvisionnement des poissons en oxygène, les livraisons nécessaires puissent être faites ». Au regard de l'ensemble de ces données, et notamment de la réserve formulée par le juge dans l'hypothèse d'une rupture d'approvisionnement en oxygène, les conditions dans lesquelles la société Cannes Aquaculture doit exercer son activité ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard des exigences de bonne gestion du domaine public.

nomiques qui exercent leur activité sur le domaine public doivent supporter certaines sujétions, celles-ci ne sont pas sans limites. L'illégalité de l'atteinte peut également résulter du refus ou de l'abstention de l'administration.

C. L'illégalité du refus ou de l'abstention

271. De manière générale, l'atteinte résultant d'un refus ou d'une abstention est illégale si l'administration ne respecte pas une obligation d'agir qui s'impose à elle. L'identification de l'illégalité d'un refus ou d'une abstention présente deux différences par rapport à l'appréciation de l'atteinte résultant d'une action. D'une part, l'atteinte peut être légale sans devoir trouver son fondement dans un texte législatif. D'autre part, l'exigence de proportionnalité se mesure de manière inversée en cas d'abstention : elle requiert non pas l'intervention minimum de la puissance publique, mais son abstention minimum.

272. Le refus ou l'abstention d'accomplir une action ou d'accorder un avantage est illégal s'il méconnaît une obligation d'agir pesant sur l'administration. Ainsi, est entachée d'illégalité la violation par le préfet de l'obligation que lui fait le décret du 23 juin 1998 d'enregistrer le dossier de demande d'asile territorial¹¹⁰⁹, le refus de restituer son titre de séjour en cours de validité à un étranger dont la mesure d'expulsion a été suspendue sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative¹¹¹⁰ ou le refus de délivrer à un demandeur d'asile territorial le récépissé valant autorisation de séjour auquel lui donne droit l'article 2 du décret du 23 juin 1998¹¹¹¹. De même, le refus des autorités françaises d'assumer la responsabilité de l'examen de la demande d'asile des requérants, et leur renvoi vers l'Autriche, Etat dont rien ne permet d'affirmer qu'il demeure disposé à examiner leur demande porte une atteinte illégale à leur droit de solliciter le statut de réfugié¹¹¹². Toute personne dont la nationalité française est établie étant en droit d'obtenir la délivrance d'une carte nationale d'identité, est entaché d'illégalité le refus de délivrer un tel document à un citoyen dont ne sont contestées ni la nationalité française ni l'identité¹¹¹³.

A l'inverse, le refus d'attribuer un avantage au demandeur est légal si aucun texte ne lui confère un droit d'obtenir l'avantage sollicité. Ainsi, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'assemblée territoriale de la Polynésie française de mettre à la disposition des élus souffrant d'un handicap une personne destinée à les aider à exercer leur mandat. Dans ces conditions, la décision par laquelle la présidente de cette assemblée a sursis à l'application de la mesure gracieuse précédemment accordée à une élue pour l'aider dans l'exercice de son mandat ne peut être regardée comme manifes-

1109 CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45.

1110 CE, ord. 8 novembre 2001, *Kaigisiz, Lebon* p. 545.

1111 CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T.* p. 1126.

1112 CE, 14 mai 2004, *Gaitukaev*, n° 267360.

1113 CE, ord. 11 mars 2003, *Samagassi, Lebon* p. 119.

tement illégale¹¹¹⁴. Il en va de même lorsque l'avantage sollicité est certes prévu par un texte mais que l'intéressé ne satisfait pas aux conditions permettant de l'obtenir. Ainsi, faute pour le demandeur de s'être acquitté de ses obligations au regard de la législation sur le service national, le refus de l'autorité consulaire de procéder à la délivrance ou au renouvellement de son passeport n'est « pas manifestement illégal » dès lors qu'il est fondé sur l'article 2 du décret du 13 janvier 1947 aux termes duquel « Aucun passeport ne sera délivré aux insoumis et aux déserteurs »¹¹¹⁵. De même, le refus d'autoriser un chirurgien-dentiste à s'installer dans l'immeuble où exerce déjà un confrère n'est pas manifestement illégal dès lors que cette décision est prise en application de l'article 71 du décret du 22 juillet 1967 portant code de déontologie des chirurgiens-dentistes¹¹¹⁶. Les candidats à l'auditorat souhaitant intégrer l'Ecole nationale de la magistrature doivent, en vertu de l'article 16 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, jouir de leurs droits civiques et être de bonne moralité. Dans ces conditions, n'est pas manifestement illégal le refus, opposé à une personne ayant commis un vol, de se présenter au concours d'entrée de l'école¹¹¹⁷. L'article D. 408 du code de procédure pénale prévoit que le permis de visite d'un détenu est accordé aux membres de la famille sous réserve des motifs liés au maintien de la sécurité et du bon ordre dans l'établissement. Dès lors, n'est pas manifestement illégale la suppression d'un permis de visite lorsque l'intéressée a tenté, lors de visites antérieures, d'introduire irrégulièrement certains objets dans l'établissement¹¹¹⁸. L'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoyant que pour entrer en France, tout étranger doit être muni des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur, le refus d'admission sur le territoire national d'un enfant mineur n'est pas manifestement illégal si celui-ci n'est pas titulaire d'un visa ou d'un titre de séjour lui permettant l'entrée sur le territoire¹¹¹⁹. De même, est justifié le refus de renouvellement d'un passeport au requérant visé par un mandat d'arrêt international¹¹²⁰. De même, sera légal le refus de

1114 CE, ord. 25 novembre 2003, Présidente de l'Assemblée de la Polynésie française, *Lebon T.* p. 928.

1115 CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes, Lebon* p. 1. Le recours au fond formé contre la même décision a été rejeté par un arrêt du 3 mars 2003 (CE, 3 mars 2003, *Deperthes, Lebon T.* p. 784).

1116 CE, ord. 9 février 2001, *Philippart et Lesage*, n° 230112. En vertu de la disposition précitée, l'intéressé « ne doit pas s'installer dans l'immeuble où exerce déjà un confrère sans l'agrément de celui-ci ou, à défaut, sans l'autorisation du conseil départemental de l'ordre (...). Les décisions du conseil départemental ne peuvent être motivées que par les besoins de la santé publique ». En l'espèce, le praticien exerçant dans l'immeuble a refusé son agrément et le Conseil de l'ordre a estimé que les besoins de la santé publique ne justifiaient pas de passer outre à son refus.

1117 CE, ord. 18 juillet 2003, *Jaouik*, n° 258599.

1118 CE, ord. 30 septembre 2003, *Poupard*, n° 260588.

1119 CE, ord. 29 septembre 2004, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales / Aubame, n° 272584.

1120 CE, ord. 27 octobre 2003, *Cohen*, n° 261221. Le juge affirme notamment « que si la liberté d'aller et venir a le caractère d'une liberté fondamentale au sens des dispositions précitées, la gravité et la légalité des atteintes qui lui sont portées doivent s'apprécier compte tenu des restrictions prévues par la loi, dans le respect des exigences constitutionnelles et des engagements internationaux de la France ». Un mandat d'arrêt international ayant été décerné à l'encontre du requérant, la restriction à la liberté d'aller et venir « ne peut être appréciée quant à ses effets indépendamment de l'existence de ce mandat d'arrêt ». Aussi, en refusant le renouvellement de son passeport, l'autorité administrative tend à concourir à l'exécution d'un mandat délivré par l'autorité judiciaire et ne porte pas une atteinte manifestement illégale à la liberté d'aller et venir du requérant.

l'administration de donner une suite favorable à une demande incomplète¹¹²¹ ou présentée hors délai¹¹²².

La justification ne vaut que si le texte invoqué par l'administration pour opposer un refus s'applique réellement aux circonstances de l'espèce. Par exemple, dans l'affaire *Hyacinthe*, les services de la préfecture avaient refusé de remettre à la requérante le formulaire nécessaire à la présentation de la demande de reconnaissance de la qualité de réfugié. Pour justifier juridiquement son refus, l'administration avait invoqué l'article 10 de la loi du 25 juillet 1952, en vertu duquel l'admission en France d'un demandeur d'asile peut être refusée si la demande « n'est présentée qu'en vue de faire échec à une mesure d'éloignement ». Mme Hyacinthe, condamnée à une peine d'interdiction du territoire le 19 décembre 2000, ne s'était en effet adressée aux services de la préfecture pour solliciter la délivrance de ce formulaire que les 26 et 29 décembre 2000. Néanmoins, le juge des référés relève que le compagnon de la requérante avait présenté une demande de statut de réfugié antérieurement à cette condamnation. Par conséquent, et en application du principe d'unité de la famille, cette disposition n'était pas applicable au cas de Mme Hyacinthe. Le texte invoqué par l'administration ne pouvait donc légalement justifier le refus opposé à l'intéressée¹¹²³. De même, le ministre de l'Intérieur peut légalement refuser l'accès du territoire à des étrangers dont la demande d'asile est manifestement infondée, en invoquant les dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Lorsque cette possibilité est mise en œuvre dans une hypothèse où il apparaît que la demande d'asile ne présente pas un caractère manifestement infondé, le refus d'accès au territoire est entaché d'illégalité¹¹²⁴.

273. Le refus d'agir opposé par l'administration peut également être justifié par un motif d'intérêt général. Celui-ci peut être lié notamment au principe de la continuité du service public, à la préservation de l'ordre public ou encore aux nécessités de l'administration des propriétés communales.

Dans le domaine des autorisations d'absence sollicitées par les agents publics pour motif religieux, il résulte d'une jurisprudence bien établie, découlant du principe de continuité des services publics, que celles-ci peuvent être refusées en raison des « nécessités du fonctionnement normal du service »¹¹²⁵. Le juge du référé-liberté considère que ce

1121 CE, ord. 5 juin 2003, *Président du Gouvernement de la Polynésie française*, n° 257389 (refus d'autoriser le requérant à se présenter à un examen faute pour l'intéressé d'avoir présenté un dossier complet avant l'expiration du délai d'inscription). Voir, dans le même sens : CE, ord. 15 décembre 2005, *Marcon, Lebon* p. 565.

1122 CE, ord. 28 mai 2002, *Les Verts, Lebon* p. 188. Il résulte de l'article 2 du décret du 9 janvier 1978 que les partis politiques sollicitant l'habilitation prévue à l'article L. 167-1 du code électoral devaient former leur demande au plus tard le 20 mai 2002. La demande présentée par le parti « Les Verts » ayant été déposée le 23 mai, l'autorité administrative était tenue d'écarter sa demande d'habilitation. La décision de refus, fondé sur le non-respect des dispositions de ce texte, « n'est, dans ces conditions, entachée d'aucune illégalité ».

1123 CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12.

1124 CE, ord. 25/3/2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146 ; CE, ord. 24/10/2005, *MBIZI MPASSI*, n° 286247 ; CE, ord. 17/3/2006, *Saidov*, n° 291214.

1125 CE, 12 février 1997, *Lebon* p. 891. Voir G. KOUBI, « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », *RA* 1987, p. 133 et s. ; V. SAINT-JAMES, « La liberté religieuse du fonctionnaire », *JCP A* 2005, 1143.

motif peut légalement justifier le refus opposé à un gardien d'immeuble de s'absenter chaque vendredi de 14 heures à 15 heures pour se rendre à la mosquée¹¹²⁶.

Le contentieux des refus de location de salle à des groupements politiques et religieux permet également d'illustrer les conditions auxquelles une considération d'intérêt général peut légalement justifier un refus. Conformément à une jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat, la mise à disposition d'une salle communale ne peut être refusée que pour des motifs tirés des exigences de l'ordre public ou des nécessités de l'administration des propriétés communales¹¹²⁷. Dans l'ordonnance *FN IFOREL* du 19 août 2002, le juge des référés relève « qu'en l'absence de circonstances particulières à la ville d'Annecy, il ne ressort ni des pièces du dossier soumis au juge des référés, ni des indications recueillies au cours de l'audience que la tenue de l'université d'été du Front national au centre de congrès de cette ville présenterait pour l'ordre public des dangers auxquels les autorités de police ne seraient pas en mesure de faire face par des mesures appropriées ; qu'ainsi, et en l'état de l'instruction, les exigences du maintien de l'ordre public à Annecy *ne justifient pas* le refus d'accueillir au centre de congrès de cette ville l'université d'été du Front national »¹¹²⁸. De même, en l'absence de menaces de troubles à l'ordre public, la circonstance qu'une association soit classée par un rapport parlementaire parmi les groupes sectaires ne peut légalement justifier le refus de mettre à sa disposition une salle municipale¹¹²⁹. Le second motif de refus réside dans les nécessités de l'administration des propriétés communales. Ce motif peut légalement justifier le refus de mettre une salle municipale à la disposition d'une formation politique lorsqu'au jour de la présentation de la demande devant l'autorité administrative, ladite salle est déjà réservée aux jours et heures sollicités¹¹³⁰. En revanche, il ne peut fonder le refus de mettre un centre de congrès à la disposition d'un parti politique lorsque d'une part, le parc dans lequel est situé ce centre ne constitue qu'une partie modeste des espaces verts auxquels le public peut accéder dans la ville et que, d'autre part, il ne

1126 En première instance, le juge des référés affirme que « le refus d'autorisation d'absence pour se rendre à la mosquée, fondé sur les règles d'organisation définies dans l'intérêt du service, n'est (...) pas manifestement illégal » (TA Châlons-en-Champagne, ord. 28 janvier 2004, *Benaïssa c/ OPHLM Saint-Didier*, *JCP A* 2004, 1145, note E. TAWIL). En appel, le juge des référés du Conseil d'Etat confirme cette décision : « en estimant que les nécessités du fonctionnement normal du service public faisaient obstacle à ce que M. B soit autorisé à se rendre à la mosquée chaque vendredi de 14 heures à 15 heures, alors que le règlement horaire applicable aux gardiens d'immeubles de l'office dont il relève prescrit, en ce qui concerne ce jour de la semaine, une présence obligatoire de 5 heures à 8 heures, de 9 heures à 11 heures et de 14 heures à 16 heures 30, la présidente de l'Office municipal d'habitations à loyer modéré de Saint-Dizier n'a pas porté une atteinte manifestement illégale à la liberté de M. B. de pratiquer la confession de son choix » (CE, ord. 16 février 2004, *Benaïssa*, *Lebon T.* p. 826).

1127 Voir CE, 15 mars 1996, *Cavin*, *Lebon* p. 83.

1128 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311. Dans des circonstances comparables, le Conseil d'Etat avait annulé un refus de mise à disposition d'une salle pour l'organisation d'une réunion publique du Front national, au motif qu'il ne ressortait « pas des pièces du dossier que cette réunion ait été de nature à menacer l'ordre public dans des conditions telles qu'il ne pouvait être paré à tout danger par des mesures de police » (CE, 29 décembre 1997, *Maugendre*, *Lebon* p. 826).

1129 TA Rennes, ord. 11 février 2002, Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient, GP 29 avril 2003, p. 12 ; TA Paris, ord. 13 mai 2004, Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres, AJDA 2004, pp. 1597-1599, note G. GONZALEZ.

1130 CE, ord. 2 mars 2001, *Dauphine*, n° 230798.

ressort pas des pièces du dossier que la tenue de l'université d'été serait incompatible avec le maintien de son ouverture au public¹¹³¹.

Enfin, une attention particulière doit être portée au contentieux des refus de concours de la force publique dans la mesure où celui-ci a fait l'objet d'applications remarquées en matière de référé-liberté. L'administration porte une atteinte illégale au droit de propriété lorsqu'elle refuse, en l'absence de menace de troubles à l'ordre public, d'apporter le concours de la force publique à l'exécution d'une décision judiciaire prescrivant l'expulsion d'occupants sans titre d'une propriété privée¹¹³². En revanche, son refus est justifié – et par conséquent légal – s'il existe une menace réelle de troubles à l'ordre public. Sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés se montre exigeant dans l'appréciation de la réalité de cette menace¹¹³³. Non seulement l'administration doit rapporter la preuve du risque de troubles qu'elle allègue¹¹³⁴. Mais en outre, s'agissant d'une exception au principe de l'obligation d'exécuter les décisions de justice, celle-ci est entendue strictement. La crainte d'une simple résistance, d'un trouble léger, ne suffit pas à dispenser l'administration du de-

1131 CE, ord. 19 août 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311.

1132 Si l'autorité préfectorale est en principe tenue d'assurer l'exécution des décisions de justice (l'article 16 de la loi du 9 juillet 1991 dispose que « L'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et autres titres exécutoires »), elle peut légalement refuser d'apporter le concours de la force publique si l'exécution d'une décision paraît de nature à entraîner un risque important pour l'ordre public (CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaur et autres*, *Lebon* p. 117 ; CE, ord. 27 juin 2002, *Frullani et SCI Marcfloire*, *Lebon T.* p. 872 ; CE, ord. 22 juillet 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRR)*, n° 248734 ; CE, ord. 2 août 2002, *Société Propthal*, n° 249110 ; CE, ord. 31 octobre 2002, *Société coopération et famille*, n° 251314 ; CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408 ; CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* p. 874 ; CE, ord. 2 septembre 2003, *Société SAGEP et autres*, n° 259866 ; CE, ord. 15 octobre 2004, *Société Sud-Est réalisations*, n° 272934 ; CE, ord. 13 juillet 2005, *Société Combé Chavat 2*, n° 282220 ; CE, ord. 11 août 2005, *Maingueneau*, n° 283462). Le juge des référés reprend ici une jurisprudence administrative constante dont les principes ont été posés dans l'arrêt Couiétas de 1923 (CE, 30 novembre 1923, *Couiétas*, *Lebon* p. 789, *GAJA* n° 43).

1133 Cette rigueur dans l'appréciation du risque de trouble n'est pas étrangère aux pressions exercées en ce domaine par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Dans la décision 403 DC, le Conseil constitutionnel a affirmé « que toute décision de justice a force exécutoire ; qu'ainsi, tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle y est requise, prêter main-forte à cette exécution ; qu'une telle règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Le Conseil précise que l'autorité administrative peut certes déroger à cette règle, mais seulement « dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public » (CC, n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, cons. 46, *Rec. p.* 276). De manière comparable, la Cour de Strasbourg a fait de l'exécution des jugements et arrêts un élément du procès au sens de l'article 6 de la Convention et affirmé que « le droit d'accès à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie » (CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, *Rec. 1997-II*, p. 495, § 40). Pour une condamnation de l'Etat italien en raison d'un refus du préfet de prêter le concours de la force publique à l'exécution de décisions d'expulsion de locataires, voir CEDH, 28 septembre 1995, *Scollo c/ Italie*, série A, n° 315-C (violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1).

1134 CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408.

voir de prêter le concours de la force publique¹¹³⁵. A l'inverse, le risque de trouble est établi lorsque l'usage de la force risque de provoquer une réaction violente de la part des personnes occupant les lieux¹¹³⁶. Le trouble peut également résulter d'une situation de détresse sociale, en particulier en cas d'expulsion de familles avec enfants sans possibilité de relogement¹¹³⁷, ou de personnes isolées et sans revenus¹¹³⁸. Même en l'absence de trouble, le refus d'apporter le concours de la force publique sera légal durant la période de « trêve hivernale » aménagée par l'article L. 613-3 du code de la construction et de l'habitation, qui interdit les expulsions entre le 1^{er} novembre et le 15 mars de l'année suivante¹¹³⁹. Durant cette période, c'est uniquement si les occupants sans titre

- 1135 Ainsi, une menace de trouble ne saurait être déduite « du seul courant de sympathie suscité par la présence de quelques ateliers d'artistes dans le quartier » (CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408). Voir également CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* p. 874. Pour justifier son refus, le préfet de police invoquait des motifs d'ordre public tenant à l'intérêt que certains habitants du quartier portent aux spectacles organisés dans les locaux occupés. Ce motif apparaît néanmoins insuffisant dans la mesure où il ne ressort pas du dossier que l'octroi du concours de la force publique risquerait de provoquer des réactions de nature à entraîner troubles ou violences. Le juge relève que des préoccupations d'ordre public découlent, en sens inverse, tant de l'état dégradé de l'immeuble que des inconvénients pour le voisinage et des dangers pour les spectateurs de manifestations organisées sans que les mesures de sécurité appropriées à l'accueil du public soient prises. Dans l'arrêt *Stéphaur* précité, le Conseil d'Etat avait mis en avant « les fins, de nature principalement revendicative, poursuivies par les occupants », lesquels « agissaient afin d'attirer l'attention sur les difficultés du logement dans la région marseillaise ». En procédant à l'évacuation des occupants, il s'agit donc de mettre fin à une opération médiatique et non pas de priver de toit des familles sans ressources. Dans ces conditions, la menace de trouble à l'ordre public n'est pas avérée.
- 1136 En cas d'occupation des locaux d'une entreprise par ses employés, le refus peut être justifié par « le risque de troubles à l'ordre public qui résulterait des réactions des salariés de la société Jardinerie Gros Pin, dont l'emploi pourrait se trouver compromis par l'exécution de la mesure d'expulsion sollicitée » (CE, ord. 27 juin 2002, *Frullani et SCI Marcflore, Lebon T.* p. 872). Cette hypothèse est celle de l'arrêt *Société Cartonnerie Saint-Charles* (voir CE, Ass., 2 juin 1938, *Société la cartonnerie et l'imprimerie Saint-Charles, Lebon* p. 521, concl. DAYRAS). De même, le refus de concours apparaît justifié lorsque l'intéressé, qui dispose d'une arme et s'est signalé par un comportement violent et un refus de dialogue avec les institutions, est prêt à commettre des actes graves pour s'opposer à l'expulsion de la ferme qu'il exploite à la suite de son père (CE, ord. 15 octobre 2004, *Société Sud-Est réalisations*, n° 272934). Voir également, dans le même sens : CE, ord. 13 juillet 2005, *Société Combé Chavat 2*, n° 282220.
- 1137 Dans un arrêt de 1983, le Conseil d'Etat avait jugé légal un refus de concours de la force publique pour l'expulsion d'un chômeur sans ressource et père de huit enfants, dont six mineurs et deux en bas âge, estimant qu'elle « pouvait à bon droit faire craindre que la réalisation de l'expulsion portait atteinte à l'ordre public » (CE, 27 avril 1983, *Ministre de l'Intérieur et Société SIRAP*, n° 40278). Le raisonnement a été repris dans le cadre du référé-liberté. Le juge des référés a expressément considéré que le refus d'apporter le concours de la force publique pouvait être justifié par la présence dans les lieux de plusieurs familles, comportant de nombreux enfants et pour lesquelles n'existait aucune solution de relogement (CE, ord. 22 juillet 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRJ)*, n° 248734 et, pour le même immeuble, CE, ord. 17 juillet 2003, *Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRJ)*, n° 258506 ; CE, ord. 2 août 2002, *Société Prophal*, n° 249110 ; CE, ord. 31 octobre 2002, *Société coopération et famille*, n° 251314 ; CE, ord. 12 décembre 2002, *Ferre*, n° 252412 ; CE, ord. 2 septembre 2003, *Société SAGEP et autres*, n° 259866 ; CE, 29 octobre 2003, *Société Resimmo, Lebon* p. 911).
- 1138 Le refus de concours de la force publique peut être justifié par la circonstance que la personne dont l'expulsion est demandée est âgée de 83 ans, réside dans les lieux depuis 35 ans, vit avec sa fille, avec de faibles ressources et sans disposer de solution de relogement (CE, ord. 10 octobre 2003, *Sagnard*, n° 260867).
- 1139 CE, ord. 8 mars 2004, *Maingueneau*, n° 265261.

ont pris possession des locaux par voie de fait¹¹⁴⁰ – et que n'existe aucune menace de trouble – que le refus de concours redevient illégal¹¹⁴¹. Enfin, le juge tient compte de l'ensemble des données de l'espèce, et notamment du trouble pouvant résulter de la non-exécution de la décision, notamment « des menaces immédiates que le retard mis à l'expulsion des occupants font peser sur la sécurité de ceux-ci »¹¹⁴².

Un texte ou un motif d'intérêt général peut ainsi justifier un refus ou une abstention de l'administration portant atteinte à une liberté fondamentale. Le juge va également prendre en considération le caractère raisonnable ou proportionné de l'abstention dans l'appréciation de la condition de légalité.

274. Lors de l'appréciation de la légalité des abstentions, le manquement à l'exigence de proportionnalité prend la forme d'un retard injustifié dans le traitement d'une demande adressée par un administré. Si un retard dans le traitement d'une demande peut être *justifié* par certaines particularités du dossier et présenter par conséquent un caractère légal, il devient en revanche illégal s'il se prolonge de façon manifestement *excessive* dans le temps.

C'est le cas, par exemple, en matière de délivrance et renouvellement de titres d'identité. Le juge des référés déclare « que si le refus de renouvellement ou de délivrance d'un passeport à un citoyen français porte atteinte à la liberté d'aller et venir (...), aucune disposition législative ou réglementaire ne fixe, à peine d'illégalité de l'éventuelle décision implicite de rejet, de délai pour le renouvellement ou la délivrance d'un passeport ; que toutefois l'administration saisie d'une telle demande doit se prononcer dans *un délai raisonnable*, qu'il appartient le cas échéant au juge d'apprécier en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce »¹¹⁴³. Les principes ainsi dégagés ont été appliqués à plusieurs reprises par le juge des référés. Ainsi, une instruction de sept mois n'est pas déraisonnable compte tenu des pièces produites à l'appui de la demande de renouvellement du passeport, et notamment la circonstance que deux autres membres de la famille des requérants avaient produit à l'appui de demandes fondées également sur la perte de leur passeport des documents qui avaient nécessité de procéder à des vérifications¹¹⁴⁴. De même, l'absence de décision pendant plus de 18 mois sur la demande de renouvellement du passeport du requérant, ne constitue pas une illégalité manifeste « compte tenu des doutes existant sur l'identité » de l'intéressé¹¹⁴⁵. Les mêmes principes s'appliquent à la demande de délivrance ou de renouvellement d'une carte nationale d'identité. Le juge a rappelé qu'« il appartient aux autorités administratives de s'assurer que les pièces produites à l'appui d'une demande de carte

1140 En ce cas, l'article L. 613-3 du code de la construction et de l'habitation prévoit expressément l'impossibilité pour les squatters de se prévaloir de ses dispositions.

1141 CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* p. 117 ; CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* p. 874.

1142 CE, 29 octobre 2003, *Société Resimmo*, *Lebon* p. 911. En l'espèce toutefois, la menace n'apparaissait pas suffisamment immédiate pour que le refus opposé par l'autorité de police puisse être regardé comme entaché d'une illégalité manifeste.

1143 CE, ord. 11 octobre 2001, *Tabibou*, *Lebon T.* p. 1133.

1144 CE, ord. 20 juillet 2004, *Mzimba*, n° 270440.

1145 CE, ord. 30 décembre 2003, *Labry*, n° 263121.

nationale d'identité sont de nature à établir l'identité et la nationalité du demandeur ; qu'*un doute suffisamment justifié* à cet égard peut conduire, sans qu'il soit porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, à subordonner cette délivrance ou ce renouvellement à l'accomplissement de vérifications appropriées à chaque situation particulière »¹¹⁴⁶. Dans cette espèce, de sérieux doutes affectaient l'authenticité des pièces produites par la requérante. Dans ces conditions, le juge considère que la décision du préfet de différer le renouvellement de la carte d'identité, dans l'attente de l'issue d'une procédure judiciaire en cours à cet égard, ne constitue pas une illégalité manifeste. De même, le délai raisonnable n'est pas dépassé lorsqu'à la date du 18 septembre 2002, les services consulaires n'ont pas transcrit sur les registres de l'état civil un mariage célébré le 28 avril 2002 par un officier de l'état civil de la République algérienne¹¹⁴⁷. La suspicion d'un « mariage blanc » peut également justifier de poursuivre le délai d'instruction d'une demande de certificat de résidence¹¹⁴⁸.

En revanche, le retard, bien que justifié, devient excessif s'il excède une durée *raisonnable*. C'est le cas, par exemple, du retard excessif pris par l'administration pour délivrer à un demandeur de titre de séjour le récépissé auquel lui donne droit la législation¹¹⁴⁹. Il en va de même en cas de défaut, depuis quatorze mois, d'exécution d'un jugement annulant une mesure de reconduite à la frontière d'un étranger résidant de façon habituelle en France depuis plus de dix ans et devant ainsi se voir attribuer de plein droit une carte de séjour portant la mention « vie privée et familiale »¹¹⁵⁰.

Deux décisions rendues dans des litiges similaires, et réglés de façon différente, permettent d'illustrer l'appréciation de l'exigence de raisonnable ou de diligence dans la réponse à une demande présentée par un administré. Aux termes du premier alinéa de l'article 81 de la loi organique du 27 février 2004, « La démission d'un ministre est présentée au président de la Polynésie française, lequel en donne acte (...) ». Dans une ordonnance du 11 avril 2006, le juge des référés affirme « que si ces dispositions n'impliquent pas que le président de la Polynésie française soit tenu de donner acte sans délai de la démission présentée par un ministre et si, à l'effet de pourvoir au remplacement du ministre démissionnaire et d'assurer ainsi la continuité de l'action gouvernementale dans le domaine où s'exerce la compétence de ce ministre, le président dispose d'un délai pour donner acte d'une démission qui s'impose à lui, ce délai

1146 CE, ord. 25 février 2004, *Ibrahim*, n° 264949.

1147 CE, ord. 18 septembre 2002, *Bouchakour*, n° 250340.

1148 Voir, confirmant la décision du premier juge : CE, ord. 16 décembre 2002, *Ghoggal*, n° 252513. L'autorité administrative avait décidé, compte tenu des éléments portés à sa connaissance, qui pouvaient conduire à estimer que le mariage du requérant présentait le caractère d'un mariage de complaisance, de poursuivre l'instruction du dossier de l'intéressé afin de se prononcer en toute connaissance sur la délivrance du certificat de résidence qu'il sollicitait. Le juge des référés estime qu'une telle décision ne traduisait, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, aucun dépassement du délai raisonnable dans lequel il appartient à l'administration de statuer. Dès lors, l'absence de prise de position définitive sur la demande ne constitue pas une illégalité manifeste.

1149 CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T. p. 1132* : absence de toute suite donnée pendant plus 2 ans et 7 mois à la décision de l'administration de délivrer à un étranger un récépissé de demande de titre de séjour auquel la législation lui donne droit. Voir *a fortiori*, pour un délai de 3 ans et 6 mois : CE, 7 mai 2003, *Boumaiza*, n° 250002.

1150 CE, ord. 11 juin 2002, *Ait Oubba, Lebon T. p. 869*.

ne saurait cependant excéder *une durée raisonnable* ». En l'espèce, le président de la Polynésie française, saisi le 13 mars 2006 de la lettre de démission du requérant, s'est abstenu de lui donner suite, sans invoquer aucun motif lié à l'administration de la Polynésie française propre à justifier qu'il diffère sa décision de donner acte à l'intéressé de sa démission. Le juge affirme « que, dans ces circonstances, le délai raisonnable dont il disposait pour tirer les conséquences de cette démission est à l'évidence, dépassé ». Son abstention, par conséquent, est constitutive d'une illégalité manifeste¹¹⁵¹. En revanche, lorsqu'un membre de l'équipe gouvernementale présente sa démission deux jours avant le scrutin concernant l'assemblée de la Polynésie française, soit le 11 avril 2006, le refus du président de la Polynésie d'en donner acte dès le lendemain ne constitue pas une illégalité manifeste. Dans un tel cas en effet, le refus est justifié, et proportionné¹¹⁵². Si le libre exercice de son mandat par un élu local est affecté, l'atteinte qui y est portée ne présente pas un caractère illégal.

275. Il résulte de ce qui précède que toute atteinte portée à une liberté fondamentale n'est pas illégale. L'illégalité ne découle pas de plein droit du constat de l'atteinte portée à une telle liberté. La condition tenant à l'illégalité de l'atteinte à une liberté fondamentale est d'autant plus exigeante que la loi exige non pas une simple illégalité mais une illégalité *manifeste*.

II. LE CARACTÈRE MANIFESTE DE L'ILLÉGALITÉ

276. L'article L. 521-2 du code de justice administrative impose que l'illégalité comise présente un caractère évident. Cette condition est exigeante et, par conséquent, difficile à satisfaire.

A. Une illégalité évidente

277. L'article L. 521-2 exige qu'une atteinte « manifestement illégale » soit portée à une liberté fondamentale. De manière générale, l'adjectif « manifeste » et l'adverbe « manifestement » constituent des standards exprimant l'idée d'une évidence ou d'une

1151 CE, ord. 11 avril 2006, *Tefaarere, Lebon* p. 197.

1152 CE, ord. 13 avril 2006, *Vernaudeau*, n° 292343. M. Vernaudeau a présenté une lettre de démission le 11 avril 2006. Par lettre du 12 avril 2006, le président de la Polynésie française a fait valoir, pour ne pas donner acte immédiatement à M. Vernaudeau de sa démission, la nécessité de tenir compte de celle-ci pour mener une recomposition complète du gouvernement et des considérations qui tiennent aux nécessités de l'administration publique. Pour le juge, « dès lors que ces motifs, qui sont de nature à permettre légalement au président de la Polynésie française de ne pas donner acte immédiatement d'une démission, ne paraissent pas dépourvus de tout fondement et que la démission de M. Vernaudeau a été donnée, à peine deux jours avant le scrutin, il n'apparaît pas que le président de la Polynésie française ait, à la date à laquelle il est statué sur la demande de référé, méconnu l'exigence qui s'impose à lui de donner acte dans un délai raisonnable d'une démission d'un membre du gouvernement ».

flagrance¹¹⁵³. Ainsi, l'erreur manifeste d'appréciation est pour le juge de l'excès de pouvoir « une erreur évidente (...) qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé »¹¹⁵⁴. Lorsqu'il exerce un contrôle restreint, « le Conseil d'Etat s'attache au fond moins à l'importance proprement dite de l'erreur commise qu'à son évidence »¹¹⁵⁵. La formule employée à l'article L. 521-2 du code de justice administrative peut également être rapprochée de l'ordre « manifestement illégal » auquel le fonctionnaire peut et même doit désobéir pour peu qu'il soit de nature à compromettre gravement un intérêt public¹¹⁵⁶.

De manière plus immédiate, l'expression évoque l'article 809 al. 1 du nouveau code de procédure civile, qui donne compétence au juge civil des référés pour faire cesser un « trouble manifestement illicite ». Lorsque le juge civil des référés intervient sur ce fondement, il « doit sauter aux yeux que le comportement du défendeur est contraire à la morale, à la loi, au règlement, à la convention (...). Si cela ne saute pas aux yeux, le trouble est peut-être illicite, il ne l'est pas « manifestement » »¹¹⁵⁷. Une signification strictement identique est donnée à l'exigence d'une atteinte « manifestement » illégale de l'article L. 521-2. Cette condition signifie, non pas que le juge des référés doive se limiter à un contrôle restreint, comme cela a pu être soutenu¹¹⁵⁸, mais bien que l'illégalité invoquée doit présenter tous les caractères de la flagrance. Comme l'a indiqué M.

1153 Voir l'analyse et les nombreux exemples cités in S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit., pp. 80-82, et B. PETIT, « L'évidence », *RTDciv*, 1986, pp. 485-503, spé. pp. 486-487.

1154 G. BRAIBANT, concl. inédites sur CE, Sect., 13 novembre 1970, *Lambert*, *AJDA* 1971, p. 53, citées in chron. D. LABETOULLE et P. CABANES, *AJDA* 1971, p. 35.

1155 B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de Clermont I, 1977, p. 247. Voir également J.-P. BOURGOIS, *L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, L'espace juridique, 1988, 341 p.

1156 Article 28 du titre I du statut général des fonctionnaires. Voir A. TAILLEFAIT, *Jcl. fonctions publiques*, fasc. 300 (11, 2006), n° 11. Sur l'appréciation de cette notion par le juge administratif, voir B. CHERIGNY, « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », *RDP* 1975, pp. 867-936.

1157 P. BERTIN, « Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère », *GP* 1983, 1, p. 419.

1158 M. Deygas affirme que par l'ordonnance *Medrinal* (rejetant une demande en référé-liberté au motif que la décision contestée n'est pas « manifestement illégale »), le juge entendait laisser « à l'administration une marge d'appréciation, qui ne peut être sanctionnée que de façon « restreinte » par le juge des référés » (S. DEYGAS, note sous CE, ord. 9 août 2001, *Medrinal*, *Procédures* 2001, comm. n° 239, p. 19). Cette lecture de la décision *Medrinal* doit à l'évidence être écartée. En effet, en évoquant l'exigence d'une illégalité manifeste, le juge ne fait que rappeler – et contrôler – la présence d'une condition légale expressément énoncée à l'article L. 521-2. En mentionnant une illégalité « manifeste », le juge ne fait nullement allusion à un degré de contrôle et, plus précisément, à un degré de contrôle atténué sur la légalité de la mesure attaquée. En pratique d'ailleurs, il est constant que le juge des référés ne se limite pas à un contrôle restreint de la légalité des décisions administratives qui lui sont déferées sur ce fondement. Bien au contraire, il exerce un contrôle plein et entier sur la qualification juridique des faits, appréciant par exemple la réalité du risque de trouble à l'ordre public face à l'expulsion de squatters ou à la tenue d'une université d'été d'un parti politique (voir *supra*, § 273), doublé d'un contrôle de proportionnalité, par exemple sur une décision d'expulsion d'un ressortissant étranger (CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523) ou sur une mesure de réquisition de personnels grévistes (voir *supra*, § 270). Le juge des référés exerce non pas un contrôle minimum mais un contrôle maximum.

Martin, elle « doit se manifester au premier regard du juge des référés »¹¹⁵⁹. L'illégalité de l'atteinte doit s'imposer avec la force de l'évidence ; elle « doit en quelque sorte « sauter aux yeux » du juge du référé-liberté »¹¹⁶⁰.

278. La présence de cette condition à l'article L. 521-2 du code de justice administrative s'explique par deux séries de considérations.

L'exigence du caractère manifeste de l'illégalité se justifie, tout d'abord, par l'extrême brièveté du délai imparti au juge pour statuer. Contraint d'instruire le dossier et de rendre sa décision dans les 48 heures qui suivent l'enregistrement de la requête, le juge des référés ne peut s'attarder à un examen minutieux de la légalité de l'acte ou du comportement litigieux. Dans la mesure où le juge ne peut se livrer à des investigations approfondies, il est nécessaire que l'illégalité lui apparaisse dans le délai de 48 heures qui lui est imparti et, pour cela, qu'elle présente un caractère manifeste. Comme l'avait observé de manière générale M. Dugrip, « les affaires soumises au juge ont d'autant plus de chances d'être jugées rapidement que leur solution est certaine et qu'elles sont simples »¹¹⁶¹. Lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2, la solution doit lui apparaître simplement et, pour cela, il faut que l'illégalité soit évidente. Juge de l'extrême urgence, le juge du référé-liberté doit être, plus que tout autre, un juge de l'évidence. Il est nécessaire que la situation litigieuse lui apparaisse immédiatement.

La condition d'une illégalité « manifeste » se justifie, ensuite, par le caractère autonome de la procédure du référé-liberté. Comme l'a fait remarquer M. Cassia, le référé de l'article L. 521-1 dispose d'une sécurité que ne possède pas l'article L. 521-2 : « pour le référé-suspension, la mesure prend fin au plus tard lorsqu'une formation collégiale est appelée à statuer, de sorte que l'erreur d'appréciation éventuellement commise par le juge des référés sera en quelque sorte compensée au moment de l'examen de la requête au fond ; par comparaison, le référé-liberté n'étant pas subordonné au dépôt d'une requête au principal, le juge des référés ne dispose pas du « filet » que constitue l'examen approfondi ultérieur de la requête »¹¹⁶². En l'absence de sécurité liée à l'intervention ultérieure d'un juge du fond, il est normal que le juge du référé-liberté ne puisse mettre en œuvre les pouvoirs très importants dont il dispose que dans les hypothèses où l'administration s'est conduite de façon évidemment irrégulière. Intervenant en 48 heures, il ne doit déployer ses prérogatives que lorsque l'illégalité n'est pas sujette à la moindre discussion.

279. Ainsi, dans le référé-liberté, l'urgence a pour effet de durcir le niveau d'exigence de l'illégalité. Dans d'autres procédures, elle conduira au contraire à assouplir cette

1159 R. MARTIN, « Les nouveaux référés administratifs », *Annales des loyers* 2002, p. 1114.

1160 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 121. Sur la question voir, du même auteur, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *RFDA* 2007, pp. 45-57.

1161 O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 391.

1162 P. CASSIA, *op. cit.*, p. 121. Cela explique pourquoi le déféré-liberté, qui est une variante de référé-suspension, est seulement soumis à l'exigence d'un doute sérieux sur la légalité de la décision.

appréciation. C'est en effet une donnée établie, en droit judiciaire privé comme en contentieux administratif, que l'urgence modifie toujours l'appréciation à porter sur la légalité d'un acte ou d'une situation ; il n'est jamais exigé d'un juge des référés qu'il caractérise, exactement comme le ferait un juge du fond, une « simple » illégalité ou illicéité. L'urgence modifie l'appréciation de la légalité dans deux sens possibles. Elle peut tout d'abord l'assouplir, ce qui correspond aux notions de « doute *sérieux* » sur la légalité d'une décision de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, et à celle d'absence de « contestation *sérieuse* » de l'article 808 du nouveau code de procédure civile. Elle peut également avoir pour effet de durcir le seuil d'illégalité, celui-ci s'incarnant alors dans les notions d'atteinte « *manifestement* illégale » de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, et de « trouble *manifestement* illicite » de l'article 809 al. 1 du nouveau code de procédure civile. Dans le premier cas, l'illégalité ou l'illicéité doit être apparente, probable ou vraisemblable¹¹⁶³, dans le second elle doit être évidente et certaine.

Il est possible d'identifier, au regard de ce critère, trois niveaux dans l'appréciation d'une illégalité. Le premier niveau – le moins exigeant – est celui de l'illégalité apparente ou vraisemblable. Le deuxième niveau – le niveau intermédiaire – est celui de l'illégalité « simple », constatée par le juge du fond. Le troisième niveau – le plus exigeant – est celui de la certitude sur l'illégalité : l'illégalité ne souffre aucune discussion. Les auteurs des *Grands arrêts* évoquent, concernant l'article L. 521-2 du code de justice administrative, « une évidence certaine dans l'illégalité commise »¹¹⁶⁴. Deux niveaux séparent ainsi le doute sérieux de l'article L. 521-1 et l'illégalité manifeste de l'article L. 521-2 : l'illégalité manifeste est plus difficile à établir que l'illégalité simple et, *a fortiori*, plus difficile à établir que le doute sérieux. S'il n'y a pas de doute sérieux au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, il ne saurait naturellement y avoir d'illégalité manifeste au sens de l'article L. 521-2. Le juge du référé-suspension est juge de l'apparence¹¹⁶⁵, le juge du référé-liberté est juge de l'évidence.

Si le juge du référé-liberté relève une illégalité manifeste, le juge du fond éventuellement appelé à statuer à sa suite constatera nécessairement une illégalité « simple ». Un acte manifestement illégal est *a fortiori* un acte illégal¹¹⁶⁶. A l'inverse, le juge du référé-suspension ne juge pas le fond du droit. Son office consiste seulement à suspendre l'exécution d'une décision s'il éprouve un doute sur sa légalité. Il est donc parfaitement

1163 Cf. R. MARTIN, « Le référé, théâtre d'apparence », *D.* 1979, chron. p. 158.

1164 *GAJA* n° 118, § 11.

1165 Il est juge « de l'apparence et de la vraisemblance » (L. VALLEE, concl. sur CE, Sect., 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne métropole*, *BDCF* 2/03, n° 28, p. 38).

1166 Lorsqu'un juge du fond statue après le juge du référé-liberté – naturellement dans le même sens que ce dernier en cas d'admission de la demande – et annule la décision administrative attaquée, l'appel formé contre l'ordonnance de référé-liberté est sans objet. Voir CE, ord. 18 juin 2003, *Territoire de la Polynésie française et Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française*, *Lebon T.* p. 877. Les requérants relèvent appel d'une ordonnance en date du 23 mai 2003 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Papeete a, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, prononcé la suspension de deux arrêtés du Conseil des ministres du territoire de la Polynésie française. Par jugement du 10 juin 2003, le tribunal administratif de Papeete a annulé ces deux arrêtés. Par conséquent, il n'y a lieu, pour le juge des référés du Conseil d'Etat, de statuer sur l'appel introduit à l'encontre de l'ordonnance du 23 mai 2003.

possible que le juge du principal, qui doit quant à lui constater une illégalité, rejette la demande formée au fond. Comme l'a souligné le président Labetoulle, « il n'est pas du tout anormal que le juge du fond tranche dans un sens différent de celui dans lequel le juge des référés s'est prononcé »¹¹⁶⁷. Il est naturel qu'un acte dont la légalité est simplement douteuse puisse, après instruction complète, ne pas apparaître illégal¹¹⁶⁸. On doit même affirmer que, dans une telle hypothèse, le juge du fond ne juge pas *différemment* du juge du référé-suspension ; il ne condamne pas la solution retenue par ce dernier. Tout simplement, il ne juge pas « la même chose » : le premier doit constater une illégalité et le second seulement nourrir un doute. A l'inverse, le juge du référé-liberté juge « la même chose » que le juge du fond, à savoir une illégalité : simple, dans le cas du juge du fond, qualifié – en raison de l'urgence – pour le juge du référé-liberté.

280. Le juge du référé-liberté doit limiter son intervention aux illégalités évidentes, c'est-à-dire, eu égard à son office, aux illégalités simples. Il ne lui appartient pas de se prononcer sur des points de droit complexes, dont l'analyse est incompatible avec le délai de 48 heures qui lui est imparti pour statuer.

Il en résulte que le juge des référés ne peut contrôler la conventionnalité de la loi servant de base légale à l'acte attaqué. Dans l'ordonnance *Allouache et autres*, les requérants invoquaient la contrariété de la loi du 18 novembre 2005 décidant la prorogation en France du régime de l'état d'urgence pour une période de trois mois, avec certaines stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme. L'ordonnance indique « qu'eu égard à l'office du juge des référés, un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être pris en considération »¹¹⁶⁹. Cette jurisprudence est néanmoins appliquée avec une certaine souplesse. En effet, il est admis que si le juge du principal a statué sur la conventionnalité d'une disposition présentant une analogie avec celle contestée – par la voie de l'exception – devant le juge des référés, celui-ci est compétent pour contrôler lui-même la conventionnalité de la disposition litigieuse. Ainsi, le juge des référés du Conseil d'Etat s'est reconnu

1167 D. LABETOULLE, « L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003 », *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1, p. 7.

1168 Pour une illustration, voir CE, Sect., 11 juillet 2001, *Société Trans-Ethylène, Environnement* 2002, comm. n° 29, note. P.-J. BARALLE (décision du juge des référés admettant un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée) et CE, 24 octobre 2001, *Commune de Marennes, Environnement* 2002, comm. n° 56, note. D. DEHARBE (décision du juge du fond rejetant la demande d'annulation de cette décision). Pour un commentaire conjoint des deux décisions, voir *Dr. adm.* 2002, comm. n° 38, note C. MAUGUE.

1169 CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres, Lebon* p. 562. L'exclusion du contrôle de la conventionnalité des lois de l'office du juge des référés avait d'abord été consacrée par le Conseil d'Etat dans le cadre du référé-suspension. Voir CE, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement c/ Carminati, Lebon* p. 510, *Dr. adm.* 2003, comm. n° 74, obs. M. G. ; *Coll. ter.*, comm. n° 55, note L. ERSTEIN ; *AJDA* 2003, pp. 1065-1068, note O. LE BOT. Sur ce thème, voir B. LE BAUT-FERRARESE, « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA* 25 février 2004, n° 40, pp. 4-11 ; T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés. La jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA* 2006, pp. 1875-1880.

compétent, dans une ordonnance du 21 avril 2007, pour apprécier de manière inédite la conventionnalité de l'article L. 52-2 du code électoral, qui interdit la publication des résultats électoraux jusqu'à la fermeture du dernier bureau de vote sur le territoire de la République¹¹⁷⁰. Cet assouplissement est de nature à tempérer la rigueur de la jurisprudence initiale.

Une évolution similaire est observée en ce qui concerne la possibilité pour le juge du référé-liberté de contrôler la légalité de l'acte réglementaire servant de support à l'acte attaqué. Dans une ordonnance du 28 mai 2002, le juge des référés a accepté de contrôler la conformité à la Constitution de l'acte réglementaire servant de fondement à l'acte individuel attaqué. Il relève, à titre incident, que « l'article 2 du décret du 9 janvier 1978 (...) n'est contraire ni à l'article 4 de la Constitution, ni à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) »¹¹⁷¹. La question s'est ensuite posée à une formation collégiale du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Société Outremer Finance Limited*. Le commissaire du gouvernement Gilles Bachelier souhaitait que le juge du référé-liberté puisse contrôler la légalité d'un règlement par la voie de l'exception. Evoquant une décision du 30 août 2001 qui autorisait implicitement le juge du référé-suspension à exercer ce contrôle¹¹⁷², le commissaire du gouvernement déclarait que le juge de l'article L. 521-2 devrait pouvoir sanctionner une telle illégalité dans les hypothèses où celle-ci s'impose avec évidence : « même si le juge du référé-liberté doit statuer dans une urgence extrême limitée à 48 heures, ce qui exclut des recherches approfondies pour apprécier la légalité d'un texte, il nous paraît souhaitable de réserver l'hypothèse où l'acte réglementaire qui fonde la décision est d'une illégalité tellement évidente qu'elle ne nécessite aucune investigation »¹¹⁷³. Néanmoins, le Conseil d'Etat ne se prononcera pas sur la question, la décision atta-

1170 CE, ord. 21 avril 2007, *Société anonyme Antilles Télévision (ATV)*, n° 304961, mentionnée au recueil *Lebon*. Le juge des référés contrôle si cette restriction apportée à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme est proportionnée à l'objectif poursuivi. Auparavant, la conventionnalité de cette disposition n'avait jamais été examinée par le Conseil d'Etat. Celui-ci avait néanmoins exercé ce contrôle sur la loi limitant la diffusion des sondages en période électorale (CE, Sect., 2 juin 1999, *Meyet, Lebon* p. 161 ; CE, 13 septembre 2000, *Meyet, Lebon T.* p. 1010). Par analogie, les critères généraux d'appréciation de la conventionnalité de la restriction sont transposables à la disposition dont l'examen est soumis au juge des référés. Cela suffit à rester dans les limites de la jurisprudence *Carminati* dans la mesure où l'appréciation du juge est encadrée par les solutions retenues par le juge du fond dans le même contentieux. En l'espèce, le juge des référés va reprendre le raisonnement mis en œuvre par le Conseil d'Etat dans les décisions précitées, affirmant que la restriction apportée par le législateur à la publication des résultats électoraux, alors même que ceux-ci sont proclamés publiquement à l'issue des opérations de dépouillement dans chaque bureau de vote, « repose notamment sur le souci du législateur d'éviter que le choix des citoyens ne soit influencé dans des conditions de nature à porter atteinte à leur droit fondamental à l'expression libre de leur suffrage et à la sincérité du scrutin ». Il indique « que l'objectif ainsi poursuivi se rattache à la « protection des droits d'autrui » au sens des stipulations du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention ; que, consistant seulement à différer la publication des résultats électoraux par voie de presse ou par tout moyen de communication au public par voie électronique jusqu'à la fermeture du dernier bureau de vote sur le territoire de la République, cette restriction est proportionnée à l'objectif poursuivi ».

1171 CE, ord. 28 mai 2002, *Les Verts, Lebon* p. 188.

1172 CE, ord. 30 août 2001, *Djaoui, Lebon T.* p. 1100.

1173 G. BACHELIER, concl. sur CE, 2 juillet 2003, *Sté Outremer Finance Limited, AJDA* 2003, p. 1782.

quée étant illégale à un autre titre. Ultérieurement, une formation collégiale a dû se prononcer sur un moyen tiré de l'illégalité de l'acte réglementaire servant de base légale à l'acte individuel attaqué. La décision contestée, par laquelle le directeur de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides refusait d'enregistrer la demande d'asile présentée par le requérant, avait été prise sur le fondement de l'article 1^{er} du décret du 14 août 2004. Le Conseil d'Etat affirme « que, compte tenu de l'office du juge des référés, le moyen tiré de l'illégalité de l'article 1^{er} du décret du 14 août 2004 précité ne saurait être retenu »¹¹⁷⁴. En employant le terme « retenu », la décision reconnaît qu'un tel moyen est *opérant*. S'il ne peut être sanctionné en l'espèce, c'est en raison de son caractère insuffisamment manifeste. En toute hypothèse, l'exigence d'une illégalité manifeste de l'atteinte apparaît difficile à satisfaire.

B. Une exigence difficile à satisfaire

281. Pour que le juge du référé-liberté puisse prononcer une mesure de sauvegarde, il faut que l'illégalité soit évidente. Si l'illégalité de l'acte ou de l'agissement ne lui apparaît pas certaine ou s'il éprouve un simple doute, même sérieux, sur sa légalité, il doit rejeter la demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Le juge est invité, du fait des termes retenus par la loi, à ne prendre aucun risque à cet égard. Si l'autorité administrative n'a pas de manière absolument certaine adopté une position illégale, le juge du référé-liberté devra rejeter la demande présentée par le requérant.

282. Trois décisions illustrent de façon particulièrement nette le degré d'exigence élevé résultant de la condition d'illégalité manifeste.

Il résulte tout d'abord de l'ordonnance *GIE Sport*, en date du 18 mars 2002, que l'ambiguïté d'un texte constitue un obstacle au caractère manifeste d'une illégalité¹¹⁷⁵. En l'espèce, le litige avait pour origine une décision par laquelle la Ligue nationale de football avait décidé d'attribuer des droits d'exploitation exclusifs pour la radiodiffusion de certaines compétitions sportives. Le GIE Sport libre estimait que cette décision était dépourvue de base légale dans la mesure où les dispositions de la loi du 16 juillet 1984 qui, en ses articles 18-1 et 18-2, prévoit la possibilité d'attribuer des droits d'exploitation exclusifs, n'étaient selon lui pas applicable aux services radiophoniques. La question de la légalité de la décision attaquée était donc conditionnée par celle de l'applicabilité de cette loi au domaine de la radiodiffusion. Comme l'indique le juge des référés, « la solution du litige est liée à la question de savoir si la relation en direct par voie radiophonique d'une compétition sportive relève des « droits d'exploitation » prévus par ces dispositions et si les règles qui, pour la télévision, découlent de ces dernières sont également applicables à la radiodiffusion ». Tout dépendait, par conséquent, du champ d'application de ce texte. Or, du fait de l'ambiguïté de sa rédaction, celui-ci ne permettait de conclure de manière affirmative ni dans le sens de l'inclusion

¹¹⁷⁴ CE, 9 mars 2005, *Moinuddin, Lebon T.* p. 805, p. 921.

¹¹⁷⁵ CE, ord. 18 mars 2002, *GIE Sport libre et autre, Lebon* p. 106.

ni dans celui de l'exclusion. En effet, l'article 18-2 de la loi dispose, en son deuxième alinéa, que « Le vendeur ou l'acquéreur de ce droit ne peuvent s'opposer à la diffusion, par d'autres services de *communication audiovisuelle*, de brefs extraits prélevés à titre gratuit parmi les *images* du ou des services cessionnaires et librement choisis par le service non cessionnaire du droit d'exploitation qui les diffuse ». Le juge relève que « ces dispositions comportent une ambiguïté en raison de l'emploi simultané, au deuxième alinéa de l'article 18-2, des termes : « services de communication audiovisuelle » et « images » ; qu'en égard à cette ambiguïté, l'illégalité qui serait susceptible d'entacher la décision de la Ligue Nationale de football n'est, en tout cas, pas « manifeste » ». Ainsi, l'ambiguïté sur le droit applicable enlève tout caractère « manifeste » à l'illégalité invoquée. L'illégalité est probable, et de nature à faire naître un doute sérieux dans l'esprit du juge du référé-suspension ; elle n'est pas certaine et ne peut donc donner lieu à un référé-liberté.

Ce degré d'exigence accru du référé-liberté a été souligné de façon appuyé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Tliba* du 30 octobre 2001¹¹⁷⁶. La requérante, frappée par un arrêté d'expulsion, estimait que cette décision portait une atteinte manifestement illégale à son droit de mener une vie familiale normale. Après avoir rappelé de manière générale la plus grande rigueur de la procédure de l'article L. 521-2 du code de justice administrative sur celle de l'article L. 521-1¹¹⁷⁷, le Conseil d'Etat affirme qu'une mesure d'expulsion n'est manifestement illégale, au regard du droit à une vie familiale normale « que dans le cas où il est justifié d'une atteinte *manifestement* disproportionnée aux buts en vue desquels la mesure contestée a été prise ». Cette formule renvoie à la jurisprudence *Belgacem* de 1991¹¹⁷⁸. Depuis cette décision, le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité sur les mesures d'expulsion ayant des incidences sur le droit au respect de la vie familiale de l'intéressé. Cela implique une mise en balance des avantages que retire l'ordre public de l'éloignement de l'intéressé, avec les inconvénients que comporte pour la vie familiale de ce dernier la mise à exécution de cette décision. Dans l'arrêt *Tliba*, la requérante s'était rendue coupable de recel de sommes provenant d'un trafic de stupéfiants, agissements que l'on peut qualifier de graves. Sur l'autre plateau de la balance, Mme Tliba pouvait faire valoir l'ancienneté de ses liens avec la France, la nationalité française des membres de sa famille proche, notamment de son enfant mineur, et la rupture apparente de ses liens avec son pays d'origine. A la lumière de ces éléments, la proportionnalité de la mesure d'expulsion apparaissait douteuse ou sujette à discussion. Par conséquent, comme l'indique le commissaire du gouvernement Isabelle de Silva, le moyen tiré de l'absence de proportionnalité de la mesure contestée « aurait pu faire naître un « doute sérieux » dans l'esprit du juge du « référé-suspension », et justifier qu'il suspende l'exécution de l'expulsion dans l'attente du jugement au fond »¹¹⁷⁹. En revanche, du fait de la gravité des faits reprochés à la re-

1176 CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

1177 Voir la présentation et l'analyse de la formule *supra*, § 40.

1178 CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem, Lebon* p. 152, concl. R. ABRAHAM ; reprenant une solution de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c/ Pays-Bas*, série A, n° 138 ; CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, série A, n° 193).

1179 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFDA* 2002, p. 333.

quérente, la disproportion qui paraît affecter la mesure n'est pas suffisamment grossière ou évidente pour donner lieu à un référé-liberté. « Si illégalité il pouvait y avoir, elle n'apparaît pas manifeste »¹¹⁸⁰. Dès lors, le commissaire du gouvernement en déduit que « Mme Tliba aurait rempli les conditions pour bénéficier d'une suspension de la décision en cause, si elle avait invoqué les dispositions de l'article L. 521-1, mais qu'elle ne peut prétendre à une telle mesure en invoquant l'article L. 521-2 »¹¹⁸¹. La requérante aurait pu obtenir satisfaction par la voie du référé-suspension ; la voie du référé-liberté, plus exigeante, n'est pas adaptée à sa situation. De manière générale, il sera très difficile pour la personne frappée par un arrêté d'expulsion de faire la démonstration de l'illégalité manifeste de cette mesure au regard de sa liberté de vivre en famille¹¹⁸².

Enfin, doit être mentionnée une ordonnance du 9 janvier 2006 qui fournit des indications quant à l'appréciation de l'évidence d'une illégalité dans l'hypothèse où l'autorité administrative s'abstient de tirer les conséquences d'une décision rendue par la juridiction administrative. Il est constant que l'administration commet une illégalité lorsqu'elle refuse d'exécuter une décision rendue par la juridiction administrative ou s'abstient de tirer l'ensemble des conséquences qu'implique son exécution. Pour le juge des référés, la circonstance que cette décision ait été insuffisamment précise quant aux conséquences qui en découlaient est un élément à prendre en considération dans l'appréciation du caractère manifeste de l'illégalité commise. En l'espèce, un refus avait été opposé le 1^{er} juillet 2005 à la demande de renouvellement du titre de séjour de Mme Daaji au motif qu'elle avait cessé, selon les constatations effectuées par un médecin inspecteur de la santé publique, de remplir les conditions mises à son octroi par l'article 6 de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968. Le juge des référés du tribunal administratif de Rennes, saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, suspend cette décision par une ordonnance du 9 septembre 2005. Pour exécuter cette décision, l'autorité administrative se borne à accorder à Mme Daaji une autorisation provisoire de séjour pour une durée de trois mois valable jusqu'au 26 janvier 2006, tout en spécifiant que sa titulaire était autorisée à exercer une activité professionnelle. Saisi par Mme Daaji sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Rennes enjoint au préfet de prendre les mesures qu'imposent l'exécution de l'ordonnance du 9

1180 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous l'arrêt *Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1057.

1181 I. DE SILVA, *op. cit.*, p. 333.

1182 Le rejet est presque systématique pour les demandes contestant une mesure d'expulsion sur ce fondement (voir par exemple CE, ord. 10 août 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, n° 236969 ; CE, ord. 25 avril 2002, *Labhini*, n° 245547 ; CE, ord. 4 février 2003, *Hilario*, n° 253742). Il doit néanmoins être fait mention d'une décision du 7 août 2002 dans laquelle le juge des référés a admis la disproportion de l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale (voir CE, ord. 7 mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T.* p. 870). En l'espèce, l'intéressé résidait en France depuis 1975, ses parents et ses deux sœurs avaient acquis la nationalité française et il n'avait plus d'attaches familiales dans son pays d'origine. Surtout, la mesure d'expulsion avait été prise sur la base de certains faits antérieurs à l'ouverture de la procédure d'expulsion. Le juge affirme « qu'eu égard à la nature des faits reprochés à M. Ouakid et à la volonté de réinsertion dont il a fait preuve lors de son incarcération, ainsi qu'aux conditions dans lesquelles son expulsion a été décidée, le ministre de l'Intérieur a, dans les circonstances de l'espèce, porté au droit de l'intéressé de mener une vie familiale normale (...) une atteinte manifestement disproportionnée aux buts en vue desquels il a pris l'arrêté contesté ».

septembre 2005. Saisi par la voie de l'appel, le juge des référés du Conseil d'Etat statue en deux temps. Il rappelle, dans un premier temps, les obligations qui s'imposent à l'autorité administrative dans une telle hypothèse. Il indique que lorsque le juge des référés suspend l'exécution d'une décision ayant rejeté une demande de délivrance ou de renouvellement de titre de séjour émanant d'un ressortissant étranger, l'administration a l'obligation, aussi longtemps que la suspension ordonnée produit effet, de le munir d'une autorisation provisoire de séjour. L'ordonnance précise qu'il appartient également à l'administration, au vu du ou des moyens servant de fondement à la mesure de suspension, de procéder à un nouvel examen de la situation du requérant sans attendre la décision du juge saisi du principal, en fonction de l'ensemble des circonstances de droit et de fait au jour du réexamen. Il en va ainsi alors même que le juge n'aurait pas précisé de façon explicite les obligations découlant pour l'administration de la mesure de suspension qu'il a prescrite. Dans un deuxième temps, le juge des référés du Conseil d'Etat se prononce spécifiquement sur l'exigence d'illégalité manifeste. Il affirme « que, s'il peut être fait grief à l'autorité administrative de ne pas avoir à ce jour procédé au réexamen de la situation de Mme Daaji au regard des stipulations du 7 de l'article 6 de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 et en fonction de l'évolution de son état de santé, cette carence n'est pas, faute *notamment pour le juge des référés du premier degré d'avoir été suffisamment explicite dans son ordonnance du 9 septembre 2005 quant aux obligations pesant sur l'administration*, constitutive d'une illégalité manifeste »¹¹⁸³. Ainsi, la carence de l'administration à tirer les conséquences de la décision du 9 septembre est irrégulière. Faute pour le juge d'avoir indiqué avec suffisamment de précisions les conséquences qui s'imposaient à elle, ce manquement n'est pas manifestement illégal.

283. La condition tenant au caractère manifeste de l'illégalité est donc particulièrement exigeante. En pratique, nombre de demandes achoppent sur ce point.

Cette condition apparaît difficile à satisfaire lorsque les dispositions législatives et réglementaires confèrent un large pouvoir à l'administration. Ainsi, le juge des référés a exclu, en mettant en avant le large pouvoir d'appréciation que la loi reconnaît au préfet pour se décider, l'illégalité manifeste du refus d'autoriser le retrait d'une commune d'une communauté d'agglomération¹¹⁸⁴. Dans l'ordonnance *Allouache et autres*, le juge a considéré qu'en raison notamment des conditions dans lesquelles se sont développées les violences urbaines à partir du 27 octobre 2005, de la soudaineté de leur propagation, de l'éventualité de leur recrudescence à l'occasion des rassemblements sur la voie publique lors des fêtes de fin d'année et de l'impératif de prévention inhérent à tout régime de police administrative, il ne saurait être valablement soutenu qu'en décidant de ne pas mettre fin dès à présent à la déclaration de l'état d'urgence, le Chef de l'Etat aurait, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation étendu qui est le sien, pris une décision qui serait entachée d'une illégalité manifeste, alors même que les circonstances qui ont justifié la déclaration d'urgence ont sensiblement évolué¹¹⁸⁵.

1183 CE, ord. 9 janvier 2006, Ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Daaji, n° 288745, mentionnée au recueil *Lebon*.

1184 CE, ord. 24 janvier 2005, *Commune de Wissous*, n° 276493 ; CE, ord. 2 mars 2005, *Commune de Vedene*, n° 278123.

1185 CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562.

La condition d'illégalité manifeste sera également exclue lorsque la décision positive ou le refus repose sur des motifs dont l'invocation paraît raisonnable au regard des données juridiques et factuelles de l'espèce. Ainsi, une mesure d'interdiction ne sera pas regardée comme manifestement illégale si les motifs sur lesquels elle repose présente un caractère raisonnable au regard des circonstances de l'espèce. C'est le cas, par exemple, de la décision administrative interdisant à titre permanent à une personne de participer à la direction ou à l'encadrement d'organes ou d'institutions hébergeant des mineurs, en raison de témoignages répétés et d'éléments graves et concordants la mettant en cause pour des gestes à caractère sexuel à l'égard de mineurs placés sous son autorité¹¹⁸⁶, de la décision du préfet maritime interdisant toute circulation à moins de 10 mètres de grottes maritimes compte tenu des risques de chute de pierre¹¹⁸⁷ ou encore de l'arrêté municipal interdisant l'ouverture d'un sex-shop dès lors d'une part qu'une école maternelle et une école primaire sont situées non loin du commerce litigieux, d'autre part que la commune aménage à proximité de ce commerce un « pôle jeunesse » destiné à abriter des services d'animation, d'information et de loisirs à l'intention des jeunes et devant s'ouvrir dans les prochains mois¹¹⁸⁸. Une décision de refus ne présente pas un caractère manifestement illégal lorsque les conditions posées par les textes ne paraissent pas réunies. Ainsi, le juge des référés a considéré que n'était pas entachée d'illégalité manifeste l'abstention d'une commune à entreprendre les travaux de réfection d'un chemin permettant d'accéder à une discothèque¹¹⁸⁹ ; le refus d'organiser une élection législative partielle à un an du renouvellement de l'Assemblée nationale, dès lors que les dispositions applicables prohibent l'organisation d'élections législatives partielles dans la dernière année de la législature et investissent le Premier ministre dans la période qui précède celle de l'interdiction légale, d'un pouvoir d'appréciation quant à la fixation de la date susceptible d'être retenue pour une convocation en temps utile du corps électoral¹¹⁹⁰ ; le refus d'entrée sur le territoire d'un ressortissant étranger qui ne justifie pas de la réalité des menaces auxquelles il s'estime exposé en cas de retour dans son pays¹¹⁹¹ ou le refus d'enregistrer les bulletins de vote ne portant pas le titre intégral mentionné dans la déclaration de candidature déposée par la liste conduite par la représentante¹¹⁹². De même, une décision positive n'est pas manifestement illégale lorsqu'elle repose sur des justifications qui, dans les circonstances de l'espèce, paraissent appropriées, à l'instar du retrait du bénéfice du statut d'apatride en raison de l'inexactitude des déclarations relatives à l'identité de son bénéficiaire¹¹⁹³, de l'arrêté préfectoral de placement d'office en milieu hospitalier d'une personne au vu d'un certificat médical circonstancié¹¹⁹⁴, de la mesure d'abattage d'un troupeau du fait de la

1186 CE, ord. 9 août 2001, *Medrinal, Lebon T.* p. 1127.

1187 CE, ord. 27 septembre 2001, *Guegueniat*, n° 238473.

1188 CE, ord. 8 juin 2005, *Commune de Houilles, Lebon T.* p. 1036.

1189 CE, ord. 5 mars 2001, *SARL Club 2000, Lebon T.* p. 1130.

1190 CE, ord. 18 mai 2001, *Meyet, Bouget, Lebon* p. 244.

1191 CE, ord. 18 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Mpia, Lebon T.* p. 873.

1192 CE, ord. 8 juin 2004, *Zebdi-Ghorab*, n° 268467.

1193 CE, ord. 29 mars 2002, *Bonny, Lebon* p. 119.

1194 CE, ord. 19 juillet 2002, *Benmedjahed*, 248798.

présence en son sein d'une vache atteinte de l'encéphalopathie spongiforme bovine¹¹⁹⁵ ou de l'ordre adressé à un capitaine de gendarmerie par sa hiérarchie, de ne plus s'exprimer dans les médias, eu égard au devoir de réserve imposé aux militaires¹¹⁹⁶.

284. En pratique, rares sont les atteintes manifestement illégales à avoir été retenues par le juge des référés. Lorsque la condition tenant à l'atteinte manifestement illégale à une liberté est satisfaite, les décisions s'attachent généralement à opérer une démonstration du caractère grossièrement illégal de la décision ou du comportement querellé. Pour que la procédure du référé-liberté puisse trouver à s'appliquer, l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ne suffit pas. Le requérant doit également justifier de l'urgence de la situation et, plus précisément, de la nécessité pour lui d'obtenir le prononcé d'une mesure de sauvegarde en 48 heures.

1195 CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin, Lebon T.* p. 1126.

1196 CE, ord. 5 février 2003, *Matelly*, n° 253871.

Chapitre 2

Une urgence extrême

285. L'urgence est la première condition d'octroi énoncée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative. La présence de cette exigence se justifie par la nature de cette procédure, qui constitue un référé, et par sa finalité, qui est de faire cesser très rapidement les agissements administratifs les plus graves. Pour que le prononcé d'une mesure de sauvegarde en 48 heures soit légitime, il est apparu justifié que l'intervention du juge soit expressément conditionnée par l'urgence¹¹⁹⁷. Ainsi, le référé-liberté n'est pas seulement une procédure rapide ; c'est aussi et avant tout une voie de droit qui ne peut être utilement mise en œuvre que lorsqu'une situation préjudiciable se produit

1197 Signalons néanmoins que les procédures du déféré-liberté et de la voie de fait, qui constituent également des procédures rapides – du moins, pour la seconde, lorsqu'elle est poursuivie en référé –, ne sont pas soumises à une telle exigence. Tout d'abord, l'urgence ne figure pas au nombre des conditions de l'article 809 al. 1 du nouveau code de procédure civile. Lorsqu'il s'adresse au juge civil des référés sur ce fondement, le demandeur doit seulement faire état d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite. Il suffit qu'une seule de ces conditions soit satisfaite pour justifier les pouvoirs du juge des référés. La Cour de cassation rappelle régulièrement que l'application de cette disposition n'est nullement subordonnée à la preuve de l'urgence de la mesure sollicitée (voir par exemple Civ. 3^{ème}, 22 mars 1983, *Bull. civ.* III, n° 83). Par conséquent, la victime peut obtenir des mesures de remise en état « alors même que la cessation du trouble qu'elle subit ne présente pas un caractère d'urgence » (S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, p. 273). L'urgence n'est pas davantage exigée dans le cadre du déféré-liberté, et ce en raison de la qualité particulière de l'auteur du recours. Par conséquent, lorsqu'il est saisi par le préfet sur le fondement de l'article L. 2131-6 al. 5 du code général des collectivités territoriales, le président du tribunal administratif commet une erreur de droit en subordonnant la suspension de l'acte attaqué « à une condition d'urgence qui n'est pas exigée dans le cadre de cette procédure » (CE, 11 mars 2005 *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Communes d'Avion, de Rouvroy, de Drocourt et de Méricourt, Lebon* p. 101).

ou est sur le point de se produire. Le juge des référés n'est fondé à remplir son office que lorsqu'il existe une réelle urgence justifiant son intervention. Certes, les requérants qui s'adressent au juge sur ce fondement perdent bien souvent de vue cette exigence, la négligent ou la relèguent au second plan. Pourtant, il s'agit d'une condition particulièrement stricte, et l'appréciation qui en est faite par le juge du référé-liberté traduit, ici encore, l'exceptionnalité de cette procédure par rapport à celle du référé-suspension. Dans l'esprit du juge administratif, la condition d'urgence définit autant que celle relative à la présence d'une liberté fondamentale le champ d'intervention du référé-liberté. Dans son application concrète, l'article L. 521-2 est autant une procédure de l'extrême urgence qu'une procédure des atteintes aux libertés fondamentales.

286. Conformément à un principe classique, le demandeur doit apporter la preuve que cette exigence est satisfaite. L'article R. 522-1, applicable à tous les référés d'urgence, dispose que la requête doit « justifier de l'urgence de l'affaire ». L'article L. 521-2, qui concerne spécifiquement le référé-liberté, énonce que le juge doit être saisi d'une demande « justifiée par l'urgence ». Ainsi, il appartient au requérant d'établir les raisons pour lesquelles les circonstances de l'affaire rendent urgent le prononcé d'une mesure. Une motivation insuffisante sur ce point, trop générale, abstraite ou imprécise l'expose à un rejet de sa demande¹¹⁹⁸.

287. De toutes les conditions énoncées par l'article L. 521-2, l'urgence est l'une des plus délicate à systématiser. Cette difficulté s'explique par la nature « éminemment concrète et relative »¹¹⁹⁹ de cette notion. Comme l'a fait remarquer le professeur Dugrip, « la reconnaissance de l'urgence ne repose pas sur une constatation objective. Elle résulte toujours d'une appréciation subjective des faits de la cause relativement aux circonstances de l'affaire, aux mesures demandées et aux temps de procédure (...) »¹²⁰⁰. Dès lors, elle s'apprécie inévitablement au cas par cas, et en considération des données particulières de chaque espèce¹²⁰¹. Une décision sera, dans un cas, jugée comme étant constitutive d'une urgence et la même décision, dans un autre cas, ne sera pas considérée comme telle. Cela étant, en dépit d'un empirisme certain et parfaitement compréhensible, on observe que les efforts du juge sont réels pour aboutir à une certaine

1198 Par exemple, dans l'ordonnance *Lidl* du 23 mars 2001, le juge exclut l'urgence au motif que la société requérante « s'est bornée à faire état « d'une situation particulièrement dommageable » sans apporter (...) le moindre élément concret d'appréciation » (CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154). Pour des exemples significatifs, voir également : CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385 ; CE, ord. 31 juillet 2002, *Kocyigit*, n° 248716 ; CE, ord. 6 juin 2003, *Société Nice diffusion menuiserie*, n° 257472 ; CE, ord. 5 juillet 2004, *Association des usagers des médias d'Europe*, n° 269344.

1199 R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, p. 711.

1200 O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 332. Les mêmes observations sont formulées en droit judiciaire privé : « La doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que l'urgence est une notion relative, empreinte de subjectivité et d'empirisme (...) » (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} éd., Litec, 1998, p. 73).

1201 Ce que le juge souligne par différentes formules, relevant par exemple, dans la décision *Commune de Massat*, que l'urgence est satisfaite « au cas présent » (CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat, Lebon* p. 386).

rationalisation de ses jugements. La caractéristique principale de l'urgence, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, est d'être une urgence extrême, une urgence qualifiée, une urgence nécessitant le prononcé de mesures dans un délai de 48 heures. Des indications générales peuvent être dégagées de la jurisprudence quant aux critères permettant de caractériser ou d'exclure cette urgence particulière.

SECTION 1. LA NÉCESSITÉ D'UNE INTERVENTION À 48 HEURES

288. Dans un premier temps, le juge des référés du Conseil d'Etat a traité de façon identique l'urgence au sens de l'article L. 521-1 et l'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. A partir de l'ordonnance *Commune de Pertuis* du 28 février 2003, le juge des référés du Conseil d'Etat affirme la nécessité d'une urgence renforcée en matière de référé-liberté. Cette condition ne peut être regardée comme satisfaite si la situation litigieuse ne nécessite pas l'intervention d'un juge en 48 heures pour la faire cesser.

I. L'ABSENCE INITIALE DE SINGULARITÉ DE LA NOTION

289. Durant les deux premières années d'application de la loi du 30 juin 2000, le juge des référés traitait de manière strictement identique l'urgence au sens du référé-liberté et l'urgence au sens du référé-suspension. Il considérait que l'urgence, visée de façon indifférenciée aux articles L. 521-1 et L. 521-2, devait être envisagée de façon identique dans les deux procédures¹²⁰². De manière significative, le juge du référé-liberté avait affirmé dans une ordonnance du 15 mars 2002 que le refus par l'administration de restituer un permis de conduire était « de nature à faire réputer remplie la condition d'urgence posée tant par l'article L. 521-1 que par l'article L. 521-2 »¹²⁰³. La formule est d'autant plus remarquable que, dans cette décision, le juge était uniquement saisi de conclusions fondées sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Des commentateurs autorisés concluaient à une approche unique de l'urgence dans les deux procédures. Ainsi, les auteurs des *Grands arrêts* affirmaient que cette condition, qui est commune au référé-suspension et au référé-liberté, « ne paraît pas devoir être appréciée différemment dans les deux »¹²⁰⁴. « Tout au plus peut-on supputer qu'elle sera appréciée de manière plus libérale en matière de référé-liberté », pouvait-on

1202 Sur l'appréciation de l'urgence sur le fondement de l'article L. 521-1, voir J. RAYMOND, « L'urgence, condition essentielle du référé suspension », *JCP A* 2003, 1935.

1203 CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105.

1204 *GAJA* n° 118, § 12.

même lire sous la plume de MM. Collin et Guyomar¹²⁰⁵. A l'instar du juge des référés, les auteurs considéraient qu'« il n'y a guère de motif pour que l'urgence requise pour le référé-suspension soit différente de celle exigée s'agissant du référé-libertés fondamentales »¹²⁰⁶.

Dès lors, l'urgence s'appréciait de façon substantiellement comparable dans les deux procédures, le juge s'inspirant, dans le cadre de l'article L. 521-2, des critères dégagés sur le fondement de l'article L. 521-1. Dans le cadre du référé-suspension, le Conseil d'Etat a affirmé, dans l'arrêt du 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*¹²⁰⁷, que la condition d'urgence doit être regardée comme remplie « lorsque la décision administrative contestée préjudicie de façon suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ». Il en va ainsi alors même que la décision litigieuse « n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire ». Les critères dégagés dans le cadre de cet arrêt, à savoir les formes et les caractères de l'urgence, ont été repris en substance dans le cadre du référé-liberté¹²⁰⁸. Si l'urgence est le plus souvent établie par le juge du référé-liberté sans aucune référence aux formes ou aux caractères de l'urgence, il lui arrive parfois de faire une mention expresse des critères dégagés dans le cadre du référé-suspension¹²⁰⁹.

290. La jurisprudence a établi « une typologie en triptyque »¹²¹⁰ des chefs de préjudice. L'acte ou l'agissement peut, en premier lieu, préjudicier à la situation du requérant. C'est l'hypothèse qui, de loin, est la plus fréquemment retenue par la jurisprudence. Le préjudice peut être de nature non matérielle. La possibilité, pour le requérant, d'obtenir une indemnisation *a posteriori* des dommages que lui aurait causé un acte ou un agissement administratif ne fait pas obstacle à la qualification de l'urgence. Par exemple, il est regardé comme satisfait dans l'hypothèse d'un refus d'inscrire les enfants du requérant sur le passeport de ce dernier¹²¹¹. Le préjudice peut résulter de l'impossibilité d'exercer une liberté fondamentale. Ainsi, dans l'arrêt *Aguillon*, concernant la réquisition de salariés grévistes, les requérantes ne pouvaient se prévaloir d'aucun préjudice

1205 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, p. 154.

1206 N. CHAHID-NOURAI et C. LAHAMI-DEPINAY, « L'urgence devant le juge administratif : premières applications des articles L. 521-1 et L. 521-2 nouveaux du Code de justice administrative », *LPA* 12 février 2001, n° 30, p. 16.

1207 CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *Lebon* p. 29, *AJDA* 2001, pp. 150-153, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RFDA* 2001, pp. 378-388, concl. L. TOUVET ; *D.* 2001, pp. 1414-1418, note B. SEILLER.

1208 Ces modalités d'appréciation de l'urgence doivent être mentionnées dans la mesure où la jurisprudence *Commune de Pertuis* n'a pas conduit à en écarter l'application mais, en pratique, à ajouter un niveau d'exigence supplémentaire par rapport à l'arrêt *Confédération nationale des radios libres*.

1209 Parmi les rares décisions ayant expressément fait référence à ces critères, voir CE, 15 février 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45. Le Conseil d'Etat y affirme pour caractériser l'urgence, que l'agissement administratif contesté « porte par lui-même une atteinte suffisamment grave et immédiate à la situation du demandeur ».

1210 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 89.

1211 CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranant*, *Lebon T.* p. 875.

financier dans la mesure où les arrêtés préfectoraux prévoyaient la rémunération des personnels aux conditions habituellement fixées par leur employeur. En l'espèce, le préjudice provient de ce que les arrêtés en cause contraignent les intéressées « à reprendre immédiatement leur activité professionnelle » et font ainsi obstacle à l'exercice du droit de grève¹²¹². Le préjudice peut, en deuxième lieu, affecter les intérêts que le requérant entend défendre. Cette hypothèse correspond aux intérêts collectifs défendus par « les seules organisations syndicales et professionnelles ou les associations de défense des intérêts collectifs »¹²¹³. La situation litigieuse peut, en troisième lieu, préjudicier à un intérêt public. Les exemples sont rares dans le référé-suspension¹²¹⁴, et plus encore dans le référé-liberté, dans la mesure où les libertés fondamentales sont en principe tournées vers la défense des intérêts particuliers et non vers la satisfaction de l'intérêt général. Une telle hypothèse n'est toutefois pas inenvisageable, par exemple en cas d'atteinte à la libre administration des collectivités territoriales ou au droit de propriété d'une personne publique. En ce cas, le juge pourrait caractériser une situation préjudiciant à la fois l'intérêt du demandeur et à l'intérêt général.

291. Le juge des référés exige que le préjudice porté à l'un de ces intérêts présente un caractère suffisamment grave et immédiat.

Tout d'abord, le préjudice doit être « suffisamment grave ». Le juge entend par cette expression un préjudice qui excède, par son intensité, par sa durée ou certaines de ses caractéristiques, les inconvénients qui découlent normalement de la vie en société. Au-delà d'un certain seuil, le dommage pourra être dit « suffisamment grave ». Ce critère exclut du champ de l'urgence les simples gênes ou désagréments qui aggravent certes la condition du demandeur mais qui n'hypothèquent pas de façon à la fois substantielle et durable sa situation¹²¹⁵. La condition de gravité est remplie lorsque le demandeur subit un préjudice financier important¹²¹⁶. La gravité peut également résulter de la durée du dommage, notamment en cas de retard excessif de l'administration dans la délivrance d'une autorisation¹²¹⁷ ou l'exécution d'une décision de

1212 CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

1213 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 93.

1214 Voir par exemple CE, ord. 13 février 2003, *Joyaux*, n° 253439, évoquant « l'intérêt pour les étudiants de bénéficier d'un service public de qualité ».

1215 Ainsi, un refus de passeport ne préjudicie pas au requérant qui indique devoir se rendre à Bruxelles dès lors qu'aucun passeport n'est nullement nécessaire à un français pour se rendre en Belgique (CE, ord. 21 mars 2001, *Rahal*, n° 231531).

1216 Voir par exemple CE, ord. 12 juin 2002, *SARL Barlive*, n° 247683. En l'espèce, la fermeture d'un établissement de débit de boisson avait entraîné le licenciement des quatorze employés de l'établissement, privant la société de l'essentiel de son chiffre d'affaires qu'elle réalise normalement pendant l'été, et menaçait à brève échéance son existence. Dans ces conditions, « et alors même que la société pourrait être indemnisée de son préjudice si la mesure prise à son encontre venait à être annulée par le juge de l'excès de pouvoir, la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé de mesures sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie ».

1217 Par exemple, l'urgence à enjoindre au Consul général de France à Genève d'inscrire les enfants du requérant sur son passeport se déduit de la nature du litige et de la durée des démarches engagées sans succès par le requérant auprès des autorités concernées depuis plusieurs mois (CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranant, Lebon T. p. 875*). De même, un délai de 2 ans et 7 mois s'étant écoulé

justice¹²¹⁸. En revanche, la circonstance que la promesse de restitution d'un terrain irrégulièrement incorporé à un terrain de golf n'est pas encore été honorée n'est pas de nature à révéler une situation d'urgence « alors qu'il résulte de l'instruction (...) que le terrain des requérants est sur le point de leur être restitué »¹²¹⁹.

Ensuite, le préjudice doit présenter un caractère « immédiat ». Ce critère, d'ordre temporel, signifie que l'acte ou le comportement administratif doit d'ores et déjà produire des effets préjudiciables ou être sur le point d'en produire à très brève échéance. Cette exigence n'est pas satisfaite lorsque les dispositions d'un acte ne prendront effet que plusieurs mois après que le juge des référés ait été saisi. Ainsi, dans une ordonnance du 13 novembre 2002, le juge des référés constate que les dispositions de l'article L. 613-3 du code de la construction et de l'habitation¹²²⁰ font obstacle à ce que l'exécution forcée de la mesure d'expulsion sollicitée soit mise en œuvre avant 15 mars 2003. Cette mesure ne pouvant pas être mise en œuvre avant un délai de plusieurs mois, l'urgence n'est pas caractérisée, dans son volet immédiateté, à la date à laquelle le juge statue¹²²¹. De même, l'existence d'immédiateté du préjudice n'est pas satisfaite lorsqu'une société invoque un préjudice commercial sans avoir demandé – ni par conséquent obtenu – l'autorisation administrative d'exploiter le commerce en cause. En pareille hypothèse, le préjudice commercial allégué par la société requérante n'est qu'éventuel¹²²². De même, lorsqu'un requérant dispose d'un passeport encore valide pour une durée de neuf mois, il ne justifie pas de l'urgence à en obtenir le renouvellement anticipé pour pouvoir se rendre aux Philippines, Etat qui n'exige qu'un passeport d'une validité minimum de six mois pour accorder l'entrée sur son territoire¹²²³.

292. Ainsi, durant les premiers temps d'application de la réforme du 30 juin 2000, l'urgence n'était pas envisagée de façon distincte selon la procédure engagée. Certains auteurs avaient néanmoins fait valoir qu'un degré d'exigence accru pourrait se justifier en raison du champ d'application de cette procédure¹²²⁴ ou du délai de 48 heures im-

depuis que l'administration a fait savoir à la requérante qu'elle avait droit à un titre de séjour et qu'un récépissé allait lui être remis, « la prolongation pendant une durée anormalement longue de la situation précaire ainsi imposée à Mlle Béchar crée une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur et Béchar, Lebon T.* p. 1132).

1218 Ainsi, le juge caractérise l'urgence pour un refus d'apporter le concours de la force publique à l'exécution d'une décision judiciaire prescrivant l'expulsion d'occupants sans titre depuis plus d'un an (CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408) ou plus d'un an et demi (CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* p. 874).

1219 CE, ord. 22 octobre 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165.

1220 Qui interdit la mise en œuvre de toute expulsion entre le 1^{er} novembre et le 15 mars de l'année suivante.

1221 CE, ord. 13 novembre 2002, *Harlant, Lebon T.* p. 875.

1222 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

1223 CE, ord. 22 août 2003, *Cohen*, n° 259583.

1224 Avant même l'entrée en vigueur de la réforme, le président Vandermeeren annonçait que l'urgence au sens du référé-liberté, « tout en soulevant des problèmes d'appréciation comparables » à l'urgence au sens de l'article L. 521-1, devrait faire « l'objet d'une interprétation plus rigoureuse : il faudra vraisemblablement que les circonstances rendent l'urgence pressante et l'intervention immédiate du juge indispensable » (R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge

parti au juge pour statuer¹²²⁵. Le juge des référés du Conseil d'Etat allait rapidement consacrer cette solution, en ajoutant aux critères du préjudice grave et immédiat un degré d'exigence supplémentaire dans l'appréciation de l'urgence.

II. L'AFFIRMATION D'UNE URGENCE PARTICULIÈRE

293. Dans la très importante ordonnance *Commune de Pertuis* du 28 février 2003¹²²⁶, le juge va affirmer l'existence d'une urgence *au sens de l'article L. 521-2*, c'est-à-dire d'une urgence qualifiée qui, impliquant une intervention juridictionnelle dans un délai de 48 heures, se distingue, par un degré d'exigence accru, de l'urgence au sens de l'article L. 521-1. Dans cette affaire, le juge était saisi d'une demande de suspension de certains articles du règlement intérieur du conseil municipal de la commune de Pertuis relatifs à l'expression des conseillers n'appartenant pas à la majorité municipale. Le juge affirme « qu'en l'absence de circonstances particulières le maintien en vigueur des dispositions des articles 27, 28 et 30 du règlement intérieur du conseil municipal de Pertuis ne caractérise pas *une situation d'urgence impliquant*, sous réserve que les autres conditions posées par l'article L. 521-2 soient remplies, *qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les 48 heures* ». Par cette décision, le juge différencie nettement deux urgences, en se fondant, une nouvelle fois, sur le caractère exceptionnel du référé-liberté et la plus grande rigueur de ses conditions d'octroi par rapport à la procédure du référé-suspension¹²²⁷. Il distingue, d'un côté, une urgence « ordinaire » mais suffisamment pressante pour justifier qu'un juge des référés intervienne *avant le prononcé du jugement au fond*¹²²⁸, d'un autre une urgence

administratif », *AJDA* 2000, p. 712). De même, M. Hocreitere affirmait que si l'urgence est une condition commune aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative, « tout laisse à penser qu'elle sera examinée de façon plus rigoureuse par le juge des référés compte tenu du champ du référé-liberté » (P. HOCREITERE, « Les nouvelles règles applicables au contentieux administratif de l'urbanisme », *BJDU* 2001/1, p. 4).

1225 M. Chapus considérait, dès 2001, que « l'urgence impose que l'exercice du référé-sauvegarde soit justifié par la nécessité d'une intervention aussi prompte qu'il le faut pour mettre fin à une atteinte portée à une liberté fondamentale ou pour prévenir une atteinte imminente. Plus précisément, on doit être attentif au délai de 48 heures imparti au juge pour qu'il se prononce (...) » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 1601). M. Bachelier affirmait que par rapport au référé-suspension, « le degré d'urgence doit s'apprécier au regard des considérations tenant à l'existence du délai de quarante-huit heures imparti au juge des référés pour statuer (...) » (G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA* 2002, p. 262).

1226 CE, ord. 18 février 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* p. 68, *AJDA* 2003, pp. 1171-1178, note P. CASSIA et A. BEAL ; *JCP A* 2003, 1584, note J.-P. QUILLIEN.

1227 Sur la différenciation des deux procédures, voir *supra*, § 40.

1228 Lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le juge des référés vérifie que le juge du fond ne pourra pas statuer avant que la décision attaquée ait produit des effets difficilement réversibles. Dans le cadre du référé-suspension, « il appartient au requérant de justifier de circonstances particulières caractérisant la nécessité pour lui de bénéficier à très bref délai d'une mesure provisoire *dans l'attente d'une décision juridictionnelle statuant sur la légalité de la décision litigieuse* » (CE, Sect., 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur*, *Lebon* p. 123, *AJDA* 2001, pp. 673-680, concl. I. DE SILVA). Le demandeur doit faire état d'une « urgence justifiant que,

imminente nécessitant qu'un juge intervienne *dans un délai de 48 heures* ou, du moins, à très brève échéance. A la différence du référé-suspension, le référé-liberté n'est pas un recours accessoire ; l'urgence ne s'apprécie pas au regard d'un recours principal sur lequel il viendrait s'appuyer et que le juge des référés ne ferait que devancer. Comme l'ont fait remarquer MM. Debbasch et Ricci, la condition d'urgence est « examinée en elle-même puisque ce référé n'est pas joint à une action principale »¹²²⁹. Or, l'urgence ne s'apprécie pas en soi. Puisqu'elle ne peut, comme dans le référé-suspension, s'apprécier au regard du délai nécessaire à l'intervention du juge du fond, l'urgence doit nécessairement s'apprécier par rapport à un autre référent, qui réside alors dans le délai de 48 heures imparti au juge pour statuer¹²³⁰. De manière particulièrement explicite, le juge des référés a affirmé que « la condition relative à l'urgence (...) doit, s'agissant de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, être appréciée en fonction de la référence faite par le législateur, à la nécessité qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale soit prise – sous réserve que les autres conditions posées par le même article soient également remplies – dans les 48 heures »¹²³¹. Il en résulte une différence fondamentale entre les deux procédures quant à l'appréciation de l'urgence. Dans le référé-suspension, celle-ci est caractérisée si l'on ne peut attendre l'intervention du juge du fond. Dans le référé-liberté, elle est caractérisée lorsqu'il est nécessaire pour le requérant d'obtenir sans délai une mesure de sauvegarde. La condition d'urgence « glisse donc de la situation en cause à la mesure demandée », peut-on affirmer en reprenant la formule prononcée par M. Debbasch relativement au traditionnel référé-conservatoire¹²³². Le critère relatif à l'utilité ou à la nécessité de la mesure sollicitée

sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue » (CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, précité). Cette définition de l'urgence est classique ; elle prévaut dans toutes les procédures présentant un caractère accessoire, dont l'objet est d'obtenir des mesures strictement conservatoires dans l'attente d'un jugement au fond. Pour qu'il y ait urgence, il est nécessaire que l'écoulement du temps risque de préjudicier gravement aux intérêts du demandeur avant que le juge du fond puisse assurer leur protection. A défaut, l'intervention du juge de l'urgence ne se justifierait pas puisque le tribunal statuant au fond et dans les formes habituelles pourrait prendre dans les délais requis les mesures nécessaires. En cette hypothèse, « L'urgence naît de la nécessité de sauvegarder des droits et intérêts menacés dans l'attente du jugement au fond » (O. DUGRIP, *op. cit.*, p. 312).

1229 C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556.

1230 Dans l'appréciation de l'urgence, le juge tient le plus grand compte du délai de 48 heures qui lui est imparti pour statuer. On relèvera que dans une ordonnance du 21 août 2001, le juge des référés avait attaché une importance particulière à ce délai de jugement dans l'appréciation de l'urgence en matière de référé-liberté. Après avoir cité le texte de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge affirmait « que les conditions énoncées par ces dispositions, qui sont cumulatives, s'apprécient séparément ; qu'il en va notamment ainsi de la condition relative à l'urgence, dont, par ailleurs, la portée est éclairée par le rapprochement avec les délais très brefs que le même article imparti tant au juge des référés pour se prononcer qu'aux parties pour faire appel » (CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385).

1231 CE, ord. 6 février 2004, Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var, n° 264169.

1232 C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 38, 1962, p. 306. Le Conseil d'Etat avait affirmé, sous l'état du droit antérieur, que le pouvoir du juge des référés d'ordonner les mesures prévues par la loi « est subordonné à la condition que lesdites mesures revêtent un caractère d'urgence » (CE, Sect., 14 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, Lebon p. 174, *AJDA* 1958, concl. GREVISSE, pp. 186-190).

est un élément que l'on retrouve dans toutes les procédures d'urgence. Il n'y a pas lieu de constater l'urgence si le prononcé d'une mesure ne présente pas d'utilité ou de nécessité pour le demandeur. L'urgence n'est pas seulement celle d'une situation mais, également, celle à obtenir le prononcé d'une mesure de sauvegarde. Ainsi, dans l'ordonnance *Gollnisch*, le juge affirme qu'« eu égard à la double circonstance que l'instance disciplinaire n'est pas close et que des poursuites pénales sont en cours, il y a urgence à ce que le juge des référés du Conseil d'Etat prenne les mesures nécessaires de sauvegarde, au cas présent, de la présomption d'innocence »¹²³³. De même, dans un cas de retrait et de rétention matérielle des documents d'identité des requérants, le juge affirme qu'il y a « urgence à mettre ceux-ci en possession de titres leur permettant notamment d'effectuer les actes de la vie courante »¹²³⁴. A l'inverse, Il n'y a pas d'urgence à enjoindre à une autorité administrative de statuer explicitement sur le recours administratif qui lui a été adressé plusieurs mois auparavant dès lors que le silence observé par celle-ci a donné naissance à une décision implicite de rejet et, par conséquent, à une prise de position¹²³⁵. En ce cas en effet, la mesure sollicitée ne présente aucune utilité ni, *a fortiori*, de nécessité.

294. Dans le référé-liberté, l'urgence doit donc être plus pressante que dans le référé-suspension ; elle doit atteindre un degré tel qu'elle rende nécessaire l'intervention sans délai d'un juge. Pour reprendre les formules jurisprudentielles, les circonstances de l'affaire doivent caractériser « une situation d'urgence particulière »¹²³⁶, « une situation d'urgence imminente »¹²³⁷, en somme une situation « impliquant qu'une mesure soit prise immédiatement »¹²³⁸. Le référé-liberté était exigeant avant l'ordonnance *Commune de Pertuis* ; il le devient davantage encore à la suite de celle-ci.

L'appréciation différenciée de l'urgence, en fonction des particularités de chaque procédure, constitue une façon de procéder qui n'est pas nouvelle. Il est admis, traditionnellement, que l'urgence ne peut recevoir une définition unique et uniforme pour l'ensemble des référés. Au contraire, on considère qu'il est possible de dégager des types d'urgence, qui découlent des caractéristiques et des spécificités de chaque procédure. Comme l'affirmait M. Clémenceau, l'urgence se caractérise « à l'occasion sinon de chaque référé, tout au moins de chaque catégorie de référés »¹²³⁹. A chaque référé correspond une définition de l'urgence. En fonction des situations auxquelles doit répondre une procédure, l'urgence paraît susceptible d'une gradation et s'avérer plus ou moins pressante. Selon le commissaire du gouvernement Chardeau, « la distinction

1233 CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103.

1234 CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

1235 CE, ord. 20 novembre 2002, *Deloose*, n° 251803.

1236 CE, ord. 9 août 2004, *Yilmaz, Lebon T.* p. 816 ; CE, ord. 10 août 2005, *Diabira*, n° 283444. Voir également, évoquant « l'urgence particulière » requise au titre de l'article L. 521-2 : CE, ord. 1^{er} mars 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, mentionnée au recueil *Lebon* ; CE, ord. 13 juin 2007, *Soppelsa*, n° 306252, publiée au recueil *Lebon*.

1237 CE, ord. 15 octobre 2004, *Sahi*, n° 273110.

1238 CE, ord. 9 mars 2007, *Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, mentionnée au recueil *Lebon*.

1239 J. CLEMENCEAU, Les procédures de référé et d'ordonnance sur requête, EJVS, 1965, p. 43.

entre l'urgence et l'extrême urgence peut être faite en matière de référé comme en d'autres matières, par exemple pour la police des édifices menaçant ruine »¹²⁴⁰.

Une situation reconnue urgente dans le cadre du référé-suspension, c'est-à-dire impliquant une intervention avant le juge du fond, ne le sera pas nécessairement dans le référé-liberté, qui implique une intervention immédiate. L'urgence suffisante pour le référé-suspension ne l'est pas forcément pour le référé-liberté. Pour le juge des référés, « la circonstance que, dans une espèce donnée, la condition d'urgence puisse être regardée comme remplie pour la mise en œuvre des pouvoirs que le juge des référés tient des articles L. 521-1 ou L. 521-3 du code de justice administrative n'implique pas qu'il puisse être recouru à la procédure de l'article L. 521-2 »¹²⁴¹. Inversement, la circonstance que la condition d'urgence ne soit pas remplie sur le terrain de l'article L. 521-2 ne fait pas obstacle à ce qu'elle le soit sur le terrain de l'article L. 521-1¹²⁴².

295. L'urgence au sens du référé-suspension, c'est-à-dire le préjudice suffisamment grave et immédiat dans le retard à statuer, ne suffit pas. La jurisprudence *Commune de Pertuis* a pour effet d'ajouter un niveau d'exigence *supplémentaire* dans l'appréciation de l'urgence. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Vast*, Sophie Boissard fait remarquer qu'« il ne suffit pas, comme en matière de référé-suspension, que la mesure ou les agissements en cause préjudicient de manière grave et immédiate aux intérêts du requérant. Il faut *encore* que le préjudice soit tel qu'il rende nécessaire l'intervention d'une mesure

1240 J. CHARDEAU, concl. sur CE, Sect., 13 juillet 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*, *AJDA* 1956, II, p. 323.

1241 CE, ord. 4 février 2004, Commune d'Yvrac, *Lebon T.* p. 828. Voir également CE, 16 juin 2003, Hug-Kalinkova et autres, *Lebon T.* p. 931. Le Conseil d'Etat affirme qu'« à supposer que la condition d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative soit remplie, le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg n'a ni commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en jugeant qu'en l'absence de circonstances particulières, la décision contestée du maire de Strasbourg ne caractérise pas une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative impliquant, sous réserve que les autres conditions posées par cet article soient remplies, qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les 48 heures ». Voir de même CE, ord. 9 mars 2007, *Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, mentionnée au recueil *Lebon* : « la circonstance que la condition d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative soit remplie ne suffit pas, en l'absence de circonstances particulières, à caractériser une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative impliquant, sous réserve que les autres conditions posées par cet article soient remplies, qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les quarante-huit heures ».

1242 Il arrive que, constatant l'absence d'urgence au sens de l'article L. 521-2, le juge des référés invite le requérant, s'il s'y croit fondé, à se pourvoir par la voie du référé-suspension. Voir CE, ord. 28 février 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* p. 68 ; CE, ord. 19 mars 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, n° 255191 ; CE, ord. 23 juillet 2003, *Ducastel et autres*, n° 258678 ; CE, ord. 29 octobre 2003, *Société EURL* « Il était une fouace », n° 261304 ; CE, ord. 4 février 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon T.* p. 828 ; CE, ord. 9 août 2004, *Yilmaz*, *Lebon T.* p. 816 ; CE, ord. 18 février 2005, *Launay et Benfdil*, n° 277579 ; CE, ord. 15 mars 2005, *Sossou*, n° 278502 ; CE, ord. 6 avril 2007, *Commune de Saint Gaudens*, n° 304361, mentionnée au recueil *Lebon* ; CE, ord. 9 mars 2007, *Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, mentionnée au recueil *Lebon*. La démarche inverse est en revanche inenvisageable. S'il n'y a pas d'urgence au sens de l'article L. 521-2, cette condition ne saurait *a fortiori* être regardée comme satisfaite au sens de l'article L. 521-1.

de sauvegarde dans le délai de 48 heures imparti au juge pour statuer »¹²⁴³. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Hug-Kalinkova* du 16 juin 2003, Stéphane Austry affirme que l'ordonnance *Commune de Pertuis* du 28 février 2003 « établit une distinction entre l'urgence au sens de l'article L. 521-2, qui est ainsi érigé en concept plus exigeant que l'urgence au sens de l'article L. 521-1 du CJA, impliquant, *au-delà* de conséquences graves et immédiates pour la situation du requérant ou l'intérêt général, qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale intervienne à très bref délai »¹²⁴⁴. Isabelle de Silva affirme, toujours à propos de cette ordonnance, que « l'urgence au sens de l'article L. 521-2 n'est pas une notion identique à celle de l'urgence au sens du L. 521-1 et doit donc être assortie de justifications *complémentaires* »¹²⁴⁵. Lorsqu'il est saisi d'une demande formée contre une décision, le juge du référé-liberté exige d'abord un préjudice grave et immédiat, mais aussi la démonstration de la nécessité d'une intervention à 48 heures. De manière très explicite, le juge des référés du Conseil d'Etat a affirmé « qu'il n'y a urgence à ordonner la suspension d'une décision administrative que s'il est établi qu'elle préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation de l'auteur du pourvoi ou aux intérêts qu'il entend défendre ; *qu'en outre*, lorsque le requérant fonde son intervention non sur la procédure de suspension régie par l'article L. 521-1 du code de justice administrative mais sur la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 de ce code, il lui appartient de justifier de circonstances caractérisant une situation d'urgence qui implique, sous réserve que les autres conditions posées par l'article L. 521-2 soient remplies qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les quarante huit heures »¹²⁴⁶ ou « doive être prise à très bref délai »¹²⁴⁷. Pour obtenir la suspension d'une décision sur le fondement de l'article L. 521-2, l'existence d'un préjudice grave et immédiat est une condition nécessaire mais non suffisante.

Pour mesurer l'urgence au sens du référé-liberté, l'appréciation de la nécessité d'une urgence à 48 heures intervient donc après l'évaluation de l'intensité et de l'immédiateté du préjudice. La nécessité d'une intervention à 48 heures ne peut s'apprécier seule ; elle ne peut s'envisager qu'au regard des effets de la situation litigieuse sur la personne du demandeur, et la nécessité de les faire cesser à très brève échéance. Pour le juge des référés, il ne s'agit donc pas d'une étape autonome dans l'appréciation de l'urgence. Pour mesurer la nécessité d'une intervention en 48 heures, le juge prend en considération les conséquences dommageables d'un acte ou d'un comportement¹²⁴⁸. A proprement

1243 Concl. S. BOISSARD sur CE, 9 avril 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, p. 778.

1244 S. AUSTRY, concl. sur CE, 16 juin 2003, *Hug-Kalinkova et autres*, *BJCL* 2003/8, p. 607.

1245 Concl. inédites I. DE SILVA sur CE, 23 janvier 2004, *Koffi, Lebon T.* p. 827. Non souligné.

1246 CE, ord. 16 février 2005, *SARL Médiation et arguments*, n° 277584 ; CE, ord. 18 février 2005, *Lau-nay et Benfdil*, n° 277579 ; CE, ord. 15 mars 2005, *Sossou*, n° 278502. Voir dans le même sens, utilisant l'expression « fonde son action » et non « fonde son intervention » : CE, ord. 23 décembre 2005, *Corbel*, n° 288307 ; CE, ord. 5 juillet 2005, *Mme X.*, n° 281930.

1247 CE, ord. 7 février 2006, *Akbache*, n° 289835 ; CE, ord. 26 septembre 2006, *Saganoko*, n° 297649.

1248 De même, dans le référé-suspension, il ne peut mesurer la nécessité d'une intervention avant le juge du fond qu'après évaluation du préjudice subi. Le Conseil d'Etat affirme, au titre de l'article L. 521-1, qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, *si les effets* de l'acte litigieux *sont de nature à caractériser une urgence* justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue (CE, 9 avril

parler, et de manière plus générale, on ne peut distinguer des « étapes » dans l'appréciation de l'urgence au sens de l'article L. 521-2. L'urgence s'envisage comme un tout, au regard des éléments propres à la qualifier et des éléments propres à l'exclure¹²⁴⁹.

Il faut remarquer que la formule de la jurisprudence *Commune de Pertuis* n'est mentionnée et mise en œuvre par le juge des référés que pour dénier la présence d'une urgence. Elle n'a jamais été utilisée pour qualifier positivement l'urgence. Lorsque l'urgence est satisfaite, le juge ne reprend pas cette formule et la constate simplement. On doit considérer que lorsque le juge conclut à l'absence d'urgence en utilisant cette formule, il a évalué les effets de la mesure et considéré que le préjudice éventuellement subi par le demandeur ne présentait pas un degré suffisant pour justifier une intervention à 48 heures. Aussi convient-il de présenter les décisions dans lesquelles cette jurisprudence a été mise en œuvre et, par conséquent, les situations dans lesquelles l'urgence particulière exigée dans le cadre du référé-liberté n'a pas été regardée comme satisfaite.

III. L'EXIGENCE D'UNE URGENCE IMMINENTE

296. Dans le cadre de l'article L. 521-2, le Conseil d'Etat rappelle « que le requérant qui saisit le juge des référés sur le fondement de ces dispositions doit justifier des circonstances particulières caractérisant la nécessité pour lui de bénéficier à très bref délai d'une mesure de la nature de celles qui peuvent être ordonnées sur le fondement de cet article »¹²⁵⁰. Dans le cadre de cette procédure, la « circonstance particulière » est celle qui va rendre pressante l'intervention du juge et justifier le prononcé immédiat d'une mesure de sauvegarde¹²⁵¹. Il est malaisé de rendre compte de cette jurisprudence dans la mesure où le juge procède par voie d'affirmation, déclarant, sans autre précision, que les données de l'espèce ne caractérisent pas une situation particulière. En outre, les décisions ne permettent pas de déterminer si le juge exclut l'urgence faute de préjudice suffisamment grave et immédiat ou faute d'une urgence « à 48 heures ». De plus, la formule utilisée par le juge est étroitement liée à l'existence d'une atteinte à une liberté fondamentale. Elle ne mentionne pas l'exigence d'une intervention à 48 heures mais la nécessité de prononcer une mesure de sauvegarde d'une liberté fondamentale dans ce délai. En raison de l'empirisme qui préside à la mise en œuvre de cette jurisprudence, il convient, pour en rendre compte, de s'attacher aux principales applications auxquelles elle a donné lieu et qui montrent la plus grande rigueur de l'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

2004, *Ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales c/ Olard*, n° 263508, *JCP G* 2004, IV, 2449, obs. M.-C. ROUAULT).

1249 C'est ainsi que l'appréciation globale de l'urgence peut être réalisée à titre autonome, c'est-à-dire en prenant uniquement en compte dans un même raisonnement l'urgence à prononcer la mesure sollicitée et l'urgence à ne pas la prononcer (voir par exemple *infra*, § 317, CE, ord. 10 août 2001, *Association « La Mosquée »*).

1250 CE, 23 janvier 2004, *Koffi, Lebon T.* p. 827 ; CE, ord. 18 octobre 2004, *Yebroni*, n° 273095.

1251 Dans le cadre du référé-suspension, comme cela a été rappelé, la notion de « circonstances particulières » se rapporte au délai d'intervention du juge du fond.

297. Dans l'ordonnance *Commune de Pertuis*, le juge n'a pas estimé que la publication prochaine des bulletins d'informations locaux était un événement de nature à justifier qu'il soit enjoint au maire, dans un délai de 48 heures, d'inscrire la modification des dispositions du règlement intérieur relatives à cette publication à l'ordre du jour du prochain conseil municipal¹²⁵². De même, dans l'arrêt *Hug-Kalinkova* précité, le maire de Strasbourg avait refusé de prendre acte de la création d'un groupe d'élus. Devant le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg, les requérants se bornaient à faire valoir que la décision les privait de la possibilité d'accéder aux moyens matériels mis à la disposition des groupes politiques en application du règlement intérieur de la ville. Pour rejeter la demande tendant à la suspension de la décision attaquée, le juge du premier degré s'est fondé sur ce que les demandeurs n'invoquaient « aucun élément de nature à établir l'existence d'une situation d'urgence qui ne résulte pas davantage de la nature et de la portée de la décision contestée ». Conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat n'identifie pas davantage de « circonstances particulières » dans la situation née de cette décision. Selon le commissaire du gouvernement Francis Lamy, « Rien dans le dossier ne permet en effet de discerner des circonstances particulières qui justifieraient que, dans un délai très bref, les requérants puissent avoir accès aux moyens matériels qui sont accordés par le règlement intérieur du conseil municipal de Strasbourg, à savoir un bureau à mi-temps de secrétariat, des fournitures, ainsi que la prise en charge des frais de télécommunications et d'envoi postal. On peut imaginer que si la décision du maire était intervenue peu avant le début d'une campagne électorale, par exemple, cette circonstance particulière aurait été de nature à caractériser l'urgence, mais tel n'était pas le cas ici »¹²⁵³. L'exigence d'une « circonstance particulière » apparaît ainsi particulièrement stricte. Pour le juge des référés, la décision mettant fin au contrat d'occupation d'un port d'amarrage et accordant à l'intéressée un délai de deux mois pour libérer l'emplacement occupé, « eu égard à sa nature et à son objet », ne saurait, « sauf circonstance particulière », créer une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2¹²⁵⁴. De même, la seule éventualité que le chemin permettant l'accès à un club de poney puisse, en cas de fortes précipitations devenir difficilement praticable par les camions ne suffit pas à caractériser intrinsèque-

1252 CE, ord. 28 février 2003, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 68. Pour une espèce proche, voir CE, ord. 6 avril 2007, *Commune de Saint Gaudens*, n° 304361, mentionnée au recueil *Lebon*. Le requérant, conseiller municipal d'opposition de la Commune de Saint-Gaudens, a demandé l'insertion, dans le bulletin municipal d'avril 2007, dont la confection était en cours à la fin du mois de mars, d'un article critiquant la gestion communale et annonçant sa candidature aux élections municipales à venir. Le juge des référés du Conseil d'Etat affirme « que le refus du maire de la Commune de Saint-Gaudens d'insérer cet article, pourtant relatif aux affaires communales, ne caractérisait pas, compte tenu de la périodicité mensuelle de cette revue, et dès lors qu'aucune circonstance particulière n'exigeait, eu égard au contenu du texte, que les lecteurs du bulletin en aient connaissance dans les jours suivants sa rédaction, une situation d'urgence impliquant, sous réserve que les autres conditions posées par l'article L. 521-2 soient remplies, qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les quarante-huit heures ».

1253 S. AUSTRY, concl. sur CE, 16 juin 2003, *Hug-Kalinkova et autres*, *BJCL* 2003/8, p. 607.

1254 CE, ord. 6 février 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169.

ment l'urgence particulière exigée pour la mise en œuvre des pouvoirs conférés au juge des référés par l'article L. 521-2 du code de justice administrative¹²⁵⁵.

L'urgence à 48 heures ne peut en tout état de cause être caractérisée dans une hypothèse où un agent public réclame le paiement de sommes, d'un faible montant, que l'administration était disposée à lui verser. Dans l'affaire *Commune d'Yvrac*, le requérant demandait le paiement d'une somme, d'un montant non contesté de 252 euros, correspondant aux heures d'enseignement assurées durant le mois d'octobre 2003 pour le compte de l'école municipale de musique. La commune avait reconnu qu'elle devait le paiement des heures d'enseignement assurées, et lui avait proposé le 13 octobre 2003 un contrat ayant un tel objet. Dans les circonstances de l'espèce, les conclusions du requérant, « eu égard tant à leur objet qu'à la façon dont elles s'inséraient dans les rapports (...) entre la commune et son ancien agent ne pouvaient sérieusement être regardées comme se rattachant à une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹²⁵⁶.

298. Plusieurs décisions permettent d'illustrer la plus grande rigueur résultant de cette jurisprudence quant à l'appréciation de l'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Ainsi, alors qu'il pourrait être regardé comme préjudiciant de façon suffisamment grave et immédiate à la situation du requérant, un refus de visa ne crée pas une situation d'urgence particulière au seul motif qu'il fait obstacle au projet de mariage du requérant¹²⁵⁷, à la célébration de son mariage dont la date est déjà fixée¹²⁵⁸, qu'il l'empêche de participer à la rentrée universitaire pour laquelle il s'est inscrit¹²⁵⁹ ou de faire la connaissance de son jeune enfant vivant en France auprès de sa compagne¹²⁶⁰. Au contraire, le juge affirme « qu'en principe et sous réserve de circonstances particulières, le refus de délivrance d'un visa d'entrée sur le territoire français ne fait pas apparaître une situation d'urgence qui justifie l'intervention à très bref délai d'une mesure de la nature de celles qui peuvent être ordonnées sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹²⁶¹. De même, alors qu'il est réputé constituer une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-1¹²⁶², le

1255 CE, ord. 21 novembre 2005, *Commune de Lyon, Lebon T.* p. 1039.

1256 CE, ord. 4 février 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon T.* p. 828. Le juge des référés du Conseil d'Etat annule pour erreur de droit l'ordonnance du premier juge qui s'était fondé, de façon générale, sur ce que « la non rémunération d'un service fait et la non délivrance par la collectivité employeur d'un document conditionnant la perception d'un revenu de remplacement sont de nature à placer le requérant dans une situation d'urgence, au sens des dispositions de l'article L. 521-2 ». Le juge des référés du Conseil d'Etat indique au requérant, s'il s'y croit fondé, et si la commune lui a effectivement opposé un refus, que la voie du référé-provision ou celle du référé-suspension seront le cas échéant mieux adaptées à l'objet de ses conclusions.

1257 CE, ord. 18 octobre 2004, *Yebroni*, n° 273095 ; CE, ord. 18 février 2005, *Launay et Benfidil*, n° 277579.

1258 CE, ord. 28 septembre 2005, *Nkoyock et Hazera*, n° 285505.

1259 CE, ord. 4 octobre 2005, *Lachat*, n° 285594.

1260 CE, ord. 23 décembre 2005, *Corbel*, n° 288307 ; CE, ord. 7 février 2006, *Akbache*, n° 289835.

1261 CE, ord. 12 février 2007, *Qudaih*, n° 301352, mentionnée au recueil *Lebon*.

1262 CE, Section, 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur, Lebon* p. 123, *AJDA* 2001, pp. 673-680, concl. I. DE SILVA. Précisons que la présomption instituée concerne seulement les refus de renouvel-

refus de délivrance¹²⁶³ ou de renouvellement¹²⁶⁴ d'un titre de séjour ne caractérise pas, par lui-même, une situation d'urgence imminente justifiant l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Dès lors que la voie de l'article L. 521-1 est tout à fait adaptée à la plupart des demandes de suspension dirigées contre des refus de séjour, un requérant qui décide de s'adresser néanmoins au juge du référé-liberté doit justifier d'une urgence toute particulière, qui ne peut plus être la simple urgence présumée de l'arrêt *Ameur*. Une décision portant refus de séjour, même s'il s'agit d'un refus de renouvellement ou d'un retrait, ne caractérise pas, par elle-même l'existence d'une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2. Lorsqu'il s'adresse au juge des référés sur ce fondement, « il convient pour le demandeur d'apporter des justifications particulières (autres que le simple fait qu'il s'agit d'un refus de renouvellement) justifiant qu'il soit fait recours à ce juge de l'extrême urgence »¹²⁶⁵. De même, pour le juge des référés, l'abstention prolongée de l'autorité administrative à tirer les conséquences de l'annulation d'un arrêté de reconduite à la frontière « ne constitue pas par elle-même une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». Pour avoir utilement accès au juge du référé-liberté dans un tel cas de figure, le demandeur doit faire état de « circonstances particulières » justifiant une telle urgence. A défaut de justifier de telles circonstances, il lui appartient « de saisir le juge de l'exécution sur le fondement de l'article L. 911-4 du code de justice administrative ou de demander la suspension du refus de l'administration sur le fondement de l'article L. 521-1 du même code »¹²⁶⁶. Ainsi, c'est d'abord vers les procédures ordinaires que le requérant doit se tourner pour obtenir satisfaction ; le référé-liberté ne lui est ouvert que s'il justifie d'une situation particulière. Dès lors, en cas d'abstention de l'administration à tirer les conséquences de l'annulation d'un arrêté de reconduite, le juge administratif entend « réserver l'article L. 521-2 à des hypothèses particulières, établissant que la carence de l'administration à délivrer le titre provisoire porte effectivement atteinte à une liberté fondamentale, comme par exemple lorsqu'elle prive l'intéressé du droit de voir sa demande d'asile examinée, ou encore lorsqu'elle aboutit à bouleverser la situation de la personne qui, auparavant en situation régulière, ne l'est plus du fait de la négligence de l'administration »¹²⁶⁷.

lement de titre de séjour ou les retraits de titre de séjour prononcés contre un étranger régulièrement installé sur le territoire français. Ces mesures doivent être regardées comme créant pour cet étranger un bouleversement de sa situation et donc, une urgence. La présomption ne s'étend pas aux refus de titre de séjour prononcés contre un étranger se trouvant déjà en situation irrégulière.

1263 CE, 4 février 2005, *Zairi*, n° 267723 : contrairement à ce que soutient le requérant, l'intervention de la décision implicite par laquelle le préfet a rejeté la demande qu'il lui avait adressée, le 22 octobre 2003, de lui délivrer un récépissé valant titre de séjour, « ne caractérise pas, par elle-même, une situation d'urgence imminente justifiant l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

1264 CE, 23 janvier 2004, *Koffi*, *Lebon T.* p. 827.

1265 I. DE SILVA, concl. inédites sur CE, 23 janvier 2004, *Koffi*.

1266 CE, 16 février 2004, *Mme Rkia Bousbaa, épouse Chetoui*, *Lebon T.* p. 826, *AJDA* 2004, pp. 891-893, concl. F. LAMY.

1267 F. LAMY, concl. précitées, p. 892. Le commissaire du gouvernement fait ici référence à l'hypothèse de l'ordonnance *Béchar* (voir *supra*, § 274). Il est notable que pour apprécier l'existence d'une urgence au sens de l'article L. 521-2, M. Lamy fasse référence exclusivement à une situation d'atteinte à une liberté fondamentale. Rappelant l'état de la jurisprudence sur la question, il évoque non pas les déci-

La plus grande rigueur de cette jurisprudence apparaît également en dehors du contentieux des étrangers, notamment en matière de refus d'autorisation d'occupation privative du domaine public. Ainsi, dans l'affaire *EURL Cour des Miracles* du 19 mars 2003, le juge des référés affirme « qu'en l'absence de circonstances particulières le refus du maire d'autoriser un établissement commercial à occuper le domaine public communal en vue d'y installer une terrasse ne caractérise pas une situation d'urgence impliquant, sous réserve que les autres conditions posées par l'article L. 521-2 soient remplies, qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les 48 heures ». Le juge précise que ces circonstances particulières « ne peuvent être caractérisées en l'espèce par la seule proximité de la saison touristique »¹²⁶⁸. Il y a bien là un préjudice grave et immédiat¹²⁶⁹, mais non l'urgence particulière requise pour la mise en œuvre de l'article L. 521-2. Une solution identique a été donnée par le juge des référés dans une espèce proche, concernant un refus de délivrer à la requérante, qui exerce une activité de boulangerie ambulante, l'autorisation qu'elle avait sollicitée le 7 avril 2003 de disposer d'un emplacement sur le marché de la commune. Le juge des référés affirme que « cette circonstance ne caractérise pas, à la date de la présente ordonnance, une situation d'urgence impliquant, sous réserve que les autres conditions posées par l'article L. 521-2 soient remplies, qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les 48 heures »¹²⁷⁰. Cette appréciation plus rigoureuse de l'urgence telle qu'entendue dans le cadre du référé-liberté connaît également des illustrations dans le contentieux médical. Ainsi, en présence d'une décision d'un hôpital refusant d'accueillir dans ses services un détenu malade, le juge des référés affirme que si l'état de santé de l'intéressé, « rapproché des conditions de son maintien en détention, peut justifier l'urgence prévue par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, ces éléments ne caractérisent en revanche pas l'urgence au sens de l'article L. 521-2 du même code, impliquant qu'une mesure soit prise immédiatement »¹²⁷¹.

Au-delà de ces exemples parcellaires et juxtaposés, réfractaires à toute systématisation, il est possible de faire ressortir de la jurisprudence certains éléments généraux qui conduisent tantôt à établir positivement l'urgence à 48 heures, tantôt à l'exclure.

sions s'étant prononcées sur l'urgence mais les ordonnances ayant conclu à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

1268 CE, ord. 19 mars 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, n° 255191.

1269 Qui sera ultérieurement reconnu par le juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Voir *infra*, § 337.

1270 CE, ord. 29 octobre 2003, *Société EURL « Il était une fouace »*, n° 261304. On relèvera qu'avant la jurisprudence *Commune de Pertuis*, une telle situation aurait été rejetée au titre de l'absence d'atteinte à une liberté fondamentale.

1271 CE, ord. 9 mars 2007, *Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, mentionnée au recueil *Lebon*.

SECTION 2. LES ÉLÉMENTS DE NATURE À ÉTABLIR L'URGENCE

299. Un élément apparaît déterminant pour qualifier positivement l'urgence imminente requise pour la mise en œuvre du référé-liberté. Il s'agit du constat préalable par le juge d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale. Néanmoins, cette hypothèse n'est pas le seul motif permettant de caractériser l'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Il a pu arriver, à de très rares reprises, que cette condition soit regardée comme satisfaite en dehors de toute atteinte à une liberté fondamentale.

I. L'ATTEINTE GRAVE ET MANIFESTEMENT ILLÉGALE À UNE LIBERTÉ FONDAMENTALE

300. La condition d'urgence particulière requise pour l'application de l'article L. 521-2 est rarement regardée comme satisfaite. On observe en pratique que dans la quasi-intégralité des hypothèses où cette condition est remplie, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale a au préalable été caractérisée. Lorsqu'une telle atteinte est constituée, il y a en principe urgence à la faire cesser. De manière générale, elle constitue ou révèle une « circonstance particulière » justifiant le prononcé immédiat d'une mesure de sauvegarde.

301. Après avoir constaté l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale, le juge va parfois prendre soin, pour qualifier l'urgence, de motiver celle-ci de façon au moins sommaire.

Il pourra, en premier lieu, mettre l'accent sur l'imminence de la réalisation du dommage. Ainsi, dans l'ordonnance *FN IFOREL*, le juge se contente d'affirmer, sans autre précision, « qu'eu égard aux dates prévues de l'université d'été, la condition d'urgence est remplie »¹²⁷². L'ordonnance est en effet rendue le 19 août 2002, pour un rassemblement devant se tenir du 25 au 28 août 2002. Le dommage présente, par conséquent, un caractère imminent. Dans l'ordonnance du 25 août 2005, *Commune de Massat*, le juge des référés relève qu'« au cas présent, l'urgence se justifiait par l'imminence de la tenue des manifestations que le maire avait autorisées dans des conditions manifestement illégales »¹²⁷³. Dans l'hypothèse d'une abstention du président de la Polynésie française à donner acte du désistement d'un ministre, faisant obstacle à ce que l'intéressé puisse faire acte de candidature aux élections devant se dérouler le 13 avril 2006 à l'assemblée de Polynésie, le juge affirme « que l'imminence des opérations électorales

1272 CE, ord. 19 août 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311.

1273 CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386.

permet de regarder comme satisfaite la condition d'urgence exigée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹²⁷⁴.

Le juge peut également, en deuxième lieu, justifier l'urgence au regard de l'importance du préjudice. Par exemple, dans l'ordonnance *Commune de Collioure*, un maire avait subordonné à autorisation préalable l'accès des navires au port de plaisance. Le juge des référés affirme que l'urgence est satisfaite « compte tenu du fait que l'essentiel de l'activité économique en cause dans la présente affaire se concentre pendant la saison estivale qui a déjà commencé »¹²⁷⁵.

Il arrive au juge, en troisième lieu, de justifier l'urgence par la gravité des effets d'un acte ou d'un agissement sur la situation du demandeur. Ainsi, dans l'hypothèse où des autorités consulaires refusent d'inscrire les enfants du requérant sur le passeport de celui-ci, le juge déclare que « l'urgence se déduit tant de la nature même du litige que de la durée des démarches engagées sans succès par le requérant auprès des autorités concernées »¹²⁷⁶. Dans l'arrêt *Abdallah*, le Conseil considère que les requérants justifient, « en raison des conséquences des arrêtés » portant reprise de leur propriété, d'une situation d'urgence « au sens de l'article L. 521-2 »¹²⁷⁷. Dans la décision *Sulaimanov*, l'instruction d'une demande de titre d'identité s'étant prolongée durant une période supérieure à une année, le juge des référés considère « qu'eu égard à ce délai et aux conséquences qui s'attachent pour le requérant à ce refus », la condition d'urgence doit être regardée comme remplie¹²⁷⁸. De même, lorsque l'administration porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile en faisant obstacle à l'exercice de ce droit devant l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, le juge affirme « que, compte tenu d'une part, de la volonté du législateur de voir régler rapidement la situation des demandeurs d'asile, et, d'autre part, du fait que l'état de santé du requérant nécessite que puisse lui être reconnue la qualité de demandeur du statut de réfugié, laquelle ouvre droit à la couverture maladie universelle, la condition d'urgence posée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative est remplie »¹²⁷⁹. On relèvera également que, dans l'hypothèse d'un refus d'autoriser les requérants à entrer sur le territoire français au titre de l'asile, le juge affirme, après avoir constaté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, « qu'eu égard aux difficultés rencontrées par les intéressés pour être admis au séjour dans un pays autre que leur pays d'origine, la condition d'urgence est en l'espèce remplie »¹²⁸⁰.

Il peut, en quatrième lieu, toujours après avoir constaté l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, motiver l'urgence au regard de l'impossibilité pour le demandeur de jouir du bénéfice de ses libertés. Par exemple, dans l'hypothèse d'une atteinte au droit de propriété en raison d'un refus de concours de la force publi-

1274 CE, ord. 11 avril 2006, *Tefaarere, Lebon* p. 197.

1275 CE, ord. 2 juillet 2003, *Commune de Collioure, Lebon T.* p. 930.

1276 CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranant, Lebon T.* p. 875.

1277 CE, 2 février 2004, *Abdallah, Lebon* p. 16.

1278 CE, ord. 11 mars 2003, *Samagassi, Lebon* p. 119.

1279 CE, ord. 21 décembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361.

1280 CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146. Voir également, dans des circonstances similaires : CE, ord. 24 octobre 2005, *MBIZI MPASSI*, n° 286247 ; CE, ord. 17 mars 2006, *Saidov*, n° 291214.

que, le Conseil d'Etat affirme, pour caractériser l'urgence, « que l'immeuble en cause est actuellement dépourvu d'occupants réguliers, que les propriétaires sont privés de la possibilité de louer ces locaux pour un usage conforme à leur destination et que les locataires ne peuvent disposer des appartements qu'ils ont loués »¹²⁸¹. Dans l'arrêt *Aguillon* précité, l'urgence résulte dans les circonstances de l'espèce de l'impossibilité pour les requérantes d'exercer le droit de grève¹²⁸². La rédaction de l'arrêt *Vast* est particulièrement significative. Cette décision concernait une note par laquelle le maire d'une commune avait prescrit l'ouverture systématique des courriers adressés à certains membres du conseil municipal. Après avoir constaté que cette note porte une atteinte grave et manifestement illégale au secret des correspondances et au libre exercice de leur mandat par les élus locaux, le juge affirme : « compte tenu des conséquences qu'elle entraîne en permanence sur le secret des correspondances et sur les conditions d'exercice de leur mandat par les élus de la commune de Drancy, il y a urgence à mettre fin à son application »¹²⁸³. De manière identique, le juge des référés affirme que la menace de mise à exécution d'un décret d'extradition crée une situation d'urgence « compte tenu de l'importance pour la liberté individuelle des garanties qui entourent la procédure d'extradition »¹²⁸⁴. Dans toutes ces décisions, le constat préalable d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale favorise la qualification de l'urgence ; il explique également la concision de la motivation.

302. De façon plus remarquable encore, le juge des référés va parfois, après avoir constaté une telle atteinte, faire l'économie d'une démonstration de l'urgence. Celle-ci est considérée comme établie par le fait même que les autres conditions sont satisfaites. Par exemple, dans l'arrêt *Baudoin*, le Conseil d'Etat se contente d'affirmer, après avoir constaté l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, « qu'eu égard à l'urgence, il y a lieu » de prononcer l'injonction sollicitée¹²⁸⁵. Dans l'arrêt *Commune de Fauillet*, après avoir relevé que l'exercice anticipé de ses compétences par un établissement public de coopération intercommunale porte une atteinte grave et manifestement illégale à la libre administration des communes membres, le Conseil d'Etat se borne à mentionner que celles-ci « sont fondées à soutenir qu'il y a urgence à y mettre un terme »¹²⁸⁶. Constatant l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale par une décision restreignant la circulation des véhicules, le juge affirme seulement « que ce blocage injustifié crée une situation

1281 CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon* p. 117. De même, l'urgence est constituée lorsque, du fait de l'atteinte au droit de propriété, une société est privée de la possibilité de louer les locaux dont elle est propriétaire (CE, ord. 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* p. 253). Dans l'ordonnance *Moissinac Massenat*, le juge affirme « que des coupes ou abattages d'arbres auraient pour conséquence d'apporter à l'état des lieux des changements qu'il ne serait pas possible d'effacer ». Ainsi, la mesure visant à enjoindre à l'administration de s'abstenir de procéder à ces coupes ou abattages « revêt dans son principe un caractère d'urgence » (CE, ord. 8 novembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491).

1282 Voir *supra*, § 290.

1283 CE, 9 avril 2004, *Vast, Lebon* p. 173.

1284 CE, ord. 29 juillet 2003, *Pegini, Lebon* p. 345.

1285 CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

1286 CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215.

d'urgence »¹²⁸⁷. Inversement, certaines formules excluent l'urgence en se fondant sur l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le juge des référés a ainsi relevé, dans l'ordonnance *Commune de Théoule-sur-Mer*, que « le dossier ne permet pas (...) de retenir une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale qui créerait une situation d'urgence »¹²⁸⁸. Enfin, après avoir relevé l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, il arrive parfois que le juge prononce une mesure de sauvegarde en se dispensant purement et simplement de mentionner que l'urgence est satisfaite¹²⁸⁹. Celle-ci est alors regardée comme incluse dans la situation d'atteinte grave et manifestement illégale.

303. Si l'urgence peut être ainsi présumée, c'est, tout simplement, parce que les éléments qui la caractérisent au sens de l'article L. 521-2 sont implicitement contenus dans l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. En premier lieu, les volets gravité et immédiateté du préjudice sont inclus dans l'*atteinte grave* à une liberté fondamentale. D'une part, l'atteinte à une liberté n'est reconnue par le juge des référés que si elle présente un caractère actuel¹²⁹⁰. Dès lors, le préjudice résultant de l'atteinte à une liberté fondamentale présente par là même un caractère immédiat. D'autre part, lorsque la gravité de l'atteinte à une liberté fondamentale est établie, l'acte ou le comportement qui s'en trouve à l'origine préjudiciable nécessairement de façon grave à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Dans ces conditions, une décision portant gravement atteinte à une liberté fondamentale préjudicie également de manière grave et immédiate à la situation du requérant. En second lieu, une situation d'*atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale* paraît commander de plein droit le prononcé immédiat d'une mesure de sauvegarde. En dehors de certaines hypothèses particulières liées à la prise en compte de l'intérêt général ou à une situation d'urgence imputable au requérant, il y a toujours urgence à faire cesser sans délai une telle atteinte¹²⁹¹. Ainsi, en faisant dériver l'urgence de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, le juge des référés ne se dispense pas à proprement parler de l'appréciation de l'urgence. Celle-ci ayant déjà été faite, indirectement, au stade de l'examen des autres conditions, il se dispense seulement de re-faire cette appréciation, c'est-à-dire une nouvelle fois, et à l'identique. Par les décisions *Vast* et *Vadiavaloo*, le Conseil d'Etat paraît avoir consacré juridiquement ce raisonnement. Dans l'arrêt *Vast*, il censure pour erreur de droit l'ordonnance

1287 CE, ord. 26 novembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

1288 CE, ord. 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232. Voir également CE, ord. 18 octobre 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071 : le juge des référés relève que la décision attaquée « ne porte par elle-même aucune atteinte concrète et immédiate à l'exercice par une personne déterminée d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; que, dans ces conditions, la condition d'urgence à laquelle est subordonnée le prononcé de mesures sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'est pas remplie ».

1289 Voir ainsi CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo, Lebon T.* p. 915 ; CE, ord. 21 février 2005, *Najemi*, n° 277520.

1290 Voir *supra*, § 238.

1291 Voir J.-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, 13^{ème} éd., PUF, 2002, p. 496 ; R. MARTIN, Note sous CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur, D.* 2003, p. 1116 ; et T. PEZ, « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA* 2003, pp. 384-385.

dans laquelle le juge des référés a exclu qu'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale puisse à elle seule faire naître une situation d'urgence : « en se bornant à relever que l'absence de circonstances particulières faisait obstacle à ce que le juge des référés ordonne une mesure visant à la sauvegarde d'une liberté fondamentale *sans rechercher dans quelle mesure la décision litigieuse était susceptible de porter une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale*, le juge des référés du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a commis une erreur de droit »¹²⁹². En principe, du fait du caractère cumulatif des conditions énoncées à l'article L. 521-2, il suffit qu'une seule condition d'octroi fasse défaut pour que le juge soit dispensé de l'examen des autres conditions. Dans l'arrêt *Vast*, cette règle est précisément écartée en matière d'urgence. Dans la mesure où cette condition est présumée satisfaite en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, le juge ne peut rejeter une demande en référé-liberté sur le fondement de l'absence d'urgence sans examiner si une telle atteinte pourrait être caractérisée. En l'espèce, le commissaire du gouvernement invitait très explicitement le Conseil d'Etat à faire découler l'urgence du constat de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Pour Mme Boissard, « Tant que la note litigieuse demeure en vigueur, le respect du secret des correspondances n'est pas assuré au sein des services de la mairie et ces violations répétées et caractérisées d'une liberté fondamentale nous semblent à elles seules de nature à caractériser une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 »¹²⁹³. Dans la décision *Vadiavaloo*, le juge de cassation censure, pour insuffisance de motivation, l'ordonnance dans laquelle le juge des référés a conclu à l'absence d'urgence sans apprécier si la décision attaquée était de nature à porter une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale¹²⁹⁴. En l'espèce, l'autorité administrative avait refusé au requérant le renouvellement de son titre de séjour. Devant le premier juge, le requérant faisait valoir qu'un retour dans son pays d'origine aurait, faute de pouvoir y bénéficier d'un traitement médical approprié, des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Le juge des référés affirme que cette circonstance n'est pas par elle-même de nature à établir que la suspension demandée présenterait un caractère d'urgence. Pour le Conseil d'Etat, le juge des référés n'a pas répondu à l'ensemble des moyens présentés par les requérants pour soutenir que leur demande n'était pas justifiée par l'urgence et a ainsi insuffisamment motivé sa décision. Après avoir évoqué l'affaire, le Conseil rejette la demande des requérants sur le fondement de l'absence d'atteinte à une liberté fondamentale et, par conséquent, sans se prononcer sur la condition d'urgence. Il semble résulter de ces deux arrêts que le juge ne peut conclure à l'absence d'urgence sans avoir examiné si la mesure contestée ne portait pas une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Néanmoins, cette jurisprudence ne s'applique que dans certains cas seulement puisque, dans nombre de décisions, le juge des référés du Conseil d'Etat rejette la demande faute d'urgence en se dispensant de l'examen des autres conditions. La décision *Mustafaj* du 2 novembre 2004 est sur ce point significative. Le juge des référés du Conseil d'Etat relève que le premier juge

1292 CE, 9 avril 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, pp. 778-781, concl. S. BOISSARD.

1293 S. BOISSARD, concl. précitées, p. 780. Non souligné.

1294 CE, 3 octobre 2005, *Vadiavaloo*, n° 281998.

avait, à bon droit, rejeté une demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 au motif que l'urgence n'était pas caractérisée. Il précise « que, faute d'urgence, [le premier juge] était tenu de rejeter la demande sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il était porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale »¹²⁹⁵. Cette solution s'inscrit dans une série de décisions par lesquelles le juge unique des référés a très clairement affirmé l'autonomie et la différenciation des conditions¹²⁹⁶. La question est donc de savoir dans quels cas le juge ne peut se placer sur le seul terrain de l'urgence pour rejeter une demande. Comment opérer le départ entre les hypothèses dans lesquelles le juge peut rejeter une demande en référé-liberté sur ce seul chef, et celles où, comme dans les arrêts *Vast* et *Vadiavaloo*, il doit au préalable s'assurer de l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ? La jurisprudence ne donnant pas d'indications sur ce point, il est tout au plus possible d'avancer des hypothèses à la lumière des décisions rendues sur ce fondement. On peut penser que le juge pourra rejeter une demande sur le seul motif de l'absence d'urgence dans trois cas de figure : tout d'abord s'il considère qu'il n'y a pas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale – en ce cas, il ne le mentionne pas dans sa décision et écarte cette condition par prétérition¹²⁹⁷ ; ensuite si le requérant est responsable de l'urgence qu'il allègue ou n'a pas réellement justifié de l'urgence ; enfin lorsqu'un motif d'intérêt général fait obstacle au prononcé d'une mesure.

304. Quoi qu'il en soit, lorsque le juge a au préalable constaté l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, l'urgence a toujours été caractérisée. Peut-on en déduire que l'urgence n'est pas une condition autonome ou, plus précisément, qu'elle constitue une condition surabondante lorsqu'elle est examinée par le juge *après* le constat d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ?

1295 CE, ord. 2 novembre 2004, *Mustafaj*, n° 273721.

1296 Très explicitement, le juge des référés a déclaré que pour l'application des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, « la condition relative à l'urgence doit être appréciée *distinctement* de celle relative à une « atteinte grave et manifestement illégale » portée à une « liberté fondamentale » » (CE, ord. 6 février 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169). Pour l'application de ces dispositions, « les conditions relatives à l'urgence, d'une part, et à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, d'autre part, présentent un caractère cumulatif ; (...) il appartient ainsi au requérant de justifier *dans tous les cas* de la première de ces conditions (...) » (CE, ord. 27 mai 2004, *Hermanowicz*, n° 267831). En l'espèce, la requérante demandait au juge des référés d'enjoindre au préfet de lui prêter le concours de la force publique en vue d'assurer l'exécution d'une décision judiciaire ordonnant l'expulsion d'un locataire d'un appartement dont elle est propriétaire. Le juge des référés du Conseil d'Etat affirme « que la circonstance que ce concours ait été demandé par huissier le 13 juin 2003 ne suffit pas à elle seule, en l'absence de précisions relatives aux conséquences immédiates du refus qui lui a été opposé, à caractériser la condition d'urgence au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». On peut néanmoins penser que si les conditions relatives à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale avaient été satisfaites, le sens et la formulation de cette décision auraient été différents.

1297 Cela coïnciderait d'ailleurs avec la formule de l'ordonnance *Commune de Pertuis*, laquelle fait référence à la nécessité, non pas d'obtenir une mesure en 48 heures, mais d'obtenir une mesure *de sauvegarde* en 48 heures.

Il résulte de la rédaction de l'article L. 521-2 que l'urgence est consacrée comme une condition à part entière. La loi envisage de façon séparée chacune des conditions d'octroi. Elle impose ainsi que l'urgence soit examinée distinctement de *chacune* des autres conditions. En premier lieu, l'urgence est autonome de la condition d'*illégalité* de l'atteinte. La condition relative à l'*illégalité* de la situation est distincte de la condition relative à l'urgence de celle-ci, de sorte que « l'irrégularité de l'implantation de l'ouvrage ne peut par elle-même permettre de regarder comme établie la condition d'urgence posée par l'article L. 521-2 »¹²⁹⁸. Par une formule qui se veut de portée générale, le juge a affirmé que « l'exigence tirée de l'urgence ne découle pas nécessairement de l'illégalité alléguée de la décision contestée »¹²⁹⁹. Partant, « la seule circonstance qu'une atteinte illégale ait été portée [à une liberté fondamentale] n'est pas, par elle-même, de nature à caractériser l'urgence particulière exigée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹³⁰⁰. En second lieu, l'urgence est autonome de la condition de *gravité* de l'atteinte. Après avoir relevé, dans l'ordonnance *Lidl*, que la décision contestée portait une atteinte grave à une liberté fondamentale, le juge des référés prenait soin de souligner que « la mise en œuvre de la protection juridictionnelle particulière prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative implique que soit établie une situation d'urgence justifiant le prononcé de la mesure d'injonction sollicitée ». L'urgence n'était finalement pas qualifiée, faute notamment pour le demandeur de faire la démonstration de celle-ci¹³⁰¹. Ainsi, l'urgence ne fait pas double emploi avec chacune des autres conditions envisagées individuellement.

Elle n'est pas non plus redondante avec les autres conditions envisagées dans leur ensemble. En effet, l'urgence demeure une condition à part entière du référé-liberté même lorsqu'une atteinte grave et manifestement illégale a été constatée au préalable. La superposition des conditions est conforme à la lettre de l'article L. 521-2 comme à la finalité de cette procédure. Si l'atteinte grave et manifestement illégale favorise de façon déterminante la caractérisation de l'urgence, elle ne saurait l'établir de plein droit, en toute circonstance et sans prise en considération du comportement du requérant. Il semble même possible d'affirmer que la présomption d'urgence résultant du constat d'une atteinte grave et manifestement illégale est susceptible d'être renversée. Néanmoins, comme l'affirme Mme Boissard, « Ce n'est que si cette atteinte s'avère en réalité imputable au requérant lui-même que le juge des référés sera conduit à constater l'absence d'urgence »¹³⁰². En dehors de la prise en compte de l'intérêt du défendeur, c'est, semble-t-il, la seule hypothèse de renversement de la présomption d'urgence lorsqu'une atteinte grave et manifestement illégale a été constatée au préalable. On doit observer qu'à ce jour, aucun renversement de cette présomption n'est intervenu. En toute hypothèse, on peut penser que même dans un tel cas de figure, le juge ne

1298 CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385.

1299 CE, ord. 16 février 2005, *SARL Médiation et arguments*, n° 277584.

1300 CE, ord. 10 août 2005, *Diabira*, n° 283444. Voir toutefois CE, ord. 11 février 2003, *Maillot* : le juge des référés rejette la demande présentée sur le fondement du L. 521-2 au motif qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que le refus soit « entaché d'une illégalité dont le caractère serait manifeste (...) et qui justifierait ainsi qu'il y soit mis un terme dans le délai prévu à cet article ».

1301 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

1302 S. BOISSARD, concl. inédites sur CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45. Voir *infra*, § 310 et s.

mentionnerait pas le renversement de la présomption dans sa décision et rejetterait sur le seul chef de l'urgence. Lorsque l'urgence est imputable au demandeur, le juge des référés ne se prononce pas sur la condition d'atteinte grave et manifestement illégale mais statue directement sur l'urgence. Il est difficilement concevable qu'il constate l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale pour ensuite dénier au demandeur le droit à une mesure de sauvegarde en raison de sa carence ou de son comportement.

Si l'atteinte grave et manifestement illégale n'est pas exigée pour caractériser l'urgence, elle en constitue néanmoins le critère déterminant et presque exclusif. Néanmoins, il peut arriver, même si cela est en pratique fort rare, que le juge qualifie positivement l'urgence sans avoir constaté une telle atteinte.

II. LA POSSIBILITÉ DE QUALIFIER L'URGENCE EN L'ABSENCE D'ATTEINTE À UNE LIBERTÉ

305. Il est arrivé, à de très rares reprises, que l'urgence soit qualifiée positivement par le juge du référé-liberté sans relevé préalable d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, voire en l'absence d'une telle atteinte. Ces cas sont exceptionnels, et correspondent en pratique essentiellement à des hypothèses de présomptions d'urgence.

306. Dans des hypothèses demeurées rarissimes, le juge a reconnu l'urgence en dehors des mécanismes de présomption d'urgence et cela sans ou, plus précisément, avant – car cet élément a son importance – de qualifier l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale¹³⁰³. Dans l'affaire *Aït Oubba*, le requérant avait obtenu l'annulation de l'arrêté de reconduite à la frontière pris à son encontre au motif que, résidant en France depuis plus de dix ans, il devait de plein droit se voir attribuer une carte de séjour portant la mention « vie privée et familiale ». Le juge des référés du Conseil d'Etat relève que quatorze mois se sont écoulés depuis le jugement annulant sa reconduite à la frontière. Aussi, « compte tenu des motifs de cette annulation, la carence persistante de l'administration à exécuter complètement ce jugement crée une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹³⁰⁴. Le juge n'examine qu'ensuite la condition tenant à l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, qui est en l'occurrence regardée comme satisfaite. Dans l'arrêt *Société Outremer Finance Limited*, le Conseil d'Etat relève qu'« eu égard à l'importance du préjudice financier résultant, pour la société requérante propriétaire de l'avion, de son immobilisation, laquelle fait obstacle à une nouvelle location, la

1303 On peut en effet penser qu'au moment de rédiger sa décision, et spécialement la condition d'urgence, le juge tient le plus grand compte de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale qu'il constate ultérieurement dans les motifs de celle-ci.

1304 CE, ord. 11 juin 2002, *Aït Oubba*, *Lebon T.* p. 869.

condition d'urgence posée par l'article L. 521-2 précité est remplie »¹³⁰⁵. Là encore, le juge administratif n'examine qu'en second lieu l'exigence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, laquelle se trouve remplie. Dans l'ordonnance *Basset*, le requérant contestait un arrêté préfectoral décidant la fermeture pour une durée d'un mois d'un débit de boissons pendant la période estivale. Après avoir relevé qu'une grande partie de son chiffre d'affaire était réalisé au cours de cette période, le juge en déduit que la condition d'urgence posée par l'article L. 521-2 est remplie¹³⁰⁶. Dans cette affaire, l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale est regardée comme remplie. Toutefois, à l'instar des décisions précédentes, elle est examinée après la condition d'urgence.

307. En pratique, c'est essentiellement lorsque le juge a institué une *présomption d'urgence* qu'il regardera cette exigence comme satisfaite avant même de se prononcer sur l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Ces présomptions d'urgence, établies par le juge administratif en considération de l'objet et de la portée de la mesure en cause, conduisent à faire réputer remplie la condition d'urgence dans les matières concernées. Ces présomptions d'urgence ont été reconnues par le juge du référé-liberté dans différents domaines, spécialement dans le contentieux des étrangers. Sont ainsi concernés la décision prononçant l'expulsion d'un étranger du territoire français¹³⁰⁷, le refus d'admission provisoire au séjour d'un demandeur d'asile¹³⁰⁸ ou, dans le cadre de la procédure de détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile, la décision de remise à un Etat étranger¹³⁰⁹. En revanche, tant que le juge ne les a pas déclarées applicables au référé-liberté, les présomptions d'urgence dégagées dans le cadre du référé-suspension ne sont applicables qu'à cette procédure. Ainsi, ne constitue pas une présomption d'urgence, au sens de l'article L. 521-2, le retrait ou le refus de renouvellement du titre de séjour d'un étranger se trouvant en situation régulière¹³¹⁰. De même, selon toute vraisemblance, la présomption, dégagée sur le fondement de l'article L. 521-1, selon laquelle « la dissolution d'une chambre de métiers crée, par elle-même, une situation d'urgence »¹³¹¹, ne s'appliquera pas au référé-liberté. Les présomptions établies dans le référé-liberté avant l'ordonnance *Commune de Pertuis* ne peuvent davantage être réputées par principe maintenues. Par exemple, le juge du référé-liberté avait reconnu une présomption d'urgence lorsqu'un professionnel est privé de son outil de travail ou empêché d'exercer

1305 CE, 2 juillet 2003, Société Outremer Finance Limited, *Lebon* p. 306.

1306 CE, ord. 16 août 2004, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales *c/ Basset*, n° 271148.

1307 CE, ord. 7 mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T.* p. 870. Cette présomption d'urgence avait au préalable été consacrée dans le cadre du référé-suspension (voir CE, 26 septembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mesbahi, Lebon* p. 428 ; CE, 2 octobre 2002, *Hakkar, Lebon T.* p. 863).

1308 CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45 ; CE, 3 novembre 2003, *Kobanda Doro*, n° 258322.

1309 CE, ord. 25 novembre 2003, Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales *c/ Nikoghosyan, Lebon T.* p. 927.

1310 Voir *supra*, § 298.

1311 CE, ord. 11 juillet 2001, Chambre de métiers de la Haute-Corse, *Lebon T.* p. 1105.

son activité professionnelle¹³¹². On peut douter de son maintien sous le nouvel état du droit.

Lorsque le contentieux sur lequel le juge du référé-liberté se prononce est concerné par une présomption d'urgence, le juge se prononce sur celle-ci avant d'examiner la condition relative à l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le juge vérifie, en premier lieu, si la présomption d'urgence ne doit pas céder en raison de circonstances particulières propres à l'espèce dont il est saisi. Dans la mesure où les présomptions d'urgence ainsi établies par le juge sont des présomptions simples, elles sont toujours reconnues sous la réserve des circonstances de l'espèce. Selon la formule jurisprudentielle, l'urgence est réputée satisfaite « sauf circonstances particulières ». En effet, les présomptions ne dispensent nullement le juge de prendre en compte les effets de la mesure litigieuse sur la situation du requérant. Elles peuvent être renversées si l'administration parvient à démontrer l'absence d'urgence au regard des données particulières de l'espèce, notamment lorsque le dommage subi par le requérant est imputable à ce dernier. Les présomptions d'urgence provoquent en cela un renversement de la charge de la preuve. Le défendeur occupe alors le premier plan dans sa démonstration. Dans ses observations en défense, l'administration doit faire valoir des circonstances particulières justifiant que la condition d'urgence n'est pas remplie¹³¹³. A défaut de preuve contraire, l'urgence est établie. Par exemple, dans l'affaire *Ouakid* précitée, le juge relève « que le ministre de l'intérieur ne fait valoir aucun élément qui serait de nature à établir que l'exécution de son arrêté du 17 décembre 2001 prononçant l'expulsion de M. Ouakid ne créerait pas une situation d'urgence au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹³¹⁴. De même, pour un refus d'enregistrer la demande d'asile territorial du requérant, le Conseil relève « que le ministre de l'intérieur n'invoque aucune circonstance particulière propre à la situation de M. Hadda, qui était titulaire d'un visa en cours de validité lorsqu'il a tenté à plusieurs reprises de faire enregistrer sa demande d'asile territorial »¹³¹⁵. En l'absence d'élément contraire, l'urgence est établie et le juge vérifie si l'atteinte grave et manifestement illégale est satisfaite. En pratique, on observe que dans toutes les décisions précitées reconnaissant l'urgence au sens de l'article L. 521-2 grâce au mécanisme de la présomption d'urgence, l'atteinte grave et manifestement illégale est qualifiée postérieurement dans les motifs. Certes, l'urgence résulte de la nature et des caractères de l'acte ou de l'agissement en cause, et non pas de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Mais, là encore, on peut penser que la caractérisation d'une telle atteinte n'est pas un élément indifférent. Il semblerait que le juge n'ait jamais reconnu

1312 Voir CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105 : eu égard aux conséquences sur l'exercice par le requérant de sa profession de chauffeur-livreur, le refus de l'administration de restituer son permis de conduire « est – sous réserve de l'examen des circonstances particulières de l'espèce – de nature à faire réputer remplie la condition d'urgence posée tant par l'article L. 521-1 que par l'article L. 521-2 ».

1313 Voir la règle, affirmée dans le cadre du référé-suspension : CE, 1^{er} octobre 2001, *Meddah*, n° 234918.

1314 CE, ord. 7 mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T.* p. 870.

1315 CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45.

l'urgence sans reconnaître ultérieurement dans la décision (et *a fortiori* s'il la reconnaît auparavant) l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale¹³¹⁶.

308. L'urgence est liée, pour une part prépondérante et presque exclusive, au constat d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale. Il semblerait que le juge des référés n'ait jamais relevé l'urgence sans constater d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Il pourra néanmoins, y compris dans une telle hypothèse, refuser de qualifier l'urgence si lui-même ou les parties relèvent un élément de nature à exclure l'urgence.

SECTION 3. LES ÉLÉMENTS DE NATURE À EXCLURE L'URGENCE

309. Deux éléments sont susceptibles de s'opposer à la qualification de l'urgence : d'une part le comportement du demandeur ; d'autre part un objectif d'intérêt général poursuivi par le défendeur.

I. LE COMPORTEMENT DU DEMANDEUR

310. Le requérant ne doit pas être à l'origine de l'urgence qu'il allègue ou qu'il subit effectivement. Appliquant à cette condition le principe *Nemo auditur*, le juge estime que la situation d'urgence ne doit pas être imputable à l'attitude de l'auteur de la demande. Celui-ci ne doit pas avoir contribué, par son comportement, à faire naître la situation d'urgence ou à l'aggraver. Cette jurisprudence recouvre essentiellement quatre hypothèses distinctes.

311. Tout d'abord, le juge des référés considère qu'il n'y a pas d'urgence à ordonner une mesure lorsque la situation litigieuse résulte non pas des agissements de l'administration mais du retard mis par l'intéressé lui-même à formuler sa demande auprès des autorités compétentes. Ainsi, l'administré ne peut invoquer l'urgence s'il a attendu

1316 Dans un arrêt *Kobanda Doro*, le Conseil affirme que « le refus d'admission provisoire au séjour porte par lui-même une atteinte suffisamment grave et immédiate à la situation du demandeur d'asile pour que la condition d'urgence soit, sauf circonstances particulières, satisfaite » (CE, 3 novembre 2003, *Kobanda Doro*, n° 258322). Après annulation de l'ordonnance qui avait exclu l'urgence dans une telle hypothèse, le Conseil d'Etat évoque l'affaire et rejette la demande, faute d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Dans la mesure où il ne statue pas sur le terrain de l'urgence, on ne peut déterminer si celle-ci était ou non satisfaite, autrement dit si la présomption s'appliquait pleinement ou devait céder au regard des circonstances particulières de l'espèce.

plusieurs mois avant d'accomplir auprès de l'administration consulaire les démarches nécessaires au renouvellement de son passeport¹³¹⁷. L'urgence ne peut davantage être caractérisée lorsque le requérant demande qu'il soit enjoint à l'autorité administrative de renouveler son passeport alors que ce dernier est périmé depuis plus de deux ans¹³¹⁸. De même, le ressortissant étranger titulaire d'une carte de séjour temporaire qui attend le dernier jour de validité de celle-ci pour en solliciter le renouvellement ne peut utilement invoquer l'urgence dans laquelle il s'est lui-même placé. En vertu des dispositions de l'article 3 du décret du 30 juin 1946 réglementant les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, il était tenu de déposer celle-ci dans le courant des deux derniers mois précédant l'expiration de son titre de séjour. Ainsi, « le retard mis à l'instruction de sa demande lui étant exclusivement imputable, le requérant ne justifie pas de l'urgence qui s'attacherait à la délivrance d'un récépissé de demande de renouvellement de titre de séjour »¹³¹⁹.

312. Ensuite, lorsque le demandeur a manifestement tardé à agir après la survenance du préjudice dont il s'estime victime, le juge relèvera la contradiction existant entre cette lenteur à le saisir et l'invocation du caractère urgent de sa situation¹³²⁰. Tout retard ou manque de diligence dans la contestation d'un acte ou d'un comportement administratif se retourne ainsi contre le demandeur. Le juge refusera de qualifier l'urgence lorsque ce dernier a accepté une situation et n'en conteste les effets que tardivement, faisant preuve d'une « trop longue temporisation à l'égard des agissements administratifs dont il se plaint »¹³²¹. S'agissant d'une situation dont le requérant aurait pu se préoccuper plus tôt, la crédibilité de la situation d'urgence s'en trouve fortement affectée. Alors même que l'intervention du juge a pu être urgente autrefois, elle ne l'est plus à la date de la saisine.

Ainsi, le requérant n'est pas fondé, pour établir l'urgence qu'il allègue, à faire état de l'imminence de la prise d'effet de l'acte qu'il conteste alors qu'il en a reçu notification un mois auparavant¹³²². De même, le requérant qui s'est abstenu de contester les avis

1317 Voir CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes, Lebon* p. 1. Le requérant demandait au juge des référés qu'il soit enjoint à l'autorité consulaire de renouveler son passeport. Le juge relève que l'intéressé a été informé dès le mois de mars 2000 par la préfecture de la Haute-Marne de la condition à laquelle était soumis le renouvellement de son passeport. Dans la mesure où le retard mis à la délivrance de ce document lui est imputable, « il ne saurait invoquer l'urgence de ses déplacements à l'étranger pour solliciter la prescription d'une mesure sur le fondement de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative ».

1318 CE, ord. 21 mars 2001, *Rahal*, n° 231531.

1319 CE, 8 octobre 2001, *Sanches Cardoso, Lebon T.* p. 1091.

1320 Selon les termes de la jurisprudence dégagée sous l'état du droit antérieur, lorsqu'un « long délai » s'est « écoulé entre la survenance du dommage et la saisine du juge des référés », la demande ne présente plus le caractère d'urgence exigé par les textes (CE, 9 février 1972, *Entreprise Quille, RDP* 1972, p. 1278).

1321 R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les procédures d'urgence : premier bilan », *AJDA* 2002, p. 1.

1322 CE, ord. 16 mars 2001, *Association Radio « 2 couleurs », Lebon T.* p. 1134. Le 23 février 2001, l'association reçoit notification de la décision litigieuse. Ce n'est que le 23 mars 2001, soit seulement trois jours avant la date prévue pour son entrée en vigueur qu'elle saisit le juge des référés d'une demande de suspension sur le fondement de l'article L. 521-2.

défavorables émis par la commission d'accès aux documents administratifs en 1996 et en 1999 ne peut invoquer l'urgence qu'il y aurait, en 2003, à obtenir communication des pièces sur la base desquelles la commission a émis ces avis¹³²³. Pour le juge des référés, l'urgence n'est pas établie lorsqu'une association attend plus d'un an avant de demander la suspension du décret décidant son inscription sur la liste des personnes pour lesquelles les transactions financières entre la France et l'étranger sont soumises à autorisation préalable du ministre de l'économie¹³²⁴. Le juge a également estimé qu'il n'y a pas d'urgence à ordonner la démolition et l'enlèvement d'un ouvrage public implanté depuis deux ans sur une parcelle appartenant à une personne privée¹³²⁵. *A fortiori*, il n'y a pas d'urgence « à suspendre l'exécution de dispositions mises en œuvre depuis plus de dix-sept ans »¹³²⁶.

Pour autant, si l'écoulement d'un temps trop long jette un doute sur la réalité du poids de l'atteinte à la situation du requérant, aucune condition de délai ne peut être imposée en tant que telle¹³²⁷. Aussi le juge du référé-liberté va-t-il parfois tempérer la rigueur de cette appréciation lorsque l'urgence apparaît particulièrement pressante nonobstant l'attitude du requérant. Dans l'ordonnance *M'LAMALI*, il accepte de qualifier d'urgente la situation résultant du retard pris par l'administration pour renouveler le passeport du requérant, alors même que l'intéressé avait attendu six mois pour s'enquérir de la suite réservée à son dossier. Deux éléments sont pris en considération par le juge pour qualifier l'urgence en dépit du manque de diligence du requérant : d'une part la circonstance que l'intéressé a demandé en temps utile le renouvellement de son passeport, d'autre part le délai anormalement long mis par l'administration pour instruire son dossier, ce qui a pour conséquence de priver le demandeur de la possibilité de se prévaloir d'un titre d'identité en cours de validité¹³²⁸.

313. Le juge sera également réticent à caractériser l'urgence « s'il y manque une sorte « d'effet de surprise » »¹³²⁹. Ainsi, le juge refuse de qualifier l'urgence lorsqu'une société faisant métier dans l'immobilier a acquis un immeuble occupé par des squatters et sollicite le concours de la force publique pour exécuter une décision judiciaire prescrivant leur expulsion. Lorsqu'elle a acquis l'immeuble, la société était informée de la

1323 CE, ord. 12 mai 2003, *Bidalou*, n° 256868.

1324 CE, ord. 15 décembre 2003, *Association secours mondial de France*, n° 262627.

1325 CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385.

1326 CE, ord. 21 janvier 2002, *Auto-école Bergson*, n° 242051.

1327 Comme l'avait affirmé M. Dugrip sous l'état du droit antérieur, « Le fait que la situation litigieuse existe depuis longtemps déjà ne fait pas obstacle à ce qu'à un moment donné, il devienne urgent de demander au juge des référés certaines mesures. L'urgence peut surgir alors qu'une situation présente une certaine permanence, quand les événements influent sur celle-ci et rendent nécessaire une intervention immédiate » (O. DUGRIP, *op. cit.*, p. 328). En d'autres termes, le retard « ne saurait (...), à lui seul, démontrer l'absence d'urgence, une situation de fait pouvant très bien se prolonger dans le temps et rendre nécessaire, à un moment donné, une action immédiate » (*ibid.*). De manière identique, M. Cossa a déclaré que « l'ancienneté du dommage n'exclut par nécessairement l'urgence » (M. COSSA, « L'urgence en référé », *GP* 1955, 2, p. 47).

1328 CE, ord. 26 avril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon T.* p. 1034.

1329 L. ERSTEIN, « Pragmatisme de la notion d'urgence », *Coll. ter.* 2002, chron. n° 4, p. 4.

présence de squatters et ne pouvait ignorer les difficultés auxquelles elle s'exposait pour réaliser à bien ses projets immobiliers. Par une motivation très explicite, le juge relève que « la société, qui exerce de façon habituelle une activité de rénovation d'immeubles ne pouvait pas ignorer les difficultés auxquelles elle se heurterait pour mener à bien le projet en vue duquel elle avait procédé à cette acquisition ». Il en déduit que, dans ces conditions, la société requérante « ne saurait se prévaloir, à propos d'une situation dans laquelle elle s'est elle-même placée, de la notion d'urgence au sens et pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹³³⁰. A travers cette formule, le juge administratif introduit dans l'appréciation de l'urgence la notion de « risque accepté »¹³³¹, qui semblait jusqu'alors réservée au contentieux de la responsabilité¹³³².

314. Il résulte enfin de cette jurisprudence que l'urgence ne pourra être caractérisée si le demandeur s'est placé dans une situation illégale. Il en va ainsi lorsqu'une société entend ouvrir un commerce soumis à la loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat alors qu'elle n'a pas sollicité – ni par conséquent obtenu – l'autorisation de la commission départementale d'équipement commercial. Faute pour la société requérante d'être en règle au regard des dispositions de ce texte, « le prononcé des injonctions sollicitées, en ce qui concerne l'usage fait par le maire de ses attributions en matière d'établissements recevant du public, n'est, *en tout état de cause*, pas justifié par l'urgence »¹³³³. Ainsi, et de manière générale, « le juge des référés pourra considérer que n'est pas établie une situation d'urgence de nature à justifier le prononcé de la mesure sollicitée lorsque le requérant pourra se voir opposer l'exception d'illégitimité de sa propre situation »¹³³⁴. Outre l'attitude du demandeur, l'obstacle à une qualification de l'urgence pourra résulter de l'intérêt général poursuivi par le défendeur.

1330 CE, ord. 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Société Kerry, Lebon T.* p. 928, 931. Voir, dans le même sens, CE, ord. 2 juin 2005, *Société civile immobilière « 63 rue d'Hautpoul », n° 280831*.

1331 J.-P. GILLI, note sous CE, ord 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Kerry, AJDA* 2003, p. 344.

1332 Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, n° 1422.

1333 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

1334 P. SOLER-COUTEAUX, obs. sous CE, ord. 13 mars 2001, *Société Lidl, RDI* 2001, p. 277. Cette solution constitue là encore une transposition des principes du droit de la responsabilité extracontractuelle. En ce domaine, « la victime se trouvant dans une situation illégitime, du fait de son irrégularité, n'a pas droit à la réparation du dommage qui l'atteint dans cette situation » (R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 1420). Le juge administratif estime qu'elle ne peut prétendre à une réparation si elle n'a pas respecté la réglementation qui lui est applicable (voir CE, Sect., 7 mars 1980, *SARL Cinq-Sept, Lebon* p. 129, concl. J. MASSOT).

II. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL POURSUIVI PAR LE DÉFENDEUR

315. L'urgence à prononcer une mesure de sauvegarde doit être confrontée avec l'urgence qu'il peut exister à ne pas prononcer cette mesure. Cette appréciation est dite « globale » dès lors que le juge intègre dans son analyse l'ensemble des intérêts en présence. Dans certaines situations, l'intérêt général dont le défendeur a la charge pourra faire obstacle à la caractérisation de l'urgence.

316. Sous l'empire de la loi du 30 juin 2000, le juge des référés doit réaliser une balance entre l'intérêt du requérant à obtenir le prononcé d'une mesure et l'intérêt qu'il peut y avoir à ne pas la prononcer. Le principe d'une mise en balance des intérêts a d'abord été posé par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Dans l'arrêt *Préfet des Alpes-Maritimes* du 28 février 2001¹³³⁵, la Section annule l'ordonnance du juge des référés ayant prononcé, à la demande d'associations de protection de l'environnement, la suspension de l'exécution d'un arrêté préfectoral autorisant une société à exploiter un centre de stockage de déchets ménagers sur le territoire d'une commune située dans le département des Alpes-maritimes. Le Conseil d'Etat indique que l'urgence devant « s'apprécier globalement et objectivement », il incombait au juge des référés de prendre en considération non seulement les conséquences de l'arrêté litigieux sur l'environnement, comme le souhaitaient les associations intéressées, mais également, comme le demandait le préfet, « les conséquences qu'une suspension pourrait avoir immédiatement sur les conditions d'élimination des déchets dans le département des Alpes-maritimes ». En l'espèce, le Conseil confronte deux intérêts généraux : la protection de la salubrité publique et le respect de l'environnement. Il estime que l'urgence à éliminer les déchets l'emporte sur les risques éventuels que le fonctionnement de la décharge pourrait faire courir à l'environnement. Le principe d'une appréciation globale de l'urgence a été transposé au référé-liberté dans une ordonnance du 10 août 2001, *Association La Mosquée*. Le juge du référé-liberté reprend la formule de l'arrêt *Préfet des Alpes-Maritimes* dans un considérant de principe, affirmant « que la condition d'urgence posée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative s'apprécie objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce »¹³³⁶.

Il résulte de cette jurisprudence que le juge des référés ne peut limiter son contrôle de l'urgence à la prise en compte des seuls intérêts du requérant. Dans ce cadre, il lui appartient de réaliser un « bilan des urgences »¹³³⁷ en confrontant l'urgence du demandeur à obtenir le prononcé d'une mesure de sauvegarde et l'urgence du défendeur à poursuivre son action entreprise dans l'intérêt général. En opérant « une pondération des intérêts en présence », le juge doit « comparer le préjudice que subirait le requé-

1335 CE, Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, *Lebon* p. 110 ; *AJDA* 2001, p. 461, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *Coll. ter.* 2001, comm. n° 126, note T. CELERIER.

1336 CE, ord. 10 août 2001, *Association « La Mosquée » et autres*, *Lebon T.* p. 1133. Voir également CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408 ; CE, ord. 30 octobre 2003, *Société Kentucky*, n° 261353.

1337 S. OVERNEY, « Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge », *AJDA* 2001, p. 721.

rant si la mesure en référé n'était pas prescrite avec le dommage qui résulterait pour l'auteur de l'acte, pour les tiers ou pour l'intérêt général si cette mesure était prescrite. Dans son appréciation globale de l'urgence, le juge des référés est alors amené à prendre en considération les effets de la mesure qu'il lui est demandé de prendre, et à les mettre en balance avec les effets pour le requérant de la décision ou du comportement litigieux »¹³³⁸. En d'autres termes, le juge est conduit à mettre en balance l'urgence à prononcer la mesure de sauvegarde sollicitée et l'urgence à poursuivre l'exécution de l'acte litigieux ou l'activité administrative entreprise. Ainsi, en intégrant l'intérêt du défendeur dans l'appréciation de l'urgence, cette solution met fin à la jurisprudence *Association de sauvegarde du Quartier Notre Dame* qui prévalait sous l'état du droit antérieur¹³³⁹.

1338 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 104-105. Voir également B. CAVIGLIOLI, « Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », *AJDA* 2003, pp. 642-652.

1339 Avant la réforme du 30 juin 2000, le juge administratif se reconnaissait, en opportunité, le pouvoir de ne pas prononcer le sursis à exécution d'une décision administrative lorsque les conditions énoncées par les textes se trouvaient satisfaites (CE, Ass., 13 février 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles, Lebon* p. 100). Lorsque les conditions d'octroi étaient remplies, le prononcé du sursis à exécution n'était « pour le juge qu'une simple faculté » (CE, Ass., 2 juillet 1982, *Lebon* p. 257). En pratique, cette faculté était d'usage exceptionnel et n'avait donné lieu qu'à de très rares applications (voir R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1582). En posant le principe d'une balance des urgences, l'arrêt *Préfet des Alpes-maritimes* a mis fin à la possibilité de ne pas ordonner la mesure sollicitée lorsque l'ensemble des conditions est réunie. Pourtant, l'idée d'une transposition de la jurisprudence *Association de sauvegarde du Quartier Notre-Dame* au référé-liberté a été envisagée par la doctrine durant les premiers mois d'application de la réforme. A partir d'une lecture littérale de l'article L. 521-2 (« le juge des référés peut ordonner »), plusieurs auteurs ont affirmé que cette jurisprudence était susceptible d'être appliquée au référé-liberté alors même que toutes les conditions d'octroi, y compris l'urgence, se trouveraient satisfaites. Mme Rouault déclarait ainsi que « L'article L. 521-2, consacrant la jurisprudence traditionnelle en la matière, dispose que le juge « peut » ordonner les mesures en question. Il possède ici encore un pouvoir d'appréciation » (M.-C. ROUAULT, « La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif », *D.* 2001, p. 401). M. Pissaloux développait une analyse comparable : puisque dans les trois référés d'urgence, « on trouve le verbe « peut », qui exprime bien une faculté », le juge des référés n'est « nullement tenu d'ordonner la suspension d'une décision, ou toutes mesures d'urgence nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale ou toutes autres mesures utiles selon l'hypothèse concernée. En d'autres termes, même si les conditions légales sont satisfaites, à savoir (pour s'en tenir aux deux principales innovations de la loi) l'urgence et le doute sérieux pour le référé-suspension, l'urgence et l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale dans le cas du référé-liberté, le juge des référés (de droit commun) n'est pas dans une situation de compétence liée » (J.-L. PISSALOUX, « Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures de référé administratif », *Dr. adm.* 2001, chron. n° 18, 1^{ère} partie, p. 10). Enfin, M. Marcou déclarait que, « Comme dans le référé-suspension, le juge conserve dans le référé-liberté un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité des mesures (« le juge des référés peut ordonner... ») » (G. MARCOU, « Le référé administratif et les collectivités territoriales », *LPA* 14 mai 2001, n° 95, p. 45). Mais en réalité, les hypothèses développées sont inenvisageables. Dans la mesure où la balance des intérêts est réalisée au stade de l'appréciation globale de l'urgence, elle exclut radicalement que le juge s'autorise, pour un quelconque motif, à ne pas prononcer une mesure – spécialement une mesure de sauvegarde – lorsque les conditions d'octroi posées par le législateur sont cumulativement satisfaites. Il ne lui appartient plus d'apprécier l'opportunité d'accorder la mesure sollicitée, la prise en compte d'un motif d'intérêt général susceptible de s'y opposer ayant déjà été réalisée en amont.

Les intérêts en présence sont définis par les parties et par les éléments versés au dossier. Le juge des référés va tout d'abord lire l'urgence « au regard des justifications apportées, dans la demande et de l'argumentation présentée en défense »¹³⁴⁰. Mais il n'est pas limité par les arguments des parties et peut d'office soulever l'urgence à ne pas ordonner de mesure de sauvegarde, alors même que celle-ci n'aurait pas été opposée par le défendeur. Le Conseil d'Etat a admis, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, que le juge des référés puisse réaliser un bilan des urgences au stade de la procédure de tri, c'est-à-dire prendre en considération l'intérêt à ne pas prononcer la mesure et rejeter ainsi pour absence d'urgence au seul vu de la requête¹³⁴¹. Cette solution est remarquable dans la mesure où, par hypothèse, l'administration n'a pas été appelée et n'a donc pas présenté d'observations en défense. Par conséquent, elle n'a pu invoquer l'urgence à ne pas prononcer la mesure sollicitée. Il en résulte que l'intérêt général peut être pris en compte d'office par le juge des référés, alors même que l'administration n'en a pas fait état dans ses observations. Le juge peut réaliser d'office le bilan des urgences et déduire des éléments du dossier l'intérêt à ne pas prononcer la mesure sollicitée.

Dans certaines hypothèses, le bilan réalisé en ce qui concerne l'urgence recoupe très largement l'appréciation effectuée au titre de la condition d'illégalité manifeste. Cela explique que, parfois, le juge ne procède pas à un examen séparé de la condition d'illégalité manifeste et de la condition d'urgence, mais confronte au regard des mêmes données l'équilibre entre l'intérêt général et l'atteinte aux libertés fondamentales. Dans les décisions *Gaz de France* et *SCI Résidence du théâtre*, le juge affirme ainsi qu'en l'absence de justification suffisantes, le refus d'exécuter une mesure d'expulsion apparaît « entaché d'une illégalité manifeste et constitutif d'une situation d'urgence au sens et pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹³⁴².

317. En pratique, la confrontation des intérêts du requérant et d'un ou plusieurs intérêts publics peut déboucher – en cas d'opposition¹³⁴³ – sur deux situations. La balance peut, soit pencher du côté du requérant et, par voie de conséquence, justifier le prononcé de la mesure sollicitée, soit du côté du défendeur et ainsi faire obstacle au prononcé de la mesure. L'urgence peut être qualifiée dans le premier cas, elle est exclue dans le second.

1340 Formule employée dans le cadre du référé-suspension. Voir notamment CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *Lebon* p. 220 ; CE, 26 septembre 2001, *Société de transports « La Mouette »*, *Lebon T.* p. 1120 ; CE, 7 juillet 2004, *Schneider*, *Lebon T.* p. 820.

1341 CE, 23 avril 2003, *SARL Siminvest*, *Lebon* p. 178, *Dr. adm.* 2003, comm. n° 133, note P. CASSIA. En l'espèce, le juge des référés du premier degré avait rejeté par la procédure de tri la demande de suspension formée à l'encontre d'un refus de permis de construire. Le Conseil d'Etat affirme que le juge des référés pouvait, pour apprécier l'urgence, « prendre en considération les motifs de la décision par laquelle le maire de Reims a refusé à la société requérante le permis de construire sollicité, liés à la sécurité des personnes et à la salubrité publique ».

1342 CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408 ; CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* p. 874.

1343 Lorsque l'ensemble des intérêts coïncident, il n'y a pas lieu à bilan et l'urgence est admise.

Tout d'abord, le bilan sera défavorable au demandeur en cas de motif impérieux d'intérêt général. Ainsi, un motif de sécurité publique exclut l'urgence s'agissant d'un arrêté municipal interdisant l'accès et ordonnant la démolition d'un bâtiment communal vétuste et dangereux qui était occupé comme lieu de culte par une association¹³⁴⁴. De même, le juge affirme, compte tenu de l'ensemble des intérêts en présence et notamment de celui de la protection de la forêt, que ne constitue pas une situation d'urgence un décret classant comme forêt de protection la forêt de Fontainebleau¹³⁴⁵.

A l'inverse, le bilan sera favorable au demandeur si l'intérêt du défendeur n'apparaît pas suffisamment important pour contrebalancer l'urgence à prononcer une mesure de sauvegarde. Ainsi, dans l'hypothèse d'un arrêté municipal ordonnant la fermeture d'un commerce de proximité, le juge des référés affirme « que s'agissant d'une mesure de protection de la sécurité et de l'hygiène, l'urgence des mesures demandées sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative doit être appréciée en tenant compte non seulement de la situation de l'entreprise requérante mais aussi de l'imminence des risques que ces mesures se proposent de prévenir ». La mise en balance entre d'une part l'avenir commercial de l'entreprise et d'autre part la prévention des risques sanitaires aboutit, compte tenu des circonstances de l'espèce, à considérer comme remplie la condition d'urgence requise par l'article L. 521-2¹³⁴⁶. De même, lorsqu'est en cause un refus préfectoral d'apporter le concours de la force publique, l'intérêt du maintien de l'ordre ne fait pas obstacle à la caractérisation de l'urgence si la menace de troubles n'est pas établie¹³⁴⁷. Dans l'ordonnance *Commune de Collioure* du 2 juillet 2003, le juge relève « que si la commune invoque les risques pour la sécurité qui résulteraient de la suspension des dispositions réglementaires précitées, en faisant état des incidents, d'ailleurs sans gravité, qui se sont produits pendant l'été 2002 et se seraient renouvelés en 2003, elle dispose (...) de la possibilité d'arrêter d'autres mesures de police pour parer à ces risques ; que la condition d'urgence doit, dès lors, être regardée comme remplie »¹³⁴⁸.

En ce qui concerne la rédaction de l'ordonnance, on observe que lorsque la prise en compte de l'urgence à ne pas prononcer de mesure est mentionnée dans la décision, elle peut intervenir concomitamment à la prise en compte de l'urgence à prononcer la mesure (hypothèse qui se rencontre en pratique

1344 CE, ord. 10 août 2001, *Association « La Mosquée » et autres, Lebon T.* p. 1133. L'ordonnance relève en outre que la commune avait proposé à l'association d'autres bâtiments pour la pratique du culte.

1345 CE, ord. 13 août 2002, *Commune de La Rochette*, n° 249528.

1346 CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry, Lebon T.* p. 931.

1347 Voir par exemple CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon p.* 408. Pour justifier son refus de la force publique, l'administration faisait état d'un courant de sympathie des riverains envers les occupants de l'immeuble, se prévalant des menaces pour l'ordre public qui résulteraient, du fait de ce soutien actif, d'une exécution forcée de l'ordonnance d'expulsion. Pour écarter ce motif, le juge relève « la faiblesse des éléments de fait produits par l'administration (...) aux fins d'apporter la justification des menaces de troubles invoquées, lesquelles ne sauraient être déduites du seul courant de sympathie suscité par la présence de quelques ateliers d'artistes dans le quartier ». Voir également CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* p. 874.

1348 CE, ord. 2 juillet 2003, *Commune de Collioure, Lebon T.* p. 930.

lorsque l'intérêt du défendeur est prépondérant et doit prévaloir)¹³⁴⁹ ou postérieurement à celle-ci¹³⁵⁰.

318. La condition relative à l'urgence, et celle concernant l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale, constituent les deux conditions d'octroi d'une mesure sollicitée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. La loi ajoute certes une troisième exigence en imposant que l'administration ait agi dans l'exercice de ses pouvoirs, mais cette condition est en pratique dépourvue de toute consistance.

1349 Dans l'ordonnance *Association La Mosquée*, le juge des référés rappelle la formule de l'arrêt *Préfet des Alpes Maritimes*, expose les motifs justifiant de ne pas prononcer la mesure sollicitée et en déduit « qu'il résulte de ce qui précède que l'urgence ne justifie pas que soit prononcé la suspension de l'arrêt du 11 juin 2001 sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». Si l'urgence a été évoquée, ce n'est qu'implicitement et à travers la seule utilisation du mot « urgence » dans le considérant. L'urgence à prononcer la mesure n'a été analysée ni explicitement ni implicitement. Le juge se place d'office sur le terrain de l'urgence à ne pas suspendre la mesure attaquée (CE, ord. 10 août 2001, *Association « La Mosquée » et autres*, *Lebon T.* p. 1133). Voir, de manière comparable : CE, ord. 13 août 2002, *Commune de La Rochette*, n° 249528 ; CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931.

1350 Dans l'ordonnance *Gaz de France*, le juge affirme que le refus de l'administration est constitutif pour le demandeur « d'une situation d'urgence ; que toutefois la condition d'urgence posée à l'article L. 521-2 du code de justice administrative, doit être appréciée compte tenu, non seulement des intérêts du requérant mais aussi des intérêts publics en jeu, au nombre desquels figure celui du maintien de l'ordre public » (CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon p.* 408). Dans une ordonnance du 8 novembre 2005, le juge caractérise dans un premier temps l'urgence à prononcer l'injonction sollicitée. Il analyse ensuite les arguments développés par l'administration pour y faire obstacle, fondés d'une part sur ce que le requérant aurait tardé à saisir le juge des référés et, d'autre part, sur le motif qu'il convient d'éviter tout retard dans la détermination du site sur lequel pourra être implanté un centre de stockage de déchets ultimes. Le juge rejette ces deux arguments au motif que le requérant a fait preuve de la diligence requise, et que l'administration « n'établit nullement en quoi ce retard obérerait le fonctionnement du service public dont elle a la charge » (CE, ord. 8 novembre 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon p.* 491).

Chapitre 3

Une administration agissant dans l'exercice de ses pouvoirs

319. L'article L. 521-2 du code de justice administrative subordonne l'intervention du juge des référés à la circonstance que l'administration ait porté atteinte à une liberté fondamentale « dans l'exercice de ses pouvoirs ». A l'instar de l'exigence relative à la présence d'une liberté fondamentale, cette condition présente la particularité de ne pas représenter uniquement une condition d'octroi mais de conditionner également le champ d'intervention du juge. L'exigence d'une liberté fondamentale restreint le champ d'application de la procédure : la condition relative à une atteinte portée par l'administration « dans l'exercice de ses pouvoirs » devait restreindre le champ de compétence du juge du référé-liberté. L'une comme l'autre n'en sont pas moins nécessaires à l'obtention d'une mesure de sauvegarde sollicitée sur le fondement de l'article L. 521-2¹³⁵¹. En introduisant cette restriction, et en interdisant au juge administratif

1351 Cette condition aurait pu être examinée au titre de la *compétence* du juge du référé-liberté. Néanmoins, dans la mesure où elle limite les cas dans lesquels le juge des référés peut intervenir, il a paru justifié de la mentionner au nombre des conditions d'octroi. En outre, certaines décisions mentionnent cette exigence formelle de l'article L. 521-2 parmi les conditions permettant le prononcé d'une mesure de sauvegarde. Ainsi, le juge des référés affirme que le droit constitutionnel d'asile constitue pour les étrangers « une liberté fondamentale pour la sauvegarde de laquelle le juge des référés peut, en cas d'urgence, ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, toutes mesures nécessaires lorsque, *dans l'exercice de ses pouvoirs* l'administration y a porté une atteinte grave et manifestement illégale » (CE, ord. 2 mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri, Lebon* p. 227). Dans l'ordonnance *Hyacinthe*, le juge avait de même souligné « qu'il résulte de ce qui précède que, *dans l'exercice de ses pouvoirs*, l'autorité administrative a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12). Dans l'arrêt *Fofana*, le Conseil relève « que les circonstances de l'espèce ne font apparaître aucune atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale par une personne morale de droit public

d'intervenir dans cette hypothèse, les parlementaires ont voulu sauvegarder la compétence judiciaire en matière de voie de fait. Pour autant, dans son application concrète, cette condition s'avère dépourvue de toute consistance.

SECTION 1. UNE CONDITION DESTINÉE À SAUVEGARDER LA VOIE DE FAIT ADMINISTRATIVE

320. La loi du 30 juin 2000 a bien inutilement limité la compétence du juge du référé-liberté aux atteintes commises par l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs. En formulant cette restriction, le législateur entendait préserver la voie de fait en maintenant son domaine hors de portée du juge administratif.

I. UNE VOLONTÉ DE PRÉSERVER LA VOIE DE FAIT

321. Le projet de loi ne contenait aucune référence directe ou indirecte à la théorie de la voie de fait. Il ne comportait sur ce point aucune restriction quant au champ d'intervention du juge administratif. La situation envisagée par le projet de loi se présentait simplement : le juge des référés pouvait connaître de *toutes* les atteintes administratives aux libertés fondamentales, qu'elles soient ou non portées par l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs. Néanmoins, « Les parlementaires (en quel temps vivent-ils ! Ils ont cent ans) ont rivalisé pour préserver (ce que le projet de loi ne faisait pas) ce cas le plus archaïque de compétence judiciaire, alors que se présentait l'occasion, sinon de lui tordre son cou, du moins de commencer à en finir avec lui »¹³⁵². En interdisant au juge du référé-liberté de connaître des atteintes commises par l'administration en dehors de l'exercice de ses pouvoirs, les parlementaires ont voulu maintenir l'existence de la voie de fait en dépit de la création du référé-liberté, c'est-à-dire épargner ou sauvegarder ce chef de compétence judiciaire à un moment où toutes les conditions étaient réunies pour sa disparition.

322. En première lecture, un amendement présenté en séance par le sénateur Pierre Fauchon a proposé d'ajouter à l'article 4 du projet de loi que la compétence du juge du référé-liberté s'exerce « sans préjudice de la compétence reconnue aux juridictions de l'ordre judiciaire en matière de voie de fait ». L'auteur de l'amendement avait cru devoir en appeler à la Constitution pour justifier cette reconnaissance¹³⁵³. Malgré l'op-

dans l'exercice d'un de ses pouvoirs » (CE, 22 mai 2002, *Fofana et autres*, Lebon p. 175). M. Chapus présente également cette exigence parmi les conditions d'octroi de l'article L. 521-2 (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1605).

1352 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1605.

1353 *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, pp. 3753-3754.

position du gouvernement, l'amendement sera adopté par le Sénat sans véritable débat. M. Colcombet, rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, s'est déclaré réservé face à la rédaction retenue par les sénateurs. Pour autant, il n'en condamne nullement le principe et partageait l'inquiétude, exprimée par ces derniers, d'une disparition de la voie de fait en raison de la création du référé-liberté¹³⁵⁴. Dès lors, il a souhaité affirmer que la loi en discussion ne visait nullement à modifier la répartition des compétences – en clair, à supprimer la voie de fait – mais seulement à éviter les recours abusifs à cette dernière. Afin de s'assurer, juridiquement, que le référé-liberté ne puisse préjudicier à la compétence du juge civil des référés en matière de voie de fait, l'Assemblée nationale a précisé, à la demande de sa commission des Lois, que l'administration devait avoir agi « dans l'exercice de l'un de ses pouvoirs ». La référence à la voie de fait est plus implicite que dans la formule retenue par le Sénat ; elle n'en poursuit pas moins un objectif identique, qui est de « bien montrer que la voie de fait reste de l'ordre du judiciaire »¹³⁵⁵.

En seconde lecture, le Sénat va de nouveau modifier la formule retenue en précisant que le prononcé d'une mesure de sauvegarde s'exerce « sans préjudice des compétences reconnues aux juridictions de l'ordre judiciaire ». Pour justifier le maintien d'une référence implicite à la voie de fait, M. Garrec précise que « L'article 4 du projet de loi ne remet pas en cause la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Si l'administration a agi dans un domaine manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir qui lui est légalement reconnu, la théorie de la voie de fait trouvera à s'appliquer »¹³⁵⁶. L'Assemblée nationale reprendra sa première rédaction, la jugeant plus précise. A cet égard, M. Colcombet indique que « si les deux assemblées ont manifesté le même souci de lever toute ambiguïté quant à la répartition des compétences entre les juridictions judiciaire et administrative, la rédaction de l'Assemblée définit plus précisément (...) le champ de compétence de chacune des juridictions »¹³⁵⁷.

Pour résoudre la divergence entre les deux chambres, il fallut recourir à la commission mixte paritaire. L'accord s'est réalisé sur une référence seulement implicite à la voie de fait. M. Colcombet a affirmé que « la rédaction retenue par l'Assemblée nationale pour le premier alinéa de l'article 4 présentait l'avantage de bien définir les champs de compétence respectifs des deux ordres juridictionnels, apportant ainsi toute garantie au juge judiciaire sur le respect de ses attributions en matière de voie de fait »¹³⁵⁸. M. Garrec « a exprimé son accord avec le texte de l'Assemblée nationale, qui écarte dans le premier alinéa de l'article 4, toute référence à la voie de fait, rappelant qu'il s'agissait

1354 Voir F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 41 : « La proximité entre la rédaction de l'article 4 et les critères de la voie de fait pourrait donc laisser craindre que le juge administratif par le biais du référé-injonction ne vienne battre en brèche la notion jurisprudentielle de la voie de fait ».

1355 F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10941. Pour M. Montebourg, « Cette clarification représente une amélioration importante des recevabilités de recours en référé devant la juridiction administrative. Elle ne doit pas porter préjudice (...) à la notion de voie de fait » (*JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10941).

1356 R. GARREC, Rapport Sénat n° 210, p. 18.

1357 F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, p. 3161.

1358 F. COLCOMBET et R. GARREC, Rapport n° 2460 (Assemblée nationale) et 396 (Sénat), p. 5.

d'une notion purement jurisprudentielle »¹³⁵⁹. Ainsi, « C'est l'amendement, plus élégant, de l'Assemblée nationale qui a prévalu. C'est mieux, en ce que la loi ne donnera pas son *imprimatur* à la notion de voie de fait. Ce n'est pas moins consternant », déclare le professeur Chapus¹³⁶⁰.

323. La présence de cette condition à l'article L. 521-2 est en effet critiquable puisqu'elle vise à maintenir en droit positif un chef de compétence judiciaire qui a perdu toute justification avec la création du référé-liberté¹³⁶¹. Les parlementaires, conscients des difficultés que ne manquerait pas de soulever cette exigence, en ont appelé au juge pour opérer une sorte de démarcation entre le « domaine » du référé-liberté et celui de la voie de fait¹³⁶².

II. LE DOMAINE DE LA VOIE DE FAIT ADMINISTRATIVE

324. Présentée par Marcel Waline comme une notion « assez curieuse et difficile »¹³⁶³, la voie de fait administrative est en même temps l'une des « plus subtiles du droit administratif français »¹³⁶⁴. Les origines de cette construction jurisprudentielle sont fort anciennes et peuvent être trouvées dans certaines décisions des Cours de l'Ancien régime¹³⁶⁵. Son apparition a également été favorisée par l'application de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII sur la garantie des fonctionnaires¹³⁶⁶. Néanmoins, il ne s'agissait là que de prémices. La véritable formulation de la théorie de la voie de fait

1359 F. COLCOMBET et R. GARREC, Rapport n° 2460 (Assemblée nationale) et 396 (Sénat), p. 4.

1360 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1605.

1361 Voir *infra* § 534 et s.

1362 Voir F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10942 : « dans la pratique, je suis persuadé que ce sera compliqué et que, pendant un certain temps, la jurisprudence va devoir définir la frontière. Espérons que cela se fera vite. (...) Nous souhaitons que la juridiction administrative définisse, assez rapidement, les limites et donne quelques critères ».

1363 M. WALINE, *Traité de droit administratif*, 9^{ème} éd., Sirey, 1963, p. 90.

1364 G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF, 1982, p. 151.

1365 Cf. S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, p. 10 : « Se prévalant de leur qualité de gardien des lois fondamentales du royaume et des principes fondamentaux de la monarchie », les parlements de l'Ancien régime « se posent comme les gardiens des droits des sujets, aussi bien que des atteintes à leur propriété ou à leur liberté. A ce titre, ils n'hésiteront pas à sanctionner les actes du pouvoir exécutif lésant les intérêts privés et menaçant la liberté d'aller et venir, la propriété ou la sûreté des personnes ». Voir également en ce sens : E. DESGRANGES, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937, p. 30 et s.

1366 En vertu de cette disposition, maintenue jusqu'en 1870, « Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat : en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Le Conseil d'Etat a considéré que la garantie instituée ne pouvait s'étendre à ceux des actes d'un agent qui avaient perdu la nature d'actions administratives (CE, 23 avril 1807, *Diégo Dittner*, *Lebon* p. 314 ; CE, 4 juin 1823, *Peillou*, *Lebon* p. 405). La Cour de cassation a consacré une solution identique. Voir en ce sens Ccass, req. 2 août 1836, *Lassere*, cité par S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, p. 12, note 3 : « Attendu que L... n'a pu être protégé par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII parce qu'il ne s'agissait pas d'un acte qui rentrait dans les attributions du maire mais d'une voie de fait ».

interviendra en 1867 dans des conclusions prononcées par Léon Aucoc sur l'arrêt *Duc d'Aumale*. L'illustre commissaire du Gouvernement y affirmait que lorsque l'autorité publique, « sous le couvert, sous prétexte de ses pouvoirs, fait un acte qui en excède manifestement les limites et qui porte atteinte à la propriété ou la liberté des citoyens, cet acte n'est plus qu'une voie de fait dont les résultats (...) sont justiciables des tribunaux ordinaires »¹³⁶⁷. Se trouvaient ainsi énoncés les deux critères, toujours utilisés aujourd'hui pour qualifier une voie de fait : à savoir un acte qui excède manifestement les limites des pouvoirs de l'administration et porte atteinte au droit de propriété ou aux libertés. Par la suite, l'histoire du concept sera « sinusoïdale, coupée de vagues et de longs sommeils »¹³⁶⁸. Alternant phases de repos et périodes d'intense activité, la théorie de la voie de fait connaîtra son heure de gloire dans l'immédiat après-guerre à la faveur du contentieux des réquisitions.

325. Pour caractériser une voie de fait, la jurisprudence exige, tout d'abord, que l'administration ait porté une atteinte grave à une liberté fondamentale ou au droit de propriété. Ensuite, il est nécessaire que l'administration soit sortie de la voie « de droit », la voie légale, qui s'oppose à la voie « de fait ». On distingue à cet égard, selon une classification qui remonte à Maurice Hauriou, deux catégories de voie de fait¹³⁶⁹. La première variante, la voie de fait « par manque de procédure » est constituée lorsque l'administration procède à l'exécution forcée d'une décision, même régulière, sans que les conditions requises à cette fin ne soient réunies¹³⁷⁰. La seconde variante, la voie de fait « par manque de droit » est caractérisée lorsqu'une décision administrative, indépendamment des conditions dans lesquelles elle est exécutée, n'est manifestement pas susceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration¹³⁷¹. La première forme de

1367 L. AUCOC, concl. sur CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale*, *Lebon* p. 472, cité par S. GUILLON-COUDRAY, *op. cit.*, p. 13.

1368 J. MOREAU, « Voie de fait », Répertoire Dalloz de contentieux administratif (1993), § 2.

1369 Comme l'a rappelé M. Sainte-Rose, la notion de voie de fait correspond à « deux hypothèses bien déterminées : le recours à l'exécution forcée de la part de l'Administration dans les cas non autorisés ; la censure d'actes administratifs quasi inexistantes » (J. SAINTE-ROSE, concl. sur TC, 23 octobre 2000, *Boussadar*, *D.* 2001, p. 2334). Dans certains cas, la voie de fait résultera à la fois de la décision elle-même et de son exécution irrégulière (voir par exemple TC, 8 avril 1935, *Action française*, *Lebon* p. 1226, concl. JOSSE, *GAJA* n° 51).

1370 « Lorsque est en cause l'exécution d'office d'une décision, il doit être vérifié que cette exécution n'est à aucun titre autorisée. A défaut et serait-elle par elle-même illégale, l'exécution contestée ne saurait être qualifiée de voie de fait » (concl. J. SAINTE-ROSE, *op. cit.*, p. 2334). L'exécution d'office n'est autorisée à l'administration que dans trois cas : lorsqu'un texte législatif le prévoit, lorsque l'exécution était nécessitée par l'urgence et, enfin, lorsqu'il n'existait aucun procédé juridique susceptible d'assurer l'obéissance à la loi ou à l'acte administratif. Sur ces hypothèses, voir *GAJA* n° 11, § 2-5. Voir également les nombreux exemples cités par J.-M. AUBY *in* note sous TC, 25 novembre 1963, *Commune de Saint-Just Chaleyssin* ; *Eponx Pelé* (deux espèces), *JCP G* 1964, II, 13492.

1371 La voie de fait par manque de droit a pu être désignée en jurisprudence par des formules diverses. Il s'agit d'un acte ou d'une action ne rentrant pas dans le cercle des attributions de l'administration (TC, 13 décembre 1884, *Postes et Télégraphes*, *Lebon* p. 909 ; TC, 2 décembre 1902, *Lebon* p. 713, concl. ROMIEU) ; un pouvoir que ne possède pas l'autorité administrative (TC, 8 avril 1935, *Action française*, préc.) ; un acte manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire (TC, 4 juin 1940, *Société Schneider et compagnie*, *Lebon* p. 248 ; TC, 17 février 1947, *Consorts Perrin*, *Lebon* p. 501 ; TC, 17 mars 1949, *Société Rivoli Sébastopol*, *Lebon* p. 594 ; TC, 28 février 1952, *Sieur de Kernier*, *Lebon* p. 620) ou un acte manifestement insusceptible d'être rattaché à

voie de fait concerne l'exécution d'une décision, la seconde son contenu. L'exigence d'une atteinte portée par l'administration « en dehors de l'exercice de ses pouvoirs » n'est formulée que pour la seconde variante de voie de fait, la voie de fait par manque de droit. Si l'on pouvait nourrir quelques hésitations sur ce point à la suite de l'arrêt du Tribunal des conflits du 12 mai 1997¹³⁷², la jurisprudence postérieure à la loi du 30 juin 2000 a levé toute incertitude. Elle distingue très nettement les deux hypothèses de voie de fait, et ne formule l'exigence d'une atteinte « manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'administration » que pour la voie de fait par manque de droit¹³⁷³. Le législateur du 30 juin 2000 entendait exclure l'intervention du juge administratif dans ces deux hypothèses. Mais en pratique, la restriction instituée par la loi est dépourvue de réelle portée.

SECTION 2. UNE CONDITION DÉPOURVUE DE CONSISTANCE

326. Les auteurs affirment que le champ d'application du référé-liberté et celui de la voie de fait sont nettement différenciés et ne se recouvrent pas¹³⁷⁴. Il existerait une ré-

l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration (CE, Ass., 18 novembre 1949, *Carlier, Lebon* p. 490).

1372 Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement affirmait : « Il nous semble qu'en réalité, les deux variantes de la voie de fait supposent, *l'une comme l'autre*, que l'administration soit manifestement sortie de ses attributions » (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris, RFDA* 1997. Souligné). MM. Chauvaux et Girardot ont déclaré que dans cette décision, le Tribunal des conflits avait unifié les critères de la voie de fait en posant, pour la voie de fait par manque de procédure, le critère de l'absence manifeste de lien avec un pouvoir légal, qui n'avait été affirmé jusqu'à présent que pour la première variété de voie de fait (D. CHAUVAUX et T. GIRARDOT, chron. *AJDA* 1997, pp. 581-582).

1373 Voir TC, 23 octobre 2000, *Boussadar, Lebon* p. 775 : « Considérant qu'il n'y a voie de fait justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire que dans la mesure où l'administration *soit* a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, *soit* a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ». La formule est utilisée de manière constante (voir par exemple TC, 23 mai 2005, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française c/ Président de l'Assemblée de la Polynésie française, Lebon* p. 659, *JCP A* 2005, act. 258, obs. M.-C. ROUAULT). Dans une décision du 12 décembre 2005, le Tribunal des conflits distingue nettement les deux hypothèses, affirmant « que la lettre, qui ne constitue pas l'exécution forcée d'une décision, n'est pas non plus une mesure manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à son auteur » (TC, 12 décembre 2005, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française, Lebon* p. 659).

1374 Selon Gilles Bachelier, « la loi fait obstacle à ce que soit attrait dans son champ d'application ce qui relève de la voie de fait » (G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA* 2002, p. 261). Selon une formule reprise par de nombreux auteurs, le juge judiciaire serait compétent pour les irrégularités

partition entre les deux procédures, laquelle se présenterait ainsi : au juge judiciaire *tous* les cas de voie de fait, au juge administratif toutes les autres atteintes administratives aux libertés fondamentales (à l'exclusion, par conséquent, des atteintes ne présentant pas le caractère de voie de fait). Eu égard au partage ainsi établi, aucune juxtaposition ne serait concevable entre les deux procédures¹³⁷⁵.

327. En réalité, il semblerait que l'on ait conclu un peu hâtivement à l'incompétence du juge du référé-liberté pour connaître des cas de voie de fait. Non seulement la lettre de l'article L. 521-2 ne soustrait à sa compétence que les voies de fait par manque de droit. Mais en outre, le Conseil d'Etat a retenu une interprétation maximaliste de la formule « dans l'exercice de ses pouvoirs », si bien que la compétence du juge du référé-liberté s'étend également aux voies de fait par manque de droit.

I. L'INTERVENTION DU JUGE DES RÉFÉRÉS DANS LES HYPOTHÈSES DE VOIE DE FAIT PAR MANQUE DE PROCÉDURE

328. Les parlementaires avaient semble-t-il à l'esprit les deux variantes de voie de fait en insérant à l'article 4 du projet de loi une référence à l'atteinte commise par l'admi-

les plus graves, celles constitutives de voie de fait, le juge administratif ayant la charge de toutes les autres irrégularités. Ainsi, pour M. Faure, la voie de fait est « réservée aux hypothèses d'irrégularité maximale » (B. FAURE, « Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 10). Selon Mme Rouault, le référé-liberté concerne « des hypothèses d'illégalités graves, mais pas aussi graves que lorsque l'Administration commet une voie de fait » (M.-C. ROUAULT, « La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif », *D.* 2001, p. 401). Dans le cas de la voie de fait, « le comportement de l'administration nécessite un degré de gravité supérieur à celui qui suffit au juge du référé-liberté pour être appelé à intervenir » (A. BOURREL et J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 83). Au regard du critère de l'existence d'un pouvoir, la compétence du juge du référé-liberté serait limitée aux illégalités « ordinaires », celles du juge judiciaire « aux illégalités qu'on peut appeler extraordinaires » (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 279).

1375 L'idée d'une compétence concurrente a d'ailleurs été expressément exclue par M. Bachelier lors de la première année d'application du référé-liberté. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Mlle Mohamed*, le commissaire du gouvernement soulève la question d'une compétence concurrente des deux ordres de juridiction pour faire cesser une voie de fait. Il écarte néanmoins cette idée comme n'étant « ni possible ni opportune » (G. BACHELIER, concl. sur TC, 19 novembre 2001, *Mohamed*, *D.* 2002, p. 1449). Il affirme en premier lieu que cette solution n'est nullement possible au regard tant de la lettre de l'article L. 521-2 que de la volonté du législateur. L'article L. 521-2 limite l'intervention du juge administratif aux hypothèses dans lesquelles l'administration a agi « dans l'exercice de ses pouvoirs », ce qui, d'après le commissaire du gouvernement, exclut *a contrario* sa compétence pour les cas de voie de fait. M. Bachelier rappelle en outre, comme cela a été répété durant les travaux préparatoires, que la loi du 30 juin 2000 se veut neutre quant à la répartition des compétences. Il affirme, en second lieu, que l'idée d'une compétence concurrente est « inopportune car elle est source de confusion et finalement ne servirait pas les intérêts des justiciables » (*ibid.*).

nistration « dans l'exercice de ses pouvoirs »¹³⁷⁶. Pourtant, d'après une jurisprudence constante du Tribunal des conflits, reprise par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, l'atteinte commise par l'administration en dehors de l'exercice de ses pouvoirs ne correspond qu'à une seule variante de voie de fait : la voie de fait par manque de droit et ne recouvre pas le champ de la voie de fait par manque de procédure. Ainsi, et sans l'avoir sans doute voulu, le législateur a autorisé le juge du référé-liberté à connaître des agissements correspondant à cette première variante de voie de fait.

329. L'exécution forcée d'une décision administrative peut fort bien être irrégulière mais relever néanmoins des pouvoirs de l'administration. Par conséquent, juge administratif et juge judiciaire sont tous deux compétents pour connaître d'une mesure d'exécution forcée accomplie par l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs mais dans des conditions irrégulières. Le juge du référé-liberté s'est reconnu compétent pour en connaître dès l'ordonnance *Lidl* du 23 mars 2001¹³⁷⁷. Invoquant la circonstance que la société Lidl avait réalisé des aménagements intérieurs sur un bâtiment commercial en méconnaissance de la législation sur le permis de construire, le maire prescrit le 17 novembre 2000 l'apposition de scellés sur l'entrée principale du bâtiment.

Comme le rappelle l'ordonnance, le maire tient ce pouvoir de l'article L. 480-2 du code de l'urbanisme. En vertu du premier alinéa de cet article, dès qu'a été dressé un procès-verbal relevant l'une des infractions prévues à l'article L. 480-4, au nombre desquelles figure l'exécution de travaux en méconnaissance de la législation sur le permis de construire, le maire peut, si l'autorité judiciaire ne s'est pas encore prononcée, ordonner par arrêté motivé l'interruption des travaux. Il est spécifié que copie de cet arrêté est transmise sans délai au Ministère public. Selon le quatrième alinéa du même article, l'arrêté du maire cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe. Aux termes du sixième alinéa de l'article L. 480-2, « lorsque aucune poursuite n'a été engagée, le Procureur de la République en informe le maire qui, soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, met fin aux mesures par lui prises ». Si le septième et huitième alinéa de l'article L. 480-2 autorisent le maire à prendre toutes les mesures de coercition nécessaires, y compris « l'apposition des scellés », c'est à seule fin de permettre « l'application immédiate de la décision judiciaire ou de son arrêté ».

En l'espèce, le maire a fait une utilisation illégale de ce pouvoir ; il a recouru à cette mesure d'exécution forcée en dehors des hypothèses dans lesquelles celle-ci est autorisée. Saisi d'une plainte formée par la commune, le Procureur de la République a décidé son classement sans suite le 23 octobre 2000. Dans ces conditions, le maire ne pouvait légalement utiliser le pouvoir d'exécution forcée que lui reconnaît l'article L. 480-2 du code de l'urbanisme. Un tel agissement constitue, à n'en pas douter, une voie de fait par manque de procédure. L'administration a apposé des scellés sur un immeuble privé en dehors des hypothèses dans lesquelles cette opération est autorisée. Il s'agit en effet

1376 Le législateur n'a pas envisagé et encore moins souhaité une superposition de compétence en cas de voie de fait. M. Colcombet avait clairement indiqué que le référé-liberté ne devait avoir ni pour objet ni pour effet « de créer un chevauchement de compétences » (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 42).

1377 CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

d'un cas d'exécution forcée d'une décision administrative en dehors des hypothèses dans lesquelles une telle exécution est légale. Cela a été rappelé par les auteurs sans que quiconque n'y voit un obstacle à l'intervention du juge administratif des référés. Pour les auteurs des *Grands arrêts*, « l'apposition de scellés par un maire sur la porte principale d'un bâtiment, afin d'assurer, en dehors du texte applicable, l'exécution de son arrêté ordonnant l'interruption des travaux de construction (...) constitue une mesure d'exécution forcée pouvant être considérée comme une voie de fait selon la jurisprudence *Société immobilière de Saint-Just* »¹³⁷⁸. Commentant la même décision, le président Bonichot affirme que l'article L. 521-2 « vise, notamment, le cas de voie de fait »¹³⁷⁹. De même, le professeur Ricci souligne que le maintien des scellés malgré le classement sans suite de la plainte de la commune « est une véritable voie de fait »¹³⁸⁰.

330. La légitimité de l'intervention du juge du référé-liberté en cas de voie de fait par manque de procédure résulte de la lettre même de l'article L. 521-2. Du fait de la rédaction retenue, les parlementaires n'ont pas atteint leur objectif, qui était d'écarter l'intervention du juge administratif dans toutes les hypothèses de voie de fait. La formulation consacrée n'empêche nullement la compétence du juge des référés dans ces hypothèses. En revanche, on pouvait sérieusement penser que le texte de l'article L. 521-2 ferait obstacle à ce que le juge du référé-liberté intervienne dans des hypothèses de voie de fait par manque de droit.

II. L'INTERVENTION DU JUGE DES RÉFÉRÉS DANS LES HYPOTHÈSES DE VOIE DE FAIT PAR MANQUE DE DROIT

331. Le texte de l'article L. 521-2 semblait exclure la mise en œuvre du référé-liberté pour les agissements constitutifs de voies de fait par manque de droit. Cette hypothèse est constituée lorsque l'administration porte atteinte à une liberté en dehors de l'exercice de ses pouvoirs. Dans le référé-liberté, en revanche, l'autorité administrative agit « dans l'exercice de ses pouvoirs ». Une ligne de partage relativement nette semblait ainsi se dessiner entre les deux procédures, avec comme clé de répartition l'existence ou non d'un pouvoir légal. La voie de fait par manque de droit constitue une « usurpation de pouvoir »¹³⁸¹ ; l'administration agit en dehors de toute dévolution légale de compétence. Le référé-liberté correspond à un abus ou un excès de pouvoir ; l'administration agit illégalement mais dans l'exercice d'un pouvoir qui lui est attribué.

1378 *GAJA* n° 118, § 11.

1379 J.-C. BONICHOT, obs. sous CE, ord. 13 mars 2001, *Société Lidl*, *BJDU* 2001/2, p. 114.

1380 J.-C. RICCI, « Chronique du contentieux administratif », *RGCT* 2001/18, p. 967.

1381 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 25.

Ainsi, la restriction énoncée par la loi paraissait limiter l'intervention du juge du référé-liberté aux seuls agissements ne répondant pas aux critères de la voie de fait par manque de droit. Naturellement, le juge administratif s'est reconnu compétent pour connaître d'agissements auxquels la jurisprudence antérieure avait refusé la qualification de voie de fait par manque de droit, par exemple la délivrance ou le refus de délivrance d'une autorisation d'occupation non-conforme du domaine public¹³⁸², le refus d'apporter le concours de la force publique¹³⁸³, l'expulsion d'un ressortissant étranger¹³⁸⁴ ou le refus de délivrance d'une autorisation provisoire de séjour¹³⁸⁵. De manière audacieuse, le juge du référé-liberté s'est également reconnu la faculté d'intervenir dans les hypothèses correspondant à des voies de fait par manque de droit. Retenant une acception particulièrement extensive de la notion d'atteinte portée par l'administration « dans l'exercice de ses pouvoirs », il considère que toutes les atteintes de l'administration peuvent être considérées comme telles, et cela même en l'absence de fondement légal.

332. Dans l'ordonnance *Marcel*, le juge du référé-liberté sanctionne le retrait de documents d'identité des membres d'une famille de nationalité française en dehors de tout motif d'ordre public, donc en dehors de l'exercice de ses pouvoirs par l'administration¹³⁸⁶. Dans l'affaire *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, le maire a reconnu à tout véhicule une liberté d'accès et de stationnement sur une voie *privée*. Une telle mesure, qui n'était pas justifiée par des considérations d'ordre public, ne peut à l'évidence se rattacher à l'exercice de ses pouvoirs de police ni à aucun autre de ses pouvoirs¹³⁸⁷. Dans l'arrêt *Vast*, le juge administratif considère que le maire a agi dans l'exercice de ses pouvoirs en ordonnant l'ouverture systématique des courriers adressés à certains conseillers

1382 Incompétence de la juridiction judiciaire : voir C. LAVIALLE, « Voie de fait et domaine public », *RFDA* 2000, pp. 1041-1049, spé pp. 1042-1044. Compétence du juge du référé-liberté : CE, ord. 6 avril 2001, *Lapere et autres*, n° 232135 ; CE, ord. 16 septembre 2002, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon T.* p. 314.

1383 Incompétence de la juridiction judiciaire : Civ. 1^{ère}, 20 novembre 1963, *Chapelet c/ Socodimex, JCP G* 1964, II, 13771 ; TC, 28 février 1966, *Trésor public c/ Schourmann, Lebon* p. 826. Compétence du juge du référé-liberté : CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaur et autres, Lebon* p. 117.

1384 Incompétence de la juridiction judiciaire : TC, 3 décembre 1979, *Fentouci, Lebon* p. 579 ; TC, 17 janvier 1994, *Préfet de la région de Haute-Normandie, Préfet de la Seine-Maritime c/ Ben Ali Atia, Dr. adm.* 1994, n° 135 ; TC, 27 juin 1994, *Madaci et Youbi, GP* 1994, 2, p. 571, concl. R. ABRAHAM, note S. PETIT ; *JCP G* 1994, IV, 2033, obs. M.-C. ROUAULT. Compétence de la juridiction administrative : CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523 ; CE, ord. 10 août 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, n° 236969 ; CE, ord. 25 avril 2002, *Labhini*, n° 245547 ; CE, ord. 7 mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T.* p. 870 ; CE, ord. 4 février 2003, *Hilario*, n° 253742.

1385 Incompétence de la juridiction judiciaire : TC, 1^{er} mars 1993, *Akiana, GP* 1993, 2, panor admin. p. 164 ; TC, 23 octobre 2000, *Boussadar*, préc. Compétence du juge du référé-liberté : CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T.* p. 1132 ; CE, ord. 5 mars 2002, *Fikry, Lebon T.* p. 872 ; CE, ord. 6 juin 2003, *Benmessaoud*, n° 257429 ; CE, ord. 15 octobre 2004, *Sahi*, n° 273110.

1386 CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167. L'administration avait justifié cette mesure par la circonstance que, du fait de l'absence de mention de la filiation du requérant sur son acte de naissance, l'intéressé ne pouvait plus être regardé comme possédant la nationalité française.

1387 CE, ord. 10 septembre 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

municipaux. Dans ses conclusions, Mme Boissard indiquait que la mesure contestée « n'est pas dépourvue de *tout* lien » avec les pouvoirs que détient le maire en sa qualité de chef de service¹³⁸⁸. Mme Rouault affirme que « Cette solution est en contradiction avec la jurisprudence du Tribunal des conflits et avec les textes en vigueur »¹³⁸⁹. Dans une décision du 10 décembre 1956, le Tribunal des conflits avait considéré que l'administration agissait *en dehors* de l'exercice de ses pouvoirs en décidant de retarder l'acheminement de certains courriers¹³⁹⁰. Si le fait de retarder l'acheminement de courriers est insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration, l'ordre de procéder à son ouverture l'est davantage encore. L'acte censuré par le juge du référé-liberté en l'espèce constitue donc bien une voie de fait par manque de droit.

L'exemple le plus notable réside peut être dans l'arrêt *Abdallah* du 2 février 2004¹³⁹¹. Saisi au titre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour connaître d'une atteinte que l'administration a porté au droit de propriété sur le fondement d'un texte qui n'existe tout simplement pas. Le Conseil regarde comme illégal un agissement traditionnellement considéré comme insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration. L'affaire débute le 17 juin 1998, lorsque la collectivité de Mayotte vend à M. et Mme Abdallah une propriété foncière. Cinq ans plus tard, la collectivité de Mayotte entend exercer un « droit de reprise » sur une partie du terrain, en se prévalant d'un arrêté du 12 août 1927, pris pour l'application du décret du 28 septembre 1926 portant réglementation du domaine à Madagascar¹³⁹². Le Conseil d'Etat relève que les dispositions invoquées ont été nécessairement abrogées par l'ordonnance du 12 octobre 1992 portant code du domaine de l'Etat et des collectivités publiques, applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte, dont l'article 2 dispose que « Toutes les dispositions de nature législative, notamment celles du décret du 28 septembre 1926 portant réglementation du domaine à Madagascar, contraire à la présente ordonnance sont abrogées ». Pour le commissaire du gouvernement, l'administration agissait néanmoins dans l'exercice de ses pouvoirs car, « compte tenu de l'objectif poursuivi, la construction d'équipements sportifs destinés aux élèves d'un collège voisin, la collectivité territoriale de Mayotte pouvait demander

1388 S. BOISSARD, concl. préc., p. 780. Non souligné.

1389 M.-C. ROUAULT, note sous CE, 9 avril 2004, *Vast*, *JCP A* 2004, 1318, p. 628

1390 TC, 10 décembre 1956, *Sieurs Randon et autres*, *Lebon* p. 592, concl. GUIONIN. En l'absence de tout texte, M. Brunel, préfet de l'Yonne, avait enjoint à M. Cornevaux, receveur général des postes, de retarder l'acheminement des courriers de M. Randon (il s'agissait d'exemplaires d'une affiche critiquant l'inéligibilité des anciens parlementaires qui avaient voté les pleins pouvoirs au Maréchal Pétain en juillet 1940) jusqu'à la clôture de la période électorale. Le Tribunal des conflits relève « que les agissements reprochés aux sieurs Brunel et Cornevaux constituent une atteinte à la sécurité des correspondances postales, liberté essentielle, garantie par l'article 187 du Code pénal et que, par suite, ils ont le caractère d'une voie de fait donnant aux tribunaux judiciaires compétence pour statuer sur les conséquences dommageables de ces agissements ; qu'il suit de là que c'est à tort que le préfet a élevé le conflit ».

1391 CE, 2 février 2004, *Abdallah*, *Lebon* p. 16, *RFDA* 2004, pp. 772-777, concl. S. BOISSARD.

1392 Mis en place sous la III^e République, ce mécanisme était destiné à encourager par une politique volontariste l'installation de colons prêts à mettre en valeur et à exploiter les terres. Le droit de reprise trentenaire reconnu par le décret du 28 septembre 1926 permettait à la puissance publique de reprendre aisément le contrôle de terres qui n'auraient pas été exploitées dans des conditions satisfaisantes pour les revendre à un acquéreur plus entreprenant.

le déclenchement d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique »¹³⁹³. Ainsi, dès l'instant où un texte reconnaît, même de manière lointaine, un pouvoir à l'administration, celle-ci est présumée agir dans le cadre de ses pouvoirs. Bien que le lien entre le « droit de reprise » et la procédure d'expropriation soit pour le moins distendu, en raison notamment du caractère rudimentaire et expéditif du premier, il suffit à regarder comme satisfaite l'exigence d'une atteinte portée par l'administration « dans l'exercice de ses pouvoirs ». Peu importe que l'administration ne dispose pas d'un pouvoir finalisé lui permettant d'agir dans les circonstances de l'espèce. Alors même que l'acte en cause constitue de façon certaine une voie de fait par manque de droit¹³⁹⁴, le Conseil d'Etat se reconnaît compétent. « En tout état de cause », déclarait le commissaire du gouvernement, « quand bien même vous considérez que la décision litigieuse doit s'analyser comme une voie de fait, nous pensons qu'il conviendrait malgré tout de ne pas exclure la compétence du juge des référés-libertés sur le fondement de l'article L. 521-2, au moins pour en prononcer la suspension »¹³⁹⁵.

C'est assurément une conception large des pouvoirs appartenant à l'administration qui a été retenue par le Conseil d'Etat. On observera que les juges du premier degré adoptent la même approche compréhensive des actes et agissements relevant du cercle des attributions de l'autorité administrative¹³⁹⁶. Tout laisse à penser que le juge administratif se reconnaîtra compétent pour connaître de *tous* les agissements traditionnellement considérés comme des voies de fait par manque de droit.

333. Le référé-liberté peut ainsi être mis en œuvre alors même que l'administration ne dispose pas d'un pouvoir régulier dans les circonstances de l'espèce. Il suffit que l'autorité administrative bénéficié, même lointainement, même potentiellement d'un pouvoir, pour que l'article L. 521-2 puisse être mis en œuvre. Les justifications de cette jurisprudence se conçoivent aisément. Appliquée à la lettre, la formule de l'article L. 521-2 du code de justice administrative aurait conduit le juge à s'interdire de se porter au secours des personnes dont les libertés fondamentales sont méconnues par l'administration sans titre juridique clairement établi. Plutôt que de contraindre le requérant à une situation pénible en ouvrant une seconde instance devant le juge civil des référés, le juge administratif préfère ordonner lui-même les mesures de sauvegarde nécessaires. Dès lors qu'aucune autorité ne peut le dessaisir, c'est le Conseil d'Etat qui

1393 Concl. S. BOISSARD préc., p. 775.

1394 Cf., par comparaison, Com. 25 février 1992, *Bull. civ.* IV, n° 91 : la voie de fait est constituée lorsque l'administration des douanes procède à une saisie de marchandises en se référant à un texte non encore en vigueur.

1395 Concl. S. BOISSARD préc., p. 775. Voir également, faisant valoir des arguments juridique et d'opportunité en faveur de la compétence du juge administratif du référé-liberté dans les hypothèses de voie de fait : G. MARCHESINI, « L'application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative dans le contentieux de la voie de fait », *AJDA* 2005, pp. 1663-1671.

1396 Voir par exemple TA Montpellier, ord. 27 janvier 2005, *Gal. AJDA* 2005, pp. 1409-1412, note J. GATE. Le litige concernait l'incorporation, dans le domaine public, et en l'absence de titre de transfert de propriété, de parcelles appartenant à des personnes privées. Pour établir que l'emprise n'est pas « manifestement insusceptible d'être rattaché à un pouvoir appartenant à l'administration », le juge se fonde sur une enquête d'utilité publique réalisée cinq ans auparavant et portant notamment sur l'incorporation au domaine public de l'emprise litigieuse.

décide seul où doit s'arrêter la compétence du juge du référé-liberté. En pratique, il ne s'est jamais déclaré incompétent au motif que le litige qui lui était soumis relevait de la compétence de la juridiction judiciaire sur le fondement de la voie de fait.

Au contraire, le juge du référé-liberté peut intervenir, et intervient concrètement, dans toutes les hypothèses de voie de fait – dès lors, du moins, que le justiciable s'adresse à lui et non pas à l'autorité judiciaire. La question est de savoir si, avec une telle interprétation, des atteintes sont susceptibles d'échapper à sa compétence. On peut raisonnablement apporter une réponse négative à cette question, du fait de l'appréciation plus souple des règles de compétence juridictionnelle en matière de référés. En ce domaine, en effet, le juge peut utilement statuer dès lors que sa compétence est probable ou, tout du moins, que son incompétence n'est pas manifeste. Pour que le juge du référé-liberté décline sa compétence, il faudrait donc que l'administration ait manifestement agi en dehors de l'exercice de ses pouvoirs (ce qui, à la lumière de la conception retenue par le Conseil d'Etat, est parfaitement inenvisageable) et que l'incompétence du juge soit elle-même manifeste. Il faudrait en outre, par delà cette double exigence, que le juge consente à abandonner des litiges au motif qu'ils correspondraient à la définition classique de la voie de fait – ce qu'il n'est bien évidemment pas disposé à faire, et cela pour le plus grand bénéfice du justiciable¹³⁹⁷. Ainsi, on ne voit pas quelle affaire constituant une voie de fait pourrait échapper au juge du référé-liberté. La position du Conseil d'Etat consacre *de facto* une compétence concurrente des deux ordres de juridiction pour faire cesser les voies de fait dont se rend coupable la puissance publique.

1397 Celui-ci obtient une décision quelques jours, voire quelques heures après l'introduction de sa requête, sans avoir à recommencer l'ensemble de la procédure devant le juge judiciaire. Il évite ainsi de se heurter, le cas échéant, à une déclaration d'incompétence du juge civil des référés ou de subir un ralentissement de la procédure en raison d'un déclinatoire de compétence adressé par le préfet. Sur ces points, voir *infra*, § 555.

CONCLUSION DU TITRE II

334. Les conditions d'octroi d'une mesure sollicitée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative présentent un caractère particulièrement strict. La rigueur de leur formulation limite considérablement les possibilités d'intervention du juge du référé-liberté. Les trois séries de conditions ont fait l'objet d'appréciations différenciées par le Conseil d'Etat. Tout d'abord, l'exigence d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale a été appliquée de façon littérale par le juge. Au demeurant, elle ne lui conférait aucune latitude pour en atténuer ou en renforcer la rigueur. Ensuite, la condition d'urgence a été interprétée de façon restrictive par le juge des référés : elle s'apprécie à la lumière du délai de 48 heures qui lui est imparti pour statuer. Enfin, l'exigence que l'administration ait agi « dans l'exercice de ses pouvoirs » a été vidée de sa substance par le Conseil d'Etat. Cette condition, qui bridait le champ d'intervention du juge, a été neutralisée par l'interprétation jurisprudentielle. Le juge a ainsi limité son champ d'intervention à des situations d'urgence extrême et, dans le même temps, étendu sa sphère de compétence à tous les agissements relevant habituellement de la juridiction administrative. Par cette interprétation croisée, il a souhaité connaître d'un nombre plus élevé de mesures, et entendu limiter son intervention aux seules hypothèses d'urgence accrue. Par conséquent, le référé-liberté fondamentale ne peut être mis en œuvre que dans des situations exceptionnelles.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

335. Le référé-liberté n'est ni *une* procédure ni *la* procédure des atteintes aux libertés fondamentales. C'est une procédure visant à remédier à des situations exceptionnelles, conçue pour être mise en œuvre de façon rare et subsidiaire.

336. La présence d'une liberté fondamentale conditionne l'intervention du juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2. Le Conseil d'Etat a donné une interprétation large de cette notion et défini de façon extensive le champ d'application de cette procédure. Néanmoins, le référé-liberté reste conçu pour des situations exceptionnelles dans lesquelles l'administration porte une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale qu'il est urgent de faire cesser en 48 heures. Pour pouvoir mettre en œuvre cette procédure, il ne suffit pas d'être en présence d'une liberté fondamentale ni que celle-ci soit méconnue par l'administration. Il faut encore, car ceci n'est pas suffisant, que cette atteinte soit manifestement illégale – car toutes les atteintes aux libertés fondamentales ne sont pas illégales et encore moins manifestement illégales – et qu'elle soit grave – car toutes les atteintes aux libertés fondamentales ne sont pas graves. En outre, en guise d'ultime garde-fou, le requérant doit justifier de la nécessité pour lui d'obtenir le prononcé d'une mesure de sauvegarde dans un délai de 48 heures. Du fait de leur rigueur, les conditions de mise en œuvre de l'article L. 521-2 caractérisent non pas une situation d'atteinte à une liberté fondamentale mais une situation exceptionnelle. A l'instar des procédures exceptionnelles du déferé-liberté¹³⁹⁸ et de la

1398 Le déferé-liberté a été conçu comme « une procédure exceptionnelle » dont l'application devait être réservée « à des cas particulièrement graves » (A. RICHARD, *JO déb. AN*, CR séance 22 janvier 1982, p. 396).

voie de fait¹³⁹⁹, sa vocation consiste à sanctionner uniquement les agissements les plus graves de la puissance publique¹⁴⁰⁰. En cas de simple atteinte à une liberté, dans des conditions apparemment illégales, c'est vers la procédure du référé-suspension que le demandeur doit se tourner – à condition, bien entendu, de justifier d'une situation d'urgence. Si le référé-liberté a pour objet exclusif la protection des libertés fondamentales, ce n'est pas pour autant la seule, ni même la principale procédure d'urgence susceptibles d'assurer leur protection.

337. La subsidiarité du mécanisme s'entend non pas d'une exigence pour le requérant de devoir au préalable agir par la voie du référé-suspension sous peine d'irrecevabilité de la demande introduite sur le fondement de l'article L. 521-2. Cette subsidiarité s'entend d'une limitation de la procédure du référé-liberté aux seules hypothèses particulières en vue desquelles elle a été instituée. Le référé-suspension se révèle souvent efficace en cas d'atteinte aux libertés. On peut même affirmer que, d'un point de vue quantitatif, il représente la principale procédure de protection en urgence des libertés. Lorsqu'il s'estime victime d'une atteinte à ses libertés fondamentales et dispose d'une décision susceptible de recours, c'est d'abord vers le référé-suspension que le demandeur doit penser se diriger. Les justiciables et leurs conseils n'ont pas immédiatement intégré ce paramètre, se précipitant vers le référé-liberté à la moindre atteinte – réelle ou supposée – à une liberté fondamentale. Ils ont privilégié dans un certain nombre d'hypothèses le recours à l'article L. 521-2, alors qu'il était dans leur intérêt d'emprunter la voie de l'article L. 521-1. Ils se sont adressés au juge du référé-liberté dans des situations où ils auraient pu obtenir pleinement satisfaction, et à des conditions plus faciles, par la voie du référé-suspension. En effet, en cas de mise en cause d'une liberté fondamentale, il n'est pas de bonne stratégie de se précipiter vers le référé-liberté. Comme le déclarait le président Labetoulle, « trop de requérants et d'avocats se laissent attirer par le référé-injonction dans des cas où il serait, dans leur propre intérêt, préférable d'utiliser la voie du référé-suspension »¹⁴⁰¹. Les renvois du juge du référé-liberté vers le juge du référé-suspension signifient que c'est vers cette procédure que le requérant doit d'abord penser se diriger. Cette procédure remplit parfaitement son rôle pour obtenir la suspension d'une décision portant atteinte à une liberté fondamentale avec, le cas échéant, le prononcé d'une injonction.

1399 La voie de fait concerne des agissements particulièrement graves, au point que l'acte administratif en est considéré comme « dénature » (voir *infra*, §§ 539-540).

1400 Le référé-liberté est une procédure plus facile à mettre en œuvre que le référé-liberté car la mesure de suspension est prononcée lorsque le juge éprouve un doute sérieux sur la légalité d'un acte de nature à compromettre l'exercice d'une liberté. En revanche, il est difficile d'apporter une réponse tranchée quant au caractère plus exigeant ou moins exigeant du référé-liberté par rapport à la procédure de la voie de fait. D'un côté, celle-ci ne peut être caractérisée – encore cela ne concerne-t-il que les voies de fait par manque de droit – que lorsque l'administration a agi en dehors de l'exercice de ses pouvoirs, condition restrictive qui n'est pas formulée dans le cadre du référé-liberté. D'un autre côté, le référé-liberté est soumis à une condition – l'urgence – dont la voie de fait est dispensée. Sur le second point, la procédure de la voie de fait est moins exigeante ; sur le premier, elle l'est davantage.

1401 D. LABETOULLE, « L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003 », *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1, p. 7.

« Dans bien des cas, l'agissement administratif incriminé prend la forme d'une décision, implicite ou explicite, et les chances de succès du requérant paraissent plus assurées par la voie du référé-suspension que par celle du référé-liberté »¹⁴⁰². Lorsqu'il existe une décision concernant une liberté fondamentale, le requérant a le choix entre deux solutions. La voie la plus simple est celle du référé-suspension : le requérant doit justifier d'une urgence et faire état d'un moyen propre à créer un doute sérieux ; cela suffit pour obtenir la suspension de son exécution¹⁴⁰³. La voie la plus difficile est celle du référé-liberté : si le requérant opte pour l'article L. 521-2, « il s'engage sur une voie beaucoup plus périlleuse et en tous cas plus difficile au regard de l'objectif poursuivi »¹⁴⁰⁴. C'est le cas, par exemple, dans l'affaire *Philippart et Lesage*. Les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 avaient été rejetées faute d'atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale¹⁴⁰⁵. Suite à la saisine du juge du référé-suspension, par une requête enregistrée le 15 février 2001, la Section du contentieux a accordé, au titre de l'article L. 521-1, la mesure d'injonction initialement demandée au titre de l'article L. 521-2¹⁴⁰⁶. S'agissant d'un recours contre une décision de refus, la suspension se traduit en fait par une injonction, le juge des référés indiquant à l'administration les obligations qui découlent pour elle de sa décision. De même, dans l'affaire *Commune de Venelles*, les requérants contestaient une décision du maire refusant l'inscription d'une question à l'ordre du jour et la convocation du conseil municipal pour en débattre. La demande présentée au titre de l'article L. 521-2 n'avait pas abouti, faute d'atteinte à une liberté fondamentale¹⁴⁰⁷. Suivant les préconisations du commissaire du gouvernement et l'invitation de la Section du contentieux, les requérants présentèrent une nouvelle demande sur le fondement cette fois de l'article L. 521-1 et obtinrent satisfaction¹⁴⁰⁸. Un exemple particulièrement significatif est également fourni par la longue marche contentieuse du restaurant La Cour des miracles contre le refus du maire de Collioure d'autoriser l'installation d'une terrasse sur le domaine public durant la saison estivale. Les demandes successivement présentées au juge du référé-liberté furent toutes rejetées, faute d'atteinte à une liberté fondamentale¹⁴⁰⁹ ou d'urgence¹⁴¹⁰. Le demandeur aura finalement l'idée, après presque un an de procédure et une saison touristique perdue, de présenter une demande sur le fondement de l'article L. 521-1. Le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier lui donna satisfaction par une ordonnance du 2 juillet 2003 et prononça l'injonction demandée.

1402 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, AJDA 2001, p. 1056.

1403 Voir par exemple, s'agissant d'une atteinte à la liberté syndicale, CE, 31 août 2001, *Fédération CFTC Santé-sociaux et autres*, *Lebon T.* p. 1104.

1404 G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA* 2002, p. 268.

1405 CE, ord. 9 février 2001, *Philippart et Lesage*, n° 230112.

1406 CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage*, *Lebon* p. 112.

1407 CE, Sect., 18 janvier 2001, Morbelli, maire de la Commune de Venelles, *Lebon* p. 18.

1408 CE, 5 mars 2001, *Saez*, *Lebon* p. 117, *Coll. ter.* Juillet 2001, pp. 4-6, concl. L. TOUVET.

1409 CE, ord. 16 septembre 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T.* p. 314.

1410 CE, ord. 19 mars 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, n° 255191.

L'ordonnance a été confirmée par un jugement au fond en date du 20 janvier 2004 devenu définitif¹⁴¹¹.

Il a fallu attendre plusieurs années avant que les justiciables et leurs conseils intègrent le caractère exceptionnel du référé-liberté et le niveau d'exigence très élevé de cette procédure. Durant les premières années, nombre de demandes ne relevaient manifestement pas de l'office de ce juge. Un changement est néanmoins en train de s'amorcer¹⁴¹² ; les statistiques en attestent : le contentieux du référé-liberté s'est stabilisé et a même légèrement diminué alors que le reste du contentieux continue sa croissance, aussi bien au fond qu'en référé.

338. Du fait de la rigueur des conditions d'octroi, le référé-liberté aboutit très rarement à un succès. Rares sont les demandeurs qui justifient d'une situation exceptionnelle permettant la mise en œuvre de cette procédure. En moyenne, les conditions d'octroi énoncées par l'article L. 521-2 ne sont satisfaites que dans 5 % des cas¹⁴¹³. Ces chiffres peuvent être comparés à ceux du recours constitutionnel allemand et du recours d'*amparo* espagnol. Pour l'année 1999, le taux de réussite était de 2,6 % en Allemagne¹⁴¹⁴ et 4 % en Espagne¹⁴¹⁵.

Dans la mesure où les conditions d'octroi du référé-liberté se trouvent très rarement satisfaites, l'introduction d'une demande sur ce fondement n'est presque jamais couronnée de succès. Seule une infime proportion des requérants obtiennent satisfaction par ce biais. Eu égard à la faible proportion des requêtes remplissant les conditions de mise en œuvre de l'article L. 521-2, il convient de s'interroger sur l'utilité même de cette procédure. Ne doit-on pas conclure à l'inutilité pratique de cette voie de droit en raison du faible nombre d'application positive de celle-ci dans la jurisprudence administrative ? On serait tenté d'aboutir à une telle conclusion au regard du faible nombre d'affaires dans lesquelles le référé-liberté est engagé avec succès. Néanmoins, ce serait là méconnaître la philosophie de cette procédure. En effet, les conditions d'octroi ne sont pas banales et n'ont pas vocation à être satisfaites fréquemment. La procédure du référé-liberté serait inutile si elle ne servait *jamais*. Mais en réalité, elle sert *rarement*. Et c'est justement là sa vocation. Les situations pour lesquelles elle peut être mise en œuvre sont graves et ne se rencontrent en pratique que de façon très exceptionnelle. Lorsqu'une telle situation se présente, le référé-liberté garantit alors aux justiciables une intervention rapide et efficace à la hauteur de la gravité de la situation. Pour ré-

1411 Cf. F. LICHERE, Note sous TA Montpellier, ord. 2 juillet 2003, *EURL La Cour des miracles*, LPA 8 novembre 2004, n° 223, pp. 8-10.

1412 De façon caractéristique, il est arrivé qu'un requérant engage un référé-liberté puis, avant même que le juge statue, se ravise en indiquant son intention de le saisir ultérieurement sur le fondement de l'article L. 521-1 (voir CE, ord. 31 janvier 2005, *Ferreira Nobre*, n° 277028).

1413 Néanmoins, si l'on intègre les satisfactions révélées par un désistement ou un non-lieu à statuer, le nombre de cas dans lesquels le demandeur obtient satisfaction atteint le taux de 10 %. Voir *infra*, § 466.

1414 Cf. A. DITTMANN, « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC n° 10, 2001, p. 77.

1415 Cf. C. RUIZ MIGUEL, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC n° 10, 2001, p. 96.

pondre à des situations exceptionnelles, le législateur a prévu une procédure elle-même exceptionnelle¹⁴¹⁶.

1416 Cette relation n'a d'ailleurs rien que de très classique. On observe en effet, de manière générale, que la gravité d'une situation commande et justifie de déroger aux règles habituelles. Dans les sociétés humaines, c'est en dérogeant à la normalité que l'on répond aux situations les plus graves.



PARTIE II

**UNE PROTECTION
JURIDICTIONNELLE
RAPIDE ET EFFICACE**

(...) la situation était grave,
mais qu'est-ce que cela prouvait ?
Cela prouvait qu'il fallait des mesures
encore plus exceptionnelles

339. Dans le domaine des libertés, l'efficacité d'une procédure se mesure à l'immédiateté et à la vigueur de la réaction juridictionnelle. Comme l'a indiqué Jean Rivero, « La protection des libertés n'est efficace que si elle en assure l'exercice effectif, soit par la prévention des menaces qui pèsent sur elles, soit, si l'atteinte a été portée, en rétablissant d'urgence la liberté qu'elle a frappée »¹⁴¹⁸. Dans ce domaine, « La protection effective est celle qui, sitôt l'atteinte commise, réussit à en arrêter les effets, et à rétablir dans ses droits celui auquel on les a ôtés »¹⁴¹⁹. Aussi, lorsqu'une personne se trouve victime d'une atteinte grave et manifestement illégale à ses libertés fondamentales, le législateur a voulu qu'un juge puisse intervenir très rapidement pour y mettre fin. C'est au regard de cet unique objectif qu'a été défini l'ensemble du régime procédural du référé-liberté¹⁴²⁰. La finalité de l'article L. 521-2 étant de « faire cesser très rapidement les situations attentatoires aux libertés fondamentales »¹⁴²¹, son régime est tout entier tourné vers le sauvegarde immédiate des personnes victimes d'agissements liberticides.

1417 A. CAMUS, *La Peste*, 1947, éd. Gallimard, coll. Folio, 1972, p. 146.

1418 J. RIVERO, « Dualité de juridictions et protection des libertés », *RFDA* 1990, p. 736.

1419 J. RIVERO, Préface de la thèse de S. TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, p. XV.

1420 Le terme procédure est ici entendu au sens large. Il désigne, conformément à l'étymologie du mot (*procedere*, « aller de l'avant »), la marche du début de l'instance à la fin de l'instance. Sont ainsi concernés l'introduction, l'instruction et le jugement des recours, les pouvoirs du juge et les voies de recours ouvertes contre ses décisions.

1421 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 49.

Cette recherche d'efficacité a justifié de déroger aux principes les mieux établis du contentieux administratif en ce qui concerne notamment la saisine du juge, les conditions de son intervention et les pouvoirs qui lui sont dévolus. Eu égard à la gravité des agissements incriminés, il a paru nécessaire de déroger à des règles qui, justifiées dans d'autres domaines, compromettraient ici la protection des libertés¹⁴²². Le résultat est une procédure atypique, qui échappe à bien des égards aux classifications traditionnelles¹⁴²³. La question de l'efficacité de la procédure et celle de sa nature sont d'ailleurs étroitement liées. C'est, en effet, parce qu'elle vise à l'efficacité optimale, pour remédier immédiatement à une situation inacceptable, que la procédure du référé-liberté présente une nature si particulière. L'originalité du mécanisme est une conséquence de l'objectif poursuivi lors de son instauration. C'est l'importance des droits et libertés en cause et, plus encore – car la présence d'une liberté fondamentale ne suffit pas, à elle seule, à fonder une dérogation aux principes classiques du contentieux – la gravité de la situation qui justifient l'adaptation des mécanismes procéduraux traditionnels et le renforcement du niveau de protection.

340. Les dispositions régissant la procédure du référé-liberté figurent dans les deux premiers titres du livre V du code de justice administrative. En revanche, le Conseil d'Etat a exclu d'appliquer à cette procédure l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le référé-liberté est soumis pour partie aux règles générales applicables à tout référé d'urgence, pour partie à des règles qui lui sont spécifiques, les adaptations dont il bénéficie étant justifiées par la finalité particulière de cette procédure. Le référé-liberté est d'abord régi, en raison de sa nature même, par les règles d'ordre procédural applicables à tout référé d'urgence, ce qui inclut, naturellement, celles applicables à tout référé¹⁴²⁴. Pour la définition de ces règles, l'option retenue par les rédacteurs du texte a consisté à prendre comme modèle le référé civil, dont la procédure « est raisonnablement simple, rapide et exempte de formalisme excessif »¹⁴²⁵, et à en adapter les principes aux spécificités du contentieux administratif. Cette façon de procéder n'a rien d'inhabituelle, dans la mesure où le droit judiciaire privé a toujours constitué une source d'inspiration

1422 Cette démarche reposait sur un précédent. En effet, en instituant la procédure du déferé-liberté, le législateur avait confirmé « la nécessité de soustraire au droit commun du contentieux administratif et aux lenteurs qu'il peut entraîner la protection des libertés » (J. RIVERO, « Dualité de juridictions et protection des libertés », *RFDA* 1990, p. 737).

1423 Les particularités affirmées du référé-liberté justifieront une réflexion transversale sur la nature de la procédure mise en place. Le questionnement portera essentiellement sur le type de procédure dont il relève et la détermination de la catégorie à laquelle il se rattache au sein de la structure du contentieux administratif et des grandes classifications du droit processuel.

1424 Les règles applicables à tout référé sont peu développées dans le code de justice administrative puisque sa partie législative ne leur consacre que deux dispositions (articles L. 511-1 et L. 511-2), et sa partie réglementaire ne contient aucun article. Les règles concernant spécifiquement les référés d'urgence figurent dans le titre II du livre V. Voir M. COURTIN, « Référés en urgence », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 1093 (8, 2003).

1425 P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} éd., Litec, 1998, p. 49.

privilegiée pour l'élaboration des règles du contentieux administratif¹⁴²⁶, notamment dans le domaine des référés¹⁴²⁷. Toutefois, les règles de la procédure civile ne pouvaient être transposées telles quelles au procès administratif, du fait des différences qui existent quant « à la nature des litiges portés devant les deux ordres de juridictions et à la façon dont ils se nouent au plan contentieux »¹⁴²⁸. Ces spécificités ont justifié certaines adaptations jugées nécessaires¹⁴²⁹. Par delà ce « droit commun » des référés d'urgence, des règles spécifiques ont été prévues pour le référé-liberté. Ces règles particulières ont été définies en considération de la finalité particulière du référé-liberté : faire cesser très rapidement les situations d'atteintes graves aux libertés fondamentales. Ont ainsi été ajoutés les éléments permettant de faciliter et d'accélérer l'introduction, l'instruction et le jugement des demandes. En outre, le référé-liberté se différencie des autres référés d'urgence au niveau des voies de recours ouvertes contre la décision du premier juge. Du point de vue des règles procédurales, le référé-liberté est ainsi doublement dérogatoire. Il l'est tout d'abord en tant que procédure juridictionnelle, du fait de son

1426 Voir B. PACTEAU, « Dualité de juridictions et dualité de procédures », *RFDA* 1990, pp. 66-70 ; R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE* n° 29, 1977-1978, pp. 11-65 ; F. MELLERAY, « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloque des 11 et 12 décembre 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, pp. 277-310. Le commissaire du gouvernement Kahn affirmait que « lorsqu'il s'agit d'une technique éprouvée par des siècles de pratique judiciaire », le Conseil d'Etat n'en méconnaît « pas les principes pour la seule satisfaction d'affirmer une indépendance que nul au demeurant ne songe à contester » (concl. KAHN sur CE, Sect., 13 mai 1970, *Lebon* p. 334).

1427 Le référé civil représente depuis son introduction dans la procédure administrative contentieuse une référence obligée pour le Conseil d'Etat. Lorsque sa mise en œuvre soulève une difficulté inédite devant la juridiction administrative, les commissaires du gouvernement se tournent vers le droit judiciaire privé pour y puiser des éléments de réponse. Comme l'affirmait M. Chardeau, « dans ce domaine nouveau que constitue, pour les juridictions administratives, l'utilisation du référé, il est préférable de s'aligner sur l'expérience plus grande des judiciaires » (J. CHARDEAU, concl. sur CE, Sect., 13 juillet 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction cl Piéton-Guibout*, *AJDA* 1956, II, p. 322). De même, M. Lasry déclarait que « dans ce domaine nouveau que constitue pour les juridictions administratives la procédure de référé, nul doute que votre jurisprudence naissante doive s'aligner autant que possible sur celle qui est le fruit d'une expérience plus grande des tribunaux judiciaires » (concl. sur CE, 15 juillet 1957, *Ville de Royan*, *RDP* 1958, p. 109). Les commissaires du gouvernement se sont explicitement appuyés sur le droit judiciaire privé pour déterminer la nature du juge des référés – émanation du tribunal, et non pas juridiction distincte (concl. CHARDEAU préc. ; concl. LASRY préc.), définir les notions d'« urgence », de « contestation sérieuse » ou de « préjudice au principal » (concl. GREVISSE sur CE, Sect., 14 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, *AJDA* 1958, II, pp. 186-190) ou encore reconnaître au juge des référés la possibilité de revenir sur sa décision initiale en cas de circonstances nouvelles (concl. M. LONG sur CE, Sect., 12 octobre 1956, *Saporta*, *AJDA* 1956, II, pp. 410-412).

1428 « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *RFDA* 2000, p. 953. L'instance devant le juge civil des référés constitue bien souvent la première confrontation de revendications antagonistes exprimées par des personnes privées agissant l'une comme l'autre dans le cadre de l'autonomie des volontés. Le contentieux administratif, quant à lui, ne voit pas s'affronter deux intérêts privés mais porte sur des décisions prises dans un objectif d'intérêt général et bénéficiant d'une présomption de légalité. L'acte ou l'agissement administratif traduit soit l'émanation d'une prérogative de puissance publique, soit la réponse à une démarche préalable de l'administré apportée par l'autorité publique dans le cadre d'une procédure déterminée par la loi.

1429 Si l'objectif de la loi était « de conférer au juge administratif statuant en urgence une efficacité comparable à celle du juge civil des référés », l'exposé des motifs précisait que cette transposition devait se faire « en tenant compte des spécificités du contentieux administratif ».

appartenance à la catégorie des référés. A ce titre, il bénéficie d'un régime dérogatoire au droit commun des procédures contentieuses justifié par la prise en compte de l'urgence¹⁴³⁰. Ensuite, il est dérogatoire au sein de la catégorie des référés, du fait des règles particulières qui sont les siennes et qui le distinguent des autres référés.

Dans l'arrêt *Casanovas* du 28 février 2001, le Conseil d'Etat a jugé que les prévisions des articles 6-1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme n'étaient pas applicables au référé-liberté. En l'espèce, le requérant contestait la conventionnalité de la procédure de tri régie par les articles L. 522-3 et L. 523-1 du code de justice administrative. La Section affirme que ces dispositions, « eu égard au caractère provisoire des mesures que peut prendre le juge des référés, ne sont pas incompatibles avec les stipulations » invoquées¹⁴³¹. Ainsi, pour le Conseil, les procédures de référé ne rentrent pas dans le champ d'application de ces dispositions en raison du caractère provisoire des mesures prises par le juge. Cette solution paraît conforme à une jurisprudence administrative et européenne constante, qui lie l'application de ces stipulations au caractère définitif des mesures prescrites¹⁴³². Ce considérant repose sur le libellé de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, au terme duquel « Le juge des référés statue par des mesures provisoires ». La solution retenue et la motivation qui la soutient ne soulèvent pas de difficultés en ce qui concerne le référé-suspension et le référé-conservatoire. En effet, les mesures prises sur le fondement des articles L. 521-1 et L. 521-3 présentent indéniablement un caractère provisoire et ne touchent en rien le fond du droit. En revanche, son application au référé-liberté peut être discutée¹⁴³³.

1430 Voir, sous l'état du droit antérieur, distinguant la « procédure particulière » du référé et « la procédure ordinaire devant les tribunaux administratifs » : CE, 19 avril 1972, *Département de la Haute-Loire, Lebon* p. 297.

1431 CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108 ; formule reprise notamment dans CE, 19 octobre 2001, *SCI du Clos*, n° 234090. Pour une motivation déclarant expressément inopérant le moyen tiré de la violation des dispositions conventionnelles, voir CE, 29 octobre 2003, *Commune du Ferré*, n° 257586 : « Considérant qu'eu égard à la nature provisoire des mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge des référés, l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas applicable à la procédure litigieuse ; que le moyen tiré de sa violation doit être écarté ».

1432 Les garanties de l'article 6 ont vocation à s'appliquer à un tribunal qui tranche une « contestation ». Le fait de trancher le litige se manifeste par la résolution de la contestation source du procès. S'en trouvent par conséquent exclues les procédures non décisives, c'est-à-dire celles qui ne tendent pas directement à faire décider de la contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil. Selon la Cour de Strasbourg, l'article 6-1 « n'est pas applicable à une procédure de caractère conservatoire tendant à une ordonnance de référé. Ces procédures visent en effet à régir une situation temporaire en attendant qu'il soit statué au principal, et ne tendent donc pas à une décision sur des droits et obligations de caractère civil » (CEDH, *Carreira c/ Portugal*, n° 41237/98. Non souligné). Sous l'état du droit antérieur, le Conseil d'Etat avait considéré, conformément à la jurisprudence européenne (voir les références citées en B. LE BAUT-FERRARESE, « Les procédures d'urgence et le langage du droit », *RFDA* 2002, p. 312, note 197), que les procédures du référé et du sursis à exécution échappaient au champ de l'article 6-1 (voir respectivement CE, 11 mars 1996, *SCI du domaine des Figuières, Lebon* p. 71 ; et CE, 14 décembre 1992, *Lanson, Lebon T.* p. 1217, *RFDA* 1993, p. 791, concl. S. LASVI-GNES). Avec l'arrêt *Casanovas*, le Conseil transpose cette solution aux référés d'urgence institués par la loi du 30 juin 2000.

1433 En premier lieu le juge du référé-liberté tranche une question de droit. Il statue sur le fond du droit. Alors que le juge de l'excès de pouvoir censure des illégalités « ordinaires », c'est-à-dire qui peuvent être grossières ou évidentes mais qui ne le sont pas nécessairement, le juge du référé-liberté ne sanc-

341. Par les dispositions de l'article L. 521-2, « le législateur a entendu que le juge des référés puisse mettre très rapidement un terme à une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale affectant la situation de celle-ci ou les intérêts qu'elle a pour objet de défendre »¹⁴³⁴. Pour pouvoir intervenir *très rapidement*, soit dès que l'atteinte se produit, la loi a conféré au juge une possibilité d'intervention immédiate. Pour que le juge soit en mesure de *mettre un terme* à cette situation, il a été doté de pouvoirs étendus qui confèrent une grande efficacité à son intervention. La procédure mise en place, axée sur la célérité et la recherche de l'efficacité, permet ainsi à la victime d'une atteinte d'obtenir très rapidement la cessation de l'agissement incriminé.

tionne pour sa part que des illégalités « manifestes ». Il se prononce sur le fond du droit ; il apprécie, au fond, la légalité d'un acte ou d'un agissement administratif (sur ce point, voir *supra*, §§ 277-279). En second lieu, l'intervention du juge du référé-liberté est déterminante pour des droits et obligations de caractère civil. Le juge de l'article L. 521-2 ne se contente pas d'aménager provisoirement la situation des parties dans l'attente d'un jugement au fond. Il constitue par lui-même un recours autonome, indifférent à et en tout cas non conditionné par l'exercice éventuel d'un recours au fond. Les mesures prescrites par lui présentent un caractère pérenne (voir *infra*, § 502 et s.). Or, la jurisprudence européenne considère que les mesures d'urgence qui permettent de régler le litige au fond sont directement déterminantes pour les droits de caractère civil au sens de l'article 6 de la Convention (voir CEDH, 28 juin 1978, *König c/ Allemagne*, *Cahiers de droit européen* 1979, p. 474, note G. COHEN-JONATHAN). Cette disposition leur est par conséquent, applicable, comme en a jugé le Conseil d'Etat pour le référé-précontractuel (CE, Ass. 10 juin 1994, Commune de Cabourg, *Lebon* p. 301, concl. S. LASVIGNES) et le référé audiovisuel (CE, 25 novembre 1994, *Société « La Cinq »*, *Lebon* p. 511). Il serait donc envisageable de réserver, au sein des référés d'urgence, un sort différent au référé-liberté et de le soumettre, à l'instar du référé précontractuel et du référé audiovisuel, aux dispositions de l'article 6-1.

¹⁴³⁴ CE, ord. 12 novembre 2005, *Association SOS racisme – touche pas à mon pote*, *Lebon* p. 496 ; CE, ord. 4 avril 2006, *Bidalou*, n° 291948.



TITRE I

UNE POSSIBILITÉ

D'INTERVENTION IMMÉDIATE

342. « Pour être efficaces, les moyens de défendre les libertés publiques doivent être faciles, rapides, bon marché »¹⁴³⁵. Cette phrase, souvent citée, de Gaston Jèze concerne la notion de liberté publique. Néanmoins, elle peut tout aussi bien s'appliquer aux hypothèses d'atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales visées par l'article L. 521-2. En effet, en cette hypothèse, c'est également de la facilité de saisine du juge et de la rapidité de sa réaction que dépend avant tout l'utilité de son intervention. Lorsque le demandeur invoque les dispositions de l'article L. 521-2 et, par conséquent, allègue l'existence d'une telle atteinte, la loi organise à son profit un accès facilité à la justice et le prononcé très rapide d'une décision. Il en résulte une souplesse procédurale au niveau de l'engagement du recours et une extrême célérité au niveau du prononcé du jugement : l'instruction et le jugement des demandes sont organisés dans les jours, voire les heures qui suivent l'enregistrement de la requête. En dérogeant aux règles procédurales ordinaires dans le sens de la simplification et de l'allègement, le référé-liberté donne aux justiciables le moyen d'obtenir une décision rapide, dans des conditions peu contraignantes et peu coûteuses.

1435 G. JEZE, « Rapport à l'Institut international de droit public », *Annuaire de l'Institut*, 1929, p. 176.

Chapitre 1

Un juge accessible

343. Le législateur a voulu faire du référé-liberté un recours aisément accessible sur le plan procédural. Lorsqu'une personne allègue être victime d'une atteinte grave et manifestement illégale à ses libertés fondamentales, les règles classiques de la procédure administrative contentieuse susceptibles de faire obstacle à l'exercice d'une action en dissuadant, ralentissant ou empêchant le requérant d'agir ont été écartées ou aménagées. Aussi les règles de compétence et de recevabilité ont-elles été définies en vue de faciliter l'engagement du recours. Il en résulte, d'une part, que le juge du référé-liberté est un juge aisément accessible car proche des requérants. Il s'ensuit, d'autre part, que l'introduction de la requête obéit à des règles de recevabilité assouplies. De la sorte, le justiciable dispose d'un accès facilité, et par conséquent accéléré, au juge du référé-liberté. La personne qui s'estime victime d'une atteinte grave à ses libertés fondamentales a la possibilité d'accéder très rapidement à ce juge pour exposer sa situation et faire valoir ses prétentions.

SECTION 1. UN JUGE PROCHE DU REQUÉRANT

344. Le professeur Drago a affirmé qu'« en matière de recours portant sur l'atteinte à un droit fondamental », la procédure « doit d'abord permettre l'accès à un juge proche du citoyen, du justiciable »¹⁴³⁶. Le législateur du 30 juin 2000 a précisément retenu

¹⁴³⁶ G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *Dr. adm.* 2004, Etudes n° 11, p. 10.

cette option en attribuant ce contentieux à la juridiction administrative. La demande en référé-liberté est portée devant un juge administratif géographiquement proche du requérant.

I. UN JUGE ADMINISTRATIF

345. Le référé-liberté relève de la compétence de la juridiction administrative. Seuls les litiges entrant dans la compétence habituelle de cet ordre de juridiction sont justiciables de la procédure de l'article L. 521-2.

A. L'intérêt d'un juge administratif

346. Pour le requérant, la compétence du juge administratif signifie, en premier lieu, l'intervention d'un organe juridictionnel. Le demandeur bénéficie de l'assurance que sa plainte sera examinée avec toutes les garanties qui s'attachent à l'intervention d'un organe de cette nature. En effet, si certains mécanismes non juridictionnels comme le Médiateur de la République peuvent, dans certaines circonstances, ne pas être dépourvus d'efficacité dans le domaine des libertés¹⁴³⁷, aucun de ceux-ci n'offre de garanties équivalentes à un recours juridictionnel¹⁴³⁸. « Le progrès s'est toujours fait, au cours de l'histoire, dans le sens du non juridictionnel vers le juridictionnel. Les protections ont d'abord été non juridictionnelles, puis ont acquis progressivement un caractère juridictionnel. Le contrôle juridictionnel apparaît, dans une perspective historique, comme plus efficace et plus sûr que le contrôle non juridictionnel »¹⁴³⁹. Cette forme de contrôle constitue en effet « l'aboutissement d'un mouvement tendant à mieux soumettre l'administration au respect du droit »¹⁴⁴⁰. Aucune technique non juridictionnelle de

1437 Sur ces mécanismes, voir P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2002, p. 190 et s. Voir également B. DELAUNEY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. BDP, t. 172, 1993, III^e partie.

1438 Ceci explique pourquoi la vogue du non juridictionnel aura été, en France, de courte durée. Le phénomène s'est développé dans les années 1970 et 1980 à la faveur de l'introduction de techniques inédites et alternatives de protection des libertés inspirées du modèle de l'*Ombudsman* scandinave. Néanmoins, l'engouement pour ces formes nouvelles de contrôle participait « un peu de la mode » (C. DEBBASCH, Introduction du colloque « Contrôle juridictionnel et nouvelles protections », *AEAP* 1983/VI, p. 12) et est en pratique rapidement retombé. Pour une présentation du phénomène, voir J. WALINE, « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *RDP* 1984, pp. 1327-1349 ; J.-C. HELIN, « La protection du citoyen contre l'administration. Réflexions sur l'évolution contemporaine des voies de la protection », *LPA* 23 novembre 1990, n° 141, pp. 9-17.

1439 J.-M. PONTIER, « Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en France », *AEAP* 1983/VI, p. 60.

1440 C. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 11. Le perfectionnement a, tout d'abord, consisté à passer d'un contrôle administratif interne à l'administration, c'est-à-dire d'un contrôle exercé par l'administration sur elle-même à un contrôle confié à un organe extérieur à l'administration. L'évolution a consisté ensuite à passer de la justice retenue où le juge n'émet qu'un avis à l'intention de l'exécutif, à la justice déléguée c'est-à-dire à la remise à un juge du pouvoir de trancher en dernier ressort. Enfin, le juge a affiné ses

protection ne peut évaluer ni remplacer l'intervention d'un juge. Dans un Etat de droit, il demeure « un défenseur inespéré et irremplaçable de nos libertés »¹⁴⁴¹.

La supériorité du juge en ce domaine procède non pas des qualités personnelles des hommes exerçant ces fonctions, mais de la nature même de cette institution qu'est le tribunal. Comme l'a fait remarquer M. Fleiner, « Un juge n'est reconnu qu'en motivant ses arrêts de manière rationnelle, autrement dit de manière compréhensible pour des tiers. Avec l'impartialité qui lui incombe, il doit décider lesquels des arguments avancés par les parties vont le convaincre »¹⁴⁴². Il règle objectivement et selon le droit applicable le litige qui lui est soumis, et en impose le respect grâce à la force exécutoire qui s'attache à ses décisions. De toute évidence, « un recours n'offre nulle part plus de garanties que devant un organe proprement et strictement juridictionnel »¹⁴⁴³.

347. La compétence de la juridiction administrative offre, en deuxième lieu, l'avantage d'un juge qui, par sa connaissance de l'administration, est mieux à même de détecter lorsque celle-ci s'est mal comportée. Si, comme le faisait remarquer le doyen Vedel, le problème est « de déterminer le juge qui, techniquement, sera le plus apte à résoudre les problèmes contentieux de telle ou telle nature »¹⁴⁴⁴, il est avéré que le juge administratif est mieux placé que le juge judiciaire pour régler les litiges nés du fonctionnement de la machine administrative. Il « est, techniquement, mieux armé que ce dernier pour apprécier correctement la pertinence et la régularité juridiques des comportements administratifs »¹⁴⁴⁵. Les magistrats de l'ordre judiciaire en conviennent d'ailleurs fort bien. Ainsi, M. de Lacoste, conseiller à la Cour de cassation, déclarait que « lorsqu'il s'agit de juger l'administration, les juges administratifs sont (...) infiniment mieux équipés que les juges de l'ordre judiciaire »¹⁴⁴⁶. Ce degré de compétence supérieur, le juge administratif le doit à sa formation et à sa pratique. Il « a, par sa formation et par son activité professionnelle, une possibilité de connaissance plus évidente que le juge judiciaire de l'organisation et du fonctionnement des institutions publiques et donc de ce qui peut être regardé comme « normal » ou au contraire « anor-

techniques de contrôle : d'un contrôle purement extérieur de l'action administrative, on est passé à un contrôle de légalité interne.

1441 J.-P. COSTA, « Le juge et les libertés », *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 87.

1442 T. FLEINER, « Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, p. 239.

1443 P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, p. 75. Dans le même sens, le doyen Favoreu faisait remarquer que « La protection des droits de l'homme n'est véritablement assurée que si elle est confiée à des juridictions » (L. FAVOREU, « Quelques considérations sur les droits de l'homme », in *Separata del libro. Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 675). Voir également N. BACCOUCHE, « La justice comme nécessaire garant des libertés », in *Justice et démocratie. Entretiens d'Aguesseau*, colloque Limoges, 21-22 novembre 2002, Pulim, 2003, pp. 171-188.

1444 G. VEDEL, *Droit administratif*, 2^{ème} éd., PUF, 1960, p. 67.

1445 J.-C. RICCI, « Feu sur la voie de fait ? », *RRJ* 1998/1, p. 11.

1446 O. de LACOSTE, Intervention au débat in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.), Economica 1991, p. 214.

mal » dans leur comportement »¹⁴⁴⁷. Le juge administratif « se trouve naturellement un meilleur connaisseur des mécanismes institutionnels ou procéduraux et des pratiques de l'administration, qui s'avèrent beaucoup moins impénétrables pour lui que pour son homologue judiciaire »¹⁴⁴⁸. Il est à même de détecter les agissements irréguliers de l'autorité publique et d'opérer ainsi le départ entre les situations illégales et celles qui ne le sont pas : « familier avec les tours et les détours de l'action administrative, le juge administratif peut, plus facilement que le juge judiciaire, identifier les décisions et les comportements publics qui portent atteinte aux libertés »¹⁴⁴⁹.

348. En troisième lieu, l'ordre juridictionnel administratif dispose, en tant que juridiction ordinaire, d'une armée de juges au service des justiciables. Les effectifs qui sont les siens lui permettent de répondre rapidement aux plaintes présentées par les requérants en ce domaine. A l'inverse, une cour constitutionnelle ne pourrait traiter dans des conditions satisfaisantes un contentieux aussi massif. Composées d'un petit nombre de juge, ces juridictions « ne sont pas en mesure – quelle que soit leur bonne volonté et quelle que soit l'efficacité des mesures de filtrage mises en place – de statuer sur les multiples recours (au-delà de cinq mille chaque année en Espagne et en RFA) formés par les individus pour atteintes à leurs droits fondamentaux »¹⁴⁵⁰. Les cours constitutionnelles ne disposent pas d'effectifs suffisants pour pouvoir faire face au contentieux des atteintes administratives aux libertés. Au bord de l'asphyxie, le juge constitutionnel est contraint d'opérer une sélection parmi les milliers de recours dont il est saisi et, de fait, ne statue au fond que sur une faible proportion d'entre eux¹⁴⁵¹. La situation est telle « que l'on en est arrivé, dans les deux pays, à étudier les conditions d'une réduction de ce flux : une des solutions préconisées en Espagne est de renvoyer le plus possible de cas aux juges administratif et judiciaire »¹⁴⁵². Aussi, en France, l'attribution du contentieux du référé-liberté au juge administratif représente une garantie

1447 M.-A. LATOURNERIE, « Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française », *RFDA* 2000, p. 928.

1448 E. PICARD, « Dualisme juridictionnel et liberté individuelle. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.), Economica, 1991, p. 178.

1449 J. RIVERO, « Dualité de juridictions et protection des libertés », *RFDA* 1990, p. 737.

1450 L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1744.

1451 Le juge constitutionnel répond à cet afflux par une sélection discrétionnaire des recours : plus de 80 % des demandes sont rejetés sans qu'il soit statué sur le fond de la prétention. Comme l'observe M. Pfersmann, « des sous-formations de la Cour constitutionnelle en question peuvent décider (...) sans motivations ou à l'issue d'une motivation entièrement stéréotypée » (O. PFERSMANN, « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective », *CCC* n° 10, 2001, p. 69). La sélection des recours devient discrétionnaire. La cour constitutionnelle choisit en opportunité les demandes qui méritent d'être examinées. Ainsi, en Autriche, la cour est « habilitée, dans un certain cadre, de refuser discrétionnairement le traitement de la demande, c'est-à-dire de « filtrer » selon la pertinence constitutionnelle » (G. KUSKO-STADLMAYER, « Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien », *CCC* n° 10, 2001, p. 82). Sur ce thème, voir S. NICOT, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle*, LGDJ, 2006, 467 p.

1452 L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 1744.

appréciable pour le justiciable. De façon classique, la compétence de ce juge s'étend à l'ensemble des litiges habituellement dévolus à la juridiction administrative.

B. Détermination de la compétence matérielle

349. La compétence du juge du référé-liberté est limitée aux matières ressortissant à la compétence au fond du tribunal¹⁴⁵³. En effet, le juge des référés n'étant qu'une émanation du tribunal, sa compétence matérielle est toujours tributaire de la juridiction dont il relève. Dans un considérant de principe, le Conseil d'Etat a affirmé que « le juge administratif ne peut être saisi d'un pourvoi tendant à la mise en œuvre de l'une des procédures régies par le livre V du code de justice administrative que pour autant que le litige principal auquel se rattache ou est susceptible de se rattacher la mesure d'urgence qu'il lui est demandé de prescrire, n'échappe pas manifestement à la compétence de la juridiction administrative »¹⁴⁵⁴. En d'autres termes, et conformément à une règle classique du droit processuel, la compétence en matière de référé suit la compétence au fond¹⁴⁵⁵. La compétence matérielle se détermine à partir du litige principal : celui auquel se rapporte ou est susceptible de se rapporter au fond, la demande de mesure en référé. Ce litige principal peut n'être qu'éventuel ; il le sera le plus souvent en matière de référé-liberté puisque les demandes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 ne sont pas l'accessoire d'un recours principal et ne sont pas conditionnées par le dépôt d'un recours au fond. Il est seulement exigé qu'en cas de saisine, un juge administratif serait compétent pour examiner la légalité de la situation litigieuse.

Encore faut-il rappeler que les règles de compétence s'apprécient plus souplesment en matière de référé. En ce domaine, en effet, la règle de compétence est affirmée comme une simple potentialité : la jurisprudence exige seulement que la demande n'échappe pas « manifestement » à la compétence de la juridiction administrative¹⁴⁵⁶. Dans ces conditions, le juge des référés n'a pas à s'interroger de manière aussi approfondie sur sa compétence que lors d'un recours au fond. Il peut statuer sur la demande en référé dès lors que le litige éventuel auquel elle se rattache n'est pas manifestement étranger à la compétence de la juridiction administrative. Une simple incertitude quant à la nature du litige principal suffit à fonder sa compétence. Il lui est normalement défendu, dans un tel cas de figure, d'opposer son incompétence.

1453 Rappelons que la compétence du juge administratif des référés aurait pu se trouver limitée par l'exigence d'une atteinte aux libertés fondamentales portée par l'administration « dans l'exercice de ses pouvoirs ». Néanmoins, la rédaction de cette disposition, et son interprétation par le Conseil d'Etat ont conduit à en neutraliser la portée (voir *supra*, § 326 et s.).

1454 CE, 29 octobre 2001, *Raust, Lebon T.* p. 1090.

1455 Voir, sous l'état du droit antérieur : CE, 16 octobre 1981, *Ministre de la Défense c/ Lassus, Lebon* p. 584, *AJDA* 1981, p. 584. Pour la procédure civile, voir Civ. 18 décembre 1872, *D.P.* 1873, I, 129 ; Civ. 31 juillet 1889, *D.P.* 1891, I, 323 ; Civ. 22 octobre 1974, *D.S.* 1975, IR p. 7.

1456 CE, 29 octobre 2001, *Raust, Lebon T.* p. 1090 ; CE, ord. 20 janvier 2005, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T.* p. 1022. Voir, sous l'état du droit antérieur : C. HUGLO, *La pratique des référés administratifs devant le tribunal administratif, la Cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat*, Litec, 1993, n° 24.

En revanche, si le litige est manifestement insusceptible de se rattacher à un litige entrant dans la compétence de la juridiction administrative, le juge des référés doit se déclarer incompétent¹⁴⁵⁷. Ni l'urgence, ni la mise en cause d'une liberté fondamentale, ni l'exercice d'un pouvoir d'injonction ne justifient de déroger à cette règle¹⁴⁵⁸. Le juge des référés doit décliner sa compétence lorsque le litige relève de façon certaine de la compétence judiciaire. Ainsi, il ne peut connaître d'une décision du receveur général des impôts notifiant au requérant le maintien des poursuites engagées à son encontre et de l'avis à tiers détenteur émis en vue du recouvrement des pénalités auxquelles il a été assujéti à la suite d'un redressement en matière de droits d'enregistrement¹⁴⁵⁹. De même, il est incompétent pour se prononcer sur les conditions de régularité, contestées par le requérant, dans lesquelles ce dernier a fait l'objet de mesures d'incarcération et de contrôle judiciaire au cours de la procédure d'extradition engagée à son encontre¹⁴⁶⁰. Une association de sauvegarde de l'enfance ayant été mandatée par le juge des enfants pour réaliser une enquête concernant la situation d'un mineur, les décisions prises par cet organisme ne sont pas détachables de la procédure judiciaire en cours et, par suite, ne relèvent pas de la compétence du juge du référé-liberté¹⁴⁶¹. Celui-ci ne peut davantage connaître de contestations relatives au contenu ou à la rédaction des actes de l'état civil¹⁴⁶² ni apprécier le bien-fondé d'une mesure d'hospitalisation d'office¹⁴⁶³. Le juge du référé-liberté doit également décliner sa compétence si l'acte attaqué relève du contrôle exclusif du Conseil constitutionnel¹⁴⁶⁴.

350. La compétence du juge administratif se détermine par référence aux règles et critères habituellement appliqués par le Conseil d'Etat¹⁴⁶⁵. Par conséquent, elle ne se

1457 Voir par exemple, sous l'état du droit antérieur : CE, 15 octobre 1982, *Chambre de commerce et d'industrie de Marseille*, *Lebon* p. 711.

1458 Doit être mentionné, par analogie, l'avis du Conseil d'Etat du 13 mars 1998, *Vindevogel* (*Lebon* p. 78) concernant le pouvoir d'injonction conféré au juge administratif par la loi du 8 février 1995. Pour la Section, « Le pouvoir conféré par la loi au juge administratif de prononcer à l'égard des personnes morales de droit public ou des organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public des injonctions, éventuellement assorties d'astreintes, aux fins d'assurer l'exécution de ses décisions, ne l'autorise pas à s'affranchir des règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction ».

1459 CE, 29 octobre 2001, *Raust*, *Lebon T.* p. 1090. L'article L. 199 du livre des procédures fiscales dispose qu'« En matière de droits d'enregistrement (...), le tribunal compétent est le tribunal de grande instance ». Pour le Conseil d'Etat, il résulte de ces dispositions que « le litige auquel est susceptible de se rattacher la demande de M. Raust échappe manifestement à la compétence de la juridiction administrative ».

1460 CE, ord. 30 janvier 2003, *Smaali*, n° 253668.

1461 CE, ord. 12 mai 2003, *Pichaut*, n° 256729.

1462 CE, ord. 4 février 2005, *Bellarbi*, n° 277213.

1463 CE, ord. 3 mars 2003, *Portmann*, n° 254625 ; CE, ord. 27 novembre 2003, *Association française contre l'abus psychiatrique*, n° 261947. En revanche, conformément à une jurisprudence constante, il doit se déclarer compétent pour apprécier la régularité de cette mesure (CE, ord. 14 octobre 2004, *Arre*, n° 273047).

1464 Voir ainsi, pour un décret de convocation des membres élus du Conseil supérieur des Français de l'étranger : CE, ord. 22 septembre 2004, *Hoffer*, n° 272347 et 372378.

1465 Avec les incertitudes et difficultés de mise en œuvre qu'ils peuvent comporter (voir P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2003, n° 654 et s).

limite pas aux actes et agissements des personnes publiques mais s'étend également à ceux des personnes morales de droit privé investies d'une mission de service public. Le projet de loi se contentait, en son article 4, de mentionner le fait de « l'administration ». Dans un souci de précision, et par coordination avec les autres textes applicables au contentieux administratif¹⁴⁶⁶, les parlementaires lui ont substitué la formule « personne morale de droit public ou organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public »¹⁴⁶⁷. En reprenant à l'article L. 521-2 cette expression, la loi indique simplement que l'acte ou le comportement contesté par ce biais « doit relever du domaine de compétence du juge administratif, que le législateur n'a pas entendu étendre au-delà de ses limites normales »¹⁴⁶⁸. Dès lors, si les actes et agissements des personnes privées chargées de la gestion d'un service public peuvent relever de la compétence du juge du référé-liberté, c'est uniquement s'ils satisfont aux critères dégagés en la matière par la jurisprudence¹⁴⁶⁹.

Pour identifier l'existence d'une personne publique – ou celle d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public –, le juge ne se limite pas aux apparences et restitue leur véritable nature aux actes litigieux¹⁴⁷⁰. De la sorte, lorsque l'acte en cause a été pris par une personne privée sur le commandement d'une personne publique, le juge administratif des référés se reconnaît compétent pour en connaître. Cette démarche qui vise à faire prévaloir la réalité sur les apparences peut être illustrée par l'ordonnance *FN IFOREL* du 19 août 2002¹⁴⁷¹. En l'espèce, le centre des congrès d'Annecy avait été affermé par la Communauté d'agglomération à une entreprise privée : la société Impérial Palace. Le 8 juillet 2002, cette société signe un contrat de location avec l'IFOREL – une association proche du FN – pour y organiser l'Université d'été du parti politique du 26 au 30 août 2002. Le 5 août 2002, la société Impérial Palace résilie ce contrat après avoir été mise en demeure de le faire par le Président de la Communauté d'agglomération. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de

1466 Voir notamment les dispositions du Livre IX du code de justice administrative, issues des lois du 10 juillet 1980 et du 8 février 1995.

1467 L'amendement rédactionnel a été adopté en première lecture par le Sénat à la demande de sa commission des Lois (*JO déb Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3753). Voir R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 55.

1468 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1593. Par exemple, il n'est pas compétent pour connaître d'une atteinte imputable à une autorité juridictionnelle. Ainsi, une convocation devant la section des assurances sociales, qui est une juridiction, « ne saurait constituer une atteinte grave et manifestement illégale portée par une autorité administrative à une liberté fondamentale » (CE, ord. 24 novembre 2004, *Winter*, n° 274484).

1469 C'est-à-dire être adoptés par une personne privée dans l'accomplissement de la mission de service public qui lui est confiée et dans l'exercice de prérogatives de puissance publique (voir CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt, Lebon* p. 239, *GAJA* n° 56 ; CE, 2 avril 1943, *Bouguen, Lebon* p. 86, *GAJA* n° 57 ; CE, Sect., 13 janvier 1961, *Magnier, Lebon* p. 33). Voir par exemple CE, ord. 18 mars 2002, *GIE Sport libre et autre, Lebon* p. 106, concernant la décision prise par la Ligue nationale de football d'attribuer des droits d'exploitation exclusifs pour la radiodiffusion de certaines compétitions sportives.

1470 L'approche fait ainsi écho à la formule du président Heumann selon laquelle « l'effort de la juridiction administrative doit tendre à faire prévaloir la réalité sur les apparences, à restituer aux actes leur nature véritable » (concl. sur CE, Ass., 24 juin 1960, *Société Frampar et Société France d'édition et publications, Lebon* p. 412).

1471 CE, ord. 19 août 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311.

justice administrative, le juge du premier degré affirme que l'atteinte dont se prévalent les requérants découle de la seule décision de résiliation prise par la société Impérial Palace. S'estimant saisi d'un litige de droit privé, il décline sa compétence pour en connaître. En appel, le juge des référés du Conseil d'Etat va au contraire conclure à la compétence de la juridiction administrative. Si, formellement, la décision de résiliation a bien été prise par une société privée, celle-ci a en réalité agi sur l'ordre de la personne publique. Les lettres adressées par l'autorité administrative à la société Impérial Palace ont eu pour objet de faire obstacle à l'exécution du contrat de réservation conclu entre celle-ci et l'IFOREL. Par conséquent, estime le juge des référés, elles « sont *directement* à l'origine de la résiliation de ce contrat ». Dans ces conditions, l'atteinte à une liberté fondamentale dont se prévalent les requérants « ne découle pas de la seule décision de résiliation prise par la société Impérial Palace mais d'actes pris par des autorités publiques ». En remontant à la source, il existe bien une décision administrative dont découle le litige et fondant la compétence de la juridiction administrative.

Le juge du référé-liberté est un juge administratif. De part sa proximité avec les justiciables, il est également un juge de terrain.

II. UN JUGE DE TERRAIN

351. Comme l'a fait remarquer M. Drago, « Le juge des droits fondamentaux est d'abord un juge de proximité »¹⁴⁷². Conformément à cette exigence, les demandes en référé-liberté relèvent en principe de la compétence des juges des tribunaux administratifs.

352. Le juge du référé-liberté est un juge administratif accessible car géographiquement proche des requérants. Il n'est pas éloigné par la distance – comme peuvent l'être certaines juridictions dans les procédures du type *amparo* constitutionnel – des personnes dont il a pour mission de protéger les libertés. Cette proximité contribue à faciliter l'accès à cette procédure et confère aux juges du premier degré une place de tout premier ordre dans le dispositif de sauvegarde des libertés fondamentales.

Le système mis en place par la loi du 30 juin 2000 est en effet centré sur le rôle du juge du premier degré. Le juge des référés du tribunal administratif représente le pilier du dispositif ; c'est sur lui que repose en première ligne la garantie effective des libertés fondamentales. Certes, ce rôle privilégié des tribunaux administratifs pourrait à première vue sembler banal dans la mesure où il s'inscrit dans la structure organisationnelle habituelle de la juridiction administrative. En effet, depuis leur création en 1953, les tribunaux administratifs constituent la juridiction de droit commun de premier ressort en matière de contentieux administratif. Aussi, en attribuant en principe aux tribunaux administratifs la connaissance des demandes fondées sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le référé-liberté ne fait que suivre sur ce point le

¹⁴⁷² G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *Dr. adm.* 2004, Etudes n° 11, p. 10.

schéma général. Cela étant, la solution adoptée n'est pas aussi classique qu'elle n'y paraît au premier abord. Elle traduit en effet une confiance sinon nouvelle, du moins récente quant à l'aptitude des tribunaux administratifs à intervenir efficacement et en urgence lorsque les libertés sont en cause.

A cet égard, il convient de rappeler que les autorités ont longtemps douté de la capacité des juges administratifs de première instance à assumer en urgence les contentieux majeurs mettant en cause les libertés. Cette appréhension est même consubstantielle à l'histoire des tribunaux administratifs puisqu'elle apparaît dès leur création en 1953 en remplacement des Conseils de préfecture. Le décret du 30 septembre 1953 qui institue les tribunaux administratifs prévoit au deuxième alinéa de l'article 9 l'interdiction pour ces derniers de prononcer le sursis à exécution d'une décision intéressant « le maintien de l'ordre, la sécurité et la tranquillité publique ». Comme l'a rappelé le président Labetoulle, cette réserve limitait considérablement la capacité des jeunes tribunaux administratifs à protéger l'exercice des libertés dans la mesure où ces décisions « sont, par nature, celles qui peuvent le plus directement affecter l'exercice des libertés publiques ; celles aussi dont l'annulation, lorsqu'elle est prononcée au terme d'une instruction écrite de plusieurs mois, risque le plus de demeurer platonique. Dans ce domaine plus que dans tout autre, il convient que le juge puisse intervenir de façon préventive et conservatoire, avant que l'atteinte à la liberté ne soit consommée »¹⁴⁷³. Les tribunaux administratifs seront privés du droit d'intervenir dans ces matières durant trois décennies. Il faudra attendre le décret du 27 janvier 1983 pour que l'interdiction, réitérée par le décret du 28 janvier 1969 et codifiée à l'article R. 96 al. 2 du code des tribunaux administratifs, se trouve finalement supprimée. Cette suppression s'inscrit dans une série de réformes par lesquelles le législateur a reconnu la légitimité des tribunaux administratifs à intervenir en urgence dans le domaine des libertés. Le changement a débuté avec la loi du 2 mars 1982 qui, en instituant le déféré-liberté, « admet à la fois la légitimité du tribunal administratif à suspendre l'exécution d'une décision administrative touchant au domaine des libertés et sa capacité à le faire dans des délais très brefs »¹⁴⁷⁴. L'étape suivante sera franchie avec la loi du 10 janvier 1990 attribuant aux tribunaux administratifs le contentieux de la reconduite à la frontière. Ce texte « a définitivement accrédité l'idée que, saisi de décisions intéressant l'ordre public, le juge administratif de premier ressort pouvait, y compris dans un contentieux de masse, intervenir dans l'urgence et selon des modalités procédurales (juge unique, oralité) qu'on n'imaginait

1473 D. LABETOULLE, Conclusion du colloque *Le juge administratif et les libertés publiques*, RFDA 2003, p. 1120. Pour ne pas priver de toutes garanties les justiciables, le Conseil jugea que sa propre compétence en matière de sursis à exécution n'avait pas été transférée aux tribunaux administratifs. Il demeurait donc compétent pour statuer, en premier et dernier ressort, sur les demandes de sursis dont les tribunaux ne pouvaient pas connaître (voir CE, Ass., 23 juillet 1974, *Ferrandiz Gil Ortega, Lebon* p. 477). Par cet arrêt, le Conseil d'Etat créait ainsi « une singulière dissociation des compétences (ou si on préfère, une insolite division du travail) » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1551) entre les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat : les premiers statuaient sur les recours en annulation dont ils étaient saisis ; le Conseil d'Etat sur les demandes de sursis à exécution des décisions en cause.

1474 D. LABETOULLE, *op. cit.*, p. 1121.

pas entre ses mains »¹⁴⁷⁵. La loi du 30 juin 2000 vient parachever cette évolution dont elle constitue le dernier acte. Sans les réformes entreprises à cet égard depuis le début des années 1980, la place centrale aujourd'hui reconnue aux tribunaux administratifs dans la protection des libertés aurait été inenvisageable.

353. Dans le cadre de cette procédure, la demande en référé doit être portée devant la juridiction qui serait compétente *en premier ressort* si un recours au fond était introduit. Ainsi, la demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ne peut jamais être soumise directement à un juge d'appel ou de cassation quels que soient les liens existants avec des procédures pendantes devant ces juges. Cette particularité du référé-liberté par rapport au référé-suspension s'explique et se justifie par le caractère autonome de cette procédure.

En effet, le référé-suspension constitue un recours accessoire. La demande fondée sur l'article L. 521-1 doit, à raison de son lien avec une demande en annulation ou en réformation, être portée devant la juridiction saisie au fond de ces conclusions. Lorsqu'une cour administrative d'appel est saisie, dans le cadre d'un appel contre un jugement de tribunal administratif, de telles conclusions d'annulation ou de réformation, une demande de suspension fondée sur les dispositions de l'article L. 521-1 peut être présentée ou renouvelée devant elle. De même, si le recours principal fait l'objet d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat pourra connaître d'une demande en référé-suspension présentée pour la première fois ou renouvelée devant lui.

Ces principes ne sont pas applicables au référé-liberté. Dans la mesure où elle n'est pas subordonnée à l'existence de conclusions au fond, la demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 présente un caractère autonome. Par suite, et alors même qu'une instance non dépourvue de tout lien avec elle serait pendante devant une juridiction d'appel ou de cassation, « cette demande ne peut être portée que devant la juridiction compétente en premier ressort, qui peut être soit un tribunal administratif, soit le Conseil d'Etat »¹⁴⁷⁶. Il en résulte deux conséquences concernant l'introduction d'un recours sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. D'une part, le demandeur ne peut agir à titre initial devant le Conseil d'Etat si le litige ne relève pas de la compétence de premier et dernier ressort de cette juridiction. La circonstance que le Conseil d'Etat connaisse en tant que juge de cassation d'un litige non dépourvu de tout lien avec la demande ne permet pas d'agir directement devant lui par la voie du référé-liberté. D'autre part, le requérant ne peut jamais agir directement devant une cour administrative d'appel, quand bien même une instance non dépourvue de tout lien avec l'objet de la demande serait pendante devant cette juridiction¹⁴⁷⁷. Dans l'affaire *Bonny* précitée, le requérant demandait au juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris d'enjoindre à l'Office français de protection

1475 D. LABETOULLE, *op. cit.*, p. 1122. Rappelons que lors de l'adoption de cette réforme, le législateur avait manifesté, une nouvelle fois, une défiance à l'égard des tribunaux administratifs en considérant que ces derniers n'offraient pas de garanties suffisantes aux justiciables (voir *supra*, § 19).

1476 CE, ord. 29 mars 2002, *Bonny, Lebon* p. 119.

1477 Signalons que la cour administrative ne peut davantage connaître d'un référé-liberté par la voie de l'appel, dès lors que cette compétence revient au juge des référés du Conseil d'Etat. S'il advient qu'une cour administrative d'appel soit saisie à tort d'un appel formé contre une ordonnance rendue par un

des réfugiés et apatrides de lui reconnaître le bénéfice du statut d'apatride et au préfet du Val d'Oise de lui délivrer un titre de séjour. En application des principes exposés ci-dessus, le Conseil d'Etat déclare que la cour n'était pas compétente pour connaître de ces demandes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 : les demandes présentées par M. Bonny « relevaient, alors même qu'elles avaient un lien avec une instance pendante devant la cour administrative d'appel de Paris, de la compétence en premier ressort d'un tribunal administratif ».

354. La compétence pour connaître en premier ressort d'une demande en référé-liberté se trouve donc partagée entre les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat. La détermination de la juridiction compétente s'apprécie, là encore, au regard du litige principal, lequel peut n'être qu'éventuel. La demande doit être portée devant la juridiction qui serait compétente en première instance si un recours au fond devait être introduit¹⁴⁷⁸. Ainsi, « une requête tendant à la mise en œuvre de la procédure de référé instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative relève du juge qui a compétence pour connaître soit du recours en annulation formé contre l'acte administratif contesté dans le cadre de la procédure de référé, soit du recours susceptible d'être introduit à la suite d'un agissement de l'administration entrant dans le champ des prévisions de l'article L. 521-2 »¹⁴⁷⁹. En application de ces principes, le juge des référés du Conseil d'Etat intervient uniquement dans les cas relevant habituellement de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat¹⁴⁸⁰. A défaut, le litige revient au juge des référés du tribunal administratif¹⁴⁸¹.

La jurisprudence n'exige là encore qu'une simple apparence de compétence. Lorsque le litige n'est pas manifestement insusceptible de se rattacher à la compétence de la juridiction saisie, la simple possibilité d'une compétence au fond du tribunal doit bénéficier au demandeur. En revanche, lorsque le litige est manifestement insusceptible de se rattacher à la compétence de la juridiction saisie, le juge du référé-liberté doit opposer son incompétence. Toutefois, il n'a pas l'obligation de transmettre cette demande au juge compétent. Par dérogation aux dispositions du titre V du livre III du

juge du premier degré, il lui appartient de transmettre le dossier d'appel au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat (voir *infra*, § 509).

1478 L'urgence ne justifie pas de déroger aux dispositions régissant habituellement la répartition des compétences au sein de la juridiction administrative : « les pouvoirs conférés au juge des référés par le livre V du code de justice administrative s'exercent dans le respect des règles générales de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative » (CE, ord. 29 mars 2002, *Bonny, Lebon* p. 119).

1479 CE, ord. 11 avril 2006, *Tefaarere, Lebon* p. 197.

1480 CE, ord. 28 septembre 2001, *Caillat et autres*, n° 238534 ; CE, ord. 31 octobre 2001, *Syndicat CFTC des agents du Centre national de la fonction publique territoriale*, n° 239555.

1481 Ainsi, le juge des référés du Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître en premier ressort d'une demande formée contre une abstention du directeur du Centre national de la fonction publique territoriale (CE, ord. 31 octobre 2001, *Syndicat CFTC des agents du Centre national de la fonction publique territoriale*, n° 239555), une décision individuelle prise par une fédération sportive dans l'exercice de prérogatives de puissance publique (CE, ord. 28 septembre 2001, *Caillat et autres*, n° 238534 ; CE, ord. 19 décembre 2003, *Hypeau*, n° 262817), une mesure par laquelle l'autorité préfectorale accorde ou refuse le concours de la force publique pour l'expulsion des occupants d'un immeuble (CE, ord. 18 juillet 2003, *SARL Le Picadilly*, n° 258569) ou encore l'arrêté préfectoral incluant une commune dans une communauté de communes (CE, ord. 24 février 2005, *Commune du Fugeret*, n° 277956).

code de justice administrative, l'article R. 522-8-1 prévoit que « le juge des référés qui entend décliner la compétence de la juridiction rejette les conclusions dont il est saisi par voie d'ordonnance ».

Les règles concernant la compétence du juge du référé-liberté présentent un caractère relativement classique au regard des principes régissant habituellement la procédure administrative contentieuse. En revanche, en vue de faciliter l'introduction de la demande en référé, des adaptations particulièrement notables ont été apportées aux règles de recevabilité.

SECTION 2. UNE INTRODUCTION DE LA DEMANDE FACILITÉE

355. Afin que le demandeur en référé-liberté puisse s'adresser sans entrave au juge administratif dès que se produit une atteinte grave à une liberté fondamentale, le législateur a considérablement assoupli les conditions de recevabilité. Si certaines exigences classiques ont été maintenues, d'autres sont appréciées plus souples dans ce cadre quand elles ne sont pas purement et simplement écartées. De la sorte, « Le référé-liberté se caractérise par un important libéralisme en matière de recevabilité »¹⁴⁸². L'accès au prétoire s'en trouve considérablement simplifié et accéléré.

I. UNE SIMPLIFICATION DU FORMALISME DANS LA PRÉSENTATION DE LA REQUÊTE

356. En vertu de l'article R. 522-1 du code de justice administrative, le juge du référé-liberté est saisi par voie de requête. L'article R. 522-3 prévoit que la requête, ainsi que l'enveloppe qui la contient doivent porter la mention « référé »¹⁴⁸³. Le respect de cette formalité n'est pas prescrit à peine d'irrecevabilité de la requête mais a seulement pour objet d'attirer l'attention du greffe du tribunal sur la présence d'un référé urgent et à traiter comme tel¹⁴⁸⁴. Son omission expose tout au plus le requérant au risque d'un traitement moins rapide de sa demande dont il ne sera pas fondé à se plaindre ultérieurement.

1482 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 44.

1483 Fort classiquement, le même article prévoit que « lorsqu'elle est adressée par voie postale, elle l'est par lettre recommandée ».

1484 S'il arrive au juge de relever qu'une requête ne porte la mention prévue par cette disposition (voir par exemple CE, ord. 8 août 2003, *Syndicat de la magistrature*, n° 259217), cette absence n'est nullement sanctionnée sur le terrain de la recevabilité.

357. La requête doit être motivée. Conformément à la règle générale de l'article R. 411-1, elle doit contenir l'exposé des faits et moyens ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge¹⁴⁸⁵. Plus spécifiquement, l'article R. 522-1 impose au demandeur en référé de « justifier de l'urgence de l'affaire ». Dans sa demande, le requérant doit donc mettre en avant tous les éléments qui permettent de justifier la nécessité d'obtenir à très bref délai le prononcé d'une mesure de sauvegarde. En ce domaine, la motivation de la demande revêt une importance capitale puisqu'elle détermine l'orientation vers une audience publique ou le rejet immédiat par la procédure de tri. Par conséquent, il appartient au demandeur de présenter au juge du référé-liberté un dossier complet dès l'enregistrement du recours. Sa demande doit être accompagnée des justifications appropriées et comporter une argumentation démontrant l'existence d'une illégalité manifeste, d'une urgence extrême et d'une atteinte grave à une liberté fondamentale. Le dossier doit être complet dès l'introduction de la demande ; le demandeur qui réserve des arguments pour la suite de la procédure s'expose à un rejet immédiat et sans instruction de sa demande¹⁴⁸⁶.

358. Afin de faciliter et d'accélérer l'introduction de la requête, le législateur a voulu que les demandes en référé-liberté ne comportent pour le requérant aucune charge ou contrainte de nature financière. Par conséquent, les demandes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 ne sont assujetties à aucun droit de timbre et bénéficient d'une dispense générale du ministère d'avocat.

La dispense du droit de timbre, prévue à l'article L. 522-2 du code de justice administrative, constituait une particularité notable des référés d'urgence lors de l'adoption de la loi du 30 juin 2000¹⁴⁸⁷. Cette spécificité a disparu avec l'ordonnance du 22 décembre 2003 supprimant la formalité du timbre pour l'ensemble des contentieux¹⁴⁸⁸.

1485 En vertu de cette disposition, la requête doit également comporter les éléments indispensables à l'identification de l'auteur de la demande (nom et domicile). Elle doit être écrite et signée de son auteur.

1486 Voir *infra*, §§ 404-410.

1487 Le groupe de travail avait souligné que la formalité du droit de timbre prévue par l'article 1089 B du code général des impôts « était incompatible avec l'extrême urgence qui pouvait marquer certaines demandes » (« Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *RFDA* 2000, p. 950). A l'image de la solution admise dans le contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière (CE, Sect, avis, 18 février 1994, *Chabti, Lebon* p. 80), le groupe de travail avait proposé de dispenser du droit de timbre les demandes adressées en urgence au juge administratif. Les parlementaires ont suivi les conclusions du groupe de travail « dans un souci d'éviter toute démarche susceptible de ralentir l'examen de la demande visant au prononcé de mesures d'urgence » (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 54). La procédure d'acquiescement de ce droit apparaissait en effet « incompatible avec un traitement rapide des situations d'urgence par le juge administratif » (R. GARREC, Rapport Sénat, n° 380, p. 66).

1488 L'ordonnance n° 2003-1235, du 22 décembre 2003, a été adoptée dans le cadre de la loi 2 juillet 2003 habitant le Gouvernement à simplifier le droit, dont l'article 3 prévoyait que seront ainsi prises par ordonnance « toutes dispositions de nature à organiser la gratuité de l'accès des justiciables à la justice administrative » (cf. B. PACTEAU, « Le contentieux administratif, affranchi du droit de timbre », *RFDA* 2003, pp. 89-92). Instaurant une « juridiction à péage » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 613), le timbre était contestable dans son principe même. Il représentait en outre une formalité inutile car non dissuasive (à la différence de l'amende pour recours abusif de l'article R. 741-12 ou de l'obligation de paiement au vainqueur par la partie

En revanche, la dispense globale de ministère d'avocat est une exception dont le référé-liberté est, au sein des référés d'urgence, le seul à bénéficier. Seules les demandes tendant au prononcé d'une mesure de sauvegarde, en raison de l'enjeu particulier qui s'attache à la célérité du recours au juge en ce domaine, ont été globalement dispensées de ministère d'avocat¹⁴⁸⁹. La dispense est valable tant devant le juge du premier degré que devant le juge d'appel. Elle ne s'étend pas, en revanche, aux recours en cassation. Lorsque le juge des référés du Conseil d'Etat est saisi en premier et dernier ressort ou en appel, les requérants bénéficient pour la phase orale de la procédure (et uniquement à compter de celle-ci) d'un service de permanence gratuit mis à leur disposition par l'Ordre des avocats aux Conseils¹⁴⁹⁰.

Devant les tribunaux administratifs ou le Conseil d'Etat, les requêtes présentées sans l'intermédiaire d'un avocat demandent parfois au juge un effort dans l'interprétation des conclusions du requérant. Lorsque le requérant déclare saisir le juge des référés par voie de « référé-liberté », sans indiquer le fondement juridique de sa demande, celle-ci doit être regardée comme présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative¹⁴⁹¹. Ce pouvoir d'interprétation des termes de la requête ne peut aller jusqu'à dénaturer les conclusions présentées. Ainsi, lorsqu'une requête est expressément fondée sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative et invoque des moyens tirés de ce que la décision attaquée porte une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, elle doit être regardée comme une demande en référé-liberté et ce, alors même que le requérant introduit simultanément un recours pour excès de pouvoir contre cette décision et ne demande au juge des référés que d'en suspendre l'exécution¹⁴⁹². De même, le juge dénature les conclusions du requérant en interprétant une requête en annulation comme une demande fondée sur l'article L. 521-2, pour le simple motif que cette requête portait la mention « urgence absolue »¹⁴⁹³.

perdante des frais qu'il a exposés). Cette formalité présentait également l'inconvénient de surcharger inutilement les greffes, obligés d'adresser au requérant une demande de régularisation de la requête présentée sans timbre.

1489 Le premier alinéa de l'article R. 522-5 dispose que « Les demandes tendant à ce que le juge des référés prescrive une mesure en application de l'article L. 521-2 sont dispensées de ministère d'avocat ». Son deuxième alinéa prévoit, conformément à une jurisprudence constante du Conseil d'Etat (CE, Sect., 12 octobre 1956, *Saporta, Lebon* p. 366), que les autres demandes ne bénéficient d'une telle dispense que si elles se rattachent à des litiges pour lesquels ce ministère n'est pas obligatoire. Ainsi, le référé-suspension n'est dispensé du ministère d'avocat que si le recours principal est lui-même dispensé de cette exigence.

1490 Le système mis en place est parfaitement rodé. Dès lors que le juge a décidé de mettre la demande à l'instruction et de convoquer une audience, le Bureau des référés informe le requérant par fax, téléphone ou courriel qu'un avocat aux Conseils se tient à sa disposition pour le représenter gracieusement lors de l'audience publique. S'il souhaite bénéficier de ce service, il lui suffit de prendre contact avec l'Ordre des avocats aux Conseils, lequel le mettra en relation avec un avocat au Conseil d'Etat qui assurera la défense de ses intérêts pour la suite de la procédure et le représentera lors de l'audience de référé.

1491 CE, ord. 21 août 2004, *Rousselle*, n° 271370.

1492 CE, 4 février 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Rezai*, n° 270407. Le Conseil d'Etat affirme que le juge des référés a dénaturé les conclusions en considérant que le requérant avait entendu le saisir sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

1493 CE, 23 mai 2001, *Baudoin, Lebon T. p.* 1135.

359. Le Conseil d'Etat a dispensé le requérant de certaines formalités au-delà des cas prévus par la loi lorsque leur respect était jugé incompatible avec l'exigence de célérité dans l'accès au juge.

Le juge administratif a ainsi dispensé les requérants de l'obligation posée par l'article L. 600-3 du code de l'urbanisme, de notifier à l'auteur de la décision et au titulaire de l'autorisation, les recours formés à l'encontre des décisions relatives à l'occupation ou à l'utilisation du sol régies par le code de l'urbanisme¹⁴⁹⁴.

De même, les formalités concernant les recours administratifs préalable obligatoires ont été adaptées à l'urgence. Traditionnellement, la jurisprudence semblait distinguer les procédures autonomes et les procédures accessoires, ne dispensant que les premières de la formalité¹⁴⁹⁵. Appelé à se prononcer sur la question dans le cadre de l'article L. 521-1, le Conseil d'Etat a jugé que le référé-suspension est ouvert à l'égard de l'acte initial pourvu que le recours préalable ait bien été présenté – élément dont il incombe au requérant d'apporter la preuve – mais sans qu'il soit besoin qu'il ait déjà donné lieu à une décision confirmant ou infirmant – expressément ou tacitement – la position première de l'administration¹⁴⁹⁶. La dispense est *a fortiori* valable dans le cadre du référé-liberté dans la mesure où cette voie de droit présente un caractère autonome. Le juge des référés du Conseil d'Etat en a implicitement reconnu le principe dans l'ordonnance *Soltani* du 10 février 2004¹⁴⁹⁷. M. Soltani, détenu à la maison d'arrêt de Villeneuve-lès-Maguelonne, contestait une sanction disciplinaire prononcée à son encontre par le directeur régional de l'administration pénitentiaire. Or, il résulte de l'article D. 250-5 du code de procédure pénale qu'un détenu souhaitant saisir le juge d'une demande concernant la légalité d'une sanction disciplinaire doit au préalable former un recours administratif devant le directeur régional des services pénitentiaires. Sous l'état du droit antérieur, le sursis à exécution était irrecevable tant que l'adminis-

¹⁴⁹⁴ CE, 9 mai 2001, *Delivet et Samzun*, concl. S. AUSTRY, obs. L. TOUVET, *BJDU* 2001/4, pp. 287-292. Sous l'état du droit antérieur, il avait été jugé que la demande de sursis à exécution devait faire l'objet de cette notification (CAA Nancy, 19 octobre 1995, *SCI du Rouillon*, *BJDU* 1995/6, p. 481, concl. PIETRI ; CAA Lyon, 13 février 1996, *Bussaud et autres*, *BJDU* 1996/1, p. 57, concl. GAILLETON). Des considérations tenant à l'efficacité des procédures d'urgence ont justifié l'abandon de cette jurisprudence. Le délai de 15 jours prévu à l'article L. 600-3 du code de l'urbanisme est en effet apparu incompatible avec l'obligation faite au juge des référés de statuer « dans les meilleurs délais » dans le cadre du référé-suspension, et dans un délai de 48 heures dans celui du référé-liberté.

¹⁴⁹⁵ La jurisprudence classique en matière de référé admettait qu'un demandeur puisse s'abstenir de se conformer à cette obligation de recours préalable obligatoire. Il en allait cependant différemment pour le sursis à exécution : le juge déclarait la demande irrecevable lorsque l'administration ne s'était pas encore prononcée sur le recours préalable à la date du jugement des conclusions de sursis (CE, 25 février 1988, *Association le Foyer israélite*, *Lebon* p. 956).

¹⁴⁹⁶ CE, Sect., 12 octobre 2001, *Société des Produits Roche*, *Lebon* p. 463. Ici encore, des considérations tenant à l'effet utile des procédures ont justifié l'abandon de la jurisprudence traditionnelle. En effet, dès lors que la personne publique dispose d'un délai, souvent assez long, pour examiner le recours administratif qui lui est adressé, et que ce dernier est dépourvu d'effet suspensif, le maintien de la solution antérieure aurait réduit ou supprimé l'utilité même d'une demande en référé dans ces hypothèses.

¹⁴⁹⁷ CE, ord. 10 février 2004, *Ministre de la Justice c/ Soltani*, n° 264182, *JCP G* 2004, 10125, note E. MASSAT.

tration ne s'était pas prononcée sur la demande¹⁴⁹⁸. Dans la décision *Soltani*, le juge des référés du Conseil d'Etat n'oppose aucune irrecevabilité, dispensant implicitement le requérant de devoir former un recours administratif avant d'introduire une demande en référé-liberté. La dispense de recours administratif préalable obligatoire en matière de référé-liberté a été explicitement confirmée par la suite dans une ordonnance du 26 juillet 2007. L'espèce concernait le contentieux fiscal et, plus précisément, les dispositions de l'article L. 281-1 du Livre des procédures fiscales, dont il résulte que le contribuable qui entend contester le recouvrement d'impositions mises à sa charge doit, avant de saisir le juge de l'impôt, présenter une réclamation auprès du chef de service compétent. Dans cette ordonnance, le juge des référés du Conseil d'Etat affirme que ces dispositions « ne s'opposent pas à ce que le juge des référés soit directement saisi, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative *et en l'absence de toute réclamation* ou recours en annulation dirigé contre les actes de poursuite pris en vue de ce recouvrement, d'une demande tendant au prononcé d'une des mesures de sauvegarde que cette disposition l'habilite à prendre »¹⁴⁹⁹.

360. La souplesse de déclenchement du référé-liberté tient enfin au caractère autonome du recours. En effet, le référé-liberté n'est pas joint à une action principale. Il ne constitue pas l'accessoire d'une action en justice. Par conséquent, le demandeur peut agir alors qu'aucune action principale n'est engagée devant le juge du fond. Comme cela a été rappelé dans l'ordonnance *Bonny* du 29 mars 2002, « la recevabilité d'une demande fondée sur l'article L. 521-2 n'est pas subordonnée à l'existence de conclusions au fond »¹⁵⁰⁰. Dès lors, un juge des référés entache son ordonnance d'une erreur de droit en jugeant que les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 sont irrecevables faute d'être précédées d'une requête au fond¹⁵⁰¹.

II. LES RÈGLES DE RECEVABILITÉ

CONCERNANT LE REQUÉRANT ET LE DÉLAI POUR AGIR

361. Les règles de recevabilité concernant le requérant et le délai pour agir font l'objet d'appréciations contrastées. L'intérêt à agir est apprécié de façon classique par rapport aux procédures ordinaires, c'est-à-dire largement. Les règles de représentation sont appliquées avec le même libéralisme que dans les autres procédures de référé. En revanche, le juge du référé-liberté fait preuve d'une grande souplesse en ce qui concerne l'appréciation du délai pour agir.

1498 CE, avis 29 décembre 1999, *Leboulch, Lebon* p. 426.

1499 CE, ord. 26 juillet 2007, *Renoult*, n° 307710.

1500 CE, ord. 29 mars 2002, *Bonny, Lebon* p. 119.

1501 CE, 4 février 2005, *Zairi*, n° 267723.

A. Une appréciation classique de l'intérêt à agir

362. Pour disposer d'un accès direct à la juridiction, il est indispensable que la victime d'une atteinte puisse elle-même déclencher le recours en protection de ses libertés. Cette exigence implique que se trouvent réunies entre ses mains les fonctions de bénéficiaire et de titulaire des libertés fondamentales. D'après une présentation communément admise, le « bénéficiaire » est celui à qui est attribué une norme de liberté fondamentale, le « titulaire » la personne ou l'organe habilité à saisir l'instance juridictionnelle chargée d'en sanctionner la violation. Comme l'a relevé M. Pfersmann, ces deux fonctions « sont conceptuellement distinctes et une grande variété d'articulation entre elles sont concevables (...) »¹⁵⁰². Si leur réunion est souhaitable, elle n'est pas systématique. En effet, il arrive que ces deux fonctions soient strictement dissociées dans les procédures de protection des libertés. Ainsi, dans le cadre du déféré-liberté, le déclenchement du contrôle est confié à l'autorité préfectorale et dépend de sa seule initiative. Les particuliers ne se sont jamais vus reconnaître l'intérêt à agir dans cette procédure¹⁵⁰³. A l'inverse, les fonctions de bénéficiaire et de titulaire se trouvent réunies dans la procédure de l'article L. 521-2, donnant ainsi aux justiciables les moyens de prendre eux-mêmes l'initiative de leur protection face aux agissements administratifs liberticides. Pour autant, l'exigence d'un intérêt à agir ne disparaît pas.

En effet, dans le référé-liberté comme dans les autres procédures contentieuses, le demandeur doit faire état d'un intérêt à agir¹⁵⁰⁴. Il doit justifier d'un intérêt à solliciter du juge une mesure de sauvegarde. Comme s'il formait un recours au fond, le requérant

1502 L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 114.

1503 En cela, le déféré-liberté est un recours que l'on peut qualifier de « fermé ». Le préfet est seul habilité à déférer l'acte et à assortir sa requête d'une demande de déféré-liberté : « il n'appartient qu'au représentant de l'Etat de mettre en œuvre la procédure prévue (...) soit *proprio motu*, soit sur saisine de la personne physique ou morale qui s'estime lésée » (TA Versailles, ord. 1^{er} avril 1982, *Wantiez, Lebon* p. 480 ; CE, ord. 22 novembre 1984, *Lebon* p. 382). Dans sa rédaction issue de la loi du 8 février 1995, l'article L. 27 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel paraissait étendre aux particuliers le bénéfice de cette procédure (voir, interprétant en ce sens cette disposition : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 1025 ; D. CHABANOL, « Un printemps procédural pour la juridiction administrative ? », *AJDA* 1995, p. 388 ; P. ROLLAND, *La protection des libertés en France*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, p. 89). Toutefois, replacé dans le contexte de la loi du 2 mars 1982 à laquelle il renvoie, l'article L. 27 n'a pas été interprété par le président de la section du contentieux comme ouvrant aux particuliers l'accès à cette procédure. Se référant aux travaux préparatoires, le président de la section du contentieux a affirmé qu'en codifiant cette disposition, le législateur n'a nullement entendu en étendre le champ d'application au justiciable ordinaire (CE, ord. 8 juin 1995, *Hoarau, AJDA* 1995, p. 508, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX). Ainsi, les particuliers n'ont pas accès au juge du déféré-liberté ; ils peuvent seulement demander au préfet d'exercer un déféré et d'assortir celui-ci d'une demande sur le fondement de l'article 2131-6 al. 5 du code général des collectivités territoriales. En cas de refus du préfet, aucun recours contentieux n'est ouvert à l'administré. La décision de déférer relève du pouvoir souverain d'appréciation de l'autorité qui est en la dépositaire et, par conséquent, ne peut être contestée devant le juge administratif (CE, Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur, Lebon* p. 23, concl. B. STIRN).

1504 Comme le rappelle M. Chapus, « L'exigence d'un intérêt donnant qualité à agir se situe au tout premier rang des conditions de recevabilité » et « Il n'y a pas, à cet égard, à distinguer selon la nature du contentieux » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 563).

doit faire valoir un intérêt direct et personnel lui donnant qualité pour agir. Le juge s'assure du respect de cette exigence en contrôlant si le requérant peut être atteint par les effets de l'acte ou du comportement qu'il critique. A défaut, la recevabilité de la demande n'est pas admise. Ainsi, le juge considère qu'une personne ne résidant pas dans les départements concernés par l'état d'urgence ne subit pas les effets de cette mesure et, par conséquent, se trouve dépourvue d'un intérêt à agir¹⁵⁰⁵. Ne peuvent saisir le juge des référés que ceux dans le chef desquels l'acte ou l'agissement litigieux produit un effet.

363. Sans être, par hypothèse, directement et personnellement affecté par les effets d'un acte administratif, le représentant de l'Etat peut néanmoins avoir un intérêt à déférer au juge administratif les actes des autorités décentralisées portant gravement atteinte aux libertés. La question s'est posée de savoir si cet intérêt pouvait lui donner qualité pour agir au titre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

Il est manifeste que les parlementaires ont voulu, à l'insistance du Sénat, exclure cette possibilité. Alors que le projet de loi prévoyait expressément la faculté pour le représentant de l'Etat de saisir le juge des référés d'une demande en référé-liberté, les sénateurs ont souhaité, et obtenu la suppression de cette disposition. Le texte présenté par le gouvernement reconnaissait au préfet la possibilité de présenter une demande sur ce fondement lorsque l'atteinte à une liberté fondamentale était « le fait d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local ». Cette formule a été supprimée par le Sénat en première lecture, sur proposition de son rapporteur. Deux arguments ont été mis en avant par M. Garrec¹⁵⁰⁶. D'une part, l'intervention du représentant de l'Etat, même subsidiaire, était jugée inutile dès lors que les victimes d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ne manqueraient pas de recourir d'elles-mêmes au juge des référés. D'autre part, se faisant l'écho des préoccupations exprimées par les élus locaux, M. Garrec soutenait que l'ouverture du référé-liberté au préfet risquait d'accroître de façon considérable le contrôle exercé par ce dernier sur les autorités décentralisées, au point de bouleverser l'équilibre institutionnel établi par la loi du 2 mars 1982. A la demande du gouvernement, les députés rétabliront le recours préfectoral en mettant en avant trois considérations : tout d'abord, la mission

1505 CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562. Par une requête introduite sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, plusieurs requérants, parmi lesquels figurait M. Julien-Laferrère demandaient au juge des référés du Conseil d'Etat d'ordonner la suspension de l'état d'urgence ou, à défaut, d'enjoindre au Président de la République de prendre un décret mettant fin à cette mesure. Le juge des référés affirme « que si large que puisse être l'intérêt à contester devant le juge administratif les mesures décidant de faire application à un territoire déterminé du régime de l'état d'urgence ainsi que les décisions ultérieures ayant une incidence sur le maintien en vigueur de ce régime, une personne qui, à la date de la saisine du juge, ne réside pas habituellement à l'intérieur de la zone géographique d'application des dispositions relatives à l'état d'urgence, ne justifie pas d'un intérêt suffisant pour en contester le maintien en vigueur ; qu'il suit de là que M. Julien-Laferrère, professeur à l'Université de Paris Sud, en position de détachement à l'étranger pour une durée excédant la date de l'effet de l'état d'urgence prévue par la loi, ne justifie pas d'un intérêt suffisant pour saisir, en l'espèce, le juge des référés du Conseil d'Etat ».

1506 Voir R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, pp. 55-56 ; *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3741 et p. 3754.

constitutionnelle de contrôle administratif des collectivités territoriales confié au préfet par l'article 72 de la Constitution ; ensuite, le fait que le référé-liberté ne ferait pas « double emploi » avec le déféré-liberté dont dispose déjà le préfet. Enfin, ajoutait le garde des Sceaux, « Il serait paradoxal que le préfet qui remplit une mission d'intérêt général ne dispose pas d'un instrument ouvert aux simples particuliers »¹⁵⁰⁷. Chaque assemblée campant sur ses positions¹⁵⁰⁸, la commission mixte paritaire devait se réunir pour régler la divergence, et finalement voir les députés s'incliner devant la détermination sénatoriale¹⁵⁰⁹.

Pour autant, le texte définitivement adopté n'exclut pas expressément l'intérêt à agir du préfet. Comme le fait remarquer M. Marcou, la loi « n'établit pas de lien entre la qualité d'auteur de la demande adressée au juge et celle de victime de l'atteinte à une liberté fondamentale »¹⁵¹⁰. Par conséquent, le juge administratif a pu, sans trahir la lettre de l'article L. 521-2, reconnaître l'intérêt à agir du préfet en matière de référé-liberté. C'est dans l'ordonnance du 20 juillet 2001 *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, que le juge des référés du Conseil d'Etat a été amené à se prononcer pour la première fois sur la question. La commune appelante soutenait que l'existence du déféré-liberté faisait obstacle à l'introduction d'une demande par le préfet par la voie de l'article L. 521-2. Le juge des référés ne soulève aucune irrecevabilité et accepte de connaître du recours présenté par le représentant de l'Etat sur ce fondement. Ce faisant, le juge des référés du Conseil d'Etat « a pour la première fois implicitement admis que le préfet puisse former un référé-liberté contre un acte d'une collectivité locale »¹⁵¹¹. Dans le silence du texte, le représentant de l'Etat dispose bien d'un intérêt lui donnant qualité pour agir au titre du référé-liberté. Le juge des référés n'opère pas de discrimination selon la qualité du requérant. Le préfet peut, comme le ferait un justiciable ordinaire, engager un recours en référé-liberté – mais uniquement, eu égard à la qualité de son auteur, contre les actes des collectivités locales et de leurs établissements publics.

364. Précisons enfin que l'extrême célérité avec laquelle le juge statue n'empêche nullement les interventions des tiers. En application des critères dégagés dans le droit commun du contentieux administratif, l'intervenant doit justifier d'un intérêt à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de l'auteur du recours¹⁵¹² ou, au contraire, à ce

1507 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10942.

1508 Le Sénat supprime de nouveau l'intérêt à agir du préfet (*JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 869) ; l'Assemblée nationale rétablit la disposition dans sa rédaction initiale (*JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, pp. 3161-3162).

1509 Voir F. COLCOMBET et R. GARREC, Rapport n° 2460 (Assemblée nationale) et n° 396 (Sénat), p. 4.

1510 G. MARCOU, « Le référé administratif et les collectivités territoriales », *LPA* 14 mai 2001, n° 95, p. 44.

1511 P. CASSIA et A. BEAL, « Les nouveaux référés administratifs. Bilan de jurisprudence (1^{er} mars-31 août 2001) », *JCP G* 2001, I, 365, p. 2192.

1512 Le juge du référé-liberté admet ainsi l'intervention des associations qui ont pour objet le respect et la défense du droit des étrangers, comme le GISTI (CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12) ou l'association Tiberius Claudius (CE, ord. 10 avril 2001, *Merzouk, Lebon T.* p. 1135 ; CE, ord. 25 novembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ M. Nikoghosyan, Lebon T.* p. 927 ; CE, 15 juillet 2004, *Doudaev*, n° 265822). Dans l'arrêt *Stéphaur*, le Conseil

qu'elles soient rejetées¹⁵¹³. Pour être recevable, une intervention doit contenir des conclusions par lesquelles son auteur s'associe à celles présentées par l'une ou l'autre des parties à l'instance. L'intervention ne peut être admise lorsque l'intéressé se borne à faire siens les moyens de la requête sans s'associer, avant que l'instruction ne soit close, aux conclusions de l'une des parties¹⁵¹⁴.

B. Une appréciation libérale des règles de représentation

365. Dans les référés d'urgence, le juge administratif applique avec un certain libéralisme les règles relatives à la représentation des personnes morales. Dans les procédures au fond, les requérants qui représentent une personne morale sont en principe tenus de produire l'autorisation d'agir en justice au nom de celle-ci conformément aux règles fixées par la loi ou par le statut de la personne morale. Ces règles sont appliquées avec une rigueur moindre dans les référés d'urgence. Compte tenu de la nature même de ces actions, le Conseil d'Etat admet la possibilité pour le représentant d'une personne morale de prendre part à la procédure sans autorisation préalable de l'organe délibérant. Ainsi le maire peut présenter une demande en référé-liberté au nom de sa commune même s'il n'a pas obtenu de son conseil municipal une autorisation d'agir¹⁵¹⁵. Le

d'Etat admet l'intervention de la Confédération générale du logement-Fédération départementale des Bouches-du-Rhône, qui a pour objet social la défense des locataires (CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphane et autres, Lebon* p. 117). Sur l'intervention du comité d'entreprise d'Air lib, voir CE, ord. 10 février 2003, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, n° 254029.

- 1513 Voir par exemple CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres, Lebon* p. 562. Eu égard à la circonstance que M. Bidalou a la qualité de citoyen domicilié dans un département qui a connu des violences urbaines auxquelles le régime de l'état d'urgence a pour but de mettre un terme, il justifie d'un intérêt pour que son intervention soit admise.
- 1514 CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres, Lebon* p. 562 ; CE, ord. 11 avril 2006, *Tefaarere, Lebon* p. 197.
- 1515 CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18. M. Morbelli souhaitait interjeter appel de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Marseille l'ayant condamné à réunir son conseil municipal pour y débattre des questions relatives à l'intercommunalité. Le maire n'avait pas qualité pour faire appel en son nom personnel, et il paraissait irrecevable à agir au nom de la commune : l'habilitation générale à agir en justice qui lui avait été donnée par le conseil municipal sur le fondement de l'article L. 2122-22, 16° du code général des collectivités territoriales avait été abrogée le 10 juillet 2000 et il ne pouvait faire état d'aucune autorisation ponctuelle. Le Conseil d'Etat a néanmoins admis son recours. Après avoir cité le texte des articles L. 521-2 et L. 523-1 du code de justice administrative, la Section va fonder cette solution sur la nature de cette procédure et la brièveté du délai d'appel. Le Conseil met ainsi en avant, d'une part « la nature même de l'action en référé ouverte par les dispositions précitées du code de justice administrative, qui ne peut être intentée qu'en cas d'urgence et ne permet, en vertu de l'article L. 511-1 du même code, que de prendre des mesures présentant un caractère provisoire » ; d'autre part « la brièveté du délai imparti pour saisir le Conseil d'Etat d'une ordonnance rendue sur le fondement de ces dispositions ». Voir, dans le même sens : CE, ord. 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232 : « eu égard aux caractéristiques de la procédure de référé, le maire a qualité pour faire appel d'une ordonnance de référé au nom de la commune, sans avoir à justifier d'une autorisation du conseil municipal ». Sous l'état du droit antérieur, le Conseil d'Etat avait considéré qu'« il résulte de la nature même de l'action en référé, qui ne peut être intentée qu'en cas d'urgence et qui ne peut préjudicier au principal », que le maire pouvait agir nonobstant l'absence d'autorisation du conseil municipal (CE, Sect., 28 novembre 1980, *Ville de Paris c/ Etablissements Roth, Lebon* p. 446, concl. J.-P. COSTA).

président d'un conseil général peut se pourvoir au nom du département sans avoir à en demander l'autorisation à l'assemblée délibérante¹⁵¹⁶. Les mêmes principes s'appliquent aux demandes introduites par les personnes morales de droit privé. Eu égard aux particularités de la procédure de référé, les recours en appel peuvent être présentés par les représentants des personnes morales requérantes sans délibération de leurs organes collégiaux¹⁵¹⁷.

366. Le libéralisme qui caractérise l'appréciation des règles de représentation comporte néanmoins des limites irréductibles. Le juge des référés ne saurait en effet s'affranchir des principes les mieux établis en matière de représentation juridique. S'agissant de la représentation des personnes physiques, le juge a ainsi rappelé que la seule qualité de partenaire de pacte civil de solidarité ne confère pas de mandat pour agir au nom du fils de son partenaire¹⁵¹⁸. En ce qui concerne la représentation de l'Etat devant la justice administrative, il a été jugé, conformément à la jurisprudence antérieure¹⁵¹⁹, que les dispositions relatives à la représentation de l'Etat par les ministres étaient applicables aux instances en référé. Il en résulte que le préfet n'est pas habilité à le représenter devant le Conseil d'Etat. L'appel formé par le représentant de l'Etat est irrecevable lorsque le ministre de l'Intérieur, informé de son introduction, ne s'en est pas approprié les termes¹⁵²⁰. On relèvera enfin, de manière plus anecdotique, que le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a déclaré irrecevable une demande de référé-liberté « en tant qu'elle est présentée au nom et pour le compte du chien Kaya », précisant que « seules les personnes physiques ou morales peuvent ester en justice »¹⁵²¹. Les animaux ne disposant pas de la personnalité juridique, leurs propriétaires doivent agir en leur nom personnel.

C. Une appréciation souple du délai pour agir

367. L'article R. 421-1 du code de justice administrative dispose que « Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre *une décision*, et ce, dans les *deux mois* à partir de la notification ou de la publica-

1516 CE, ord. 29 avril 2004, *Département du Var*, n° 266902.

1517 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

Le juge du référé-suspension a également admis que le président d'une association pouvait agir sur autorisation du conseil d'administration alors même qu'en vertu des statuts, seule une délibération de l'assemblée générale pouvait donner cette autorisation (CE, 13 novembre 2002, *Association Alliance pour les droits de la vie*, *Lebon* p. 393, *AJDA* 2002, pp. 1506-1512, concl. D. CHAUVAUX).

1518 CE, ord. 11 février 2003, *Maillot*, *Lebon T.* p. 914.

1519 CE, 14 février 1964, *Société anonyme Produits chimiques Péchiney Saint-Gobain*, *Lebon* p. 112.

1520 CE, ord. 7 mai 2003, *Préfet de l'Hérault*, n° 256208. En revanche, l'irrecevabilité est couverte lorsque le ministre de l'Intérieur s'approprie la requête d'appel formé par le préfet (CE, ord. 26 avril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon T.* p. 1034).

1521 TA Strasbourg, ord. 23 mars 2002, *Welsch*, n° 0201013, citée par P. CASSIA, « Le chien dans l'espace public municipal » (1^{ère} partie), *LPA* 12 août 2003, p. 9, note 137 (à propos d'une euthanasie de l'animal).

tion de la décision attaquée »¹⁵²². L'exigence d'exercer le recours dans un délai de deux mois s'applique-t-elle aux demandes introduites sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ? Dans la mesure où le juge du référé-liberté est juge des situations, et non pas juge des actes, trois hypothèses doivent être distinguées.

368. La première hypothèse concerne le recours formé contre *un comportement* de l'autorité administrative en l'absence de décision préalable. Dans la mesure où l'article R. 421-1 du code de justice administrative vise uniquement les recours formés contre les « décisions », ce type de demande ne rentre pas dans le champ d'application de cette disposition et, par conséquent, le recours peut être engagé sans condition de délai. Le juge des référés du Conseil d'Etat en a admis le principe dès l'ordonnance *Marcel* du 2 avril 2001. Par une requête enregistrée au greffe du tribunal administratif de Marseille le 7 mars 2001, les requérants contestent un retrait de document d'identité intervenu le 7 novembre 2000, et à l'encontre duquel aucune procédure au fond n'a été introduite devant la juridiction administrative. Les requérants ont attendu plus de deux mois après l'entrée en vigueur de la procédure du référé-liberté pour contester les effets de cet agissement. Ni le juge du premier degré¹⁵²³ ni le juge d'appel¹⁵²⁴ n'y ont vu un motif d'irrecevabilité. La recevabilité de la demande n'était d'ailleurs nullement contestée par l'administration.

369. La deuxième hypothèse est plus délicate ; elle concerne les recours formés contre *une situation née d'une décision* et, plus précisément, d'une décision de refus. D'un côté, la situation litigieuse ne semble pas pouvoir être envisagée indépendamment de la décision en cause. D'un autre côté, le demandeur ne conteste pas formellement une décision administrative et, en cela, paraît devoir échapper à la règle de l'article R. 421-1 du code de justice administrative. Privilégiant cette seconde considération, la jurisprudence s'oriente vers une admission de la recevabilité du recours malgré l'expiration du délai de recours contentieux. L'ordonnance *La Cour des miracles* du 16 septembre 2002 fournit à cet égard une illustration intéressante. Par une décision en date du 1^{er} février 2002, le maire de la commune avait refusé au restaurateur l'installation d'une terrasse sur le domaine public. En l'absence de recours, cette décision est devenue définitive à l'expiration du délai de deux mois suivant sa notification. Par une demande présentée au juge du référé-liberté du tribunal administratif de Montpellier au début du mois d'août 2002, le restaurant demande qu'il soit enjoint à la commune de Collioure d'autoriser l'installation de ladite terrasse. Précisons que la demande n'est pas introduite contre le refus du 1^{er} février 2002 mais, plus globalement, contre une situation déterminée résultant de l'absence de délivrance d'une autorisation. Le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier n'oppose pas d'irrecevabilité et convo-

1522 Voir Y. PITARD, « Introduction de l'instance. Délais », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 43 (2002). On relèvera que le juge de la voie de fait n'enferme pas l'exercice d'une action dans un quelconque délai. Le juge du déféré-liberté peut également être saisi sans condition de délai, mais il est nécessaire que le recours au fond sur lequel il vient se greffer ait été introduit à l'intérieur du délai de recours contentieux. S'agissant d'un recours accessoire, son régime est en effet conditionné par les règles applicables à l'instance principale. Un déféré-liberté formé après l'épuisement du délai de recours contentieux, et en l'absence de recours introduit dans ce délai, est par conséquent irrecevable.

1523 TA Marseille, ord. 9 mars 2001, *Consorts Marcel*, n° 0101294.

1524 CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

que les parties à une audience publique. Le juge d'appel du référé-liberté ne soulève pas davantage d'irrecevabilité et examine si les conditions d'octroi sont satisfaites. Lors de l'examen de la condition d'atteinte à une liberté fondamentale, il observe à titre incident que la société requérante « n'a pas contesté en temps utile, devant le juge de l'excès de pouvoir, le refus opposé à sa demande du 1^{er} février 2002 tendant à être autorisé à installer une telle terrasse ». Néanmoins, il ne regarde pas ce long délai comme un motif d'irrecevabilité : la demande est rejetée comme mal fondée, et non pas comme irrecevable¹⁵²⁵. Il semble donc possible de déduire de cette ordonnance que le recours formé contre une situation née d'une décision n'est enfermé dans aucun délai.

370. La troisième et dernière hypothèse concerne le recours introduit contre *une décision déterminée*. La jurisprudence a été sur ce point évolutive.

Dans un premier temps, le juge des référés a entendu appliquer l'article R. 421-1 en la matière. L'arrêt *Zhary* avait paru consacrer implicitement cette solution. Cela étant, la motivation retenue par le Conseil d'Etat ne permettait pas de déterminer avec certitude si l'irrecevabilité opposée au demandeur en l'espèce résultait du caractère exclusif de la procédure de l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 en matière de reconduite à la frontière ou du dépassement d'un délai de recours¹⁵²⁶. Une solution plus nette a été retenue dans une ordonnance du 20 mars 2003, relative à une mesure d'expulsion contestée par la voie du référé-liberté. Au cours de l'audience du 10 mars 2003, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a informé les parties de ce qu'un moyen relatif à la tardiveté de la demande était susceptible d'être soulevé d'office. Après avoir provoqué les observations des parties, le juge des référés s'est fondé sur ce que l'arrêté du 25 septembre 2002 ordonnant l'expulsion du requérant avait été notifié à ce dernier le 28 novembre 2002 et était devenu définitif en l'absence de contestation dans le délai de recours contentieux. Le requérant relève appel de cette ordonnance de rejet devant le juge des référés du Conseil d'Etat. Celui-ci confirme l'ordonnance du premier juge et rejette la demande d'appel selon la procédure de tri de l'article L. 522-3¹⁵²⁷. La jurisprudence a ainsi consacré, lorsque le demandeur en référé-liberté conteste une décision déterminée, l'obligation d'agir dans un délai de deux mois à compter de sa notification ou de sa publication.

Cette solution a néanmoins été abandonnée par la suite. Le revirement résulte d'une ordonnance du 7 juillet 2007, *Aslantas*¹⁵²⁸. Certes, celle-ci concerne non pas le délai de recours de droit commun mais le délai spécial prévu dans le contentieux des refus de séjour assortis d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF)¹⁵²⁹. Pour autant, la formule utilisée par le juge des référés présente un caractère suffisamment large pour donner à cette solution une portée générale et la rendre applicable à toute demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2. En l'espèce, la requérante a fait l'objet d'un refus de séjour assorti d'une obligation d'avoir à quitter le territoire

1525 CE, ord. 16 septembre 2002, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon T.* p. 314.

1526 Sur cette décision, voir *infra*, § 375.

1527 CE, ord. 20 mars 2003, *Sahli*, n° 255216.

1528 CE, ord. 7 juillet 2007, *Aslantas*, n° 307133.

1529 Délai fixé à un mois par l'article 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

français dans le délai d'un mois, par décision du préfet de l'Oise en date du 9 janvier 2007. Cette décision a été notifiée à l'intéressée le 24 janvier 2007. Toutefois, cette dernière n'a pas exercé la faculté dont elle disposait, en vertu de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, pour demander l'annulation de la décision. Interpellée le 14 juin 2007 elle a fait l'objet d'un placement en rétention en vue de l'exécution de la décision préfectorale et a saisi le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens. Pour rejeter la demande dont il était saisi, le juge a décidé que, dès lors que l'arrêté avait été notifié à l'intéressée le 24 janvier 2007, celle-ci était tardive à en demander la suspension. Saisi par la voie de l'appel, le juge des référés du Conseil d'Etat affirme qu'en rejetant la demande comme irrecevable, le premier juge a commis une erreur de droit. Employant une formule générale, il déclare que l'étranger qui n'a pas demandé, dans le délai de recours qui lui est ouvert à l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'annulation de la décision d'avoir à quitter le territoire français dans un délai d'un mois, « ne peut pas, de ce seul fait, être jugé irrecevable comme tardif lorsque, placé en rétention en vue de l'exécution d'office de la décision, il sollicite du juge des référés administratif, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la suspension de cette décision, dès lors que *sa demande en référé n'est soumise ni à la condition que la décision qu'il conteste ait été préalablement déférée au juge de l'annulation, ni à une condition de délai* ». Il en résulte qu'aucun délai de recours ne peut valablement être opposé à l'auteur d'une demande en référé-liberté¹⁵³⁰. La règle générale de l'article R. 421-1 du code de justice administrative est écartée pour les recours introduits sur ce fondement.

III. UNE ARTICULATION COHÉRENTE

AVEC LES AUTRES PROCÉDURES JURIDICTIONNELLES

371. En cas d'atteinte administrative à une liberté fondamentale, le justiciable dispose de plusieurs mécanismes juridictionnels pour combattre les effets préjudiciables des actes et agissements de la puissance publique. Le référé-liberté représente l'un de ces mécanismes mais d'autres procédures peuvent également être mises en œuvre dans cette hypothèse même si elles n'ont pas pour vocation première et exclusive la sauvegarde des libertés fondamentales. Comment s'organise alors la coexistence entre la procédure de l'article L. 521-2 et les autres voies de droit ouvertes à l'encontre d'un acte ou d'un agissement déterminé ?

De manière générale, plusieurs combinaisons sont envisageables en cas de concours d'actions entre les mêmes parties¹⁵³¹. Celles-ci étant rarement définies par la loi, c'est

1530 Du moins sur le terrain de la recevabilité. En revanche, au stade de l'examen des conditions d'octroi, une lenteur à agir sera le plus souvent sanctionnée comme révélant une absence d'urgence (voir *supra*, § 312).

1531 Comme l'indique Mme Bussy-Arnaud, deux éléments caractérisent le concours d'actions en justice entre les mêmes parties : d'une part les actions en présence procèdent d'une même situation de fait ;

au juge qu'il appartient le plus souvent d'en organiser les modalités. Trois solutions sont alors concevables : le cumul, l'option ou la hiérarchisation. Le juge peut tout d'abord admettre le cumul d'actions. En ce cas, il autorise le requérant à réclamer simultanément le bénéfice de plusieurs actions. Le juge peut également imposer au demandeur une option, soit en contraignant ce dernier à faire un choix entre les diverses procédures qui s'offrent à lui, soit en lui imposant d'utiliser la procédure la mieux adaptée. Enfin, le juge peut permettre au requérant de conférer un caractère subsidiaire à l'une des actions qu'il intente. Dans ce cas, quoiqu'il engage en même temps plusieurs actions, le requérant ne demande pas qu'il soit fait droit à chacune d'elles, mais sollicite seulement leur admission alternative¹⁵³².

En ce qui concerne le référé-liberté, le Conseil d'Etat a exclu cette dernière possibilité : il ne reconnaît pas au requérant la possibilité de présenter des conclusions alternatives. En revanche, il n'impose en principe aucune option entre les recours. Ecartant le principe d'une « exception de référé parallèle »¹⁵³³, il a admis la faculté de cumul entre un référé-liberté et une autre action en justice. Ce principe ne retrouve à s'appliquer que dans l'hypothèse particulière où ladite action emporte de plein droit un effet suspensif. Le Conseil d'Etat permet également à un demandeur d'introduire simultanément plusieurs recours ; la seule exigence qui s'impose à lui consiste à présenter chacun de ces recours par voie de requête distincte.

A. Le jeu limité de l'exception de recours parallèle

372. Lorsqu'une procédure a été spécialement mise à la disposition des justiciables pour combattre les effets d'un acte ou d'un comportement déterminé, la voie du référé-liberté ne leur est pas pour autant fermée. Le juge administratif a exclu en principe l'application du mécanisme de l'exception de recours parallèle en matière de référé¹⁵³⁴. Celui-ci ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'un recours auquel la loi attache de plein droit un effet suspensif.

d'autre part elles opposent un même demandeur à un même défendeur (F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 201, 1988, spé. p. 32). En contentieux administratif, une telle situation se présente lorsqu'un acte ou un agissement déterminé peut être contesté par le justiciable au moyen de différentes procédures.

1532 Cette dernière hypothèse constitue une position intermédiaire entre le cumul et l'option : elle se rapproche du cumul en ce que le demandeur met en œuvre simultanément différentes actions mais elle s'en distingue en subordonnant l'examen de l'une au rejet de l'autre, de telle sorte qu'elles ne peuvent pas être simultanément accueillies.

1533 Voir P. YOLKA, « Vers une exception de référé parallèle ? », *AJDA* 2004, p. 57.

1534 Lorsqu'elle est appliquée par le juge, la notion d'exception de recours parallèle conduit à ne pas accepter le recours d'un justiciable qui dispose d'une voie de droit spécifique lui permettant d'obtenir une satisfaction au moins équivalente, voire identique (voir J. TERCINET, « Le retour de l'exception de recours parallèle », *RFDA* 1993, pp. 705-720).

1. Le principe : la faculté de cumul

373. Il résulte de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L. 521-2 qu'un référé-liberté peut être engagé alors même que le requérant dispose d'une procédure spécifique pour contester les effets d'un acte ou d'un comportement déterminé. Ainsi, en dépit de l'existence du référé-suspension, spécialement institué pour obtenir la suspension de l'exécution des décisions administratives, le requérant peut rechercher et obtenir le prononcé de cette mesure sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Dès l'ordonnance *Djalout* du 27 mars 2001, le juge des référés du Conseil d'Etat a admis que le référé-liberté pouvait être mis en œuvre pour obtenir une mesure de suspension malgré l'existence de la procédure de l'article L. 521-1. La solution est fondée sur le caractère distinct du référé-suspension par rapport au référé-liberté. Dans un considérant de principe, le juge des référés du Conseil d'Etat affirme « que la procédure régie par l'article L. 521-2 du code précité est distincte de celle instituée par l'article L. 521-1 du même code qui permet à l'auteur d'un recours en annulation ou en réformation d'une décision administrative, de demander au juge des référés de suspendre l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ». Il en déduit « que l'article L. 521-2 peut ainsi être mis en œuvre, quand bien même le demandeur pourrait tout aussi bien engager une action au titre de l'article L. 521-1 »¹⁵³⁵. La possibilité qu'une demande de suspension puisse aboutir au titre de la procédure spécifique de l'article L. 521-1 n'interdit pas d'utiliser la voie plus difficile du référé-liberté.

De même, et nonobstant la procédure qui lui est spécialement ouverte par les articles L. 911-4 et L. 911-5 du code de justice administrative, le requérant est recevable à contester par la voie du référé-liberté l'inexécution totale ou partielle d'une décision rendue par une juridiction administrative. Le principe en a été admis dans l'ordonnance *Kaigisiz* du 8 novembre 2001¹⁵³⁶. A l'appui d'une rédaction particulièrement explicite, le juge des référés a confirmé dans une ordonnance ultérieure que si l'inexécution d'une décision « est régie normalement par les articles L. 911-4 et L. 911-5 du code de justice administrative, l'existence de ces procédures ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que la partie intéressée présente au juge des référés une demande tendant à ce qu'il ordonne une mesure d'urgence sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, pour autant qu'il est satisfait à l'intégralité des conditions posées par ce texte pour sa mise en œuvre »¹⁵³⁷.

Enfin, rien n'exclut l'application du référé-liberté en matière contractuelle. Le Conseil d'Etat ayant écarté le principe de l'exception de recours parallèle en matière de référé, l'existence du référé précontractuel ne représente pas un obstacle à l'introduction

1535 CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158.

1536 CE, ord. 8 novembre 2001, *Kaigisiz*, *Lebon* p. 545.

1537 CE, ord. 9 janvier 2006, *Ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Daaji*, n° 288745, mentionnée au recueil *Lebon*. L'article L. 521-2 peut ainsi être mis à profit pour obtenir une correcte exécution d'une décision rendue par la juridiction administrative. Dans la limite des pouvoirs du juge du référé-liberté, les mesures sollicitées peuvent être identiques à celles qui relèveraient d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle.

d'une demande sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Rien n'empêche l'utilisation du référé-liberté au stade de la passation du contrat et à celui de son exécution. Lors de la passation du contrat, une entreprise évincée de la procédure pourrait utilement invoquer une atteinte à la libre concurrence. Le juge des référés en a admis le principe dans une ordonnance du 12 avril 2006¹⁵³⁸. La société Pau Loisirs, qui exploitait le casino municipal de Pau, a vu sa candidature être évincée au profit d'une entreprise concurrente lors du renouvellement du contrat d'exploitation de l'établissement. Alléguant une atteinte à la liberté d'entreprendre, la société requérante demandait au juge des référés de suspendre les nouveaux contrats d'exploitation. Aucune irrecevabilité n'est opposée à la demande en premier ressort ni en appel. Si le juge des référés du Conseil d'Etat rejette la demande faute d'urgence, il admet néanmoins dans son principe l'utilisation du référé-liberté en la matière. Cette procédure pourrait également être mise en œuvre au stade de l'exécution du contrat. Comme le relève le président Vandermeeren, « on ne voit pas, par exemple, au nom de quel principe interdire au titulaire d'un marché public de présenter utilement une demande de référé à l'encontre de la décision de la collectivité publique cocontractante lui infligeant des pénalités manifestement injustifiées et dont l'importance affecterait gravement la trésorerie, sinon la survie, de l'entreprise »¹⁵³⁹. De manière générale, la doctrine est unanime pour reconnaître la possibilité de mise en œuvre du référé-liberté en matière contractuelle¹⁵⁴⁰.

En principe, l'existence d'une voie de droit spéciale n'empêche nullement l'exercice d'un référé-liberté. Il en va toutefois différemment lorsque la loi a attaché à ce recours un effet suspensif.

2. L'exception : l'obligation d'emprunter le recours à caractère suspensif

374. Le mécanisme de l'exception de recours parallèle trouve à s'appliquer dans l'hypothèse, très précise, dans laquelle le recours spécialement institué par la loi bénéficie d'un effet suspensif. Dans un tel cas, l'introduction du recours suffit à elle seule à obtenir de plein droit la suspension des effets de l'acte attaqué. Dans la mesure où cette voie de droit est très avantageuse pour le requérant, elle épuise les possibilités qu'il a de s'adresser au juge pour faire valoir ses prétentions. Par conséquent, le demandeur se voit interdire l'accès au référé et est tenu d'utiliser la voie de recours à caractère

1538 CE, ord. 12 avril 2006, *Société Pau Loisirs*, n° 292255.

1539 R. VANDERMEEREN, « Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 », *BJDCP* n° 13, 2000, p. 396.

1540 Voir J. GOURDOU et P. TERNEYRE, « Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence », *CJEG* n° 575, 2001, pp. 135-147, spé. p. 141 ; D. BAILLEUL, « Les référés « suspension » et « liberté » au secours du référé précontractuel ? », *Contrats et marchés publics* 2002, chron. n° 8 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le référé précontractuel, laissé pour compte de la réforme des procédures d'urgence », *Contrats et marchés publics* 2002, Repères n° 3.

suspensif. Le juge des référés a expressément affirmé ce principe concernant les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière¹⁵⁴¹.

375. Après avoir réservé la question dans un premier temps¹⁵⁴², le juge des référés a ensuite expressément exclu l'application de la procédure du référé dans le contentieux de la reconduite à la frontière¹⁵⁴³. Cette solution repose sur les caractéristiques de la procédure prévue à l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et, en particulier, l'effet suspensif du recours. En effet, l'article 22 bis organise une voie particulière pour la contestation des arrêtés de reconduite à la frontière ; « l'existence de cette voie particulière de recours, avec l'effet suspensif qui s'y attache, fait obstacle à ce qu'une décision de reconduite fasse l'objet d'une demande de suspension devant le juge des référés, que ce soit sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ou au titre de la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 de ce code »¹⁵⁴⁴. L'exclusion concerne tant l'arrêté de reconduite que les mesures par lesquelles il est mis à exécution. Dans ce dernier cas, c'est uniquement si survient un changement dans les circonstances de droit ou de fait entre la décision de reconduite et sa mise à exécution que l'intéressé peut utilement agir par la voie du référé. Le juge des référés a très clairement récapitulé les principes applicables dans une ordonnance *Bondo* du 14 janvier 2005. Il déclare qu'un arrêté de reconduite à la frontière « n'est pas justiciable en principe des procédures de référé instituées par le livre V du code de justice administrative ». Dans le cas où le juge est saisi simultanément de conclusions dirigées contre l'arrêté de reconduite à la frontière et de conclusions dirigées contre la décision distincte fixant le pays de renvoi, cette règle s'applique à l'arrêté ordonnant la reconduite à la frontière comme à la décision distincte déterminant le pays de renvoi. Toutefois, « le mécanisme particulier de contestation d'un arrêté de reconduite ainsi décrit ne fait pas obstacle à l'intervention du juge des référés dans le cas où les mesures par lesquelles il est procédé à l'exécution d'un tel arrêté comportent des effets qui, en raison de changements dans les circonstances de droit ou de fait depuis l'intervention de cet arrêté, excèdent le cadre qu'implique normalement sa mise à exécution »¹⁵⁴⁵. En l'absence de changements dans les circonstances de droit ou de fait depuis l'intervention de l'arrêté décidant la reconduite du requérant, la demande introduite sur le fondement de l'article L. 521-2 est rejetée¹⁵⁴⁶. L'intéressé retrouve en revanche accès

1541 Malgré l'absence d'application contentieuse dans d'autres domaines, il semble néanmoins possible d'affirmer que la règle revêt une portée plus générale et concerne l'ensemble des décisions administratives bénéficiant de plein droit d'un effet suspensif en cas de recours. Voir *Pratique du contentieux administratif* Dalloz (octobre 2002), n° 290-75 et s.

1542 CE, ord. 26 janvier 2001, *Gunes, Lebon* p. 38.

1543 CE, 21 novembre 2001, *Zhary, Lebon* T. p. 1125 ; CE, ord. 9 décembre 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Negmari*, n° 252338 ; CE, ord. 27 janvier 2003, *Amraoui*, n° 253601 ; CE, ord. 14 mai 2003, *Méliani, Lebon* T. p. 913 ; CE, ord. 29 septembre 2004, *Préfet de la Marne, Lebon* T. p. 829 ; CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo, Lebon* T. p. 915 ; CE, ord. 14 avril 2005, *Benbehar*, n° 279340 ; CE, ord. 25 mai 2005, *Madzabou*, n° 280607 ; CE, ord. 26 mai 2005, *Ahamadi*, n° 280690.

1544 CE, ord. 14 mai 2003, *Méliani, Lebon* T. p. 913.

1545 CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo, Lebon* T. p. 915.

1546 Voir notamment CE, ord. 14 avril 2005, *Benbehar*, n° 279340 ; CE, ord. 29 septembre 2004, *Préfet de la Marne, Lebon* T. p. 829 ; CE, ord. 25 mai 2005, *Madzabou*, n° 280607.

au référé-liberté en cas de changement de circonstances. Celui-ci peut résulter d'une décision du Conseil d'Etat ayant annulé une mesure de reconduite pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, au motif que la requérante est particulièrement menacée et court des risques pour sa sécurité en cas de retour dans son pays d'origine¹⁵⁴⁷. Le changement de circonstances peut également résulter de la naissance d'un enfant lorsque l'épouse du requérant est de nationalité française. En effet, dans sa rédaction issue de l'article 36 de la loi du 26 novembre 2003, l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (devenu l'article L. 511-4, 6° du code de l'entrée et du séjour des étrangers en France) s'oppose à ce que l'étranger qui est père d'un enfant mineur résidant en France et sur lequel il exerce l'autorité parentale puisse faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière¹⁵⁴⁸.

De manière générale, le juge des référés exclut l'application du mécanisme de l'exception de recours parallèle dans le cadre de l'article L. 521-2. En principe, c'est-à-dire en l'absence d'effet suspensif, il admet l'exercice d'un référé-liberté dans le domaine régi par une procédure spéciale. Le recours en référé-liberté peut également être engagé en même temps qu'une autre voie de droit. Le Conseil d'Etat exige seulement, dans cette hypothèse, que les différentes demandes soient présentées dans des requêtes distinctes.

B. La faculté de cumul d'action : l'exigence de requêtes distinctes

376. Le demandeur en référé-liberté peut introduire simultanément ou successivement plusieurs actions contre un acte ou un agissement déterminé. En l'absence de dispositions contraires, il est en effet loisible aux requérants d'agir sur plusieurs terrains et, notamment, d'agir à la fois par le biais du référé-suspension et du référé-liberté. Comme le déclare M. Chapus, « On ne voit pas (...) pourquoi le justiciable ne pourrait pas tenter sa chance sur deux tableaux en saisissant le juge tant d'une requête en suspension (fondée sur l'article L. 521-1) que d'une requête en sauvegarde d'une liberté fondamentale. C'est dire qu'il ne doit pas y avoir, en la matière, d'« exception de procédure d'urgence parallèle » »¹⁵⁴⁹. Le juge des référés n'oppose pas d'irrecevabilité

¹⁵⁴⁷ CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo, Lebon T.* p. 915, *AJDA* 2005, pp. 1360-1363, note. O. LECUCQ. Dans ces conditions, affirme le juge des référés, « la fin de non-recevoir tirée de l'impossibilité de contester l'acte d'exécution d'un arrêté de reconduite à la frontière suivant la procédure de l'article L. 521-2 du code de justice administrative doit, en l'espèce, être écartée ».

¹⁵⁴⁸ CE, ord. 21 février 2005, *Najemi*, n° 277520. En l'espèce, l'intéressé a fait l'objet le 7 octobre 2004 d'un arrêté de reconduite à la frontière dont il a reçu notification le 1^{er} février 2005. Le 21 décembre 2004, son épouse a donné naissance à un enfant. Le requérant a reconnu auprès de l'état civil l'enfant mis au monde par son épouse dans les liens du mariage. La naissance de l'enfant constitue un changement de circonstances permettant au requérant de saisir utilement le juge des référés. Sous l'état du droit antérieur à la loi du 26 novembre 2003, le juge des référés n'avait pas regardé comme un changement de circonstances la naissance d'un enfant né de parents étrangers sur le sol français et reconnu par l'intéressé auprès de l'état civil (CE, ord. 27 janvier 2003, *Amraoui*, n° 253601).

¹⁵⁴⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1608.

lorsqu'il est saisi, le même jour, de deux requêtes : l'une fondée sur l'article L. 521-1, l'autre sur l'article L. 521-2¹⁵⁵⁰. Un référé-liberté peut être engagé concomitamment à un référé-suspension. De manière analogue, le référé-liberté et l'action en exécution de la chose jugée peuvent être exercés simultanément. Le fait d'avoir actionné le juge de l'exécution sur le fondement de l'article L. 911-4 ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé présente au juge du référé-liberté une demande d'injonction destinée à remédier à l'inexécution persistante de la chose jugée¹⁵⁵¹.

377. Si à une demande en référé-liberté peut s'adjoindre une demande présentée sur un autre fondement et, inversement, si un référé-liberté peut être déposé en complément d'un autre recours, le juge exige que ces actions combinées soient introduites par voie de requêtes distinctes. En d'autres termes, les conclusions présentées au juge du référé-liberté doivent avoir pour seul fondement l'article L. 521-2 du code de justice administrative. La requête en référé-liberté ne peut contenir des conclusions relevant d'une autre procédure.

Lors des premières semaines d'application de la réforme du 30 juin 2000, le juge des référés a parfois été saisi, par une seule et même requête, de conclusions tendant à l'application combinée ou alternative des référés liberté et suspension. Dans un premier temps, il a accepté de connaître de ces demandes. A trois reprises, dans les affaires *Association Promouvoir*¹⁵⁵², *Philippart et*

1550 Ainsi, M. Meyet avait pu introduire le 21 mars 2001 deux requêtes en référé, l'une sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, l'autre sur le fondement de l'article L. 521-2. Le juge des référés du Conseil d'Etat ne regarde pas cette double saisine comme un motif d'irrecevabilité ; il statue, dès le lendemain, sur les deux requêtes (voir respectivement, pour le référé-suspension et le référé-liberté : CE, ord. 22 mars 2001, *Meyet, Lebon T.* p. 1130 ; CE, ord. 22 mars 2001, *Meyet*, n° 231631). De même, M. Rondeau a introduit le 11 mai 2005 deux requêtes devant le juge des référés du Conseil d'Etat en vue d'obtenir la suspension d'un décret du 20 avril 2005. La première requête développait des conclusions fondées sur l'article L. 521-1, la seconde sur le fondement de l'article L. 521-2. Le juge des référés a statué sur les deux demandes le 16 mai 2005. Dans une première ordonnance, il a suspendu l'exécution du décret attaqué en se plaçant sur le terrain de l'article L. 521-1 (CE, ord. 16 mai 2005, *Rondeau, Lebon T.* p. 1027). Par une seconde ordonnance, il a considéré qu'il n'y avait lieu de statuer sur les conclusions, tendant aux mêmes fins, présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 (CE, ord. 16 mai 2005, *Rondeau*, n° 280423). Pour une hypothèse analogue, voir, sur deux requêtes enregistrées le 17 mai 2005 : CE, ord. 27 mai 2005, *Mme Touria YX*, n° 280612 (suspendant sur le fondement de l'article L. 521-1 l'exécution de la décision attaquée) et CE, ord. 27 mai 2005, *Mme Touria YX n° 280613* (rejetant, faute d'objet, la demande en référé-liberté).

1551 CE, 11 juin 2002, *M. Ait Oubba, Lebon T.* p. 869. A la différence du juge du premier degré, qui avait déclaré la demande irrecevable, le Conseil d'Etat considère que les deux procédures ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Il affirme « que si, pour obtenir l'exécution du jugement du 28 mars 2001, M. Ait Oubba a saisi le tribunal administratif selon la procédure prévue par l'article L. 911-4 du code de justice administrative – procédure qui, à ce jour, n'a pas abouti –, cette circonstance ne faisait pas par elle-même obstacle à ce que l'intéressé présentât au juge des référés une demande tendant à ce qu'il ordonne une mesure d'urgence sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ».

1552 L'association requérante demandait, sur le fondement de l'article L. 521-1, la suspension d'une décision selon elle révélée par une dépêche d'agence de presse et, sur le fondement de l'article L. 521-2, d'enjoindre au ministre de la culture et de la communication d'inscrire dans un délai de 48 heures le film « Baise-moi » sur la liste des films à caractère pornographique et de faire procéder, avant le 1^{er} février 2001, à la saisie administrative des vidéogrammes du film. Le juge des référés examine tout d'abord les conclusions

*Lesage*¹⁵⁵³ et *Perrier*¹⁵⁵⁴, il a admis qu'un justiciable puisse le saisir au titre des deux procédures au moyen d'une seule et unique requête. Des juges du premier degré avaient également accepté de connaître de requêtes aux fondements combinés¹⁵⁵⁵. Cette possibilité contribuait à la souplesse recherchée par le législateur en ce domaine. Toutefois, la solution était porteuse de difficultés qui justifèrent rapidement son abandon. Après avoir rejeté les conclusions présentées par MM. Philippart et Lesage au titre de l'article L. 521-2 et mis à l'instruction les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-1, le juge des référés décida de porter l'affaire devant la section du contentieux afin de régler en formation solennelle la question du cumul des conclusions en référé au sein d'une même requête¹⁵⁵⁶.

Pour le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux, la coexistence des deux référés au sein d'une même requête risque d'entraîner des difficultés insolubles pour le juge administratif en raison des différences procédurales qui opposent les deux recours. La première difficulté résulte de la différence quant au délai de jugement : 48 heures pour le référé-liberté, dans les meilleurs délais pour le référé-suspension. A moins qu'il

à fin de suspension et les déclare irrecevables faute, pour l'association, de justifier de l'existence d'aucune décision expresse ou implicite. Le juge statue ensuite sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 521-2 (CE, ord. 31 janvier 2001, *Association Promouvoir, Lebon T.* p. 525).

- 1553 Par une requête enregistrée au secrétariat du contentieux le 8 février 2001, les requérants demandaient à titre principal, et sur le fondement de l'article L. 521-2, de suspendre la décision du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes leur refusant l'installation dans un immeuble où exerçait déjà un confrère, et d'enjoindre au Conseil de l'Ordre de leur accorder l'autorisation d'exercer leur profession dans cet immeuble. Ils demandaient, à titre subsidiaire, de prendre la même décision sur le fondement de l'article L. 521-1. Par une ordonnance du 9 février 2001, le juge des référés a rejeté les conclusions présentées au titre de l'article L. 521-2 du fait de l'absence d'atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale. Dans la même ordonnance, il précise que s'agissant des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-1, « il y a lieu pour le juge des référés de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'il ait été procédé à leur instruction dans les conditions prévues à l'article L. 522-1 ». Il ajoute qu'il sera statué sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 « en même temps que sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative » (CE, ord. 9 février 2001, *Philippart et Lesage*, n° 230112).
- 1554 Par une requête introduite le 15 février 2001, le requérant demandait au juge des référés du Conseil d'Etat qu'il statue « en se fondant à la fois sur les articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative ». Le juge des référés statue le jour même sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 521-2. En l'absence d'atteinte à une liberté fondamentale, le juge rejette ces conclusions en application de la procédure de tri de l'article L. 522-3 (CE, ord. 15 février 2001, *Perrier*, n° 230318). Concernant les conclusions formées sur le fondement de l'article L. 521-1 et celles tendant à l'application de l'article L. 761-1, l'ordonnance reprend la formule de l'ordonnance *Philippart et Lesage* du 9 février. Les conclusions fondées sur l'article L. 521-1 seront jugées après instruction le 14 mars 2001 (CE, ord. 14 mars 2001, *Perrier*, n° 230318).
- 1555 Dans une ordonnance du 27 février 2001, le juge des référés du tribunal administratif de Lille avait, sur le fondement de l'article L. 521-1, suspendu la décision du préfet du Nord refusant de délivrer à la requérante une autorisation provisoire de séjour (article 1^{er} de l'ordonnance) et, sur le fondement de l'article L. 521-2, enjoint au préfet du Nord de délivrer une autorisation provisoire de séjour (article 2). Le ministre de l'Intérieur demande au Conseil d'Etat de casser l'article 1^{er} de l'ordonnance et d'annuler son article 2. La demande est regardée comme constituant à titre principal un pourvoi en cassation ; le Conseil déclare irrecevables les conclusions d'appel et statue sur les conclusions de cassation (CE, 16 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Glory Okko, Lebon T.* p. 1092).
- 1556 CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage, Lebon* p. 112, *RFDA* 2001, pp. 390-398, concl. D. CHAUVAUX.

n'estime pouvoir rejeter sans instruction la demande en référé-liberté, le juge devra tenir une audience sous 48 heures. Si la demande n'est pas accueillie sur ce terrain, il faudra prolonger l'instruction et prévoir éventuellement une nouvelle audience dans le cadre du référé-suspension. La seconde difficulté résulte de la différence concernant les voies de recours ouvertes contre la décision rendue par le premier juge après audience publique. La décision rendue sur le fondement de l'article L. 521-2 peut être contestée par la voie de l'appel, l'ordonnance prononcée par le juge du référé-suspension par la voie de la cassation. Par conséquent, « si le juge statue par une même décision prise après audience publique sur des demandes relevant des deux formes de référé – ce qu'il sera le plus souvent conduit à faire s'il a été saisi par une requête unique – un recours devant le Conseil d'Etat relèvera pour partie d'une formation collégiale et pour partie du président de la section »¹⁵⁵⁷. Au regard des différences procédurales opposant ainsi les deux référés, M. Chauvaux estime qu'autoriser le requérant à présenter, dans une même requête des conclusions relevant de l'article L. 521-1 et de l'article L. 521-2 aboutirait à un degré de complication inacceptable. Aussi proposait-il de poser « la règle simple selon laquelle une demande de suspension et une demande en référé liberté ne doivent pas coexister dans la même requête »¹⁵⁵⁸. Conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, la Section va expressément exclure la possibilité de cumul. Après avoir relevé que les demandes formées devant le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-1 sont présentées, instruites, jugées et, le cas échéant, susceptibles de recours selon des règles distinctes de celles applicables aux demandes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2, le Conseil affirme que ces demandes ne peuvent être présentées simultanément dans une même requête. Par suite, il rejette comme irrecevables les conclusions présentées par les requérants à titre subsidiaire¹⁵⁵⁹. Cette jurisprudence, confirmée par la suite¹⁵⁶⁰, revêt une portée générale. Ainsi, le Conseil d'Etat considère qu'une requête en référé-liberté ne peut contenir de conclusions fondées sur l'article L. 521-3 du code de justice administrative¹⁵⁶¹. De même, et

1557 D. CHAUVAUX, concl. préc., p. 392.

1558 D. CHAUVAUX, concl. préc., p. 392.

1559 Cette solution est conforme à une jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat. En effet, si, de manière générale, la jurisprudence reconnaît assez largement aux requérants la possibilité de présenter dans le cadre d'une même requête plusieurs chefs de conclusions, cette possibilité trouve une limite en présence de conclusions qui doivent être instruites et jugées dans des formes différentes. Voir par exemple CE, 6 avril 1962, *Société technique des appareils centrifuges industriels, Lebon* p. 255 : le Conseil d'Etat déclare irrecevables les conclusions à fin d'indemnité jointes à une requête contestant l'exigibilité d'une imposition, au motif que les recours indemnitaires « sont instruits et jugés par le tribunal administratif selon des formes différentes de celles prévues pour l'instruction et le jugement des instances introduites en matière de contributions directes ».

1560 CE, ord. 10 avril 2001, Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, *Lebon T.* p. 1090 ; CE, ord. 5 août 2003, Association des fonctionnaires reclassés de France Télécom, n° 259184 ; CE, ord. 7 août 2003, Gharmoul, n° 259242.

1561 CE, 8 octobre 2001, *Sanches Cardoso, Lebon T.* p. 1091 ; CE, 6 mars 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T.* p. 852.

la solution est valable pour le référé-liberté, la demande de référé-suspension ne saurait comporter de conclusions fondées sur l'article L. 551-1¹⁵⁶².

378. Lorsque se présente néanmoins au juge des référés une requête contenant des conclusions présentées au titre de l'article L. 521-2 et des conclusions relevant d'une autre procédure, il lui appartient de déterminer le fondement principal de la demande et non pas de rejeter en bloc le recours comme irrecevable¹⁵⁶³. Le juge doit statuer sur les conclusions présentant un caractère principal et écarter celles qui présentent un caractère subsidiaire. Dans la mesure où le juge des référés a l'obligation de statuer sur l'ensemble des conclusions dont il est saisi, il doit expressément déclarer irrecevables les conclusions présentées à titre subsidiaire et ne peut les rejeter par préterition¹⁵⁶⁴.

Lorsque le requérant a expressément indiqué que l'une des demandes présentait un caractère subsidiaire, le juge statue sur les conclusions présentées à titre principal¹⁵⁶⁵. Lorsque le demandeur n'a pas précisé clairement le fondement principal invoqué, il appartient au juge des référés de préciser la portée de la demande au vu de tous les éléments d'appréciation dont il dispose¹⁵⁶⁶. Dans la décision précitée *SNUDI-FO du Maine-et-Loire*, le juge précise que constituent des critères d'interprétation de la demande les « termes des conclusions », « l'ensemble de l'argumentation »¹⁵⁶⁷ ou « la circonstance qu'aucune requête en annulation ou en réformation d'une décision administrative n'a été présentée »¹⁵⁶⁸.

1562 CE, 29 juillet 2002, *Ville de Nice, Lebon* p. 299, *Contrats et marchés publics* 2002, comm. n° 229, note J.-P. PIETRI ; *BCMP* n° 20, 2003, pp. 7-12, note B. GONAND ; *Coll. ter.* 2002, comm. n° 241, note T. CELERIER ; *AJDA* 2002, pp. 926-828, note J.-D. DREYFUS.

1563 CE, 27 août 2001, *Abdoulaye*, n° 236164. Le juge des référés entache son ordonnance d'une erreur de droit en se fondant, pour rejeter l'ensemble des conclusions de la requête, sur la circonstance qu'étaient jointes, dans celle-ci, des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-1 et des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-2.

1564 CE, 6 mars 2002, Société des pétroles Shell, *Lebon T.* p. 852.

1565 Dans leur requête du 8 février 2001, MM. Philippart et Lesage avaient indiqué que les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-1 présentaient un caractère subsidiaire. Par conséquent, le Conseil d'Etat rejette comme irrecevables les conclusions présentées sur ce fondement (CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage, Lebon* p. 112).

1566 CE, ord. 10 avril 2001, Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, *Lebon T.* p. 1090 ; CE, 27 août 2001, *Abdoulaye*, n° 236164 ; CE, 29 juillet 2002, *Ville de Nice, Lebon* p. 299.

1567 Voir CE, ord. 5 août 2003, *Association des fonctionnaires reclassés de France Télécom*, n° 259184. D'un côté, la requérante fait mention de l'atteinte grave et immédiate, « au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », à la liberté du travail. Mais d'un autre côté, sa requête, intitulée « référé-suspension », mentionne qu'est remplie la double condition relative à l'urgence et à l'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision dont elle demande la suspension. Eu égard à l'ensemble de l'argumentation, la requête doit être interprétée comme comportant à titre principal des conclusions fondées sur l'article L. 521-1 et, à titre subsidiaire, des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-2. Voir, inversement, CE, ord. 7 août 2003, *Gharmoul*, n° 259242 : le demandeur, qui soutient l'existence d'une atteinte à deux libertés fondamentales, et forme appel après le rejet de sa requête par le premier juge, doit être regardé comme se fondant sur les dispositions de l'article L. 521-2.

1568 Le référé-liberté est un recours autonome, le référé-suspension un recours accessoire. En l'absence de requête principale en annulation ou en réformation, le demandeur est réputé agir sur le fondement de l'article L. 521-2 (CE, ord. 10 avril 2001, *SNUDI-FO du Maine-et-Loire*, précité). A l'inverse, la qualification de référé-suspension est privilégiée lorsque le requérant a formé un recours en annula-

379. On observera enfin que lorsqu'une requête en référé-liberté et une requête en référé-suspension présentées devant le Conseil d'Etat portent sur un même litige, il est loisible au juge des référés de les joindre pour y statuer par une seule décision¹⁵⁶⁹. Une telle possibilité est bien entendu exclue pour le juge des référés du premier degré, dès lors que les conclusions présentées au titre de l'article L. 521-2 et celles introduites sur le fondement de l'article L. 521-2 ne relèvent pas des mêmes voies de recours. La jonction est possible uniquement devant le juge des référés du Conseil d'Etat, dans la mesure où ses décisions sont par hypothèse insusceptibles de recours.

IV. LE CHAMP ÉTENDU DES ACTES ET COMPORTEMENTS ATTAQUABLES

380. Le juge du référé-liberté est juge des situations juridiques. Une définition compréhensive des mesures susceptibles de recours lui permet de connaître de toutes les formes d'atteintes administratives aux libertés fondamentales, quelle qu'en soit l'origine. Cette approche large recouvre notamment l'hypothèse où, par sa négligence ou son abstention, l'administration laisse se perpétrer une atteinte dans les relations entre personnes privées.

A. Le juge du référé-liberté, juge des situations juridiques

381. Le législateur a voulu ouvrir le prétoire du juge des référés à toute mesure susceptible de porter atteinte à une liberté fondamentale sans restriction aucune. Il s'agissait, pour le groupe de travail du Conseil d'Etat, de donner accès au juge administratif même « dans les situations où ne sont pas en cause des décisions administratives aisément identifiables »¹⁵⁷⁰. Aussi, tous les troubles provenant de l'autorité publique, toutes les manières que la puissance publique a d'agir ou de se comporter sont justiciables du référé-liberté. L'atteinte peut résulter de toute activité normative ou matérielle de la puissance publique. En effet, l'article L. 521-2 vise, de manière générale, sans précision ni limitation, « l'atteinte » à une liberté fondamentale. Est donc exigée une *situation* d'atteinte, sans référence à l'origine ou à la forme de celle-ci. Cette absence de précision est significative. En ne précisant pas « ce dont peut résulter l'atteinte », le silence du législateur « est éloquent : il signifie absence de restrictions »¹⁵⁷¹. Tout ce qui

tion contre la décision dont il demande la suspension par la voie du référé (CE, ord. 4 août 2003, *Association Agora*, n° 259110).

1569 Voir par exemple : CE, ord. 7 septembre 2001, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries électrique et gazière CFTC*, n° 237915 et n° 237916 ; CE, ord. 2 décembre 2002, *Pez*, n° 2252157 et 2252158 ; CE, ord. 22 septembre 2004, *Hoffer*, n° 272347 et 372378.

1570 « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *RFDA* 2000, p. 947.

1571 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1593.

naît de l'activité ou de l'inactivité de l'administration peut faire l'objet d'une demande en référé-liberté sans se heurter à la traditionnelle exigence d'une décision préalable. A condition d'être le fait de l'administration, absolument tout ce qui porte atteinte à une liberté fondamentale peut être soumis au juge du référé-liberté. Cette particularité notable de l'article L. 521-2 a été largement soulignée lors des débats parlementaires. M. Colcombet indiquait que cette procédure doit permettre « de répondre à des *situations* où sont en cause, non une décision administrative susceptible de suspension, mais des agissements, une inertie, un comportement administratif susceptibles de léser les requérants »¹⁵⁷². M. Garrec a également relevé que le juge pourrait intervenir « lorsqu'une liberté fondamentale est menacée par une décision ou un agissement de fait de la personne publique »¹⁵⁷³. De même, le garde des Sceaux avait souligné que le référé-liberté pourrait être exercé contre « tout agissement ou comportement de l'administration »¹⁵⁷⁴.

L'article L. 521-2 retient une définition compréhensive du champ des mesures susceptibles d'être déférées au juge. Celui-ci ouvre son prétoire à tout requérant contestant une situation ayant un caractère ou des effets juridiques. Pour les auteurs classiques, la situation juridique désignait la position particulière d'un sujet de droit par rapport à l'ordre juridique ; elle correspondait, en substance, à l'ensemble des droits et obligations reconnus à une personne¹⁵⁷⁵. La notion est ici entendue du point de vue de l'ordre objectif, de la réalité juridique résultant d'un ou plusieurs actes ou agissements administratifs.

382. La possibilité de contester de simples comportements présente pour le requérant un avantage majeur, en le dispensant de produire une décision préalablement à l'exercice d'un recours.

L'on sait en effet qu'en vertu d'une règle traditionnelle de la procédure administrative contentieuse, « Tout litige soumis au juge doit avoir fait préalablement l'objet d'une prise de position de la part de l'autorité qualifiée »¹⁵⁷⁶. Aujourd'hui énoncée par l'article R. 421-1 du code de justice administrative, cette exigence est exprimée à travers l'adage « pas de décision, pas d'action ». Elle signifie que le juge ne doit pouvoir être sollicité qu'en présence d'un litige né et actuel, qu'atteste l'existence d'une décision explicite ou implicite de l'administration. Lorsqu'une décision existe, l'administré peut introduire immédiatement un recours devant la juridiction administrative. A défaut, il lui appartient de susciter la naissance d'une décision en adressant à la personne publique une demande qui provoquera une prise de position. La décision naît à compter de la réponse explicite de l'administration. En l'absence de prise de position expresse dans

1572 F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 40. Non souligné.

1573 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 29.

1574 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10942.

1575 Voir notamment : G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} éd., Marcel Giard, 1925, pp. 10-24 ; A. de LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, 2^{ème} éd., LGDJ, 1957, pp. 17-20 ; G. SCELLE, *Cours de principes du droit public, DES droit public*, 1944-1945, Les cours de droit, p. 121 et s.

1576 C. GABOLDE, *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, 6^{ème} éd., Dalloz, 1997, p. 55.

les deux mois qui suivent la demande, le silence de l'administration emporte décision implicite de rejet. Ainsi, lorsque l'administration n'a pas pris formellement position, l'exigence d'une décision préalable condamne le justiciable à attendre l'écoulement d'un délai de deux mois avant de pouvoir intenter une action devant la juridiction administrative. Cette règle apparaît donc incompatible avec l'impératif de célérité qui doit présider à la saisine du juge en cas d'atteinte grave aux libertés fondamentales.

En effet, lorsqu'une telle atteinte se produit, c'est sans délai que la victime doit pouvoir faire appel à la Justice en vue d'assurer la sauvegarde de ses libertés. Lorsque le demandeur ne dispose pas d'une décision préalable, on ne saurait lui imposer l'attente d'un délai de deux mois avant de pouvoir utilement s'adresser au juge. Lui opposer le respect de cette règle priverait le recours de son intérêt et condamnerait l'intéressé à une satisfaction tardive et purement platonique. Aussi, dans la mesure où la règle de l'article R. 421-1 représente un obstacle à une intervention immédiate du juge, le législateur a dispensé purement et simplement le demandeur de cette formalité. Il en résulte que « la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 (...) est susceptible de recevoir application indépendamment de tout recours contre une décision »¹⁵⁷⁷. La mise en œuvre des dispositions de l'article L. 521-2 n'est en rien conditionnée par l'existence d'une décision administrative. Le demandeur peut donc agir *sans délai* dès qu'une atteinte se produit. Il dispose en toute hypothèse, y compris en l'absence de décision préalable, de la possibilité de s'adresser *immédiatement* au juge des référés.

Il s'agit là d'une particularité notable du référé-liberté et d'un avantage important par rapport à la procédure de référé-suspension en cas d'atteinte à une liberté fondamentale. Certes, nombre de référés sont dispensés de l'exigence d'une décision préalable – la dispense est expressément prévue pour le référé-conservatoire (article L. 521-3), le référé-constat (R. 531-1) et le référé-instruction (R. 531-2) –, mais la dispense résulte alors de la nature même de ces référés, qui ne visent nullement à paralyser les effets d'un acte ou d'un agissement de la puissance publique. En revanche, le référé-suspension ayant pour objet de neutraliser les effets d'une décision, l'économie même de cette procédure suppose l'existence d'une décision administrative. C'est nécessairement en vue de contrarier les effets d'une telle décision que le requérant présente des conclusions en ce sens sur le fondement de l'article L. 521-1. Lorsque, faute de décision, le demandeur est irrecevable à agir par la voie du référé-suspension et, par extension, du déféré-liberté, le juge peut l'inviter à le saisir par la procédure du référé-liberté¹⁵⁷⁸. On relèvera que le juge judiciaire retient également une conception extensive du champ des mesures susceptibles d'être contestées sur le fondement de la voie de fait : « Un

1577 CE, 21 novembre 2001, *Zhary, Lebon T.* p. 1125 ; CE, ord. 27 janvier 2003, *Amraoui*, n° 253601.

1578 Dans l'ordonnance *Meyet* du 20 décembre 2005, le juge indique que « le respect des droits dont se prévaut M. Meyet est susceptible d'être assuré par la mise en œuvre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative qui, à la différence de l'article L. 521-1, n'impose pas que la procédure particulière de sauvegarde des libertés fondamentales qu'il a instituée se rattache nécessairement à la contestation d'une décision administrative et ouvre la possibilité de critiquer un agissement d'une autorité administrative pour autant qu'il soit satisfait à l'ensemble des conditions posées par cet article » (CE, ord. 20 décembre 2005, *Meyet*, n° 288253).

agissement, une opération, un comportement ou une décision de l'administration peuvent suffire »¹⁵⁷⁹.

Dans le cadre de l'article L. 521-2, la situation litigieuse peut tout d'abord procéder d'une ou plusieurs décisions administratives. Le requérant peut contester des décisions positives à caractère individuel¹⁵⁸⁰ ou réglementaire¹⁵⁸¹, mais aussi des décisions négatives¹⁵⁸². Une décision peut se révéler à l'occasion de sa mise en application¹⁵⁸³. Le juge a

1579 S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, p. 41. Voir R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP Paris, fasc. I, 1981, p. 540.

1580 Par exemple l'arrêté préfectoral fixant le pays de destination pour l'exécution d'une mesure d'interdiction judiciaire du territoire (CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158) ; l'arrêté préfectoral prononçant l'immobilisation de véhicules de transports (CE, ord. 9 avril 2001, *Belrose et autres, Lebon T.* p. 1126) ; l'arrêté ministériel prononçant l'expulsion d'un ressortissant étranger (CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523 ; CE, ord. 10 août 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, n° 236969) ; l'interdiction faite au requérant de participer à la direction et à l'encadrement de centres de vacances et de loisirs accueillant des mineurs (CE, ord. 9 août 2001, *Medrinal, Lebon T.* p. 1127).

1581 Par exemple l'arrêté municipal réglementant l'accès et la circulation dans une zone industrielle (CE, ord. 5 juillet 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 235387) ; l'arrêté municipal interdisant l'accès à un bâtiment communal et ordonnant sa suppression (CE, ord. 10 août 2001, *Association « La Mosquée » et autres, Lebon T.* p. 1133) ; l'arrêté préfectoral interdisant la navigation dans un périmètre délimité (CE, ord. 27 septembre 2001, *Guegueniat*, n° 238473) ; la note par laquelle un maire donne instruction au service des courriers de la commune d'ouvrir l'ensemble des lettres adressées à certains conseillers municipaux (CE, 9 avril 2004, *Vast, Lebon* p. 173) ; un arrêté municipal réglementant les conditions d'accès des navires à un port de plaisance (CE, ord. 2 juillet 2003, *Commune de Collioure, Lebon T.* p. 930).

1582 Par exemple le refus de mettre une salle communale à la disposition du demandeur (CE, ord. 2 mars 2001, *Dauphine*, n° 230798) ; d'inscrire un enfant dans un établissement scolaire (CE, ord. 9 juillet 2001, *Boc*, n° 235696) ; d'attribuer un emplacement sur le domaine public accueillant la foire du Trône (CE, ord. 6 avril 2001, *Lapere et autres*, n° 232135) ; de convoquer un conseil municipal (CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18) ; d'inscrire les enfants du requérant sur le passeport de ce dernier (CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranant, Lebon T.* p. 875) ; de délivrer une carte nationale d'identité (CE, ord. 11 mars 2003, *Samagassi, Lebon* p. 119) ou encore d'autoriser un ressortissant étranger à entrer sur le territoire français (CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146). Signalons que lorsque l'avant-projet du groupe de travail a été présenté au Gouvernement, et le projet de loi soumis au Parlement, la possibilité de contester des décisions négatives constituait un avantage important du référé-liberté par rapport à la procédure du référé-suspension. En effet, la jurisprudence traditionnelle excluait qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision négative (sur la jurisprudence *Amoros*, voir *supra*, § 7). En l'absence de dispositions contraires dans le projet de loi, il n'était pas prévu qu'il en aille différemment dans le cadre du nouveau régime de suspension. Néanmoins, cet avantage a disparu après l'adoption d'un amendement autorisant expressément le juge du référé-suspension à suspendre l'exécution d'une décision de rejet. Ce renversement de la jurisprudence *Amoros* devait prendre effet le 1^{er} janvier 2001 avec l'entrée en vigueur de la réforme. Il a néanmoins été devancé de quelques jours par le Conseil d'Etat afin de montrer que l'abandon de la jurisprudence *Amoros* était une conséquence de la loi du 8 février 1995 ayant doté le juge administratif d'un pouvoir d'injonction au service de l'exécution de ses décisions (CE, Sect., 20 décembre 2000, *Ouatab, Lebon* p. 643, *RFDA* 2001, pp. 371-377, concl. F. LAMY ; *AJDA* 2001, p. 146, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN).

1583 Ainsi, la décision d'attribuer des droits d'exploitation exclusifs pour la radiodiffusion de compétitions sportives est, selon le juge des référés, « révélée » par une délibération du conseil d'administration de la Ligue nationale de football déclenchant une procédure d'appel d'offre pour la commercialisation de ces droits, et par l'appel d'offre lui-même (CE, ord. 18 mars 2002, *GIE Sport libre et autre, Lebon* p. 106). La jurisprudence avait admis ce principe par le passé. Comme le relève M. Chapus,

reconnu qu'elle pouvait résulter de prises de contact entre une personne déterminée et l'administration, et cela bien que la personne en cause ne figure pas ensuite au nombre des requérants¹⁵⁸⁴.

La situation litigieuse peut également provenir d'un comportement administratif, c'est-à-dire d'une conduite qui, sans nécessairement modifier l'ordonnement juridique, va néanmoins affecter la position personnelle du bénéficiaire d'une liberté. Toute conduite ou opération de l'administration peut faire l'objet d'un référé-liberté dès lors qu'elle exprime une volonté de faire ou de ne pas faire ou traduit une négligence ou une carence de sa part. Le comportement administratif justiciable du référé-liberté peut ainsi être positif ou négatif. Le requérant peut tout d'abord contester des actions ou agissements, tels le retrait – puis la rétention matérielle – des cartes nationales d'identité et passeports des membres d'une famille¹⁵⁸⁵ ; la rétention matérielle d'un titre de séjour¹⁵⁸⁶ ; le fait, pour un établissement public de coopération intercommunale, d'intervenir dans les compétences des communes membres¹⁵⁸⁷ ; la suppression par une commune, à l'occasion de travaux de réfection d'une chaussée et de trottoirs, de l'accès à des locaux utilisés comme garages ou entrepôts et l'apposition de potelets empêchant l'accès à ces locaux¹⁵⁸⁸ ; l'exécution de travaux de réfection et d'aménagement sur une voie privée¹⁵⁸⁹, l'implantation d'un dessableur – appareil destiné à assurer le bon fonctionnement du réseau d'écoulement des eaux de pluie – sur une bande de terrain appartenant à un particulier¹⁵⁹⁰ ; l'incorporation d'une parcelle privée dans un terrain de golf géré par une personne publique¹⁵⁹¹ ; la rétention d'un

« lorsqu'une autorité administrative procède à la passation d'un contrat, on est en droit de supposer qu'elle a pris la décision de contracter » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 646).

1584 Voir CE, ord. 27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres, Lebon* p. 232, *AJDA* 2005, pp. 1579-1582, note A. RAINAUD. En l'espèce, le juge relève qu'aucun des requérants n'a saisi le garde des Sceaux d'une demande tendant à ce que soit autorisé dans un établissement pénitentiaire déterminé un débat relatif au traité établissant une Constitution pour l'Europe. Néanmoins, il résulte de l'instruction que dans le cadre de contacts périodiques entre le directeur de l'administration pénitentiaire et le président de l'association « Dès maintenant », spécialisée dans les questions pénitentiaires a été envisagée au début du mois de mars la tenue de débats ayant un tel objet. Le juge affirme « que les contacts pris en ce sens n'ont pas abouti, ce qui a entraîné la naissance d'une décision implicite de rejet ». Ainsi, c'est de l'impossibilité pour cette association – qui ne sera pas partie au recours – d'obtenir gain de cause auprès du directeur de l'administration pénitentiaire que naît tacitement la décision de refus. La décision implicite de rejet résulte de l'échec de ces contacts. Au terme d'un effort d'analyse, le juge identifie l'existence d'une décision administrative susceptible de recours. Il est notable que la décision naisse de simples « contacts » et, plus encore, que ces contacts n'aient pas impliqué un seul des auteurs du recours. Cette conception non formelle de la notion de décision mérite d'être soulignée, bien qu'elle ne soit pas inédite (voir J. MASSOT, « Décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, pp. 521-540).

1585 CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

1586 CE, ord. 8 novembre 2001, *Kaigisiz, Lebon* p. 545.

1587 CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215.

1588 CE, ord. 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* p. 253.

1589 CE, ord. 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule, Lebon* p. 388

1590 CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385.

1591 CE, ord. 22 octobre 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165.

aéronef¹⁵⁹² ; l'accomplissement d'un acte médical¹⁵⁹³. D'autre part, le demandeur peut contester l'abstention ou la carence de l'administration à accomplir une action déterminée : inscrire un film sur la liste des films à caractère pornographique¹⁵⁹⁴, prendre les mesures propres à favoriser l'accès au logement¹⁵⁹⁵, déférer une loi au Conseil constitutionnel¹⁵⁹⁶, mettre fin à l'état d'urgence¹⁵⁹⁷, apporter le concours de la force publique¹⁵⁹⁸, entreprendre les travaux de réfection d'un chemin permettant d'accéder à une discothèque¹⁵⁹⁹, garantir le pluralisme sur la chaîne privée Canal +¹⁶⁰⁰, convoquer les électeurs afin de procéder à des élections législatives partielles¹⁶⁰¹, installer un médecin dans ses fonctions de praticien hospitalier¹⁶⁰² ou encore donner acte de la démission d'un ministre du gouvernement de la Polynésie française¹⁶⁰³.

Le juge du référé-liberté pourrait accepter de connaître d'actes préparatoires¹⁶⁰⁴. Un juge des référés a considéré qu'une décision d'une commission de propagande, normalement insusceptible de recours¹⁶⁰⁵, pouvait être contestée par la voie de l'article L. 521-2 du code de justice administrative¹⁶⁰⁶.

1592 CE, 2 juillet 2003, *Sté Outremer Finance Limited*, *AJDA* 2003, pp. 1780-1785, concl. G. Bachelier. La société requérante contestait l'immobilisation d'un aéronef par l'établissement public Aéroports de Paris. Pour justifier la recevabilité du recours, le commissaire du gouvernement affirme que « Le référé-liberté n'est pas subordonné à la contestation de la légalité d'une décision et peut être mis en œuvre afin qu'il soit mis fin à une situation déterminée » (concl. préc., p. 1783. Non souligné).

1593 CE, ord. 16 juillet 2001, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309.

1594 CE, ord. 31 janvier 2001, *Association Promouvoir*, *Lebon T.* p. 525. La même demande, présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, a été déclarée irrecevable faute, pour l'association requérante, de justifier d'une décision (même ordonnance).

1595 CE, ord. 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, *Lebon* p. 168 : la décision évoque « les agissements » du préfet.

1596 CE, ord. 7 novembre 2001, *Tabaka*, *Lebon T.* p. 789, 1125. Le requérant ne conteste pas un refus du Président de la République de saisir le Conseil constitutionnel dans la mesure où le Chef de l'Etat n'a ni explicitement ni implicitement pris position. Il conteste une absence de saisine. Le juge des référés vise « le fait pour le Président de la République de s'abstenir d'user de la faculté qu'il tient du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution de déférer une loi au Conseil constitutionnel ».

1597 CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562.

1598 CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* p. 117.

1599 CE, ord. 5 mars 2001, *SARL Club 2000*, *Lebon T.* p. 1130.

1600 CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri*, *Lebon* p. 85.

1601 CE, ord. 18 mai 2001, *Meyet, Bouget*, *Lebon* p. 244.

1602 CE, ord. 13 mai 2002, Centre hospitalier de Valence c/ Nouri, n° 246551.

1603 CE, ord. 11 avril 2006, *Tefarere*, *Lebon* p. 197.

1604 Voir en ce sens R. VANDERMEEREN, « Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 », *BJDCP* n° 13, 2000, p. 398 : « le nouveau mécanisme de sauvegarde sert à protéger les intéressés, non seulement vis-à-vis des actes administratifs décisifs, mais aussi des comportements de la puissance publique dépourvus de ce caractère (actes préparatoires, agissements matériels, abstentions d'agir) ».

1605 Ces décisions ne sont pas détachables de l'ensemble des opérations électorales. En vertu d'une jurisprudence constante, leur éventuelle irrégularité peut seulement être invoquée à l'appui d'une requête dirigée contre lesdites opérations électorales (CE, Sect., 17 octobre 1986, *Elections cantonales de Sevrin*, *Lebon* p. 233).

1606 TA Châlons-en-Champagne, 25 mars 2004, *Mme Gabrielle N'Guyen c/ Commission de propagande de Reims* 6, n° 04-458, *AJDA* 2004, p. 742, obs. S. BRONDEL.

383. De façon tout à fait singulière, le juge du référé-liberté ne s'intéresse pas à l'acte ou au comportement considéré isolément mais s'attache à la situation juridique à laquelle celui-ci donne naissance. Il envisage cette situation comme un tout formé d'un ensemble d'actes et, le cas échéant, d'actions ou d'abstentions. En cas de recours formé contre une décision, il fait porter son contrôle sur la situation née de cette décision. Ainsi, dans une ordonnance du 18 octobre 2001, il affirme par exemple que l'association requérante « n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance du juge des référés de Montpellier rejetant sa demande tendant à ce qu'une injonction assortie d'une astreinte soit prononcée, en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, pour mettre fin à la situation résultant de la décision du maire de Castelnau-le-Lez »¹⁶⁰⁷. En d'autres termes, le juge du référé-liberté est juge des situations juridiques et non juge des actes. Il tient compte de toutes les données d'une situation juridique ; il prend en considération l'ensemble des effets juridiques issus de la volonté de l'administration sans s'arrêter nécessairement à un acte déterminé. Il peut alors, à la différence du juge de l'excès de pouvoir ou du juge du référé-suspension, appréhender une situation juridique dans sa globalité¹⁶⁰⁸.

Dans l'affaire *Tibéri*, le juge des référés du Conseil d'Etat examine le dossier à la lumière des recommandations, communiqués et prises de position du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui, ensembles, caractérisent « la situation soumise en l'espèce au juge des référés »¹⁶⁰⁹. Dans l'arrêt *Aguillon* du 9 décembre 2003¹⁶¹⁰, les requérantes contestent formellement un arrêté en date du 21 novembre qui, ordonnant la réquisition de salariés grévistes pour une période de sept jours, cesse de produire ses effets le 28 novembre, jour de l'introduction du pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. La décision contestée devant le premier juge ayant épuisé ses effets, le Conseil d'Etat aurait déclaré le pourvoi irrecevable si le recours avait été introduit par la voie de l'article L. 521-1. Mais le juge du référé-liberté, juge des situations juridiques, accepte de connaître du recours. Si la décision formellement mise en cause devant le juge du premier degré a cessé de produire ses effets, ceux-ci ont néanmoins été reconduits en termes strictement identiques, et pour une nouvelle période de dix jours, par une décision en date du 28 novembre. Cette seconde décision, qui produit des effets au jour où le juge statue, n'a certes pas été contestée en première instance. Néanmoins, elle maintient la situation juridique née de la première décision et s'inscrit dans la continuité de celle-ci. Aussi, le Conseil d'Etat prend en considération l'ensemble de la situation litigieuse : il n'évoque pas isolément l'arrêté du 21 novembre ni celui du 28 novembre mais choisit de faire plus largement référence aux « arrêtés en cause ». Pour admettre

1607 CE, ord. 18 octobre 2001, Association groupe local Cimade Montpellier, n° 239071.

1608 Ce que ne permet pas le contrôle exercé sur une décision déterminée. Comme l'avait souligné le président Woehrling, « la règle selon laquelle tout recours doit être entrepris contre une décision préalable oblige à cristalliser le litige sur un acte déterminé, artificiellement coupé de son contexte, alors que c'est souvent un ensemble de comportements administratifs étroitement liés qui constitue la source du litige » (J.-M. WOEHRLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 349).

1609 CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri*, *Lebon* p. 85.

1610 CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres*, *Lebon* p. 497.

la recevabilité d'une demande introduite sur le fondement de l'article L. 521-2, seul compte le fait qu'une situation juridique soit constituée et perdue au jour où le juge des référés est appelé à statuer.

384. En effet, si le domaine des actes et comportements susceptibles de recours est large, l'on ne saurait pour autant admettre que n'importe quel acte, agissement ou abstention puisse être déféré au juge du référé-liberté. La mesure contestée devant lui doit, quelle qu'en soit la nature, avoir des effets, des implications ou des répercussions juridiques.

Ainsi, une simple intention ne saurait donner lieu à l'engagement d'un référé-liberté. Un simple souhait, par lui-même sans incidence, ne peut être poursuivi par la voie de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Dans l'ordonnance *Meyet* du 22 mars 2001, le juge affirme qu'« en exprimant le souhait que les membres de son Gouvernement n'exercent pas en même temps des fonctions de maire, le Premier ministre n'a édicté aucune règle de droit positif et n'a porté atteinte à aucune liberté fondamentale »¹⁶¹¹. En évoquant l'édition d'une règle de droit positif, le juge des référés exige indirectement que la mesure contestée fasse grief. En l'absence d'incidence juridique, la mesure attaquée est entachée d'irrecevabilité¹⁶¹². Dans le même sens, le juge a affirmé que ne figurent pas au nombre des agissements ou actes administratifs visés par les dispositions de l'article L. 521-2 « les déclarations par lesquelles un membre du Gouvernement définit devant l'une ou l'autre assemblée parlementaire les orientations de son action ». Il suit de là que les propos tenus par le ministre de l'Intérieur devant l'Assemblée nationale au sujet des mesures d'éloignement du territoire qu'il entend prendre ou faire prendre à l'encontre des ressortissants étrangers ayant été condamnés pour avoir participé à certaines violences urbaines « ne sont pas, par eux-mêmes, justiciables de la procédure instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹⁶¹³. Dans le même sens, ne figure pas au nombre des agissements visés par ces dispositions « une déclaration par laquelle le Président de la République définit à l'attention de l'opinion publique les orientations de la politique qu'il entend suivre ». Par conséquent, les déclarations faites par le Chef de l'Etat lors de son allocution télévisée du 31 mars 2006, au sujet de la promulgation et des conditions de mise en œuvre et de modification de la loi pour l'égalité des chances, « ne sont à l'évidence pas justiciables de la procédure instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹⁶¹⁴.

En application de cette même exigence, l'administré qui conteste un refus et non une abstention ne peut utilement agir en l'absence de prise de position de l'autorité administrative sur sa situation. Le requérant qui conteste un refus, et non une abstention de l'administration, doit produire une décision expresse ou implicite de refus à l'appui

1611 CE, ord. 22 mars 2001, *Meyet, Lebon T.* p. 1130. Voir également *supra* CE, ord. 18 octobre 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071.

1612 Certes, le juge des référés rejette la demande comme « mal fondée ». Néanmoins, dans le cadre de la procédure de tri, le juge entend par cette notion une demande insusceptible d'aboutir pour quelque motif que ce soit, celui-ci pouvant tenir au fond mais aussi à la compétence ou à la recevabilité. Voir *infra*, §§ 406-407.

1613 CE, ord. 12 novembre 2005, *Association SOS racisme – touche pas à mon pote*, *Lebon* 496.

1614 CE, ord. 4 avril 2006, *Bidalou*, n° 291948.

de son recours. Selon le juge des référés, l'instruction et le jugement des requêtes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 ne sauraient se substituer à l'instruction et au prononcé d'une décision administrative. Dans le cas où l'atteinte à une liberté fondamentale résulte selon le requérant du refus de l'administration de faire droit à une demande, « celui-ci n'est fondé à se prévaloir d'une telle atteinte que s'il est en mesure de justifier devant le juge des référés de l'existence même d'une décision de rejet de cette demande »¹⁶¹⁵. Ces principes sont par exemple applicables en matière de délivrance de titre d'identité, comme l'illustre une ordonnance du 13 septembre 2004. Par deux requêtes distinctes respectivement enregistrées au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat les 27 et 31 août 2004, deux requérants demandaient au juge des référés la suspension d'une « décision » des autorités consulaires à Dakar refusant de leur délivrer une carte nationale d'identité et un passeport français. Les intéressés ne produisaient toutefois à l'appui de leur demande aucune décision explicite ou implicite de rejet. Dans ces conditions, « le juge des référés ne saurait, en tout état de cause, accueillir de telles conclusions dans le cas où les requérants ne justifient pas de l'existence du refus qui aurait été opposé à des demandes adressées en ce sens à l'autorité administrative »¹⁶¹⁶.

En toute hypothèse, le juge ne peut intervenir qu'en présence d'un litige né et actuel. En d'autres termes, le requérant ne peut utilement former un recours que s'il justifie d'un *différend*, l'existence de celui-ci pouvant être révélé tant par une décision que par un comportement de la puissance publique. A défaut, le requérant ne sera pas recevable à agir devant la juridiction administrative, même sur le fondement de l'article L. 521-2. Ainsi, dans une ordonnance *Titaou* du 5 octobre 2006, le juge des référés affirme que si le maintien en vigueur d'une mesure d'éloignement d'un étranger du territoire national est de nature à affecter l'exercice de la liberté qu'a toute personne de vivre avec sa famille, « le juge des référés ne peut être régulièrement saisi d'une contestation s'élevant sur ce point que pour autant que le contentieux se trouve valablement lié soit par la survenance d'un agissement imputable à l'administration, soit par l'intervention d'une décision expresse ou née implicitement en raison de l'expiration du délai qui est imparti à l'autorité administrative pour la prendre »¹⁶¹⁷.

Enfin, la situation juridique doit subsister au jour où le juge est saisi ou appelé à statuer. La disparition de ses effets conduira le juge à opposer, selon le moment auquel elle intervient, une irrecevabilité (si l'objet du litige disparaît avant l'introduction de la demande)¹⁶¹⁸ ou un non-lieu à statuer (s'il disparaît après l'introduction de la demande mais avant le prononcé du jugement)¹⁶¹⁹. La même exigence s'impose logiquement

1615 CE, ord. 7 novembre 2003, SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, *Lebon T.* p. 911.

1616 CE, ord. 13 septembre 2004, *Salif X. et Yayah X.* n° 271609 et 271707.

1617 CE, ord. 6 octobre 2006, *Titaou*, n° 297932.

1618 Voir par exemple CE, ord. 12 novembre 2004, *Uluoz*, n° 274010. Par une requête enregistrée au greffe du tribunal administratif le 27 octobre 2004, le requérant demandait la suspension d'une décision du 1^{er} octobre 2004 par laquelle le ministre de l'emploi et de la cohésion sociale a autorisé son licenciement. Cette décision lui avait été notifiée le 19 octobre 2004 par son employeur, et devait donc être regardée comme entièrement exécutée à cette date. Par suite, c'est à bon droit que le juge des référés du premier degré a rejeté cette demande comme sans objet et donc irrecevable.

1619 Voir par exemple CE, ord. 2 novembre 2001, *SNC Costes*, n° 239617.

dans les procédures de la voie de fait¹⁶²⁰ et du déféré-liberté¹⁶²¹. Cette limite apparaît classique et parfaitement légitime. Elle ne restreint nullement le champ des mesures susceptibles de recours. L'approche englobante retenue et, plus spécialement, la possibilité de contester les carences et abstentions de l'administration, a permis au juge administratif de donner une dimension horizontale indirecte aux libertés fondamentales.

B. La possibilité de contester des agissements négatifs, levier d'un effet horizontal indirect des libertés fondamentales

385. Lorsque l'administration est soumise à une obligation de promouvoir ou d'assurer le respect des libertés fondamentales entre personnes privées ou, plus généralement, de ne pas entraver ces libertés par son abstention, l'article L. 521-2 rend possible un effet horizontal indirect de ces libertés qui s'exerce par l'intermédiaire de la puissance publique. Il est possible de parler d'un effet *horizontal*, dans la mesure où le litige concerne au premier chef deux personnes privées et, plus précisément, l'atteinte portée par une personne privée aux libertés fondamentales d'une autre personne physique ou morale. Il s'agit d'un effet *indirect* dans la mesure où il joue non pas directement entre personnes privées, mais grâce à l'interposition d'une personne publique tierce.

Cet effet est rendu possible lorsque trois éléments se trouvent réunis. Tout d'abord, une personne privée non chargée de la gestion d'un service public porte atteinte, par son action (ou son abstention), aux intérêts et libertés fondamentales d'une autre personne. Ensuite, une autorité administrative a l'obligation d'agir pour faire cesser l'atteinte ou l'agissement incriminé ; il doit être possible d'identifier à la charge de la puissance publique une obligation d'agir dans le cadre de ses « compétences publiques de contrôle et de garantie des libertés fondamentales »¹⁶²². Enfin, la personne publique s'abstient (ou refuse) d'agir.

Cet effet horizontal indirect est donc très largement conditionné par l'existence d'une obligation d'agir à la charge de la puissance publique. L'interposition d'une personne publique débitrice d'une obligation d'agir est indispensable à la réalisation de cet effet. En l'absence d'une telle obligation, l'effet horizontal indirect ne peut trouver à s'appliquer¹⁶²³. Il est important de préciser que si un tel effet est rendu possible dans le cadre

1620 Comme le relève Mme Le Foyer de Costil, « dès lors qu'une prétendue voie de fait aurait cessé au moment de l'audience, et la même règle s'applique pour tout trouble manifestement illicite, le juge des référés doit constater que le trouble a cessé et qu'il n'y a lieu à référé sans rechercher ni dire que ledit trouble était ou non illicite » (H. LE FOYER DE COSTIL, « Le vol d'aigle du juge des référés », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 344-145. Voir les exemples cités par l'auteur pp. 345-346).

1621 Si la décision a été entièrement exécutée, la demande n'a plus lieu d'être. Voir TA Rennes, ord. 28 avril 1985, *Préfet du Finistère c/ Conseil général* (citée par R. ETIEN, *RDP* 1988, p. 754, note 79), concernant une décision octroyant une subvention effectivement versée au moment de la transmission de l'acte à la préfecture.

1622 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 278.

1623 Voir CE, 22 mai 2002, *Fofana et autres, Lebon* p. 175. Les requérants, locataires de logements insalubres appartenant à des personnes privées, demandaient d'enjoindre à la commune de leur procurer un

du référé-liberté, c'est *uniquement* grâce à la faculté offerte au justiciable de contester les carences et abstentions de l'autorité administrative et non pas, comme cela a pu être soutenu, du fait du choix de l'expression « liberté fondamentale »¹⁶²⁴.

386. L'effet horizontal indirect s'est manifesté, pour la première fois, dans l'ordonnance *Tibéri* du 24 février 2001¹⁶²⁵. Les circonstances ayant donné lieu à cette décision sont connues. A l'occasion de la campagne en vue des élections municipales de 2001, la chaîne privée de télévision Canal + prévoit d'organiser un « duel » entre les deux principaux candidats à la Mairie de Paris, Philippe Seguin et Bertrand Delanoé. Jean Tibéri, maire sortant de la ville mais n'ayant pas obtenu l'investiture de son parti, n'est pas convié à participer à ce duel télévisé. M. Tibéri estime que le choix de Canal + de l'exclure du débat porte atteinte à l'exigence de pluralisme dans l'expression des courants de pensée et d'opinion. Le juge administratif n'étant pas compétent pour connaître des atteintes aux libertés fondamentales dont se rendent coupables les diffuseurs privés, M. Tibéri ne pouvait former un référé-liberté contre la société Canal +, personne morale de droit privé non chargée de la gestion d'un service public. Afin de contourner cet obstacle, la demande est introduite à l'encontre du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), autorité administrative indépendante statutairement chargée de veiller au respect du pluralisme sur les chaînes nationales de télévision¹⁶²⁶. L'argumentation du requérant peut se résumer en deux propositions. D'une part, le respect du pluralisme impose que le Conseil supérieur de l'audiovisuel enjoigne à la société Canal +, soit d'élargir le champ du débat à tous les candidats à la Mairie de Paris, soit de renoncer à tout débat. D'autre part, l'abstention du Conseil supérieur de l'audiovisuel porte une atteinte au pluralisme justifiant que le juge lui ordonne d'adresser à Canal + cette injonction. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice

logement de remplacement jusqu'à ce qu'il ait été procédé à la réhabilitation de ceux qu'ils occupent. L'autorité publique n'étant pas juridiquement tenue de leur procurer un logement de remplacement dans de telles circonstances, le Conseil d'Etat ne retient aucune atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale « *par une personne morale de droit public* agissant dans l'exercice d'un de ses pouvoirs ».

- 1624 M. Brenet a soutenu que « L'utilisation de la notion de liberté fondamentale offre encore l'avantage d'étendre les effets du référé en permettant aux administrés de se protéger dans les rapports verticaux qu'ils entretiennent avec la puissance publique mais également dans les relations horizontales qu'ils peuvent nouer avec d'autres personnes privées » (F. BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDJ* 2003, p. 1568). M. Brenet donne au choix de cette expression une portée qu'elle n'a visiblement pas. Non seulement un effet strictement identique aurait été possible avec l'expression « liberté publique » ou « liberté essentielle ». Mais en outre, rien n'exclut qu'un tel effet puisse également se déployer dans le cadre du référé-suspension pour peu que le requérant dispose d'une décision à contester. En ce cas, en effet, la suspension d'une décision négative s'accompagne du prononcé d'une injonction d'exécution (voir CE, 11 juin 2002, *SARL Camping d'Oc, Lebon T.* p. 933, orientant l'auteur d'un référé-conservatoire vers les procédures du référé-suspension et du référé-liberté pour obtenir l'expulsion d'occupants sans titre).
- 1625 CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85, *JCP G* 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU ; *D.* 2001, pp. 1748-1751, note R. GHEVONTIAN ; *RFDA* 2001, pp. 629-649, note B. MALIGNER ; *Com. com. électr.* 2001, comm. n° 51, obs. G. DECOCQ et A. LEPAGE.
- 1626 La loi du 30 septembre 1986 a confié au Conseil supérieur de l'audiovisuel la mission de veiller au respect des principes définis à ses articles 1^{er} et 3, au nombre desquels figurent l'égalité de traitement et l'expression du pluralisme des courants de pensée et d'opinion.

administrative, le juge des référés du Conseil d'Etat ne soulève pas l'irrecevabilité et statue sur la demande.

Ce faisant, l'ordonnance « reconnaît l'existence des effets horizontaux des droits et libertés fondamentaux en ce sens qu'il oblige une personne privée – Canal + – à respecter les droits d'une autre personne privée, M. Tibéri »¹⁶²⁷. En se reconnaissant compétent, le juge des référés accepte qu'une personne privée puisse invoquer devant son prétoire la violation d'une liberté fondamentale par une autre personne privée, à condition toutefois qu'elle soit en mesure de se retrancher derrière une personne publique jouant le rôle de régulateur. La portée de cette décision est donc importante. Elle signifie qu'« avec la procédure du référé-liberté, et pour peu que l'on puisse trouver une personne morale de droit public intermédiaire, il sera possible d'obtenir le respect des droits et libertés fondamentaux dans les rapports entre personnes privées »¹⁶²⁸. Contrairement à ce qui est parfois soutenu¹⁶²⁹, le juge du référé-liberté n'impose aucune obligation à une personne privée – il ne saurait en toute hypothèse le faire, sauf à méconnaître les règles gouvernant la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels. Les obligations définies par le juge des référés s'adressent non pas à la société privée Canal + mais au CSA. Le juge des référés expose avec minutie les mesures que la personne publique doit prendre, au titre du pluralisme, pour régler le litige impliquant Canal + mais il n'adresse en tant que tel aucune injonction à Canal +.

387. Une autre application de l'effet horizontal indirect des libertés fondamentales peut être décelée dans la jurisprudence *Stéphaur*¹⁶³⁰. Les trois éléments nécessaires au déploiement de cet effet s'y trouvent réunis. Tout d'abord, une personne privée porte atteinte, par son action, aux libertés fondamentales d'un tiers : un particulier occupe irrégulièrement le bien immobilier d'un propriétaire, portant atteinte à la liberté de ce dernier de disposer de ses biens (et à la liberté pour le locataire de disposer des biens pris à bail). Ensuite, l'autorité administrative a l'obligation d'agir pour faire cesser l'atteinte : lorsque l'autorité judiciaire a constaté l'irrégularité de l'occupation sans titre, et ordonné l'expulsion du squatter, le préfet, en l'absence de risques de troubles importants à l'ordre public, a l'obligation d'apporter le concours de la force publique

1627 L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1741.

1628 R. GHEVONTIAN, *op. cit.*, p. 1751. Sur ce thème, voir D. RIBES, L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées, thèse Aix-en-Provence, 2005, 500 p.

1629 M. Maligner affirme que le juge impose « à une personne privée, qui n'est, au demeurant, pas chargée de « la gestion d'un service public » d'adopter une attitude déterminée » (B. MALIGNER, *op. cit.*, p. 644). De même, M. Faure soutient qu'il est « notable que cette ordonnance permette au juge du référé-liberté d'adresser une injonction sous la forme d'une obligation de résultat à une personne morale de droit privé non chargée d'une mission de service public, Canal +, dans la mesure où celle-ci est partie prenante avec le CSA » (B. FAURE, « Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 56).

1630 CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaur et autres, Lebon* p. 117, *AJDA* 2003, pp. 345-349, note P. GRO-SIEUX. Sur les nombreuses applications auxquelles a donné lieu cette jurisprudence, voir les références citées *supra*, § 273.

pour faire exécuter cette décision¹⁶³¹. Enfin, l'administration s'abstient d'agir : l'autorité préfectorale refuse ou s'abstient d'apporter le concours de la force publique. Cette jurisprudence a été inaugurée avec l'arrêt *Stéphaur* du 29 mars 2002. Des propriétaires et locataires victimes d'un squat avaient obtenu du juge civil des référés une décision prescrivant l'expulsion des occupants sans titre. Le préfet s'abstenant d'apporter le concours de la force publique, les intéressés avaient saisi le juge du référé-liberté et obtenu le prononcé d'une mesure de sauvegarde. Précisons qu'en retenant sa compétence dans ce litige et en ordonnant à l'autorité de police d'apporter le concours de la force publique, le juge administratif ne méconnaît en rien les prérogatives de l'autorité judiciaire. De façon surprenante, un auteur a soutenu qu'« En ordonnant l'exécution d'une décision du juge judiciaire, le juge administratif s'émancipe des règles de répartition des compétences entre juridictions administrative et judiciaire »¹⁶³². Cette lecture de la jurisprudence *Stéphaur* est condamnable car, en ordonnant à l'autorité administrative d'exécuter une décision de justice, le juge administratif n'empiète nullement sur les attributions de la juridiction judiciaire. Il n'intervient pas directement dans un litige de droit privé. Il ne vient pas rejuger, après un tribunal civil, un litige opposant deux personnes privées. En acceptant de connaître de l'abstention ou du refus – administratif – d'exécuter une décision judiciaire, il vient au contraire renforcer l'effectivité de celle-ci et garantir sa correcte exécution par l'administration. Loin de porter atteinte à la séparation des pouvoirs ou des autorités, le juge administratif la conforte au contraire par son intervention¹⁶³³.

1631 Voir *supra*, § 273.

1632 P. GROSIEUX, *op. cit.*, p. 349.

1633 Comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel, l'administration doit exécuter et respecter les décisions de justice ; elle ne peut méconnaître cette obligation sans porter atteinte à la séparation des pouvoirs proclamée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (voir *supra*, § 273). En rappelant cette obligation et en veillant au respect de la séparation des pouvoirs, le juge administratif garantit la bonne exécution des décisions de la juridiction judiciaire par la puissance publique. Avant la mise en place du référé-liberté, les propriétaires nantis de leur décision d'expulsion ne disposaient d'aucune arme juridictionnelle pour combattre efficacement le refus d'agir ou l'abstention de l'administration. Alors qu'un tel refus est conçu comme devant rester exceptionnel, il a été observé que l'administration refusait très fréquemment de prêter main-forte à l'exécution des décisions ordonnant l'expulsion des occupants sans titre à la demande du propriétaire. Chaque année, seulement 2000 des 30 000 demandes de concours de la force publique reçoivent satisfaction (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, n° 1512). En cette hypothèse, « c'est, en définitive, l'administration qui décide si l'autorité de chose jugée doit être respectée » (L. FAVOREU, « Rapport français (Droit public interne) », in *L'effectivité des décisions de justice. Travaux de l'Association Henri Capitant* (Journées françaises), 17-21 mai 1985, t. XXXVI, Economica, 1987, p. 610). Les propriétaires victimes du squat n'avaient d'autre choix que de demander la condamnation de l'administration au versement d'une indemnité. En cas de refus légal – car justifié par une réelle menace de trouble à l'ordre public –, la responsabilité de l'administration était engagée sans faute, pour rupture de l'égalité devant les charges publiques (jurisprudence *Couïéras*, consacrée par l'article 16 de la loi du 9 juillet 1991 : cf. *supra*, § 273). En cas de refus illégal – en l'absence de troubles avérés à l'ordre public –, la carence de l'administration pouvait donner lieu à un engagement de sa responsabilité sur le terrain de la faute lourde (voir par exemple CE, 7 novembre 1984, *Horel, Syndic Société Hélio Cachan, Dr. adm.* 1985, n° 541 ; CE, 2 décembre 1987, *SA Anodistation, JCP G* 1988, IV, 88). Disposant désormais d'un moyen d'action efficace et rapide, les victimes de squat peuvent contraindre l'administration à intervenir pour faire cesser les atteintes au droit de propriété. Ce faisant, le juge administratif participe au respect du principe de séparation des pouvoirs qui, dans la jurisprudence

388. Grâce à un allègement important des règles régissant l'engagement du recours, la victime d'une atteinte éventuelle à ses libertés fondamentales accède très facilement et, par conséquent, très rapidement au juge du référé-liberté. Dans le même objectif de répression immédiate des atteintes graves aux libertés fondamentales, le juge des référés est tenu d'instruire et de juger avec une extrême célérité les demandes qui lui sont présentées sur ce fondement.

constitutionnelle, implique notamment que l'administration exécute les décisions de justice sans devoir en apprécier l'opportunité.



Chapitre 2

Un juge rapide

389. Dans les procédures ordinaires, l'instruction et le jugement des recours obéissent à des règles complexes et des formalités contraignantes destinées à contrebalancer le déséquilibre des parties en présence. Ces exigences, notamment le caractère écrit de la procédure et l'intervention d'une formation collégiale, permettent à la juridiction de statuer en toute sérénité après une instruction complète et un examen approfondi du dossier contentieux. Ce formalisme représente, pour le justiciable, une garantie de bonne justice. Néanmoins, le respect de ces règles prend du temps et ralentit nécessairement le cours de la procédure. Dans l'hypothèse d'une atteinte grave à une liberté fondamentale, l'objectif de la célérité contentieuse s'accommode difficilement du formalisme habituel de l'instruction et du jugement des requêtes. Une voie de droit dont l'objet est de réprimer dès qu'elles surgissent les atteintes graves aux libertés fondamentales ne peut souffrir la moindre pesanteur procédurale. Aussi a-t-il fallu définir un régime procédural adapté à l'objectif de sauvegarde immédiate des libertés.

En matière de référé-liberté, la procédure est organisée de telle sorte qu'il soit possible d'obtenir une décision dans les jours voire les heures qui suivent l'introduction de la requête. Tout a été conçu pour un traitement extrêmement rapide des demandes présentées sur ce fondement. La requête est examinée par un juge unique qui statue selon une procédure allégée. Le juge des référés rejette immédiatement les demandes vouées à l'échec et juge en 48 heures celles qui méritent un examen plus approfondi. Ainsi, comme le souligne M. Chapus, la procédure instituée porte « la marque de la préoccupation que l'instance (en premier ressort et en appel) aille aussi rapidement que

possible à son terme, et cela au point qu'elle apparaît comme plus qu'une procédure d'urgence : une procédure d'extrême urgence »¹⁶³⁴.

SECTION 1. LE JUGE UNIQUE, INSTRUMENT INDISPENSABLE DE LA CÉLÉRITÉ

390. Le recours à la formule du juge unique est indispensable pour assurer la célérité de l'instance et garantir un traitement très rapide des demandes. Aussi, le juge des référés est un magistrat statuant seul et sans conclusions d'un commissaire du gouvernement.

I. LA NÉCESSITÉ DU MAGISTRAT STATUANT SEUL

391. La volonté d'aller vite – ou très vite s'agissant des demandes en référé-liberté – a conduit le législateur à déroger au principe traditionnel de la collégialité. L'examen de l'affaire par un juge unique est le premier facteur d'accélération de l'instance.

392. Depuis toujours, la collégialité est la règle en droit du contentieux administratif¹⁶³⁵. Aujourd'hui, cette exigence figure au nombre des principes énoncés dans le titre préliminaire du code de justice administrative, dont l'article L. 3 dispose que « Les jugements sont rendus en formation collégiale ». Ce principe repose sur l'idée et même le constat qu'une formation collégiale offre aux justiciables des garanties supérieures en termes de qualité, d'indépendance et d'autorité de la justice¹⁶³⁶. Pour autant, le prin-

1634 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1592.

1635 Voir C. BOITEAU, « Le juge unique en droit administratif », *RFDA* 1996, pp. 10-28 ; B. PACTEAU, « Le juge unique dans les juridictions administratives. Le point de vue de la doctrine », *GP* 1998, 1, pp. 177-182 ; C. CHEVALLIER-GOVERS, « Le président du tribunal administratif au secours de la célérité de la justice administrative », *GP* 2000, 1, pp. 1030-1047 ; M. RONCIERE, « Le juge unique dans la juridiction administrative : de l'exception à la généralisation », *LPA* 26 juillet 1995, pp. 18-20 ; M. PAILLET, « Le juge administratif, juge unique », in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Colloque des IEJ (C. BOLZE et P. PEDROT dir.), Toulon, 19-20 mai 1995, Dalloz, 1996, pp. 93-112 ; M. RIGAUD, *Le juge unique en droit administratif au regard des garanties de bonne justice*, thèse Toulon, 2002, 369 p. ; M. NAUDET-SENECHAL, *Le juge unique. Essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2000, 774 p. ; R. D'HAEM, *Le juge unique administratif*, thèse Paris II, 2001, 841 p.

1636 En favorisant l'échange des opinions et la confrontation des points de vue, la collégialité assure tout d'abord la qualité de la décision rendue. Par la délibération qu'elle induit, elle est en effet de nature à réduire le risque d'erreur et à limiter le poids des préjugés personnels. L'adage « juge unique, juge inique » témoigne inversement de la crainte qu'inspire la personnalisation de la fonction juridictionnelle. Montesquieu affirmait qu'« un tel magistrat ne peut avoir lieu que dans le gouvernement despotique » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre VI, chapitre VII). Ensuite, la col-

cipe n'est pas absolu¹⁶³⁷. Il supporte des exceptions justifiées, soit par la simplicité de la question à traiter, soit par la nécessité d'une intervention juridictionnelle rapide¹⁶³⁸.

légialité garantit l'indépendance des juges. Comme l'explique le professeur Pacteau, « la collégialité, du moins telle qu'elle est conçue en France, c'est-à-dire jointe à la confidentialité des opinions émises et à l'anonymat des votes exprimés, contribue à garantir une *plus grande indépendance personnelle du juge* » (B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 178. Souligné). Elle représente, pour les juges qui sont chargés de régler le contentieux administratif « une condition de leur indépendance dans leurs rapports avec le plus puissant et le plus constant de leurs justiciables, c'est-à-dire avec l'administration » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 53). Enfin, la collégialité confère une autorité symbolique à la sentence prononcée. Elle « imprime une dimension particulière à la décision de justice. C'est le bras de justice qui tranche le litige et non la volonté d'un homme seul qui peut être livré à ses passions, ses faiblesses, ses préjugés (...) elle accentue la fonction mythique de la justice considérée comme détachée de l'individu » (T.-S. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et la collégialité », in *Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux*, *op. cit.*, p. 113). Ces deux derniers éléments sont d'autant plus précieux en contentieux administratif que c'est la *puissance* publique elle-même qui est jugée : « Eu égard à la nature des litiges qui mettent en cause l'administration, un organe collégial est plus à même de garantir l'indépendance des juges et d'assurer l'autorité de la décision » (C. CHEVALLIER-GOVERS, *op. cit.*, p. 1046). Cela explique pourquoi, dans le domaine de la procédure administrative contentieuse, « on a été longtemps proche de l'unanimité selon une pensée foncièrement hostile au juge unique, juge statuant et surtout, délibérant *seul*, donc *a priori* moins et moins bien » (B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 177. Souligné). L'institution a fait l'objet de condamnations définitives de la part des plus éminentes personnalités de la juridiction administrative. Le président Odent a ainsi déclaré que « La solution du juge unique qui peut paraître expédiente en contentieux administratif, est une solution détestable (...) » (R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. III, IEP de Paris, 1981, p. 970). Cette hostilité explique l'apparition tardive du juge unique en contentieux administratif. Sur les 25 hypothèses de juge unique instituées dans l'histoire du contentieux administratif – certaines ayant depuis été supprimées –, 20 ont été introduites dans les années 1980 et 1990, la dernière décennie étant marquée par une très nette accélération (voir R. D'HAEM, *op. cit.*, tableau récapitulatif p. 13).

1637 L'article L. 3 du code de justice administrative réserve expressément la possibilité de dérogation législative au principe. Ces dérogations sont possibles dans la mesure où la collégialité ne constitue nullement une exigence supralégislative (cf. M. RIGAUD, *op. cit.*). Aucune norme constitutionnelle ou européenne ne s'oppose, par conséquent, à l'institution du juge unique. Le Conseil constitutionnel a refusé de consacrer un principe constitutionnel de collégialité (CC, n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Rec.* p. 22). En 1990, il ne critique pas l'institution du juge unique pour traiter du contentieux de la reconduite à la frontière (CC, n° 89-266 DC, 9 janvier 1990, *Rec.* p. 15). Il n'a non plus rien reproché sur ce plan à ce qui est devenu la loi du 8 février qui développe le système du juge unique en contentieux administratif (CC, n° 95-360 DC, 2 février 1995, *Rec.* p. 195). Il en va de même en droit européen. Comme le relève M. Pacteau, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, souvent si prompt à détecter les meilleures garanties judiciaires, n'a pas (...) imposé de principes, fussent-ils ponctuels ou partiels, de collégialité juridictionnelle » (B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 179).

1638 Pour reprendre la formule du professeur Normand, le recours au juge unique s'impose « lorsqu'il n'y a pas de temps à perdre » et « lorsqu'il est inutile de perdre son temps » (J. NORMAND, « Le juge unique et l'urgence », in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, *op. cit.*, p. 33). La formule du juge unique est nécessaire pour pouvoir statuer en urgence sur des questions qui ne supportent pas d'attendre – hypothèse qui nous intéresse ici ; elle est suffisante lorsqu'il s'agit de régler des questions simples (par exemple constater un désistement). Cette seconde hypothèse de juge unique procède de l'idée qu'il est inutile de réunir une formation collégiale pour traiter des demandes ne soulevant pas la moindre difficulté juridique et pour lesquelles l'intervention d'une formation collégiale est parfaitement superflue. La loi du 8 février 1995 a développé de façon notable cette possibilité. A la suite de ce texte, « on estimait entre 10 et 20 % le nombre des affaires de première instance susceptibles d'être résolues de la sorte » (A. BOURREL et J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 12).

393. Eu égard aux effectifs dont dispose la justice administrative et au volume contentieux dont elle est annuellement saisie, les nécessités de l'urgence contentieuse imposent le juge unique dans le domaine des référés¹⁶³⁹. Dans la mesure où il alourdit le traitement des affaires urgentes, le recours à la formation collégiale est une source d'allongement des procédures. Aussi, pour aller vite, « il faut faire l'économie du temps de la collégialité »¹⁶⁴⁰. Comme l'a indiqué M. Drago, « l'intervention d'un juge unique, statuant sans procédure, est une condition quasi fondamentale » de la célérité de la procédure¹⁶⁴¹. Par le passé, cette exigence avait conduit à instaurer le magistrat statuant seul dans certains contentieux nécessitant une intervention très rapide. Le principe du juge unique avait ainsi été retenu pour le déféré-liberté, le contentieux de la reconduite à la frontière, le référé-précontractuel ou la procédure de suspension provisoire organisée par l'article L. 10 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel¹⁶⁴². En ce qui concerne les référés régis par le livre V du code de justice administrative, le législateur a généralisé la formule du juge unique conformément aux orientations définies par le groupe de travail du Conseil d'Etat¹⁶⁴³. On relèvera que même en l'absence de régime juridique commun à tous les référés, la solution du juge unique aurait en toute hypothèse été appliquée au référé-liberté. Le législateur ayant voulu que les demandes portant sur l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale soient jugées en 48 heures, le principe du magistrat statuant seul s'imposait naturellement en la matière.

II. LA QUALITÉ DE JUGE DES RÉFÉRÉS

394. Le juge des référés est un juge unique et expérimenté. Exerçant une fonction de nature strictement juridictionnelle, il est naturellement soumis à l'exigence d'impartialité.

1639 L'urgence n'impose pas, en soi, le juge unique. Elle l'impose relativement aux effectifs dont dispose concrètement notre justice. Si une formation collégiale peut intervenir dans des conditions de très grande rapidité (voir les exemples cités *supra*, § 6), sa réunion conduit toutefois à mobiliser des magistrats au détriment des dossiers jugés selon les règles ordinaires.

1640 J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge des référés au regard des principes procéduraires », *D.* 1995, p. 72.

1641 R. DRAGO, « La procédure de référé devant le Conseil d'Etat », *RDJ* 1953, p. 304.

1642 En revanche, le sursis à exécution de droit commun devait nécessairement être prononcé par une formation collégiale, le juge unique n'étant compétent que pour rejeter la demande de sursis. M. Chapus avait, à juste titre, critiqué cette règle : « L'exigence que le jugement des demandes de sursis soit le fait d'une formation collégiale procède d'une exagération de la gravité que revêt la suspension de l'exécution d'une décision administrative. (...) En ce qui concerne les décisions administratives, le principe (au moins) du jugement par un juge unique conviendrait mieux, s'agissant de prendre une mesure tout à la fois urgente et provisoire » (R. CHAPUS, « Le juge administratif face à l'urgence », in *L'administration et son juge*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, p. 290). Quant au juge des référés, il intervenait certes à juge unique, mais ses pouvoirs étaient fort limités.

1643 Voir « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *RFDA* 2000, p. 949 : « en dépit des garanties apportées par la collégialité, le groupe de travail a estimé que seul un juge unique était à même de faire face, dans l'urgence, à certaines demandes des justiciables. Le souci d'unifier les procédures a conduit le groupe de travail à confier, dans tous les cas, les pouvoirs d'intervention d'urgence du juge administratif à ce juge unique, qualifié de « juge des référés » ».

A. Un juge unique et expérimenté

395. Le juge des référés est un juge unique. Il statue seul et par voie d'ordonnance sans audition d'un commissaire du gouvernement¹⁶⁴⁴. L'article L. 522-1 al. 3 du code de justice administrative prévoit qu'en l'absence de renvoi à une formation collégiale, « l'audience se déroule sans conclusions du commissaire du gouvernement ». La dispense de commissaire du gouvernement concerne aussi bien le juge du premier degré que le juge des référés du Conseil d'Etat. Lorsqu'il connaît d'une demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 par la voie de l'appel, le juge des référés du Conseil d'Etat statue sans conclusions du commissaire du gouvernement, contrairement à ce qui a pu être affirmé sur ce point¹⁶⁴⁵.

L'affaiblissement des garanties apportées aux justiciables par l'absence de commissaire du gouvernement et de collégialité a été tempéré par l'exigence d'un grade et d'une expérience minimaux. Les parlementaires ont en effet exigé que le magistrat appelé à statuer seul témoigne d'une certaine expérience du contentieux. Au cours de la procédure législative, la condition de compétence et d'expérience fut introduite en première lecture par l'Assemblée nationale. Les députés entendaient confier la mise en œuvre de la réforme à des magistrats qui, ayant une expérience du traitement des dossiers et de la procédure, ne craindraient pas d'assumer la plénitude de leurs nouvelles responsabilités¹⁶⁴⁶. Aussi, l'article L. 511-2 du code de justice administrative réserve-t-il la qualité de juge des référés aux présidents de tribunaux administratifs ainsi qu'aux magistrats qu'ils désignent à cet effet et qui, sauf absence ou empêchement, ont une ancienneté minimale de deux ans et ont atteint au moins le grade de premier conseiller. Les ordonnances n'ont pas à faire état de la délégation que le juge des référés a reçu du président du tribunal administratif¹⁶⁴⁷. Un magistrat qui n'a pas atteint le grade de

1644 Pour autant, le juge des référés n'est pas un juge isolé. Outre la faculté, qui lui est toujours ouverte de renvoi à une formation collégiale, trois éléments sont de nature à exclure tout isolement du juge des référés. Premièrement, celui-ci a tout loisir, en cas de difficulté, pour consulter officieusement ses collègues. Dans la pratique, il n'est pas rare que de manière informelle, il fasse part à ces derniers des hésitations rencontrées sur un dossier et procède ainsi à des échanges de vue avant de prendre sa décision. Deuxièmement, il peut bénéficier, pour ses recherches et pour la rédaction des décisions, du concours d'assistants de justice et, au Conseil d'Etat, des services du Centre de documentation. Troisièmement, une réunion hebdomadaire des juges des référés, qui précède celle de la *troika*, permet d'arrêter des lignes de solutions communes. Chaque mardi, cette réunion rassemble le président et les trois présidents adjoints de la Section du contentieux (qui sont quatre des cinq juges permanents des référés), rejoints à cette occasion par le cinquième juge des référés de la semaine. Cette rencontre hebdomadaire et institutionnalisée favorise une harmonisation de la jurisprudence en la matière. Sur ces différents éléments, voir B. GENEVOIS, « Entretien avec Franck Moderne et Pierre Delvolvé », *RFDA* 2007, p. 2 ; B. STIRN, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 795-801, spé pp. 799-801.

1645 Cf. J. GOURDOU, « Juge des référés. Organisation. Dispositions générales », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), n° 52 : « Lorsqu'il est toutefois appelé à statuer en appel sur une mesure prise en référé (notamment en matière de référé-liberté), le président de la section du contentieux, dans le silence des textes, se prononce après audition de conclusions ».

1646 *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10940.

1647 CE, ord. 20 juillet 2004, *Mzimba*, n° 270044. La décision précise que les mentions des décisions juridictionnelles font foi jusqu'à preuve du contraire. Par suite, la mention, dans une ordonnance, de

premier conseiller a qualité pour statuer comme juge des référés en cas d'absence ou d'empêchement de ceux de ses collègues remplissant la double condition d'âge et d'ancienneté posée par l'article L. 511-2¹⁶⁴⁸. Pour les litiges relevant de la compétence du Conseil d'Etat en appel ou en premier et dernier ressort, la qualité de juge des référés est dévolue au président de la section du contentieux ainsi qu'aux conseillers d'Etat qu'il désigne à cet effet. Durant les premiers temps de la réforme, seuls les présidents adjoints de la section du contentieux remplissaient cette tâche à temps plein aux côtés du président de la section du contentieux. Une fois la phase d'acclimatation achevée, les principales difficultés procédurales ayant été tranchées, d'autres conseillers d'Etat ont été associés à l'exercice de la fonction de juge des référés, spécialement les présidents de sous-sections. Pour la répartition des affaires au sein d'une juridiction, aucune particularité du référé-liberté n'est à relever. Les demandes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 sont réparties entre les différents magistrats de la même manière que les autres demandes en référé. Au Conseil d'Etat, aucun juge des référés ne traite plus spécifiquement les demandes présentées sur ce fondement. On observe néanmoins qu'une part importante des demandes est assumée par le président de la section du contentieux lui-même.

396. Si le juge des référés est en principe un magistrat statuant seul, la collégialité et le commissaire du gouvernement peuvent néanmoins réapparaître à la faveur d'une affaire complexe ou appelant à régler une question de principe. En effet, le juge des référés constitue non pas un tribunal distinct mais seulement une émanation de la juridiction dont il relève. Par conséquent, il a toujours la possibilité de se dessaisir d'une affaire et d'en renvoyer le règlement à la formation collégiale¹⁶⁴⁹. La décision de renvoi ne peut pas être discutée¹⁶⁵⁰. Le juge des référés du Conseil

la qualité de juge des référés du magistrat qui l'a rendue suffit, en l'absence de tout commencement de preuve contraire, à établir la qualité de ce magistrat.

1648 CE, ord. 20 janvier 2005, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T.* p. 1022.

1649 Le juge des référés ne constitue pas une juridiction autonome distincte du tribunal. Il n'est qu'une formation de la juridiction à laquelle il appartient et qui lui délègue sa compétence pour statuer avec la célérité requise. Aussi une jurisprudence constante lui reconnaît la faculté de renvoyer « au Tribunal Administratif le jugement des demandes qui lui paraissent présenter des difficultés graves et susceptibles d'une discussion sérieuse » (CE, Sect., 13 juillet 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout, Lebon* p. 338, concl. J. CHARDEAU, *RDJ* 1957, pp. 296-300, note M. Waline ; *AJDA* 1956, II, pp. 321-324, concl. J. CHARDEAU ; *AJDA* 1956, p. 339 et s., chron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; CE, 15 juillet 1957, *Ville de Royan*, concl. LASRY, *RDJ* 1958, pp. 109-126 ; CE, 30 mars 1984, *Société Coignet Pacifique, Lebon T.* p. 715). Le Conseil d'Etat analyse de la même manière l'intervention du juge des référés du Conseil d'Etat (CE 21 février 1958, *Syndicat intercommunal pour l'alimentation en eau potable de la région de Breuillet, Lebon* p. 120). Cette possibilité de renvoi est de portée générale même si le code de justice administrative n'en fait mention expresse qu'à propos du Conseil d'Etat (article R. 611-20). Elle a par exemple été appliquée aux procédures du référé-précontractuel (CE, 19 mars 1997, *SA Entreprise générale de terrassements et de travaux publics et autre, Lebon T.* p. 1003) et de la reconduite à la frontière (CE, 28 décembre 1992, *Préfet du Rhône c/ Aslan, Lebon T.* p. 983 et p. 1180). De même en matière civile, le président de la juridiction a la faculté de renvoyer l'affaire en état de référé devant la juridiction collégiale à une audience dont il fixe la date (article 487 du nouveau code de procédure civile).

1650 Le Conseil d'Etat estime « que l'appréciation à laquelle se livre le Président du Tribunal n'est pas de nature à être contestée devant le juge d'appel » (CE, Sect., 13 juillet 1956, *Secrétaire d'Etat à la*

d'Etat¹⁶⁵¹ procède au renvoi lorsqu'il est confronté à un problème juridique complexe concernant notamment les conditions d'octroi du référé-liberté¹⁶⁵² ou son régime procédural¹⁶⁵³, confirmant ainsi la pratique consistant à laisser aux formations collégiales le règlement des questions de principe¹⁶⁵⁴. Le renvoi peut également être mis en œuvre pour donner plus de solennité à la réaffirmation d'une jurisprudence constante frontalement méconnue par l'administration¹⁶⁵⁵. En cas de renvoi à une formation collégiale, celle-ci statue après audition d'un commissaire du gouvernement¹⁶⁵⁶.

-
- reconstruction cf Piéton-Guibout, préc.*). Le président de la juridiction dispose d'un « pouvoir discrétionnaire pour apprécier s'il statuera lui-même, ou par un délégué, ou s'il ne renverra pas plutôt le soin de statuer en référé à tout le tribunal » (M. WALINE, *op. cit.*, p. 299). En d'autres termes, le renvoi constitue une simple mesure d'administration de la justice insusceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge d'appel ou de cassation. Cette règle est de portée générale (voir, pour le contentieux de la reconduite à la frontière, CE, 10 décembre 1997, *Préfet de police*, n° 170529). En revanche, la décision que prendra la formation collégiale suite à ce renvoi sera en toute logique soumise aux mêmes voies de recours que si elle avait été prise par le juge unique.
- 1651 Le renvoi à une formation collégiale demeure exceptionnel devant les juridictions du premier degré. Certaines décisions du juge des référés du Conseil d'Etat mentionnent néanmoins que la décision juridictionnelle de premier ressort attaquée a été rendue non pas à juge unique mais par le tribunal administratif statuant en formation collégiale. Voir ainsi CE, ord. 8 mars 2001, *Ricque, Lebon T* p. 1130 ; CE, ord. 19 juin 2002, *Hoffer*, n° 247884.
- 1652 Voir par exemple CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18. Le juge des référés du Conseil d'Etat a décidé le renvoi à une formation collégiale pour éclairer notamment la notion de liberté fondamentale. Le commissaire du gouvernement a relevé que « le juge des référés a décidé, dès l'enregistrement de la requête et eu égard aux questions qu'elle posait, qu'elle serait examinée par la Section du contentieux le surlendemain » (concl. L. TOUVET, *RFDA* 2001, p. 380). Voir également, concernant l'exigence d'illégalité manifeste : CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur cf Tliba, Lebon* p. 523.
- 1653 Cf. CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage, Lebon* p. 112, concernant la possibilité de faire coexister dans une même requête des conclusions reposant sur des fondements distincts.
- 1654 Voir B. GENEVOIS, « Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 249 : « Dans la période récente, bien qu'il soit doté de pouvoirs juridictionnels propres le président de la section du contentieux, laisse néanmoins le jugement de questions de principe selon le cas à la section ou à l'assemblée ».
- 1655 Voir par exemple, rappelant à l'autorité administrative le caractère obligatoire des décisions prises par le juge des référés : CE, Sect., 5 novembre 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre* (2 espèces), *Lebon* p. 444.
- 1656 Des conclusions portant sur des affaires distinctes peuvent, le cas échéant, faire l'objet d'une jonction. Si en vertu de l'article L. 7 du code de justice administrative, des conclusions doivent être présentées sur chaque affaire, celles-ci peuvent néanmoins être jointes en cas de nécessité et, notamment, en cas d'urgence. Il appartient au commissaire du gouvernement, dans une telle hypothèse, de distinguer clairement les solutions qu'il préconise pour chacun des litiges. Voir par exemple, concluant sur deux espèces, les conclusions de M. Touvet sur l'arrêt *Commune de Venelles*, concernant un référé-liberté, lu le jour même (CE, Sect., 18 janvier 2001), et l'arrêt *Confédération nationale des radios libres*, concernant un référé-suspension, lu le lendemain (CE, Sect., 19 janvier 2001).

B. L'impartialité du juge des référés et la question du cumul des fonctions

397. La question s'est posée de savoir si un magistrat administratif pouvait connaître successivement d'un même dossier en sa qualité de juge du fond puis en celle de juge des référés et, inversement, en sa qualité de juge des référés puis en celle de juge du fond. Le Conseil d'Etat a conclu, dans le cadre du référé-suspension, à la compatibilité des deux fonctions. Il a tranché de façon identique la question du cumul entre fonctions de juge des référés et les fonctions de juge saisi d'une demande de bénéfice de l'aide juridictionnelle.

398. Dans le cadre de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat a dû déterminer si un magistrat ayant fait partie de la formation de jugement annulant une décision administrative pouvait se prononcer ultérieurement, en tant que juge des référés, sur la demande de suspension de la décision prise à la suite de cette annulation¹⁶⁵⁷. Le Conseil d'Etat a conclu à l'affirmative dans la mesure où la cause du litige n'est tout simplement pas la même dans chacune des deux hypothèses : au fond et en référé, le juge ne statue pas sur le même acte administratif. Dans ces conditions, affirme le Conseil, aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne s'oppose à ce qu'un même magistrat connaisse successivement de la demande au fond et de la requête en référé. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un cumul sur une même affaire. La question se posant de manière identique pour la procédure du référé-liberté, la solution dégagée au titre de l'article L. 521-1 doit trouver à s'appliquer pleinement à l'article L. 521-2.

Le deuxième cas de figure est plus délicat dans la mesure où il concerne cette fois le cumul, c'est-à-dire l'intervention successive d'un même juge, en deux qualités différentes, sur une affaire déterminée. Le Conseil d'Etat a admis le cumul des fonctions pour la procédure du référé-suspension. Dans l'avis *Commune de Rogerville* du 12 mai 2004, le Conseil rappelle tout d'abord l'office du juge du référé-suspension : « Saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative d'une demande tendant à ce qu'il prononce, à titre provisoire et conservatoire, la suspension d'une décision administrative, le juge des référés procède dans les plus brefs délais à une instruction succincte – distincte de celle au vu de laquelle le juge saisi du principal statuera (...) ». Il affirme ensuite : « Eu égard à la nature de l'office ainsi attribué au juge des référés – et sous réserve du cas où il apparaîtrait, compte tenu notamment des termes mêmes de l'ordonnance, qu'allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office, il aurait préjugé l'issue du litige – la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande tendant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge du principal »¹⁶⁵⁸. La motivation de l'avis limite strictement

1657 CE, 9 avril 2004, *Olard*, *AJDA* 2004, pp. 1429-1430, note S. HUL.

1658 CE, Sect., avis 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, *Lebon* p. 223 ; *RFDA* 2004, pp. 723-732, concl. E. GLAISSER ; *AJDA* 2004, pp. 1354-1358, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *JCP A* 2004, 1392, note S. HUL ; *LPA* 18 octobre 2004, chron. F. MELLERAY ; *RDP* 2005, p. 547, note C.

la portée de la solution à la seule procédure du référé-suspension : « il ne tranche certainement pas le cas du référé-liberté, compte tenu notamment du fait que le juge doit alors apprécier l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale, sans l'intermédiaire du « doute sérieux » »¹⁶⁵⁹. Néanmoins, des hypothèses peuvent être élaborées en considération de la réserve, formulée par le Conseil d'Etat, concernant le cas où le juge des référés préjuge l'issue du litige¹⁶⁶⁰. Il semble possible de distinguer deux hypothèses distinctes. La première est celle dans laquelle le juge du référé-liberté a rejeté la demande faute d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Dans ce cas, il n'a pas pris position sur le fond du droit. Si un recours vient à être formé devant le juge du principal, rien ne s'oppose à ce que le magistrat ayant statué en référé puisse siéger au sein de la formation de jugement. La seconde hypothèse concerne le cas où le juge des référés, soit a constaté l'existence d'une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale, soit a relevé l'existence d'une illégalité manifeste mais rejeté la demande au motif qu'une autre des conditions d'octroi n'était pas satisfaite. Dans ce cas, le juge des référés a appréhendé le fond du droit ; la réserve de l'avis *Commune de Rogerville* est pleinement applicable. Si un recours au fond a été introduit dans l'espèce, le principe d'impartialité fait obstacle à ce que le magistrat ayant connu de la demande en référé fasse partie de la formation collégiale qui en connaîtra.

399. Le Conseil d'Etat a repris les principes de l'avis *Commune de Rogerville* dans l'hypothèse du cumul entre les fonctions de juge des référés et celles de juge saisi d'une demande de bénéfice de l'aide juridictionnelle. Il réserve l'hypothèse où, dans sa dé-

GUETTIER ; *Procédures* 2004, n° 166, note. S. DEYGAS ; voir également K. BUTERI, « La participation du juge des référés à la formation de jugement au fond », *D.* 2004, pp. 2586-2588. Avant que le Conseil d'Etat ne rende cet avis, la cour administrative d'appel de Bordeaux, appelée à se prononcer sur la question, avait conclu à l'incompatibilité des deux fonctions (CAA Bordeaux, 18 novembre 2003, *AJDA* 2004, concl. J.-L. REY ; *LPA* 22 août 2005, n° 166, pp. 6-11, note C. MORLOT-DEHAN). Cette solution avait été critiquée par un magistrat administratif (D. LANZ, « Quelques réflexions d'un praticien à propos d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux », *AJDA* 2004, pp. 521-526).

1659 C. LANDAIS et F. LENICA, *chron. préc.*, p. 1356.

1660 Pour une application des principes en matière de référé-suspension, voir CE, 2 novembre 2005, *M. et Mme Fayant, Lebon* p. 466, *AJDA* 2006, pp. 327-332, note P. CASSIA. Le Conseil d'Etat affirme « qu'eu égard à la nature de l'office du juge des référés appelé à statuer sur une demande de suspension d'une décision administrative, la circonstance que le même magistrat se trouve ultérieurement amené à se prononcer sur une nouvelle demande de suspension de la même décision est, par elle-même, sans incidence sur la régularité de l'ordonnance statuant sur cette requête, sous réserve du cas où il apparaîtrait qu'allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office, il aurait préjugé l'issue du litige ». Par une ordonnance du 25 février 2005, le juge des référés avait rejeté la demande de suspension d'un permis de construire pour irrecevabilité, tout en indiquant au requérant que les conditions d'octroi étaient satisfaites. Saisi d'une nouvelle demande assortie des pièces attestant de sa recevabilité, le même juge des référés a ordonné le 17 mars 2005 la suspension du permis de construire attaqué, en se fondant sur les mêmes éléments que ceux énoncés dans sa précédente ordonnance. Dès lors, « en indiquant par avance la solution qui pourrait être réservée à une nouvelle demande de suspension », le juge des référés « doit être regardé comme ayant méconnu le principe d'impartialité ». Cette solution est parfaitement transposable au référé-liberté. Si le juge des référés rejette une demande pour irrecevabilité, tout en indiquant au requérant que les conditions permettant le prononcé d'une mesure de sauvegarde sont satisfaites, sa décision sera entachée d'irrégularité au regard de l'exigence d'impartialité.

cision sur l'aide juridictionnelle, le juge des référés aurait préjugé l'issue du litige¹⁶⁶¹. Néanmoins, par rapport aux décisions précédentes, la question se pose en des termes différents puisque la décision portant sur une demande d'aide juridictionnelle est une décision administrative et non juridictionnelle¹⁶⁶². En outre, comme l'a souligné M. Cassia, il semble préférable que le juge du référé-liberté tranche lui-même la question de l'admission à l'aide juridictionnelle *dans l'ordonnance de référé*, et non pas par deux décisions successives : « il ne paraît pas être de bonne justice qu'un magistrat, fût-il le président d'une juridiction, se prononce sur l'attribution du bénéfice de l'aide juridictionnelle avant de statuer sur la demande de référé-liberté. En effet, cette dernière doit être traitée dans le délai de quarante-huit heures, alors que l'urgence évoquée par la loi de 1991 dans le traitement des demandes d'aide juridictionnelle provisoire n'est pas aussi précisément définie. Par suite, il conviendrait que le président du tribunal administratif se prononce, à l'occasion de l'ordonnance de référé-liberté, sur l'admission provisoire à l'aide juridictionnelle »¹⁶⁶³.

Lorsqu'il connaît d'une demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la première fonction du juge unique des référés est d'effectuer un *tri des requêtes*. Les requêtes sans intérêt sont écartées par une procédure sommaire, sans instruction ni audience. Les demandes qui ne sont pas écartées à ce stade sont instruites d'extrême urgence et jugées en 48 heures.

SECTION 2. LE REJET SANS INSTRUCTION DES DEMANDES VOUÉES À L'ÉCHEC

400. Le juge du référé-liberté rejette immédiatement les demandes qui n'ont visiblement aucune chance de succès. L'ordonnance de tri est rendue sans instruction et au seul vu de la requête. Elle peut être contestée par la voie d'un recours en cassation.

I. L'EXISTENCE D'UN FILTRE PRÉALABLE : LA PROCÉDURE DE TRI DES REQUÊTES

401. Le groupe de travail du Conseil d'Etat a « admis dès le départ qu'il devrait y avoir, au tout début de la procédure, un « filtrage » qui conduirait à distinguer les

1661 CE, Sect., 12 mai 2004, *Hakkar, Lebon* p. 224 ; *RFDA* 2004, pp. 713-722, concl. I de SILVA, pp. 723-731, note E. GLASER ; *AJDA* 2005, pp. 1354-1357, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RDP* 2005, pp. 543-547, note C. GUETTIER.

1662 CE, 22 janvier 2003, *Issa M'Trengouani, AJDA* 2003, p. 1182.

1663 P. CASSIA, « Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité », *D.* 2005, pp. 1182-1191 (1^{ère} partie) et pp. 1252-1256 (2^{nde} partie), spé p. 1253.

requêtes qui seraient instruites dans le cadre de la procédure d'urgence, parce que la connotation d'urgence y est manifeste, parce que la requête est sérieuse, parce qu'elle est recevable et puis que, de l'autre côté, il y aurait les requêtes qui ne seraient pas marquées par l'urgence ou qui ne seraient pas recevables ou qui seraient dépourvues de caractère sérieux »¹⁶⁶⁴. La première tâche du juge des référés consiste donc à identifier immédiatement les demandes dignes d'intérêt et celles qui, au vu de la requête, sont visiblement vouées à l'échec. Il doit, dès réception des requêtes, opérer le départ entre celles qui présentent un intérêt et celles qui sont dépourvues de toute possibilité de réussite. Au cours des travaux préparatoires, le garde des Sceaux avait déclaré que « le tri de l'urgence (...) sera la première fonction du juge de l'urgence. Celui-ci devra déterminer, dans le cadre d'un premier examen, les requêtes qui, pour des raisons tenant à l'urgence, à la compétence, à la recevabilité ou au fond, seront manifestement dénuées de toutes chances de succès »¹⁶⁶⁵. Les parlementaires ont été convaincus par la nécessité d'un tel mécanisme¹⁶⁶⁶. Celui-ci a été pensé en s'inspirant de procédés déjà existants et ayant fait la preuve de leur efficacité dans des hypothèses où la demande est à l'évidence vouée à l'échec¹⁶⁶⁷.

402. Selon son intérêt, la demande soumise au juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 peut, comme tout référé d'urgence, être jugée selon deux procédures différentes. Les requêtes qui présentent un intérêt suffisamment sérieux pour justifier un approfondissement seront instruites contradictoirement et jugées après tenue d'une audience publique. Cette première hypothèse correspond à la procédure de droit commun : celle de l'article L. 522-1 du code de justice administrative. En revanche, les demandes qui sont visiblement vouées à l'échec et ne méritent pas que le juge y consacre du temps sont jugées sans instruction ni audience. Cette seconde hypothèse correspond à la procédure dérogatoire, dite procédure « de tri » : celle de l'article L. 522-3. Ainsi, lorsqu'une demande parvient au juge des référés, celui-ci se trouve devant une *alternative*. Il doit choisir le fondement sur lequel il va rendre sa décision : l'article L. 522-1 si la requête est sérieuse, l'article L. 522-3 si la requête n'a pas la moindre chance de succès. Il décide soit de lancer l'instruction contradictoire, soit de rejeter la demande par une ordonnance de tri. Il s'agit de deux procédures exclusives ; le choix de recourir à l'une ou l'autre présente un caractère irréversible, comme l'a affirmé le

1664 D. LABETOULLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 21-22.

1665 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10930.

1666 Le tri permet de régler immédiatement « les affaires dont le sort est certain » (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 55) et ainsi d'éviter « que le juge des référés ne soit confronté à un afflux de demandes mal fondées ou non urgentes » (R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 69). Rares sont les voix discordantes à s'être faites entendre. On relèvera néanmoins que M. Sutour avait exprimé des réserves devant la suppression de la « possibilité de débattre contradictoirement et publiquement de l'existence de l'urgence d'une situation ou de l'existence d'un doute sérieux, voire de l'atteinte à une liberté fondamentale (...) » (S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 23 février 2000, p. 866).

1667 Par exemple, les articles R. 611-8 et R. 222-1 du code de justice administrative prévoient respectivement la dispense d'instruction et le jugement des affaires par voie d'ordonnance présidentielle. De même, l'article 35-3 de la Convention de Rome du 4 novembre 1950 stipule que la Cour européenne des droits de l'homme rejette la requête individuelle « manifestement mal fondée ou abusive ».

Conseil d'Etat dans l'arrêt *SARL Les Belles demeures du Cap-Ferrat*. Dans un considérant de principe, la section a posé la règle selon laquelle la procédure de droit commun en référé, mentionnée à l'article L. 522-1, était distincte de celle des ordonnances de tri organisée par l'article L. 522-3. Elle en a tiré la conséquence que, lorsque le juge des référés entame une procédure de droit commun en lançant le débat contradictoire entre les parties ou en les convoquant à une audience publique, il ne lui est plus possible de se raviser pour rejeter finalement la demande par une ordonnance de tri¹⁶⁶⁸. Lorsque le juge des référés est saisi d'une demande, il peut soit utiliser la procédure de droit commun soit celle de l'ordonnance de tri. Il doit, dès l'enregistrement de la demande, choisir la procédure qu'il entend suivre sans passer de l'une à l'autre. S'il fait le premier choix, il lui est impossible de changer ultérieurement de parti. « Le juge des référés doit, en somme décider promptement s'il y a lieu de rejeter la demande par une ordonnance « de tri ». Dans la négative, il doit alors lancer, dans son intégralité, la procédure contradictoire »¹⁶⁶⁹. Dès lors que le juge a lancé la procédure contradictoire et convoqué une audience, les parties savent, dans les délais qu'autorise l'urgence, qu'elles pourront échanger leurs arguments. Elles ne courent pas le risque de voir l'audience publique supprimée au dernier moment alors que, le cas échéant, elles avaient réservé une part de leur argumentation pour la procédure orale.

403. Du point de vue d'une bonne administration de la justice, le tri est très important car il permet au juge d'évacuer rapidement les demandes pour lesquelles le rejet apparaît d'emblée certain et inéluctable. En autorisant le juge à procéder à un filtrage des requêtes selon leur intérêt, il évite un encombrement inutile des juridictions par les requêtes qui n'ont aucune chance de prospérer. En effet, à vouloir traiter toutes les demandes de manière approfondie, le juge ne pourrait pas statuer en 48 heures sur celles qui mettent réellement en cause une situation d'atteinte grave et manifestement

¹⁶⁶⁸ CE, Sect., 26 février 2003, *SARL Les belles demeures du Cap-Ferrat, Lebon* p. 65, *AJDA* 2003, pp. 498-500, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; *JCP G* 2003, 10094, note J. DUVAL et V. GUINOT. L'arrêt a été confirmé notamment par CE, 23 avril 2003, *Commune de Roquebrune-cap-Martin, Lebon T.* p. 912, 913, *Constr. urb.* 2003, comm. n° 192, note N. ROUSSEAU. La solution retenue constitue un revirement par rapport à l'arrêt Breucq du 16 février 2001 (CE, 16, février 2001, *Breucq, Lebon T.* p. 1092, *RFDA* 2001, pp. 669-672, concl. D. CHAUVAUX). Dans cette décision, le Conseil d'Etat avait considéré « que le juge des référés pouvait faire application de la procédure de tri, alors même qu'il avait engagé la procédure contradictoire en communiquant la requête au défendeur ». Cette solution était justifiée par des raisons de commodité : certains tribunaux administratifs avaient en effet choisi de confier au greffe le soin de lancer la procédure de l'article L. 522-1 avant même qu'un magistrat n'examine le dossier ; ils se réservaient toutefois la possibilité d'user ensuite de la procédure de l'article L. 522-3 et de statuer par une ordonnance de tri. L'abandon de cette décision a été justifié par les termes utilisés dans les dispositions pertinentes du code de justice administrative. L'article L. 522-3 dispose que le juge peut prendre une ordonnance de tri s'il estime, « au vu de la demande », qu'elle est dépourvue de succès. Cette disposition montre bien que le législateur n'a pas entendu permettre au juge des référés de se faire progressivement une conviction sur les chances de succès de la demande. Il doit opiner d'emblée alors même qu'aucune procédure contradictoire n'a encore débuté. En outre, il serait assez curieux que le juge des référés doive attendre le mémoire en défense pour s'apercevoir que la demande est à l'évidence dépourvue de toute chance de succès. S'il ne peut affirmer que les conditions d'une procédure de tri sont réunies, il doit alors y renoncer immédiatement et définitivement.

¹⁶⁶⁹ F. DONNAT et D. CASAS, *op. cit.* p. 499.

illégal à une liberté fondamentale. En épargnant au juge une perte de temps inutile pour les requêtes dénuées de pertinence, ce procédé favorise la rapidité d'intervention du juge dans les cas qui le justifient réellement.

Cette « soupape de sécurité »¹⁶⁷⁰ est tout particulièrement nécessaire dans le cadre du référé-liberté. Dans la mesure où il s'agit de la procédure qui, de toutes, est la plus attractive, c'est naturellement vers elle que converge le plus grand nombre de demandes manifestement mal fondées ou qui ne présentent pas un caractère d'urgence. Misant sur l'étendue des pouvoirs du juge et la perspective d'une décision prononcée dans un délai très bref, les requérants résistent difficilement à la tentation de placer leur recours sur le fondement de l'article L. 521-2, quitte à le saisir fréquemment de demandes qu'il n'a, à l'évidence, pas vocation à traiter. Pourtant, le référé-liberté est une procédure qui, pour rester efficace, doit permettre au juge d'intervenir en quelques heures pour, le cas échéant, mettre fin à l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale. Le juge du référé-liberté doit, plus que tout autre, pouvoir écarter par une procédure adaptée les nombreuses requêtes sans intérêt dont il est assailli, et se concentrer uniquement sur celles qui méritent réellement un examen approfondi. S'il ne pouvait plus statuer en 48 heures, la procédure mise en place par l'article L. 521-2 perdrait ce qui constitue l'un de ses intérêts majeurs et ce qui lui assure pour une part importante son efficacité. Comme l'ont souligné les commissaires du gouvernement, en permettant au juge des référés de concentrer ses efforts sur les demandes qui sont réellement susceptibles de correspondre à une situation d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, le tri « n'est en rien un dévoiement du système, mais la condition de sa survie »¹⁶⁷¹. Il permet d'éviter que l'engouement pour cette procédure « ne nuise à l'examen des demandes sérieuses »¹⁶⁷².

II. LA MISE EN ŒUVRE DU TRI

404. Aux termes de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, la procédure de tri peut être mise en œuvre dans deux hypothèses distinctes : d'une part lorsque « la demande ne présente pas un caractère d'urgence », d'autre part lorsqu'il apparaît « manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée ».

405. La première hypothèse concerne le défaut d'urgence. La loi n'exige pas que l'absence d'urgence présente un caractère « manifeste »¹⁶⁷³. Ce motif de rejet confère par voie de conséquence une importante marge de manœuvre au juge des référés. S'il

1670 I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFDA* 2002, p. 332.

1671 *Ibid.*

1672 D. CHAUVAUX, concl. sur CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage*, p. 392.

1673 Voir toutefois l'ordonnance mentionnant, pour mettre en œuvre la procédure de tri, qu'il est « manifeste que la condition d'urgence prévue à l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'est pas remplie » : CE, ord. 30 mars 2001, *Schoettl*, n° 231963.

demeure moins utilisé que le second chef de rejet, les applications sont néanmoins nombreuses. Par exemple, le dispositif de dépistage de la consommation de drogue au lycée français de Bangkok ayant fonctionné au cours de l'année scolaire sans donner lieu à des difficultés, le juge des référés considère que « l'indication, par une note du proviseur en date du 3 septembre 2001, que ce dispositif serait reconduit au cours de l'année scolaire 2001-2002 ne peut être regardée comme créant une situation d'urgence »¹⁶⁷⁴. De même, il n'y a pas d'urgence à suspendre l'exécution de dispositions mises en œuvre depuis plus de dix-sept ans¹⁶⁷⁵. Le juge peut rejeter une demande sur ce fondement si l'argumentation développée par le requérant sur l'urgence est insuffisamment probante¹⁶⁷⁶.

Le juge retient une conception large de ce motif de tri. Celui-ci concerne tout d'abord les demandes ne présentant pas un caractère d'urgence. Mais il recouvre aussi, plus largement, les demandes qui ne nécessitent pas une intervention immédiate du juge. C'est le cas, notamment, du recours formé contre une décision ayant épuisé ses effets et se trouvant, par conséquent entachée d'irrecevabilité. Ainsi, dans une ordonnance *Oulai Doué*, le juge des référés du Conseil d'Etat relève que l'arrêté contesté devant le premier juge a cessé de produire ses effets au jour de l'introduction de la requête d'appel. Au lieu de rejeter la demande d'appel comme manifestement irrecevable, le juge affirme qu'elle doit être rejetée comme ne satisfaisant pas à la condition d'urgence énoncée à l'article L. 521-2 du code de justice administrative¹⁶⁷⁷. Le Conseil d'Etat a affirmé, dans le cadre du référé-suspension, que le juge des référés ne commet pas d'erreur de droit en rejetant une demande pour défaut d'urgence « alors même qu'il aurait pu décider qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la demande »¹⁶⁷⁸.

406. La seconde hypothèse de tri concerne les demandes qui ne relèvent pas de la compétence de la juridiction administrative, sont irrecevables ou mal fondées. Conformément à la lettre de l'article L. 522-3, cette hypothèse ne pourra s'appliquer que si l'incompétence juridictionnelle, l'irrecevabilité de la demande ou le défaut de pertinence de l'argumentation répondent à la condition d'évidence¹⁶⁷⁹. La jurisprudence relative au référé-liberté offre des applications variées de ces trois motifs de rejet.

1674 CE, ord. 10 septembre 2001, *Hartmann*, n° 238020. Pour d'autres applications, voir notamment CE, ord. 2 septembre 2002, *Sopena*, n° 249944 ; CE, ord. 21 janvier 2003, *Commune des Angles*, n° 253421 ; CE, ord. 6 novembre 2003, *Société coordination en véhicules accidentés et en pièces de remploi*, n° 261489 ; CE, ord. 7 avril 2003, *Saez*, n° 266279 ; CE, ord. 16 février 2005, *SARL Médiation et arguments*, n° 277584 ; CE, ord. 9 mars 2006, *SELAFA mandataires judiciaires associés*, n° 290642.

1675 CE, ord. 21 janvier 2002, *Auto-école Bergson*, n° 242051.

1676 CE, ord. 12 juillet 2001, *M'Hamdi*, n° 248507.

1677 CE, ord. 16 avril 2002, *Oulai Doué*, n° 245140. Voir dans le même sens : CE, ord. 26 avril 2004, *Souloumiac*, n° 266849. La requête, enregistrée le 23 avril 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, tendait à enjoindre à l'administration d'autoriser la requérante à se présenter aux épreuves d'un concours organisé le 20 avril. La requête est entachée d'irrecevabilité. Le juge la rejette néanmoins sur le motif de l'absence d'urgence.

1678 CE, 30 décembre 2002, *Urban, Lebon T.* p. 864.

1679 Le projet de loi limitait la condition d'évidence à la troisième hypothèse de rejet : la demande mal fondée. Le Sénat souhaite qu'elle s'étende à la deuxième – l'irrecevabilité (R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 69 ; *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3755) et l'Assemblée nationale à la

Ainsi, ne relève manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative le recours formé contre une décision juridictionnelle¹⁶⁸⁰, un acte de gouvernement¹⁶⁸¹, une mesure d'ordre individuel relative à l'attribution d'un avantage de retraite au titre d'un régime relevant de la Caisse nationale d'assurance vieillesse¹⁶⁸² ou encore la décision du président de l'Assemblée nationale constatant l'ajournement des travaux de cette assemblée¹⁶⁸³. De même, échappe manifestement à sa compétence le litige portant sur les conditions dans lesquelles le requérant a fait l'objet de mesures d'incarcération et de contrôle judiciaire au cours de la procédure d'extradition engagée à son encontre¹⁶⁸⁴. Alors que l'article L. 522-3 limite ce premier chef de tri aux demandes qui ne relèvent pas de la compétence « de la juridiction administrative », le juge des référés du Conseil d'Etat en a admis la mise en œuvre pour les requêtes qui, relevant de la compétence de l'ordre juridictionnel administratif, ont néanmoins été portées devant une juridiction administrative incompétente pour en connaître¹⁶⁸⁵.

S'agissant des demandes manifestement irrecevables, le juge des référés a par exemple qualifié comme telles la demande d'annulation d'une décision administrative et la demande tendant au prononcé d'une injonction qui aurait des effets en tous points identiques à une annulation¹⁶⁸⁶.

Enfin, la notion de demande manifestement mal fondée est entendue de façon particulièrement large par le juge des référés. Elle comprend, tout d'abord, les demandes qui ne satisfont pas à une ou plusieurs des conditions d'octroi énoncées par l'article L. 521-2¹⁶⁸⁷, par exemple parce que ne peut être relevée aucune atteinte à une liberté

première – l'incompétence (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 56 ; *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10944).

1680 La règle s'applique quelle que soit la juridiction en cause. Il peut s'agir d'une décision rendue par une juridiction administrative générale (CE, ord. 11 juin 2003, *Rousselle*, n° 257494 ; CE, ord. 30 juin 2003, *Lecomte*, n° 257914 ; CE, ord. 29 juin 2005, *Portier*, n° 281928), une juridiction administrative spéciale (CE, ord. 11 décembre 2003, *Allag*, n° 262549 : décision de la commission de recours des réfugiés), une juridiction pénale (CE, ord. 3 avril 2001, *Murat*, n° 232012 ; CE, ord. 14 août 2003, *Castelli*, n° 259457) ou encore une juridiction civile (CE, ord. 28 février 2005, *Vuillet*, n° 277999).

1681 CE, ord. 7 novembre 2001, *Tabaka*, n° 239761 (à propos de l'abstention du Président de la République à déférer une loi au Conseil constitutionnel aux fins d'examen de sa constitutionnalité) ; CE, ord. 14 mars 2003, *Brossollet*, n° 25510 (décret du Président de la République tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en congrès) ; CE, ord. 8 septembre 2005, *Gaiffé*, n° 284832 (demande visant à enjoindre au gouvernement de déposer un projet de loi devant l'une ou l'autre assemblée qui compose le Parlement).

1682 CE, ord. 31 décembre 2002, *Bakayoko*, n° 252977.

1683 CE, ord. 9 avril 2002, *Catsiapis*, n° 244924.

1684 CE, ord. 30 janvier 2003, *Smaali*, n° 253668.

1685 CE, ord. 13 mai 2003, *Castelli*, n° 256745 : « Considérant que si la juridiction administrative n'est pas manifestement incompétente pour connaître de la demande de M. Castelli, en revanche celle-ci ne relève pas de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat et doit par suite être rejetée selon la procédure de tri prévue par l'article L. 522-3 du code de justice administrative ». Voir, dans le même sens : CE, ord. 18 juillet 2003, *SARL Le Picadilly*, n° 258569.

1686 CE, ord. 1^{er} mars 2001, *Paturel, Lebon T.* p. 1134.

1687 La demande mal fondée est, *stricto sensu*, celle qui ne satisfait pas aux conditions d'octroi posées pour la mise en œuvre de cette procédure. Dans l'ordonnance *Perrier*, Le juge affirme « que les conditions de mise en œuvre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'étant manifestement pas remplies, les conclusions correspondantes doivent être rejetées par application de l'article L. 522-3 du même code » (CE, ord. 15 février 2001, *Perrier*, n° 230318).

fondamentale¹⁶⁸⁸, aucune atteinte grave¹⁶⁸⁹ ou aucune illégalité manifeste¹⁶⁹⁰. Mais cette notion couvre plus généralement les requêtes qui, pour une raison quelconque, sont insusceptibles d'aboutir. C'est le cas de la demande qui repose sur des éléments manquant en fait¹⁶⁹¹ ou qui ne repose sur aucun moyen¹⁶⁹². De façon plus surprenante, peuvent également être considérées comme mal fondées les requêtes qui ne peuvent aboutir pour une raison tenant à la compétence ou à la recevabilité, donc relevant des deux précédents chefs de tri¹⁶⁹³.

407. Ainsi, le juge utilise de façon très souple le motif tiré de l'absence d'urgence ou du caractère manifestement mal fondé de la demande. Lorsqu'il rejette une demande au titre de la recevabilité ou de la compétence, on peut en déduire de façon certaine que la demande était irrecevable ou ne relevait pas de la compétence de la juridiction administrative. En revanche, lorsque la demande est rejetée au titre de l'absence d'urgence ou du caractère manifestement mal fondé, le motif précis de rejet ne peut être déterminé avec précision. Le juge s'autorise à rejeter au titre de l'urgence ou comme étant mal fondée une requête qui était en toute hypothèse irrecevable. Dans le contentieux de droit commun, le juge se prononce d'abord sur l'existence éventuelle d'un non lieu à statuer ; il apprécie ensuite sa compétence, la recevabilité de la requête et le cas échéant son bien-fondé. Ce schéma ne joue pas dans le cadre du tri. Alors qu'il devrait réserver ce motif de rejet aux demandes qui ne satisfont pas aux conditions de fond énoncées à l'article L. 521-2, le juge rejette parfois comme mal fondée une requête irrecevable. Certes, les exemples étant rares, les applications orthodoxes sont les plus nombreuses. Néanmoins, ces quelques décisions conduisent à obscurcir au détriment de la cohérence d'ensemble le partage entre les règles de fond, les règles de compétence et les règles de recevabilité.

1688 CE, ord. 15 février 2001, *Perrier*, n° 230318 ; CE, ord. 6 avril 2001, *Lapere et autres*, n° 232135 (refus d'attribuer un emplacement sur le domaine public) ; CE, ord. 3 avril 2001, *Soriano et autres*, *Lebon T.* p. 1128 (perturbations constatées dans le fonctionnement du service public de l'enseignement) ; CE, ord. 4 juillet 2001, *Cazorla*, n° 235371 (refus d'inscrire un enfant dans l'école choisie par les parents et proposition de l'inscrire dans une école plus proche de leur domicile, conformément à la législation en vigueur) ; CE, ord. 12 septembre 2001, *Langard*, n° 238106 ; CE, ord. 18 octobre 2001, *Syndicat départemental INTERCO 33 CFDT*, n° 239082 ; CE, ord. 19 novembre 2001, *Commune de Escueillens et Saint-Just de Bellengard*, n° 240174 (à propos de la décision du conseil général de procéder à l'abattage de plusieurs platanes sur le territoire de la commune) ; CE, ord. 26 mars 2002, *Société Route Logistique Transports*, *Lebon* p. 114 ; CE, ord. 18 juillet 2003, *Burdeau*, n° 258560.

1689 CE, ord. 18 mai 2001, *Meyet, Bouget, Lebon* p. 244 ; CE, ord. 5 mars 2002, *Fikry, Lebon T.* p. 872.

1690 CE, ord. 26 janvier 2001, *Gunes, Lebon* p. 38 ; CE, ord. 9 février 2001, *Fauvet, Lebon* p. 55 ; CE, ord. 13 avril 2001, *Yahiaoui*, n° 232542 ; CE, ord. 18 mai 2001, *Meyet, Bouget, Lebon* p. 244 ; CE, ord. 9 août 2001, *Medrinal, Lebon T.* p. 1127 ; CE, ord. 20 août 2002, *Société Lido plage*, n° 249723 ; CE, ord. 6 septembre 2002, *Tetaahi*, n° 250120 ; CE, ord. 18 septembre 2002, *Bouchakour*, n° 250340 ; CE, ord. 21 février 2003, *Maillot, Lebon T.* p. 914 ; CE, ord. 9 mai 2003, *Marques Meireles*, n° 256595 ; CE, ord. 20 avril 2004, *Ba*, n° 266647 ; CE, ord. 8 juin 2004, *Fritch*, n° 268460 ; CE, ord. 8 juin 2004, *Zebdi-Ghorab*, n° 268467.

1691 CE, ord. 15 janvier 2001, *Charlery-Adele, Lebon* p. 14.

1692 CE, ord. 28 mai 2002, *Génération écologie*, n° 247329.

1693 Par exemple, le juge regarde comme mal fondée la requête tendant à suspendre l'effet d'un jugement rendu par un tribunal des affaires de sécurité sociale (CE, ord. 29 novembre 2002, *Association des entraîneurs de chevaux de course et autre*, n° 251921) alors qu'il est manifeste qu'une telle demande ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative.

408. Au sein de la juridiction administrative, la procédure de tri de l'article L. 522-3 peut tout d'abord être mise en œuvre par le juge saisi en première instance, qu'il s'agisse du juge des référés du tribunal administratif ou du juge des référés du Conseil d'Etat. L'appréciation à porter pour l'application de cette disposition « est fonction de la nature des éléments de droit et de fait dont le juge des référés a connaissance »¹⁶⁹⁴. Cela signifie que l'appréciation réalisée par le juge est tributaire de l'argumentation développée par le requérant à l'appui de sa demande ; une motivation insuffisamment précise et convaincante expose son auteur à un rejet immédiat. L'article L. 522-3 peut également être utilisé par le juge d'appel du référé-liberté. Il lui appartient, pour la mise en œuvre de cette disposition, « de prendre en compte les éléments recueillis par le juge de premier degré » dans le cadre de la procédure contradictoire écrite et orale qu'il a diligentée¹⁶⁹⁵. Il peut ainsi rejeter comme manifestement irrecevable l'appel interjeté devant le Conseil d'Etat hors délai¹⁶⁹⁶ ou alors que la décision contestée devant le premier juge a épuisé ses effets¹⁶⁹⁷. Il peut de même écarter comme manifestement mal fondée une demande d'appel¹⁶⁹⁸.

409. Lorsque la demande soumise au juge entre dans le champ de la procédure de tri, l'article L. 522-3 organise une « procédure simplifiée »¹⁶⁹⁹ sans instruction ni audience. La mise en œuvre de cette disposition rend en effet inapplicable, en vertu de l'article R. 522-10 du code de justice administrative, les articles R. 522-4 (obligation de notifier la requête au défendeur), R. 522-6 (obligation de convoquer les parties à l'audience) et R. 611-7 (obligation de communiquer préalablement les moyen d'ordre public soulevés par le juge). En outre, conformément à l'article R. 522-2, le juge n'a pas à inviter les requérants à procéder à une quelconque régularisation¹⁷⁰⁰. Le juge n'a

¹⁶⁹⁴ CE, ord. 15 janvier 2001, *Charlery-Adele, Lebon* p. 14 ; CE, ord. 26 janvier 2001, *Gunes, Lebon* p. 38 ; CE, ord. 9 février 2001, *Fauvet, Lebon* p. 55 ; CE, ord. 8 février 2001, *Guillou, Lebon T.* p. 1129 ; CE, ord. 30 mars 2001, *Schoettl*, n° 231963 ; CE, ord. 21 mars 2001, *Rahal*, n° 231531 ; CE, ord. 2 mars 2001, *Dauphine*, n° 230798 ; CE, ord. 18 octobre 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071 ; CE, ord. 22 octobre 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165 ; CE, ord. 6 septembre 2002, *Tetaabi*, n° 250120.

¹⁶⁹⁵ Voir décisions citées note précédente. Par exemple, dans l'ordonnance du 22 octobre 2001, *Gonidec et Brocas*, le juge d'appel s'appuie expressément sur les résultats de l'audience publique qui s'est tenue devant le premier juge. Pour rejeter la demande, « il résulte de l'instruction et notamment des déclarations faites à l'audience publique tenue par le juge des référés du tribunal administratif de Caen par le président du syndicat mixte, que le terrain des requérants est sur le point de leur être restitué ».

¹⁶⁹⁶ CE, ord. 16 mai 2002, *Auto-école SOS permis*, n° 246813.

¹⁶⁹⁷ CE, ord. 29 octobre 2001, *SARL Objectif*, n° 239443.

¹⁶⁹⁸ CE, ord. 22 mars 2001, Commune d'Eragny-sur-Oise, *Lebon T.* p. 1134 ; CE, ord. 10 avril 2001, Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, *Lebon T.* p. 1090 ; CE, ord. 9 juillet 2001, *Boc*, n° 235696 (requérants manifestement mal fondés à demander l'annulation de l'ordonnance par laquelle le premier juge a rejeté leurs conclusions tendant au prononcé d'une injonction qui aurait des effets en tous points identiques à une annulation) ; CE, ord. 23 mai 2001, *Jacques VII*, n° 233941.

¹⁶⁹⁹ CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12 ; CE, 28 décembre 2001, *Lodama*, n° 232132.

¹⁷⁰⁰ En présence d'une requête de référé entachée d'une irrecevabilité propre à être régularisée, et contrairement à ce qu'impliquent les règles générales de procédure, le juge n'est pas tenu d'inviter le de-

pas à attendre la production d'un mémoire complémentaire annoncé par le requérant¹⁷⁰¹. En permettant au juge de faire l'économie d'une instruction contradictoire et d'une audience publique, l'article L. 522-3 permet le prononcé d'une décision – par hypothèse de rejet – dans un délai très bref. Tout l'intérêt du tri est là, dans cette facilité et rapidité d'utilisation¹⁷⁰². Il montre également l'impérieuse nécessité pour les justiciables de motiver leur requête de la façon la plus convaincante possible dès le stade de la procédure écrite, cette rédaction conditionnant l'organisation d'une instruction contradictoire et d'une procédure orale sur le fondement de l'article L. 522-1¹⁷⁰³.

Il arrive que le juge du référé-liberté mette en œuvre la procédure de tri sans mentionner le texte de l'article L. 522-3 ni les conditions de son application. Dans une telle hypothèse, le recours à la procédure de tri se déduit de l'absence de convocation des parties à une audience¹⁷⁰⁴. Lorsque le juge ne met pas en œuvre la procédure de l'article L. 522-1, c'est, nécessairement, qu'il applique celle de l'article L. 522-3. A cet égard, le Conseil d'Etat ne censure pas la décision qui met en œuvre la procédure de tri sans faire mention de l'article L. 522-3¹⁷⁰⁵.

410. En tant qu'il conditionnait pour une part importante le succès de la réforme du 30 juin 2000, l'article L. 522-3 a été présenté par le président Labetoulle comme une disposition « à manier sans complexe »¹⁷⁰⁶. Devant les juges du premier degré, une

mandeur à effectuer cette régularisation. En vertu de l'article R. 522-2, est expressément exclue en la matière l'application de l'article R. 612-1 obligeant la juridiction à inviter l'auteur d'une requête irrecevable à la régulariser lorsque cela s'avère possible.

1701 Eu égard au délai de 48 heures dans lequel le juge d'appel du référé-liberté doit se prononcer, « la circonstance que la requête dont il est saisi annonce la production d'un mémoire ampliatif ne fait pas obstacle à ce qu'il soit statué sans attendre cette production » (CE, ord. 3 janvier 2003, *Belminar et autres*, n° 253045). Ainsi, il n'y a pas lieu pour le juge des référés du Conseil d'Etat, eu égard au délai dont il dispose pour statuer en appel, de différer sa décision en attendant que le mémoire ampliatif annoncé par la requête soit produit (CE, ord. 20 juin 2003, *Pascal*, n° 257827 ; CE, ord. 5 septembre 2003, *Keller*, n° 259991 ; CE, ord. 7 juillet 2004, *Abdallah*, n° 269571 ; CE, ord. 8 juillet 2004, *Dia*, n° 269651 ; CE, ord. 13 octobre 2004, *Merabet*, n° 273068). Selon la formule de l'article L. 522-3, il statue « au vu de la requête ».

1702 Le juge peut, en application de la procédure de tri de l'article L. 522-3, rejeter une demande le jour même de son introduction (voir par exemple CE, ord. 15 février 2001, *Perrier*, n° 230318).

1703 Le juge se fonde parfois expressément sur la faiblesse de l'argumentation développée par le requérant pour rejeter sa demande selon la procédure de tri. Voir par exemple CE, ord. 10 janvier 2002, *Massal*, n° 241746, relevant que « le requérant n'établit ni l'urgence ni l'existence d'aucune atteinte grave à l'une des libertés fondamentales visées à l'article L. 521-2 ».

1704 Voir par exemple CE, ord. 29 avril 2002, *Joana*, n° 245658.

1705 Voir, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : CE, 23 avril 2003, *SARL Siminvest, Lebon* p. 178, *Dr. adm.* 2003, comm. n° 133, note P. CASSIA. M. Cassia avait souhaité que l'obligation de déduire la mise en œuvre du tri de l'absence de convocation à l'audience ne s'applique pas au référé-liberté : « En effet, pour ce référé, l'application de la procédure de tri ferme la voie normale de l'appel et conduit le requérant à saisir, le cas échéant, le juge de cassation. Or, si l'article L. 522-3 n'est pas mentionné dans l'ordonnance de rejet, il paraît contraire non seulement à l'article L. 522-1 mais aussi à l'exigence de clarté et de sécurité juridiques d'obliger le requérant à déduire de l'absence de convocation à une audience publique et du silence de l'ordonnance que celle-ci doit être déferée, le cas échéant, au juge de cassation, et non à celui d'appel. Le juge du référé-liberté ne peut pas ne pas mentionner le texte qu'il a appliqué, la lettre de notification des ordonnances n'ayant pas pour vocation à pallier sa carence » (*op. cit.*, p. 37).

1706 D. LABETOULLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », *op. cit.*, p. 22.

demande en référé-liberté sur deux est rejetée par ce biais¹⁷⁰⁷. De manière générale, le tri est peu apprécié des justiciables et de leurs avocats¹⁷⁰⁸. Il est vrai que cette procédure présente un caractère expéditif et, en l'absence d'audience publique, affaiblit les garanties auxquelles a habituellement droit le requérant. En outre, elle prive le demandeur en référé-liberté de la possibilité de former un appel devant le juge des référés du Conseil d'Etat, la voie de la cassation étant seule ouverte contre les ordonnances de tri. Pour autant, ces inconvénients doivent être relativisés. D'une part, elle ne prive pas le demandeur de toute garantie dans la mesure où la procédure de tri doit, en vertu de l'article L. 522-3, donner lieu à une ordonnance de rejet *motivée*. Comme l'affirment MM. Collin et Guyomar, le recours à cette procédure « ne dispense pas le juge des référés d'une étude approfondie de la requête »¹⁷⁰⁹. L'examen des arguments du demandeur doit apparaître dans les motifs de la décision et l'on doit tenir pour insuffisante une simple affirmation sans explication spécifique. D'autre part, la procédure de tri peut se révéler favorable au demandeur à plusieurs titres. En fonction de la motivation du rejet, le requérant pourra tout d'abord, dans un délai plus bref que lors d'un référé suivi d'une audience, présenter une nouvelle demande¹⁷¹⁰. Même dans le pire des cas, celui où aucune régularisation n'est possible, un rejet sans instruction aura le mérite de ne pas exposer le requérant à une demande de remboursement des frais irrépétibles de l'adversaire. Enfin, en épargnant au juge une perte de temps inutile, elle lui permet d'intervenir avec la célérité requise dans les hypothèses qui commandent réellement une réaction en 48 heures. En toute hypothèse, une éventuelle erreur commise par le juge du premier degré dans la mise en œuvre de la procédure de tri peut être rectifiée devant le Conseil d'Etat.

1707 Le taux de rejet par la procédure de tri était de 48,8 % en 2001, 54,9 % en 2002, 54,4 % en 2003, 54,2 % en 2004 et 58 % en 2005. Voir annexe n° 2. Alors que l'on pouvait s'attendre à une diminution de ce taux au fil des années, celui-ci a augmenté pour la procédure du référé-liberté. Cette situation est d'autant plus notable que, sur l'ensemble des référés d'urgence, les cas de mises en œuvre du tri ont diminué et se sont stabilisés à un taux situé entre 20 et 25 % (voir, pour le Tribunal administratif de Marseille, les chiffres cités par G. FERULLA in « Le tri », *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3064 : 45 % pour l'année 2001, 30 % en 2002 et 21 % en 2003), la diminution s'expliquant par une meilleure connaissance, par les requérants et leurs avocats, des procédures mises en place. Ainsi, la situation du référé-liberté est sur ce point singulière puisque la procédure de tri de l'article L. 522-3, conçue comme présentant un caractère dérogatoire, tend à s'imposer comme la procédure de droit commun pour les requêtes introduites sur le fondement de l'article L. 521-2. D'un point de vue quantitatif, la règle qui s'affirme dans la pratique des tribunaux administratifs est le jugement sans instruction ni audience de la moitié des demandes en référé-liberté.

1708 Pour une présentation critique de ce procédé, voir P. MOUKOKO, « La procédure de tri devant le juge des référés », *JCP G* 2006, II, 10100.

1709 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056.

1710 L'ordonnance de rejet, par ses motifs, indiquera le problème qui se pose, et permettra le cas échéant au demandeur d'y remédier. Le jour même du rejet de sa requête pour une irrecevabilité dont le motif lui est indiqué, il peut présenter une nouvelle demande en reformulant par exemple ses conclusions. Il n'est enfermé dans aucun délai. D'un point de vue concret, les effets sont à peu près les mêmes que si le juge des référés l'avait invité à régulariser la requête. Il peut également présenter une nouvelle requête mieux motivée. En cas de rejet pour défaut d'urgence, il est parfois possible de mieux l'établir dans une nouvelle demande assortie d'explications et de justifications appropriées.

III. LE RECOURS CONTRE LES ORDONNANCES DE TRI

411. Les ordonnances de tri du juge des référés d'un tribunal administratif peuvent être contestées par la voie de la cassation. Le contrôle exercé par le Conseil d'Etat peut aboutir à la remise en cause de l'ordonnance attaquée.

A. La procédure du pourvoi

412. La voie de la cassation est la seule ouverte contre les ordonnances de tri de l'article L. 522-3, y compris dans les hypothèses où la requête a été introduite devant le premier juge sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Le Conseil d'Etat a affirmé, dans l'arrêt *Casanovas* du 28 février 2001, que « l'ordonnance par laquelle le juge des référés rejette une demande en faisant usage du pouvoir que lui donne l'article L. 522-3 ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la demande dont a été saisi le juge a été présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 ou de l'article L. 521-2 »¹⁷¹¹. En effet, l'article L. 523-1, qui définit la compétence du Conseil d'Etat en matière de référé d'urgence, prévoit que les ordonnances de tri « sont rendues en dernier ressort ». Il ne distingue pas selon la procédure de référé engagée. Par conséquent, cette disposition, commune à l'ensemble des procédures régies par le titre II du livre V, est bien applicable au référé-liberté. Les ordonnances de tri ne peuvent faire l'objet que d'un pourvoi en cassation, par dérogation aux dispositions de l'article L. 523-1 al. 2 prévoyant le principe d'une contestation par la voie de l'appel des ordonnances de référé-liberté. Lorsque le demandeur forme un « appel » contre une ordonnance de tri, le Conseil d'Etat requalifie sa demande en pourvoi en cassation¹⁷¹². La cour administrative d'appel saisie d'un recours contre une ordonnance de tri doit transmettre celui-ci au Conseil d'Etat et non le rejeter comme manifestement irrecevable¹⁷¹³. L'exercice du pourvoi en cassation est enfermé par l'article L. 523-1 dans un délai de 15 jours. Le délai court à compter de la notification régulière de la décision¹⁷¹⁴.

1711 CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108.

1712 Cf. CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108 ; CE, 16 mai 2001, *Mafille*, n° 231197 ; CE, 28 mai 2001, *Raut*, *Lebon T.* p. 1126 ; CE, 7 mai 2003, *Boumaïza*, n° 250002. La requalification de l'appel en un pourvoi ne nécessite pas d'ordonnance du juge des référés déclinant sa compétence pour en connaître. L'acte par lequel le président de la section du contentieux réoriente cette requête vers une sous-section, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article R. 822-1, constitue une mesure d'administration de la justice qui n'a pas à être motivée (arrêt *Casanovas* précité).

1713 Voir, sur le fondement de l'article L. 521-1 : CE, 21 novembre 2001, *Akriche*, *Lebon T.* p. 1093. La date à retenir pour déterminer la recevabilité du recours en cassation est celle de son enregistrement au secrétariat de la juridiction qui, incompétemment saisie, procède à la transmission du dossier (même décision).

1714 En cas de notification d'une ordonnance de référé par télécopie, le rapport d'émission, s'il n'est pas contesté, fait courir le délai de recours contre cette ordonnance (CE, 18 décembre 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ SARL Le Méditerranée*, *Lebon T.* p. 851). En présence d'une erreur de notification dans les délais de recours, le délai de droit commun de deux mois court en lieu et place du délai spécial de 15 jours (CE, 28 février 1996, *Société LVM*, n° 154358).

Conformément à la jurisprudence antérieure en matière de référé¹⁷¹⁵, il s'agit d'un délai franc¹⁷¹⁶, qui peut être augmenté des délais de distance¹⁷¹⁷. Conformément aux règles régissant la procédure de cassation devant le Conseil d'Etat, l'auteur du pourvoi doit prendre un avocat aux Conseils¹⁷¹⁸. La demande doit conserver un objet à la date de son introduction devant le Conseil d'Etat¹⁷¹⁹. A l'appui de son pourvoi, le requérant doit critiquer un élément sur lequel s'est fondée l'ordonnance attaquée¹⁷²⁰. Conformément aux règles habituellement applicables, le pourvoi n'est examiné que s'il ne fait pas l'objet d'un rejet au stade de la procédure préalable d'admission.

1715 CE, 18 novembre 1991, *Pérochon*, LPA 11 décembre 1991, p. 4, concl. O. FOUQUET.

1716 CE, 23 mai 2001, *Baudoin, Lebon T.* p. 1135. En l'espèce, le pourvoi a été enregistré au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 12 avril contre une ordonnance notifiée au requérant le 27 mars. La requête n'étant pas déclarée irrecevable, on peut en déduire que le délai de recours est un délai franc. Voir, dans le cadre des autres référés d'urgence : CE, 28 mai 2001, *Société Codiam, Lebon T.* p. 1136 (pour un référé-conservatoire) ; CE, 5 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur*, n° 235496 (pour un référé-suspension).

1717 L'article R. 811-5 du code de justice administrative dispose que « Les délais supplémentaires de distance prévus aux articles 643 et 644 du Nouveau code de procédure civile s'ajoutent aux délais normalement impartis ». L'article 643 énonce : « Lorsque la demande est portée devant une juridiction qui a son siège en France métropolitaine, les délais de comparution, d'appel, d'opposition, de recours en révision et de pourvoi en cassation sont augmentés de : 1°) un mois pour les personnes qui demeurent dans un département d'outre-mer ou dans un territoire d'outre-mer ; 2°) deux mois pour celles qui demeurent à l'étranger ». Le Conseil d'Etat a appliqué le délai de distance à un recours en cassation dirigé contre une ordonnance de référé (CE, 29 novembre 2002, *Arakino, Lebon* p. 422 : pourvoi enregistré le 3 juin 2002 contre une ordonnance de tri rendu par le juge des référés du tribunal administratif de Papeete le 26 avril 2002).

1718 La dispense d'avocat prévue par l'article R. 522-5 ne joue pas à ce stade. En l'absence de disposition contraire, la règle générale de l'article R. 821-3 trouve à s'appliquer. Faut pour l'auteur du pourvoi de satisfaire à cette exigence, sa requête est rejetée comme irrecevable (CE, 28 février 2001, *Catsiapis*, n° 229458 ; CE, 25 avril 2001, *Pause*, n° 230315 ; CE, 16 mai 2001, *Mafille*, n° 231197 ; CE, 15 juin 2001, *Mairau*, n° 233437 ; CE, 15 juin 2001, *Tauraatua*, n° 233755 ; CE, 15 juin 2001, *Hoffer* n° 233163 ; CE, 15 juin 2001, *Hoffer*, n° 233164 ; CE, 15 juin 2001, *Société Théâtre de fortune*, n° 232604 ; CE, 19 octobre 2001, *SCI du Clos*, n° 234090), à moins que n'intervienne une régularisation postérieurement à l'introduction du pourvoi (CE, 16 mars 2001, *Brun et autres*, n° 2311003).

1719 Voir par exemple CE, 16 mars 2001, *Brun et autres*, n° 231003. Devant le juge du premier degré, les requérants demandaient au juge des référés d'ordonner à la commission de propagande électorale de ne pas distribuer les circulaires et bulletins de vote des deux candidats d'extrême droite. Ces deux candidats ayant obtenu au premier tour de scrutin un nombre de voix insuffisant pour se maintenir au second tour, le pourvoi formé contre l'ordonnance de tri rejetant leur demande est devenu sans objet. Voir également CE, 29 juillet 2002, *Talhouarne*, n° 247222. Le requérant avait demandé au juge des référés la suspension de l'arrêté préfectoral ordonnant sa réquisition du 18 au 20 mai 2002. Le pourvoi formé contre l'ordonnance rejetant sa demande a été enregistré au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 24 mai 2002. La suspension de l'arrêté étant devenue sans objet, la requête est irrecevable. Voir enfin CE, 27 mars 2006, *Ezenwaosu*, n° 284546 : le requérant ayant été réacheminé vers son pays d'origine, le pourvoi, dirigé contre l'ordonnance par laquelle le juge des référés a refusé d'enjoindre aux autorités de police de le laisser poursuivre son vol vers la Finlande, a perdu son objet.

1720 Dans l'affaire *Lodama*, le demandeur en appel soutient que le refus du préfet a porté une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le commissaire du gouvernement relève que « Ce moyen n'est pas opérant dans la mesure où le juge des référés n'a pas fondé son ordonnance sur ce point mais uniquement sur l'absence d'urgence » (concl. inédites E. PRADA-BORDENAVE sur CE, 28 décembre 2001, n° 232132).

De manière là encore classique, la compétence du juge de cassation en matière de référés est dévolue aux formations collégiales du Conseil d'Etat : les sous-sections réunies en principe, une sous-section statuant seule lorsque le pourvoi est rejeté selon la procédure d'admission¹⁷²¹, la Section lorsqu'une affaire offre l'occasion de fixer les grandes lignes de la jurisprudence. L'article R. 523-2 donne au juge de cassation un délai d'un mois pour statuer, et non pas 48 heures comme cela est exigé en première instance et en appel¹⁷²².

B. L'objet et l'étendue du contrôle de cassation

413. Le juge de cassation contrôle, selon l'expression du professeur Pacteau, « la manière dont il a été jugé », et « ce qui a été jugé »¹⁷²³.

1. La régularité externe de l'ordonnance

414. Au titre de la régularité externe de la décision, le juge de cassation s'assure du respect par le premier juge des exigences procédurales – nécessairement réduites puisqu'en matière de référé-liberté, le juge de cassation ne connaît par hypothèse que d'ordonnances de tri – et la présentation du jugement. Le Conseil d'Etat relève par exemple l'irrégularité de l'ordonnance de tri qui intervient après organisation d'une instruction contradictoire¹⁷²⁴ ou ne mentionne pas certaines conclusions présentées par le requérant¹⁷²⁵.

En ce qui concerne l'exigence de motivation, le juge de cassation n'a pas pris position dans un considérant de principe. L'article L. 522-3 fait obligation au juge des référés de motiver sa décision, ce qui exclut de sa part les motivations stéréotypées ou présentant un caractère trop général. Comme le soulignait M. Chauvaux, « Il serait difficile d'admettre des motivations sommaires consistant à affirmer sans autre explication que la mesure litigieuse n'est pas manifestement illégale. Selon nous (...) le juge devra motiver sa décision de manière assez complète. Et une motivation plus détaillée donne une plus grande prise aux moyens de cassation »¹⁷²⁶. Le juge doit exposer et analyser correctement l'argumentation de la requête. Les motifs de la décision doivent indiquer de

1721 Voir toutefois, jugé par une sous-section statuant seule : CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487 (annulation de l'ordonnance attaquée et prononcé d'une injonction).

1722 Voir toutefois, dépassant largement ce délai : CE, 2 juillet 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* p. 306 (le juge de cassation statue le 2 juillet 2003 sur un pourvoi enregistré le 26 février 2003) ; CE, 27 juillet 2006, *Makiese*, n° 278122 (le juge de cassation annule une ordonnance de premier ressort rendue un an et demi auparavant).

1723 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 360 et s.

1724 CE, 8 octobre 2001, *Sanches Cardoso, Lebon T.* p. 1091 : « le juge des référés, saisi d'une demande fondée sur l'article L. 521-1 ou sur l'article L. 521-2, ne peut légalement rendre une décision sur le fondement des dispositions de l'article L. 522-3 après avoir diligemment la procédure contradictoire et tenu l'audience publique mentionnées respectivement aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 522-1 ».

1725 CE, 6 mars 2002, Société des pétroles Shell, *Lebon T.* p. 852 ; CE, 12 juin 2002, Commune de Fauillet et autres, *Lebon* p. 215.

1726 D. CHAUVAUX, concl. sur CE, 16 février 2001, *Breucq, RFDA* 2001, p. 672.

manière circonstanciée les éléments qui justifient le rejet de la demande. De manière générale, « Le juge de cassation doit être en mesure d'apprécier le raisonnement qui a conduit le juge du référé-liberté à considérer que l'acte ou le comportement litigieux ne sauraient être constitutifs d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale »¹⁷²⁷. En toute logique, le juge de cassation ne saurait astreindre le juge des référés à une motivation plus complète que celle développée par le requérant¹⁷²⁸.

2. La régularité interne de l'ordonnance

415. S'agissant de la régularité interne de la décision, ne sont susceptibles d'être censurées par le juge de cassation que la dénaturation des faits et l'erreur de droit. Cette solution a été dégagée sur le fondement de l'article L. 521-1¹⁷²⁹ et appliquée au référé-liberté.

416. Le Conseil d'Etat ne contrôle pas l'appréciation des faits. Le juge des référés se livre à une appréciation souveraine des circonstances de l'espèce en ce qui concerne l'urgence¹⁷³⁰ et l'atteinte grave à une liberté fondamentale¹⁷³¹. L'appréciation sera sanctionnée uniquement si elle est constitutive d'une dénaturation, c'est-à-dire d'une erreur grave d'appréciation du sens d'un acte ou d'un fait rendant cette interprétation incompatible avec l'acte ou le fait considéré. Par exemple, lorsque le préfet a informé la requérante qu'il réservera à sa demande de titre de séjour une suite favorable sous

1727 P. CASSIA, « Le contrôle de cassation sur les référés administratifs. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier-11 juillet 2001) », *Dr. adm.* 2001, chron. n° 19, p. 14.

1728 Voir, dans le cadre du référé-suspension, relativement à la condition d'urgence : CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden, Lebon* p. 220.

1729 Voir CE, 16, février 2001, *Breucq, Lebon T.* p. 1092, *RFDA* 2001, pp. 669-672, concl. D. CHAUVAUUX. Le Conseil affirme qu'« en jugeant, par l'ordonnance attaquée, qu'il apparaissait manifeste que la requête était mal fondée, le juge des référés, qui n'a pas commis d'erreur de droit, s'est livré à une appréciation souveraine des circonstances de l'espèce qui n'est pas entachée d'une dénaturation des pièces du dossier qui lui était soumis et qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation ».

1730 Voir par exemple CE, 9 juillet 2001, *Landry*, n° 234809 : « en estimant que M. Landry ne justifie pas de l'urgence qui s'attacherait à sa réintégration au sein de la formation motocycliste urbaine de Nantes, le juge des référés s'est livré à une appréciation souveraine des circonstances de l'espèce qui n'est pas entachée d'une dénaturation des pièces du dossier qui lui était soumis et qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation ». Voir, dans le même sens : CE, 28 décembre 2001, *Lodama*, n° 232132 ; CE, 6 mars 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T.* p. 852 ; CE, 25 octobre 2002, *Chiapello*, n° 249569 ; CE, 25 octobre 2002, *Nould Maseglia*, n° 249568.

1731 Voir CE, 25 octobre 2002, *Bongiovanni, Syndicat CFDT Intercro de l'Herault*, n° 244289. Le juge des référés a considéré que la décision de mutation du requérant ne pouvait être regardée comme portant une atteinte grave à une liberté fondamentale. Le Conseil d'Etat affirme « que ce faisant, le juge des référés, qui n'a pas commis d'erreur de droit, s'est livré à une appréciation souveraine des circonstances de l'espèce qui, en l'absence de dénaturation, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation ». Voir également CE, 8 mars 2002, *Région Languedoc-Roussillon*, n° 236587 : en relevant que le fonctionnement irrégulier d'un syndicat mixte et l'impossibilité pour une région de s'en retirer ne portait pas une atteinte grave et manifestement illégale au droit de la région Languedoc-Roussillon de s'administrer librement, le premier juge, qui n'a pas commis d'erreur de droit, « s'est livré à une appréciation souveraine des pièces du dossier, qui, en l'absence de dénaturation de ces pièces, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation ».

réserve des conclusions de l'enquête préalable d'usage, le juge des référés dénature les faits de l'espèce en ne regardant pas cette déclaration comme une décision créatrice de droits¹⁷³². De même, le juge dénature les pièces du dossier en qualifiant une décision de rejet de réponse d'attente¹⁷³³.

417. Au titre de l'erreur de droit¹⁷³⁴, le Conseil d'Etat contrôle la rectitude du raisonnement et de la démarche juridiques qui sous-tendent l'ordonnance de tri. La question est de savoir si le juge de cassation peut sanctionner à ce titre tout vice de raisonnement commis par le juge du référé-liberté ou si, à l'instar de la solution retenue dans le cadre du référé-suspension, il doit limiter son contrôle aux seules erreurs présentant un caractère flagrant. En d'autres termes, doit-il exercer sur les ordonnances de tri un contrôle restreint ou un contrôle normal ? La réponse à cette question est conditionnée par celle de l'office du juge. Le juge du référé-suspension exerçant un office amoindri, le Conseil d'Etat exerce un contrôle restreint sur ses ordonnances ; le juge du fond exerçant un office normal, le juge de cassation exerce un contrôle lui-même normal sur ses décisions.

Le juge du référé-suspension est amené à constater une apparence d'illégalité, et non pas une illégalité certaine. Tirant les conséquences de cet office limité à l'apparence ou à la vraisemblance, le juge de cassation a posé, dans le cadre de l'article L. 521-1, le principe d'un contrôle de l'erreur de droit retenu ou restreint. Il n'exerce pas un contrôle de l'erreur de droit ordinaire, c'est-à-dire approfondi, comparable à celui exercé sur les jugements au fond. Afin de respecter l'office du juge des référés, limité par la notion de « doute sérieux », il ne sanctionne depuis l'arrêt de principe *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole* que l'erreur de droit flagrante¹⁷³⁵. En d'autres termes, il n'exerce qu'un contrôle de l'erreur de droit « manifeste »¹⁷³⁶. Comme l'indique M. Cassia, le principe d'un contrôle restreint paraît impliquer que « le Conseil d'Etat ne contrôlera plus en cassation l'interprétation faite par le premier juge d'une

1732 CE, 7 mai 2003, *Boumaiza*, n° 250002.

1733 CE, 10 octobre 2003, *Association Capselle et autres*, n° 251562. Voir également, CE, 9 février 2005, *SARL « Lou Marseillou »*, n° 272196.

1734 Le moyen tiré de l'erreur de droit étant inopérant lorsqu'il est dirigé contre un motif surabondant (CE, 6 mars 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T.* p. 852 ; CE, 15 juillet 2004, *Doudaev*, n° 265822).

1735 CE, Sect., 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole, Lebon* p. 421, *BDCF* 2/03, n° 28, pp. 36-43, concl. L. VALLEE ; *AJDA* 2003, pp. 278-279, chron. F. DONNAT et D. CASAS. Le Conseil d'Etat avait d'abord opté pour un contrôle de l'erreur de droit approfondi, qui ne tenait pas compte du particularisme de l'office du juge du référé-suspension (voir CE, Sect., 16 mai 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Rival, Lebon* p. 243, *AJDA* 2001, pp. 643-648, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN).

1736 L. VALLEE, concl. préc., p. 40. Exerçant un contrôle « minimum » sur l'erreur de droit, le juge reconnaît une sorte de droit à l'erreur au juge du référé-suspension. Ainsi, le juge de cassation refuse de censurer pour erreur de droit deux décisions estimant, à propos d'un moyen identique tiré de ce que l'article L. 111-6 du code de l'urbanisme ne donnait pas compétence au maire pour s'opposer à une demande de raccordement définitif aux réseaux d'électricité d'une caravane, l'une que ce moyen était propre à créer un doute sérieux (CE, 5 avril 2004, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 156), et l'autre que ce moyen n'était pas propre à créer un doute sérieux (CE, 12, décembre 2003, *Cancy*, n° 257794).

disposition législative ou réglementaire – à moins que le moyen soit inopérant ou qu'il relève du champ d'application de la loi »¹⁷³⁷.

Dans ses conclusions sur l'affaire *Abdallah*, Mme Boissard a plaidé pour une application de la jurisprudence *Communauté urbaine Saint-Etienne métropole* au référé-liberté. Elle indiquait que ce contrôle retenu se justifiait plus encore sur ce fondement. « En effet, dans cette hypothèse, il s'agit pour le juge d'identifier une illégalité manifeste et non de se borner à détecter un moyen de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité d'une mesure administrative. Aussi, lorsque le juge ne s'est pas estimé convaincu de l'existence d'une illégalité manifeste, son raisonnement ne doit à notre sens être censuré sur le terrain de l'erreur de droit que dans une hypothèse où les pièces du dossier et l'argumentation des requérants établiraient au contraire l'existence d'une illégalité flagrante »¹⁷³⁸. Néanmoins, cette solution peut être discutée dans la mesure où l'office du juge du référé-liberté n'est en rien comparable à celui du juge du référé-suspension. Lorsqu'il intervient sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés est juge de l'évidence. Il ne peut mettre en œuvre ses pouvoirs qu'en présence d'une illégalité certaine, avérée, incontestable. En ce qui concerne l'appréciation de la légalité d'un acte ou d'un agissement, l'office du juge du référé-liberté est celui d'un juge du fond¹⁷³⁹, ce qui tend à justifier l'exercice par le juge de cassation d'un contrôle normal sur ses décisions. En outre, comme le fait remarquer M. Cassia, la frontière entre le contrôle normal et le contrôle restreint de cassation est malaisée à tracer, et n'empêche pas le juge de cassation de trancher des questions de principe en référé¹⁷⁴⁰.

Lorsqu'il intervient au titre d'une ordonnance de tri de référé-liberté, le Conseil d'Etat ne fait pas mention de « l'office du juge des référés » évoqué par le juge de cassation dans le cadre de l'article L. 521-1 depuis l'arrêt *Communauté urbaine Saint-Etienne Métropole*. Il ne « retient » pas son contrôle ; il refuse de « sauver » une éventuelle erreur de droit du juge du référé-liberté au motif qu'elle serait insuffisamment évidente pour être sanctionnée en référé. Lorsqu'il connaît d'une ordonnance de tri rendue sur le fondement de l'article L. 521-2, le juge de cassation censure l'erreur de droit commise par le premier juge, qu'elle présente ou non un caractère flagrant. La jurisprudence illustre l'étendue du contrôle exercé sur ce fondement. En premier lieu, le

1737 P. CASSIA, note sous CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres*, *AJDA* 2004, p. 318.

1738 S. BOISSARD, concl. sur CE, 2 février 2004, *Abdallah*, *RFDA* 2004, p. 775. Un autre élément pourrait être pris en considération dans le sens d'un contrôle restreint : dans les procédures de droit commun, le Conseil d'Etat ne contrôle pas l'appréciation portée par le juge sur l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation commise par l'administration (CE, Sect., 18 novembre 1994, *Société « Clichy Dépannage »*, *Lebon* p. 505 : en rejetant le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation, la cour administrative d'appel se livre à une appréciation souveraine des faits de l'espèce qui, en l'absence de dénaturation des faits de la cause, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation). Le juge du référé-liberté ne pouvant exercer ses pouvoirs que dans l'hypothèse d'une illégalité « manifeste », on pourrait, par analogie, vouloir étendre à la procédure de l'article L. 521-2 la solution dégagée pour l'erreur « manifeste » d'appréciation. Ce serait néanmoins confondre la différence qui existe entre les deux notions : dans les procédures de droit commun, le caractère manifeste est celui de l'erreur d'appréciation ; sur le fondement de l'article L. 521-2, ce caractère est attaché à l'illégalité commise.

1739 Voir *supra*, §§ 278-279.

1740 Voir P. CASSIA, note préc., p. 319, et les exemples cités par l'auteur note 65.

juge de cassation sanctionne les erreurs de droit commises par le juge des référés dans l'interprétation et l'application des conditions d'octroi énoncées par l'article L. 521-2. Ainsi, il censure l'erreur de droit que le premier juge a commis : « en considérant qu'un refus de titularisation ne pouvait, « quels qu'en soient les motifs », porter une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale »¹⁷⁴¹ ; en posant en principe que le maintien d'un salarié protégé accusé de harcèlement moral n'était de nature à compromettre aucune liberté fondamentale en lien avec le droit du travail¹⁷⁴² ou en estimant qu'eu égard à l'existence d'une procédure de recours à caractère suspensif à l'encontre de la décision de reconduite à la frontière dont l'intéressé pouvait faire l'objet, l'urgence ne justifiait pas que soit ordonnée la mesure sollicitée par le requérant, visant à enjoindre à l'autorité administrative d'enregistrer sa demande d'asile territorial¹⁷⁴³. Le contrôle de l'erreur de droit exercé sur la correcte application des conditions d'octroi frôle parfois le contrôle de l'appréciation¹⁷⁴⁴. Par exemple, dans l'arrêt *Aguillon*, le juge de cassation censure l'appréciation erronée à laquelle s'est livrée le juge concernant la proportionnalité d'une mesure restreignant de façon excessive le droit de grève au regard de l'objectif de protection de la santé publique. Le Conseil d'Etat considère que le juge a commis une erreur de droit en ne regardant pas cette mesure comme portant une atteinte grave et manifestement illégale au droit de grève¹⁷⁴⁵. En second lieu, et plus généralement, le juge de cassation sanctionne les vices de raisonnement commis par le juge des référés dans l'interprétation des textes applicables. Dans l'arrêt *Stéphaur*, il censure l'application, dans les circonstances de l'espèce, du moratoire prévu par les dispositions de l'article L. 613-3 du code de la construction et de l'habitation¹⁷⁴⁶. Le juge des référés commet également une erreur de droit en considérant que les mineurs étrangers ne peuvent se prévaloir des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁴⁷ ou en affirmant que le refus du garde des Sceaux de prêter l'assistance de la France, en vue d'assurer le retour d'un enfant emmené à l'étranger par l'un de ses parents, constitue un acte concernant la conduite des relations

1741 CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108.

1742 CE, 4 octobre 2004, *Société Mona Lisa investissements et autres, Lebon* p. 362.

1743 CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45. Voir, dans le même sens : CE, 3 novembre 2003, *Kobanda Doro*, n° 258322.

1744 Ceci étant conforme à la position retenue par le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux lors des premières applications de la réforme du 30 juin 2000. Par une formule générale, ce dernier affirmait : « Nous hésiterions à affirmer globalement que le juge du fond porte une appréciation souveraine lorsqu'il estime qu'une atteinte à une liberté fondamentale n'est pas manifestement illégale » (D. CHAUVAUX, concl. sur CE, 16 février 2001, *Breucq, RFDA* 2001, p. 672).

1745 CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

1746 CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaur et autres, Lebon* p. 117. L'article L. 613-3 précise que le moratoire sur l'exécution de mesures d'expulsion n'est pas applicable lorsque les personnes dont l'expulsion a été ordonnée sont entrées dans des lieux par voie de fait. En l'espèce, il n'était pas contesté que les squatters étaient entrés dans les locaux par voie de fait. En se fondant sur ce que le refus de concours de la force publique n'était pas manifestement illégal « eu égard à la période où il est intervenu », le juge des référés a fait une application inexacte des dispositions de l'article L. 613-3 et entaché son ordonnance d'une erreur de droit.

1747 CE, 6 décembre 2004, *El Akrae*, n° 265917.

internationales échappant à tout contrôle juridictionnel¹⁷⁴⁸. L'erreur dans l'interprétation des textes applicables peut également porter sur les règles de compétence. Ainsi, le Conseil d'Etat relève que la compétence attribuée à la commission de recours des réfugiés ne comprend pas les litiges relatifs au refus du directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides d'enregistrer une demande d'asile. Par suite, ces litiges doivent être portés devant la juridiction administrative de droit commun ; le juge des référés commet une erreur de droit en se déclarant incompétent pour en connaître¹⁷⁴⁹.

C. L'arrêt du juge de cassation

418. Après examen des moyens développés à l'appui du recours, le juge de cassation admet le pourvoi ou en prononce le rejet.

Le Conseil d'Etat rejette le pourvoi si aucun moyen de cassation n'est fondé. Lorsqu'un moyen est fondé, un rejet peut néanmoins intervenir lorsque les circonstances de l'espèce permettent au juge de cassation de procéder à une substitution de motifs, la substitution s'opérant à faits constants. Ainsi, dans l'arrêt *Soares dos Santos*, le Conseil affirme que les conclusions soumises au premier juge excédant la compétence du juge des référés, « ce motif, qui n'implique l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué à celui retenu par l'ordonnance attaquée, dont il justifie le dispositif »¹⁷⁵⁰. Dans l'arrêt *Fofana*, le Conseil d'Etat, pour rejeter un pourvoi dirigé contre une ordonnance de tri rendue en matière de référé-liberté, substitue aux motifs retenus par le juge des référés celui tiré de ce que les circonstances de l'espèce ne font apparaître aucune atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale par une personne morale de droit public dans l'exercice d'un de ses pouvoirs¹⁷⁵¹. Dans l'arrêt *Arakino* du 29 novembre 2002, le Conseil d'Etat procède à une substitution de motifs afin de ne pas trancher la question de savoir si le droit à l'éducation constitue une liberté fondamentale. Le juge du référé-liberté avait rejeté la demande de suspension d'une mesure d'exclusion définitive prise par un lycée à l'égard d'un élève de l'établissement. Relevant une atteinte au droit à l'éducation, qu'il qualifiait de liberté fondamentale, le juge écartait en revanche l'ensemble des moyens de légalité soulevés à l'encontre de la décision contestée. Afin de ne pas avoir à se prononcer sur l'existence d'une liberté fondamentale, le Conseil affirme « qu'une mesure d'exclusion d'un élève d'un lycée pour motif disciplinaire ne peut être regardée comme portant atteinte à une liberté fondamentale ; qu'ainsi la demande de M. Arakino n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; que ce motif,

1748 CE, 4 février 2005, *Karrer, Lebon T.* p. 1033. Elle méconnaît une jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle les actions susceptibles d'être entreprises sur le fondement des stipulations de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ne constituent pas des actes de gouvernement (CE, 30 juin 1999, *Guichard, Lebon* p. 218).

1749 CE, 9 mars 2005, *Moinuddin, Lebon T.* p. 805, p. 921.

1750 CE, 8 août 2001, *Soares dos Santos*, n° 234589.

1751 CE, 22 mai 2002, *Fofana et autres, Lebon* p. 175.

qui n'implique l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué à ceux retenus par l'ordonnance attaquée, dont il justifie légalement le dispositif »¹⁷⁵².

Lorsqu'un moyen est fondé, le juge de cassation peut annuler en partie ou en totalité l'ordonnance de tri¹⁷⁵³. En matière de référé-liberté, le Conseil d'État évoque *systématiquement* le dossier dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice comme le lui permet l'article L. 821-2¹⁷⁵⁴. Ceci n'a rien que de très compréhensible s'agissant de questions qui, par nature, doivent être résolues le plus rapidement possible. Cette solution évite de retarder la procédure par le renvoi à un nouveau juge.

419. Si la demande passe le filtre du tri, c'est-à-dire présente un intérêt suffisamment sérieux, elle est mise à l'instruction et jugée en 48 heures après tenue d'une audience publique¹⁷⁵⁵.

SECTION 3. LE JUGEMENT EN 48 HEURES DES DEMANDES PRÉSENTANT UN INTÉRÊT SÉRIEUX

420. Le législateur a exigé que les demandes en référé-liberté soient jugées dans un délai de 48 heures lorsqu'elles ne sont pas écartées au stade du tri. Tenant le plus grand compte de cette exigence, le juge statue sur le bien-fondé de la demande dans les jours

1752 CE, 29 novembre 2002, *Arakino, Lebon* p. 422.

1753 Pour une annulation de l'ensemble de l'ordonnance de tri, voir CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215, *AJDA* 2002, pp. 590-592, chron. F. DONNAT et D. CASAS. Le juge des référés du tribunal administratif avait omis de viser certaines conclusions présentées devant lui. Le juge de cassation aurait pu, comme d'usage, se borner à une cassation partielle dans la mesure où le reste des conclusions des requérantes était correctement et complètement visé. La cassation intégrale a néanmoins été retenue, et ce pour deux raisons. D'une part l'omission concernait les conclusions *principales* des requérantes : élément de nature à aggraver la portée de l'irrégularité en cause, et donc à élargir le champ possible de la cassation. D'autre part, une cassation intégrale permettrait d'aborder complètement la question de droit intéressante de l'affaire (voir F. DONNAT et D. CASAS, chron. préc., p. 591).

1754 Une seule affaire n'a pas été évoquée après cassation, mais cette solution se justifiait par les données particulières de l'espèce. Le tribunal administratif avait interprété le recours en annulation qui lui était présenté comme une demande tendant à la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 521-2. Après annulation de la décision du juge des référés ayant statué à tort sur cette demande, le Conseil devait naturellement renvoyer l'affaire devant le tribunal administratif statuant au fond (CE, 23 mai 2001, *Baudoin, Lebon T.* p. 1135).

1755 En règle générale, le juge des référés décide du tri dans la journée. S'il retient cette option, il rend en principe sa décision le lendemain. S'il opte pour l'audience publique, il lance le jour même l'instruction contradictoire en donnant le calendrier de procédures au Bureau des référés, lequel va le communiquer aux parties en indiquant les délais pour produire et pour répliquer. Lorsque le juge des référés retient cette voie et convoque l'administration, celle-ci sait que la requête n'a pas été rejetée par la voie de l'article L. 522-3 et, par conséquent, qu'un problème sérieux est susceptible de se poser. Elle prend en conséquence les dispositions nécessaires, en organisant sa défense et, parfois même, en donnant satisfaction au demandeur avant la tenue de l'audience (voir *infra*, §§ 468-471).

qui suivent son introduction, après instruction contradictoire et tenue d'une audience publique. Lorsque l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale est avérée, le juge des référés dispose de la possibilité d'accélérer la prise d'effet de sa décision.

I. UN DÉLAI DE JUGEMENT DE 48 HEURES

421. En raison de la gravité des situations que la procédure du référé-liberté a pour objet de combattre, la loi impose au juge d'examiner en 48 heures les demandes qui lui sont présentées sur ce fondement. La fixation d'un délai de jugement aussi bref oblige à une accélération radicale du rythme de l'instruction.

A. Une brièveté dictée par la gravité de la situation

422. L'appréciation du délai dans lequel un juge doit rendre sa décision dépend de la nature et des particularités de chaque contentieux¹⁷⁵⁶. Lorsque la puissance publique est accusée de porter une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales, le délai de jugement des recours doit être des plus brefs¹⁷⁵⁷. En pratique, on observe que la gravité de la situation fonde très souvent une obligation de statuer dans un délai extrêmement bref. Ainsi, lorsque le président du tribunal administratif est saisi d'un acte soupçonné de compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, la loi lui impose de statuer dans un délai de 48 heures (article L. 2131-6 al. 5 du code général des collectivités territoriales). De même, lorsqu'un particulier allègue l'existence d'une voie de fait administrative, le juge civil des référés s'astreint à statuer dans les jours, voire dans les heures qui suivent l'introduction de la demande. Dans le référé-liberté, le législateur ne s'est pas contenté d'inviter de manière générale le juge à statuer rapidement ou dans un bref délai. De manière à la fois précise et directive, il a évalué lui-même, *in abstracto*, quel devait être le délai d'intervention du juge lorsqu'une personne s'estime victime d'une atteinte grave et manifestement illégale à ses libertés fondamentales. Estimant que dans un tel cas de figure, la situation litigieuse ne pouvait perdurer, au maximum, au-delà des deux jours qui suivent l'introduction

1756 Sur les éléments à prendre en considération pour déterminer la durée raisonnable du procès pour chaque type de contentieux, voir M.-A. FRISON-ROCHE, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in *Le temps dans la procédure* (J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE dir.), Dalloz, 1996, pp. 11-23, spé pp. 11-12.

1757 La nécessité d'une réaction très rapide, voire immédiate avait conduit, lors des lois de décentralisation, à envisager l'idée d'un effet suspensif pour les recours intervenant dans le domaine des libertés. Le président Chabanol affirmait que « Le recours suspensif apparaît comme le seul moyen, en ces matières, de préserver efficacement les libertés publiques » (D. CHABANOL, « Décentralisation et juge administratif », *AJDA* 1983, p. 73). Procédant d'une volonté de faire cesser immédiatement une atteinte aux libertés, une telle proposition présentait toutefois un caractère trop englobant – tout le contentieux administratif ou presque pouvant être considéré comme mettant en cause les libertés – pour pouvoir être retenue.

de la demande, il a ajouté à l'article L. 521-2 la phrase selon laquelle « Le juge des référés statue dans un délai de 48 heures ».

Cette obligation ne figurait pas dans le projet de loi présenté par le gouvernement. Le texte n'imposait pas de délai de jugement spécifique au juge du référé-liberté : celui-ci était seulement invité par la disposition générale de l'article 1^{er} (devenu l'article L. 511-1) à statuer « dans les meilleurs délais ». En première lecture, le Sénat a adopté un amendement prescrivant au juge des référés du Conseil d'Etat de statuer en 48 heures en sa qualité de juge d'appel du référé-liberté¹⁷⁵⁸. Par coordination avec le délai imparti en appel, et dans le but de maintenir l'analogie avec le déféré-liberté, l'obligation fut étendue au juge de première instance en deuxième lecture¹⁷⁵⁹.

La fixation d'un délai de jugement et, plus encore, d'un délai de jugement aussi bref, est particulièrement notable. Non seulement il déroge à la règle selon laquelle le juge est en principe souverain pour déterminer la durée d'instruction et de jugement d'une affaire¹⁷⁶⁰ mais en outre, le délai fixé se trouve être d'une brièveté remarquable¹⁷⁶¹. Comme l'a souligné M. Chapus, « le fait qu'il lui est imparti, spécifiquement dans

1758 *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3755.

1759 *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 869. Le gouvernement a soutenu l'adoption de cet amendement, jugeant que la proposition était « cohérente tant du point de vue du texte en discussion, puisque ce délai est déjà prévu pour le juge d'appel, qu'au regard du déféré préfectoral en matière de libertés qui résulte des lois de décentralisation » (E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 863).

1760 Habituellement, les textes qui régissent la procédure devant les juridictions administratives ne leur impartissent aucun délai pour statuer sur les recours dont elles sont saisies. En principe, le juge administratif dispose d'un pouvoir d'appréciation pour arrêter la date d'appel au rôle. Les cas dans lesquels le législateur fixe au juge un délai dans lequel il devra trancher le litige et rendre son jugement se présentent donc comme une exception. Comme l'observe M. Dugrip, « le législateur n'impose des délais au juge qu'avec la plus grande réserve » (O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 31). Lorsqu'ils existent, ces délais peuvent être de durées variables, allant de plusieurs mois à quelques heures. En vertu de l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978, le juge administratif doit statuer dans le délai de 6 mois à compter de l'enregistrement de la requête lorsqu'il est saisi d'un recours contentieux contre un refus de communication d'un document administratif (voir note D. CHABANOL sous sept espèces du TA Lyon, 30 avril et 7 mai 1981, *AJDA* 1982, p. 94 ; et TA Lyon, 7 janvier 1982, *Bertin c/ Ministre de la Défense*, *AJDA* 1982, p. 523, note H. MAISL). Dans le cadre du référé-précontractuel, l'article L. 551-1 du code de justice administrative imparti au juge un délai de 20 jours pour rendre sa décision (voir C. BERGEAL, « Référé en matière de passation des contrats et marchés », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 55 (11, 2001), n° 54). Le président du tribunal administratif doit statuer dans les 15 jours sur les recours dirigés contre les décisions expresses ou tacites prises par les communes sur les demandes d'indemnisation des dommages subis en cas de réquisition à la suite de sinistres ou de catastrophes (voir O. DUGRIP, *op. cit.*, p. 31). En matière électorale, les délais sont souvent limités à quelques jours. Ainsi, un délai uniforme de 3 jours est imposé au juge administratif pour statuer sur la régularité des opérations préparatoires à l'élection et sur les résultats des élections aux organes délibérants des collectivités territoriales (voir O. DUGRIP, *op. cit.*, pp. 33-37).

1761 Les contentieux soumis à un délai aussi bref sont rares. Le plus important, d'un point de vue quantitatif, est celui de la reconduite à la frontière, dans lequel le juge doit statuer dans un délai de 48 heures « à partir de l'heure d'enregistrement de la requête au greffe du tribunal » (article R. 776-9 du code de justice administrative). D'autres procédures doivent également être mentionnées. Représentant une part très faible du contentieux, elles correspondent à certaines demandes introduites par l'autorité préfectorale (déféré-liberté, déféré-urbanisme de l'article L. 421-9 du code de l'urbanisme, déféré-défense nationale) ou par les maires des communes de Paris, Lyon et Marseille (sur ces procédures, voir R. D'HAEM, *Le juge unique administratif*, thèse Paris II, 2001, pp. 96-107).

cette procédure et par une disposition législative, est tout à fait significatif de la façon dont le référé-sauvegarde est conçu »¹⁷⁶². Pour MM. Cassia et Béal, il « est l'une des manifestations, probablement la plus symbolique, du caractère exceptionnel de la procédure prévue par l'article L. 521-2 »¹⁷⁶³.

423. Quelle est, pour le juge, l'autorité du délai de jugement fixé par la loi ? En droit strict, on doit logiquement tenir pour obligatoire les délais de jugement impartis par le législateur. Toutefois, en l'absence de sanction expressément prévue par la loi, le juge administratif ne leur reconnaît qu'une portée indicative ou incitative.

Le Conseil d'Etat estime que la fixation d'un délai de jugement n'a jamais une valeur obligatoire et qu'il n'est jamais tenu de statuer avant son expiration. « Malgré la volonté du législateur de voir l'affaire jugée d'urgence dans le délai prévu par les textes, le juge se reconnaît le pouvoir souverain de ne pas rendre son jugement dans le délai, faisant ainsi prévaloir son appréciation de l'urgence sur celle du législateur, lorsqu'il ne l'ignore pas purement et simplement »¹⁷⁶⁴. Cette position constante du juge administratif¹⁷⁶⁵ se retrouve dans le cadre du référé-liberté. Dans un premier temps, toutefois, le juge des référés avait semblé reconnaître un caractère impératif au délai de jugement de 48 heures qui lui est imparti pour statuer. Dans une ordonnance du 30 janvier 2001, il affirme que la date de réception du dossier complet de la requête d'appel « constitue le point de départ du délai imparti au Conseil d'Etat pour statuer »¹⁷⁶⁶. La référence au point de départ du délai semblait impliquer la reconnaissance de la force obligatoire de ce dernier. En effet, mentionner la computation d'un délai n'a de sens que si le juge lui reconnaît une autorité juridique et s'estime lié par son respect. Le juge des référés du Conseil d'Etat a confirmé cette interprétation dans une décision du 27 septembre 2001. Il affirme « que le juge des référés du tribunal administratif de Rennes (...) a été saisi sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, lesquelles *impliquaient qu'il se prononçât dans un délai de 48 heures* (...) »¹⁷⁶⁷. Cette solution a même été consacrée par une formation collégiale puisque, dans un arrêt du 27 juillet 2001, le Conseil affirme que la loi « *imposait* au juge des

1762 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1592.

1763 P. CASSIA et A. BEAL, note sous CE, ord. 18 février 2003, *Commune de Pertuis*, AJDA 2003, p. 1174.

1764 O. DUGRIP, *op. cit.* p. 74.

1765 La jurisprudence est ancienne (voir par exemple CE, Sect., 1^{er} février 1946, *Roux, Lebon* p. 30) et appliquée dans tous les contentieux. Ainsi, le Conseil d'Etat considère que n'est pas entaché d'irrégularité le jugement rendu après l'expiration du délai d'un mois prescrit au tribunal administratif en vertu de l'article L. 421-9 du code de l'urbanisme pour se prononcer sur les demandes de sursis à exécution du permis de construire (CE, 22 avril 1988, *Comité de sauvegarde du patrimoine du pays de Montpellier, Lebon T.* p. 956). De même, le dépassement du délai de 20 jours imparti au juge du référé-précontractuel pour statuer n'entraîne ni dessaisissement du juge (CE, Sect., 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne, Lebon* p. 391) ni irrégularité de sa décision (CE, 2 juillet 1999, *SA Bouygues, Lebon* p. 941). Quant au délai de 48 heures imparti au juge de la reconduite à la frontière, étant regardé comme indicatif, il n'est pas prescrit à peine de nullité de la décision (CE, 6 juillet 1980, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ Korchi, Lebon T.* p. 778 et 904).

1766 CE, ord. 30 janvier 2001, *Tauraatua*, n° 229418.

1767 CE, ord. 27 septembre 2001, *Guegueniat*, n° 238473.

référés de statuer dans les 48 heures »¹⁷⁶⁸. La reconnaissance de la force obligatoire du délai de jugement était conforme à la lettre du texte comme à l'intention du législateur. Le garde des Sceaux avait notamment affirmé que le délai de 48 heures serait « décompté » non pas, comme le souhaitait la commission des Lois du Sénat, une fois que le juge de l'urgence aurait effectué le tri, mais à compter de l'enregistrement de la requête¹⁷⁶⁹. Ici également, la référence aux règles de computation du délai n'a de sens que si ce dernier revêt une force obligatoire. Toutefois, par la suite, le juge a expressément considéré que le délai fixé à l'article L. 521-2 présentait un caractère indicatif. Reprenant les formules classiques, il affirme que ce délai n'est « pas prescrit à peine de nullité »¹⁷⁷⁰ ou « n'est pas imparté à peine de dessaisissement du juge ou de nullité de la décision rendue »¹⁷⁷¹.

Ainsi que l'a démontré M. Dugrip, les arguments avancés pour expliquer ou justifier cette jurisprudence ne résistent guère à l'analyse. Le refus de reconnaître une force obligatoire aux délais légaux est « en contradiction avec la lettre et l'esprit des textes »¹⁷⁷². En premier lieu, la fixation d'un délai de jugement serait incompatible avec le pouvoir discrétionnaire reconnu au juge dans la direction de l'instruction¹⁷⁷³. Cela étant, l'existence d'un délai de jugement préfixé ne porte pas atteinte au pouvoir du juge de diriger l'instruction et d'apprécier quand l'affaire est en état d'être jugée : elle suppose seulement que le juge administratif prenne les mesures nécessaires, conformément aux textes, pour que l'affaire soit en état d'être jugée au moment voulu par le législateur. En deuxième lieu, le délai de jugement n'aurait d'autorité que dans les hypothèses où son expiration entraîne des conséquences, c'est-à-dire lorsque la loi a expressément prévu une sanction en cas de dépassement du délai¹⁷⁷⁴. A défaut, le Conseil d'Etat estime qu'« il s'agit (...) d'un simple délai d'ordre »¹⁷⁷⁵. On observera néanmoins que la règle de droit fixant le délai présente une réelle consistance juridique quand bien même le

1768 CE, 27 juillet 2001, *Haddad*, n° 231889.

1769 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 869.

1770 CE, ord. 19 juin 2002, *Hoffer*, n° 247884.

1771 CE, ord. 6 septembre 2002, *Tetaabi*, n° 250120. La requérante n'est pas fondée à soutenir que l'ordonnance attaquée serait « caduque » pour avoir été rendue quelques minutes après l'expiration du délai de 48 heures à partir de l'enregistrement de sa requête.

1772 O. DUGRIP, *op. cit.*, p. 74.

1773 Voir en ce sens CE, 18 novembre 1983, *Delord et autre*, cité par O. DUGRIP, *op. cit.* p. 74. Le Conseil d'Etat affirme qu'« il appartient au tribunal administratif (...) de mener l'instruction du dossier et apprécier quand l'affaire est en état ; que par suite le moyen tiré de ce que le tribunal administratif (...) aurait dû statuer avant l'expiration du délai d'un mois fixé par la disposition législative précitée (...) ne peut en tout état de cause être accueilli ».

1774 Lorsqu'elle est prévue, la sanction revêt la forme, soit d'un dessaisissement du juge, soit de l'octroi implicite de la mesure sollicitée. Dans le premier cas, le dépassement du délai emporte dessaisissement de la juridiction au profit d'une juridiction supérieure, laquelle statuera alors comme juge de premier ressort sur le litige (voir O. DUGRIP, *op. cit.*, pp. 83-84). Le second type de sanction consiste à attacher un effet au silence du juge, c'est-à-dire de provoquer un jugement implicite. Le non-respect du délai peut emporter acceptation implicite de la demande du requérant (cf. O. DUGRIP, *op. cit.*, pp. 82-83) ou, plus rarement, rejet implicite de la demande. Il en va ainsi du silence observé par le juge des référés fiscal. Celui-ci doit se prononcer sur la valeur des garanties offertes par le contribuable dans le délai d'un mois. Faute d'avoir statué dans ce délai, le juge des référés est dessaisi et la demande est rejetée (O. DUGRIP, *op. cit.*, pp. 187-188).

1775 Concl. THERY sur CE, 31 janvier 1975, *Union régionale de Rouen de la CGC*, *AJDA* 1975, p. 448.

législateur n'a pas prévu de sanction ; celle-ci ne fait que renforcer l'efficacité du délai légal mais elle n'est nullement une condition de sa juridicité. En troisième lieu, l'inscription prioritaire au rôle de certaines catégories d'affaires a pour effet de retarder le jugement des autres litiges. Là encore, on doit relever qu'un tel effet, pour regrettable qu'il puisse être, ne justifie pas de neutraliser la disposition par laquelle le législateur a entendu instaurer au profit de ces affaires une priorité dans l'inscription au rôle. Les arguments juridiques développés par le Conseil d'Etat pour dénier la force obligatoire des délais de jugement présentent ainsi une certaine faiblesse. Malgré cela, le juge administratif estime sans incidence les délais légaux de jugement¹⁷⁷⁶.

Cela étant, bien qu'il ne reconnaisse qu'une autorité indicative aux délais de jugement fixés par le législateur, le juge administratif y est particulièrement sensible et s'efforce, dans la mesure du possible, de les observer¹⁷⁷⁷. Cette volonté se retrouve dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés mettant un point d'honneur à juger dans un délai extrêmement bref les demandes qui lui sont adressées sur ce fondement. Lorsque les circonstances commandent une intervention très rapide du juge des référés, celui-ci respecte généralement le délai de 48 heures qui lui est imparti pour statuer. En toute hypothèse, l'examen d'une demande n'excède jamais quelques jours. Au niveau des juges du premier degré, le délai moyen de jugement est de l'ordre de cinq jours. La majeure partie des demandes est traitée en moins de trois jours. Le requérant est assuré d'obtenir dans un délai au plus tard d'une semaine

1776 L'expiration du délai, l'inertie juridictionnelle, le silence du juge n'ont aucune signification. Le dépassement du délai n'épuise pas le pouvoir juridictionnel du juge s'il n'en est autrement disposé par les textes. Lorsque ceux-ci n'attachent aucune conséquence à l'expiration du délai, la solution du litige est suspendue jusqu'à l'intervention du juge unique, seul, mettra un terme à l'instance. Disposant de tout le temps nécessaire pour rendre sa décision, le juge, passé le délai, reste compétent pour statuer (CE, 2 février 1972, *Election des délégués du Collège I des étudiants à l'UER d'odontologie de l'Université de Lille II*, *Lebon* p. 105 ; CE, 23 mai 1980, *Lemaire*, *Lebon* p. 241). La juridiction saisie se prononce régulièrement alors même que le délai mentionné par le texte est expiré.

1777 Apparaît particulièrement significative de cette prise en compte la note du 31 janvier 1990, adressée par le président Marceau Long aux juges des tribunaux administratifs concernant la procédure de reconduite à la frontière. Le vice-président du Conseil d'Etat affirmait « que le respect de l'obligation imposée par le législateur de statuer dans un délai » extrêmement bref « est un des critères sur lesquels sera jugée l'efficacité de la juridiction administrative. Il est donc de la plus haute importance de tenir ce délai » (note citée par J.-P. DENIZET in « Les reconduites à la frontière », *LPA* 14 mars 2001, n° 52, p. 12). En revanche, on doit relever une réelle hostilité du juge administratif à l'égard des délais de jugement qu'il est objectivement impossible de respecter sans sacrifier la qualité de la décision. En atteste l'accueil réservé à l'article L. 421-9 du code de l'urbanisme, qui prévoyait l'extension de la procédure de sursis accéléré aux demandes de sursis à exécution présentées par l'Etat, les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale. Le président Labetoulle a jugé cette disposition « irréaliste » : « Comment un tribunal, saisi de conclusions relatives à un permis de construire, pourra-t-il, en 48 heures, disposer du texte du plan d'occupation des sols par rapport auquel il devra apprécier la légalité du permis, procéder à une instruction contradictoire qui, dans ce domaine, par la nature des choses, demande du temps, et enfin se forger une conviction ? Le délai (...) de 48 heures est, dans ce domaine, tout à fait incompatible avec une bonne justice » (D. LABETOULLE, « Le contentieux du nouveau droit de l'urbanisme : analyse prospective », in *Le nouveau droit de l'urbanisme*, Sirey, 1984, pp. 101-122, spé p. 118-119). Sans surprise, le président de la section du contentieux a estimé que cette disposition n'avait « ni pour objet, ni pour effet, de modifier les conditions posées par l'article 3, alinéa 4 » de la loi du 2 mars 1982 et, a ainsi refusé d'appliquer cette procédure aux demandes de sursis à exécution présentées par les préfets en la matière (CE, ord. 10 janvier 1985, *Préfet de Poitou-Charentes*, *AJDA* 1985, p. 366, note H. PERINET-MARQUET).

une réponse sur sa demande. Cette rapidité d'intervention est une garantie d'efficacité de la procédure. Pour le juge, l'obligation de statuer dans un délai extrêmement bref après l'enregistrement de la requête nécessite d'instruire d'extrême urgence les demandes présentées sur ce fondement.

B. Les adaptations commandées par l'exigence d'extrême célérité

424. Pour que le juge du référé-liberté puisse statuer très rapidement et au vu d'un dossier complet, il lui appartient d'organiser une instruction efficace dans un laps de temps très bref. Astreint à statuer dans un délai de 48 heures, il ne saurait pour autant sacrifier la qualité de son information ni méconnaître les exigences de la contradiction. Comme l'affirme M. Gohin, « contradiction et urgence ne sont pas à opposer mais bien à concilier »¹⁷⁷⁸. L'article L. 5 du code de justice administrative, qui consacre le principe du contradictoire, prévoit d'ailleurs expressément que « les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence ». Le juge du référé-liberté doit instruire les demandes dans le respect de ce principe, ce qui implique de reconnaître et d'organiser un droit d'information et de réplique aux parties.

425. Pour concilier ces exigences antagonistes, le groupe de travail du Conseil d'Etat a estimé que « le traitement en extrême urgence de certaines demandes ne pourra se faire qu'à la condition que se tienne une audience publique au cours de laquelle seront confrontées les thèses des parties »¹⁷⁷⁹. Aussi, l'article L. 522-1 al. 1 du code de justice administrative introduit la souplesse nécessaire en prévoyant que le juge statue « au terme d'une procédure contradictoire écrite *ou orale* ». L'oralité permet de conjuguer l'information du juge et des parties avec la rapidité de l'instruction. Elle permet « de respecter le caractère contradictoire de la procédure plus rapidement que toute procédure écrite et d'éclairer plus complètement le juge sur la mesure à prendre »¹⁷⁸⁰. L'introduction de l'oralité représente en ce domaine une innovation remarquable¹⁷⁸¹ ; elle favorise l'intervention du juge avec toute la célérité requise.

1778 O. GOHIN, La contradiction dans la procédure administrative contentieuse, LGDJ, 1988, p. 258.

1779 « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *RFDA* 2000, p. 950.

1780 *Ibid.*

1781 Sous l'état du droit antérieur, l'on avait pu déplorer que, bien souvent, le juge administratif des référés statuait « le soir dans le secret de son cabinet avec deux ou trois documents écrits qui ont été échangés par les parties » (A. LYON-CAEN, Intervention au débat « Le justiciable, le juge administratif et le temps », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, PUG, 1995, p. 338). En effet, dans la procédure administrative contentieuse, la part faite à l'oralité demeurait marginale, y compris dans les procédures d'urgence, en dépit de son introduction réussie dans le contentieux de la reconduite à la frontière (voir V. HAIM, « L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse », *AJDA* 1996, pp. 715-720). Pour une critique du caractère exclusivement écrit de la procédure qui, notamment, coupe le juge de tout contact physique avec les requérants, voir A. MARRION (pseudonyme), « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 21-34, spé p. 33.

426. La seule exigence qui s'impose à lui préalablement à l'audience consiste à communiquer la requête introductive d'instance au défendeur¹⁷⁸². Pour le reste, l'instruction peut se dérouler exclusivement à l'audience. Il en résulte qu'une fois la requête admise et communiquée au défendeur, l'instruction peut ensuite revêtir un caractère purement oral.

L'instruction débute par l'échange de mémoires écrits ; elle se prolonge, pour une part parfois très importante, à l'audience. Pour autant, même si l'on assiste à un accroissement considérable de la part de l'oralité, l'écrit ne disparaît pas totalement de la procédure. Non seulement l'acte de saisine ne peut être réalisé qu'au moyen d'une requête écrite mais, en outre, celle-ci doit obligatoirement être transmise à l'administration avant la tenue de l'audience publique. Par conséquent, on ne saurait affirmer, comme cela a pu être soutenu, que la procédure mise en place par la loi du 30 juin 2000 « pourra être entièrement orale »¹⁷⁸³. Enfin, précisons que le juge doit statuer au seul vu « des productions des parties et des éléments recueillis au cours de l'audience publique » ; eu égard au délai de 48 heures qui lui est imparti pour statuer, il ne saurait notamment ordonner une expertise suggérée par l'une des parties¹⁷⁸⁴.

II. UNE INSTRUCTION EXPRESSE

427. Après planification de l'instruction et convocation des parties, un échange de mémoires écrits va le plus souvent précéder la tenue de l'audience. La clôture de l'instruction n'intervient qu'à l'issue de celle-ci.

A. La phase liminaire de l'instruction

428. Lorsque le juge du référé-liberté considère que la requête mérite d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle n'a pas été écartée par la procédure de tri, il fixe au vu de la demande, et après avoir le cas échéant recueilli auprès du justiciable ou de son avocat

1782 Selon une formule jurisprudentielle maintes fois reprise, « l'ordonnance de référé est rendue à la suite d'une procédure particulière adaptée à la nature de la demande et à la nécessité d'assurer une décision rapide » (CE, 19 avril 1972, *Département de la Haute-Loire*, *Lebon* p. 297). Il en résulte, pour le Conseil d'Etat que la transmission de la requête au défendeur suffit à garantir le caractère contradictoire de la procédure. Le juge des référés n'est pas tenu de communiquer au demandeur les observations présentées par le défendeur en réponse à la notification qui lui est faite de la requête. Voir, dans le même sens : CE, 9 mars 1979, *Ferga*, *Lebon T.* p. 889 ; CE, 15 février 1989, *Port autonome de Dunkerque*, *Lebon T.* p. 899 ; CE, 1^{er} octobre 1993, *Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers*, *Lebon T.* p. 952.

1783 M. FOULETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* 2000, p. 978. Comme le relève le professeur Richer, « La procédure purement orale serait celle dans laquelle la comparution seule opère la saisine du juge, les moyens sont présentés et discutés à l'audience, le jugement est lu à l'audience » (L. RICHER, « L'instance de référé d'urgence », *RFDA* 2002, p. 270).

1784 CE, ord. 25 avril 2002, *Société Saria Industries*, *Lebon* p. 155. Une telle mesure est manifestement incompatible avec l'extrême brièveté du délai de jugement fixé à l'article L. 521-2.

des éléments complémentaires, la date et l'heure à laquelle se déroulera l'audience publique. Réalisant une planification de l'instruction, il détermine également d'autres éléments de la procédure tels que les délais de production des mémoires. Cette programmation de l'instance est nouvelle pour la juridiction administrative¹⁷⁸⁵. Elle assure la lisibilité de la procédure et l'information des parties qui étaient recherchées par le groupe de travail du Conseil d'Etat¹⁷⁸⁶. Les justiciables peuvent savoir à quel moment leur affaire sera réglée et, lorsqu'ils allèguent la violation d'une liberté fondamentale, le moment auquel le juge pourra y mettre fin si les conditions d'octroi sont satisfaites.

429. Une fois le calendrier de procédure établi, deux formalités doivent être accomplies.

En premier lieu, l'article R. 522-4 impose au juge des référés de procéder à une notification immédiate de la requête au défendeur et de lui fixer un délai de réponse des plus brefs. Il existe une obligation de principe de communiquer la requête introductive d'instance et de fixer un délai de réponse. Aucune mesure ne peut être régulièrement prescrite sans que le défendeur ait été avisé et mis à même de présenter ses observations (ce qu'il fera, le cas échéant, lors de l'audience). Les exigences de la contradiction sont satisfaites par la seule transmission de la requête¹⁷⁸⁷, celle-ci s'effectuant, vu l'urgence, par voie de télécopie. En revanche, le juge ne peut statuer avant l'expiration du délai donné au défendeur pour produire ses observations¹⁷⁸⁸. L'article R. 522-4 prévoit que les délais fixés doivent être « rigoureusement observés », faute de quoi il est passé outre sans mise en demeure¹⁷⁸⁹.

En second lieu, l'article R. 522-6 dispose que « les parties sont convoquées sans délai et par tous moyens à l'audience ». La convocation des parties¹⁷⁹⁰ s'effectue, en pratique,

1785 Le décret du 29 mai 1997 a reconnu aux tribunaux administratifs la possibilité d'indiquer aux parties, dès l'introduction de la requête, la date prévue pour l'audience. Toutefois, il ne s'agissait encore que d'une simple faculté pour le juge, les parties demeurant dans l'incertitude lorsque celui-ci n'en faisait pas usage (voir articles R. 611-11 et R. 611-18 du code de justice administrative).

1786 Souhaitant rendre le déroulement de l'instance plus lisible pour les requérants, le groupe de travail avait « souligné l'importance que revêt pour les justiciables le fait de connaître la date à laquelle le litige sera examiné par la juridiction et la date à laquelle la décision sera rendue. Ce besoin d'information se fait particulièrement ressentir dans le domaine des procédures d'urgence » (Rapport préc., p. 944).

1787 Voir *supra*, § 426.

1788 Comme l'avait affirmé le juge du déféré-liberté, « ce n'est qu'à l'expiration de ce délai qu'il peut, nonobstant l'absence de telles observations, régulièrement statuer » (CE, ord. 13 juillet 1999, *Commune de Monétier-les-Bains, Lebon* p. 246).

1789 Ainsi, dans l'ordonnance *Caze*, le juge a pu utilement statuer alors que l'administration n'avait pas produit d'observations écrites et n'a pas été représentée à l'audience (CE, ord. 22 mars 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon T.* p. 852).

1790 L'article R. 522-6 ne visant que les « parties », les tiers, et notamment les intervenants, n'ont pas à être convoqués à l'audience. Le juge des référés a néanmoins tout loisir pour convoquer à l'audience toute personne intéressée. Dans l'affaire *Tibéri*, il a ainsi convoqué à l'audience, non seulement les parties directement en litiges, Jean Tibéri et le Conseil supérieur de l'audiovisuel, mais encore les personnes indirectement intéressées par la résolution du litige : Canal + (chaîne organisant le duel télévisé) et les deux candidats invités par la chaîne à y participer (M. Seguin et M. Delanoë). Ces derniers, non présents à l'audience, avaient déclaré dans leurs écritures s'en remettre à la sagesse du Conseil d'Etat (CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85).

par télécopie et téléphone¹⁷⁹¹. Eu égard au délai de 48 heures imparti au juge pour statuer, les parties ne sont pas fondées à se plaindre de la brièveté des délais qui leur sont fixés. Ainsi, l'administration peut valablement être convoquée pour une audience devant se tenir le lendemain de la convocation¹⁷⁹². De même, le requérant ne peut invoquer la violation du principe du contradictoire lorsque le juge décide de tenir audience le lendemain de l'introduction de sa requête¹⁷⁹³. Le Conseil d'Etat a considéré que le juge d'appel pouvait convoquer le défendeur pour une audience devant se tenir l'après-midi même¹⁷⁹⁴. Si l'extrême brièveté du délai de convocation est sans incidence sur la régularité d'une procédure dans laquelle le juge doit statuer en 48 heures,

1791 Ces procédés peu formalistes ont été introduits dans la procédure administrative contentieuse grâce au contentieux de la reconduite à la frontière. L'article R. 776-10 du code de justice administrative dispose que « les parties doivent être averties par tous moyens de la date, de l'heure et du lieu de l'audience ». La possibilité d'une convocation par téléphone avait été admise dans le cadre de cette procédure (CE, 31 mars 1999, *Ba, Lebon T.* p. 829).

1792 CE, ord. 22 mars 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon T.* p. 852. Eu égard à l'objet de la demande dont il était saisi et au délai dans lequel il devait se prononcer, le premier juge a fait une exacte application des dispositions de l'article R. 222-6 en communiquant le 5 mars 2002 la demande du requérant au centre de détention de Nantes, et en assortissant cette communication de l'indication qu'une audience se déroulerait le 6 mars 2002 à 16 heures. Le juge précise « qu'il appartenait à l'administration de prendre toutes dispositions utiles pour assurer sa défense ». Son absence de représentation à l'audience lui étant exclusivement imputable, elle ne saurait utilement soutenir que l'ordonnance attaquée aurait été prise à la suite d'une procédure irrégulière. On relèvera que sous l'état du droit antérieur, la jurisprudence relative au référé regardait comme insuffisant un délai de deux jours accordé au défendeur pour répondre à la requête (CE, 28 avril 1989, *GP* 21 juillet 1989, p. 3). Il en allait de même dans le sursis à exécution, ce délai de convocation de deux jours ne pouvant, quelle que soit l'urgence, être réduit à une durée inférieure (CE, 11 mai 1977, *Melki, Dr. adm.* 1977, n° 236 ; *RDP* 1978, p. 293). Le contentieux de la reconduite à la frontière va là encore bouleverser ces règles. Eu égard à l'extrême brièveté du délai imparti au juge pour statuer, le Conseil d'Etat a par exemple admis que l'administration pouvait être convoquée la veille pour le lendemain (CE, 14 février 1992, *Vaz, Lebon T.* p. 982 et 1179 ; CE, 31 mars 1999, *Ba*, précité).

1793 CE, ord. 10 octobre 2003, *Sagnard*, n° 260867. Saisi le 18 septembre 2003, le juge des référés du tribunal administratif a tenu une audience publique le 19 septembre et statué à l'issue de cette audience. Devant le juge d'appel, le requérant faisait valoir qu'il n'avait pas été en mesure de répondre au mémoire du préfet de police et qu'avisé de l'audience la veille seulement, il n'avait pas été en mesure de s'y présenter. Le juge des référés du Conseil d'Etat affirme que l'intéressé ayant été informé de la date et de l'heure de l'audience publique, « il lui appartenait de s'y rendre pour prendre connaissance des observations présentées le jour même par le préfet de police et pour les discuter devant le juge des référés ; que, faute de l'avoir fait, il n'est pas fondé à soutenir que le caractère contradictoire de la procédure aurait été méconnu ».

1794 Le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise avait, sur une requête en référé-liberté introduite par M. Haddad, annulé une décision prise par le président de l'Université Paris VIII. L'appel formé par l'établissement public a été communiqué à M. Haddad, qui a été convoqué par télécopie le 24 janvier 2001 à 9h47, pour l'audience devant se dérouler le même jour à 16 heures. Le juge d'appel annulera l'ordonnance du premier juge (CE, ord. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p. 37). Contestant par la voie de l'opposition cette ordonnance, M. Haddad mettait en cause la brièveté du délai qui lui avait été accordé pour présenter ses observations. Le Conseil d'Etat rejette cet argument : « compte tenu des dispositions de l'article L. 523-1 du code de justice administrative qui imposait au juge des référés de statuer dans les 48 heures, le moyen tiré de ce que le principe du contradictoire a été méconnu doit être écarté » (CE, 27 juillet 2001, *Haddad*, n° 231889).

il n'en reste pas moins impératif que les parties soient régulièrement convoquées à l'audience¹⁷⁹⁵.

430. En vertu de l'article R. 522-7 du code de justice administrative, l'affaire est en état d'être jugée dès lors que la requête a été notifiée au défendeur et que les parties ont été convoquées à l'audience publique. Dès l'instant où la requête a bien été transmise au défendeur pour le mettre en mesure d'y répliquer, le juge des référés n'a pas l'obligation de communiquer au demandeur les observations présentées en défense¹⁷⁹⁶. Lorsqu'il décide cependant, bien qu'il n'y soit pas tenu, de communiquer le mémoire en défense, la brièveté du délai dont le demandeur a pu disposer pour répliquer est sans influence sur la régularité de la procédure¹⁷⁹⁷. Le juge a ainsi tout loisir d'aller au-delà de l'exigence minimale de communication de la requête aux défendeurs et, bien qu'il n'y soit pas tenu, de transmettre à chaque partie les mémoires communiqués par l'autre partie avant l'audience publique¹⁷⁹⁸. La procédure est régulière quel que soit le temps mis par l'administration défenderesse pour produire ses observations écrites¹⁷⁹⁹ dès lors qu'en toute hypothèse, elle n'est pas tenue de produire d'observations écrites et peut développer l'ensemble de son argumentation à l'audience¹⁸⁰⁰.

En pratique, néanmoins, l'administration respecte le plus souvent les délais qui lui sont fixés par le bureau des référés pour produire ses observations écrites. Elle met ainsi le requérant en mesure d'en prendre connaissance et, le cas échéant, d'y répliquer avant

1795 Le juge des référés du Conseil d'Etat a sanctionné l'absence de convocation d'une administration centrale. Voir CE, ord. 28 août 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Koudjil*, *Lebon T.* p. 851. La requête présentée par M. Koudjil au juge des référés du tribunal administratif de Lyon tendait notamment à ce que soit suspendue l'exécution d'un arrêté du ministre de l'Intérieur prononçant son expulsion du territoire français. Le juge d'appel du référé-liberté relève « qu'il est constant que l'ordonnance du 13 août 2002 faisant droit à cette requête a été prise sans que le ministre ait été mis en cause ; qu'elle a été ainsi rendue sur une procédure irrégulière et que le ministre est fondé à en demander pour ce motif l'annulation ».

1796 CE, ord. 3 juin 2005, *Olziibat*, *Lebon T.* p. 776, p. 920 : le juge des référés du Conseil d'Etat relève que la requête a été communiquée au défendeur « comme l'exige le premier alinéa de l'article R. 522-6 du code ; que les parties ont été convoquées à l'audience de référé conformément aux prescriptions du second alinéa du même article ; que le premier juge a clos l'instruction à l'issue de l'audience ; que, dans ces conditions, il a été satisfait au principe du caractère contradictoire de la procédure alors même que le demandeur n'aurait pas reçu communication du mémoire en défense du préfet avant l'audience de référé ».

1797 CE, 22 mars 1999, *Soudain*, *Lebon* p. 87. En effet, il n'y aurait pas de sens à sanctionner le juge des référés qui, dans l'intérêt du demandeur, a procédé à une communication facultative.

1798 La transmission se fait par télécopie et sous le pilotage du Bureau des référés.

1799 Cf. CE, ord. 22 mars 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise*, *Lebon T.* p. 1134. Le juge affirme « qu'eu égard au délai imparti pour statuer au juge des référés, saisi en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la circonstance que le mémoire en défense du préfet du Val-d'Oise soit parvenu, d'une part, au tribunal sous forme de télécopie et, d'autre part, au début de l'audience publique à laquelle étaient représentés tant la commune d'Eragny-sur-Oise requérante à laquelle le mémoire a été communiqué sur le champ, que le préfet, n'est pas, quel qu'ait été le délai imparti par le juge au préfet pour produire, de nature à porter atteinte au caractère contradictoire de procédure suivie devant le juge des référés ».

1800 Voir par exemple CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes*, *Lebon* p. 1. L'administration n'avait pas produit d'observations en défense mais, le jour de l'audience, le représentant du ministère de l'Intérieur a produit un décret du 13 janvier 1947 donnant une base légale à la décision attaquée. Le juge des référés se fonde sur ce texte pour conclure à l'absence d'illégalité manifeste.

la tenue de l'audience. On observe que durant le laps de temps très bref dont elles disposent avant l'audience, les parties peuvent échanger plusieurs mémoires écrits ; il n'est pas rare qu'elles produisent et répliquent en quelques heures aux arguments de la partie adverse. Cela permet de parfaire l'instruction avant l'audience de référé, pour une meilleure information du juge et des parties. L'importance de la phase écrite dans le déroulement de l'instruction ne doit donc pas être négligée ou sous-évaluée par rapport à la révolution que constitue l'introduction de l'oralité. Cette phase ne disparaît pas : elle n'est pas purement formelle et conserve une réelle importance. Elle est systématiquement complétée par une phase orale puisque la loi oblige le juge du référé-liberté à tenir audience lorsque la requête n'a pas été rejetée par la procédure de tri.

B. La phase orale de l'instruction

431. Le groupe de travail du Conseil d'Etat avait indiqué que « la tenue d'une audience publique s'imposera chaque fois que le juge des référés devra statuer en extrême urgence »¹⁸⁰¹. Aussi, l'article L. 522-1 al. 2 du code de justice administrative rend l'audience publique obligatoire lorsque le juge intervient au titre de l'article L. 521-2. En obligeant le juge des référés à tenir audience lorsqu'il connaît d'un référé-liberté¹⁸⁰², l'article L. 522-1 déroge au principe selon lequel le juge des référés « est toujours libre d'apprécier, lors de chaque demande dont il est saisi, s'il y a lieu de convoquer les parties et de les entendre »¹⁸⁰³. Cette audience doit revêtir un caractère public en vertu de l'article L. 6 du code de justice administrative¹⁸⁰⁴. Le non-respect de cette publicité des débats entraînerait l'irrégularité de l'ordonnance consécutive.

432. L'audience publique fait partie intégrante de l'instruction. L'article R. 522-8 du code de justice administrative prévoit en effet que l'instruction est close, au plus tôt, à

1801 « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *RFDA* 2000, p. 950.

1802 La règle concerne également le référé-suspension. Le référé-conservatoire en est en revanche exclu (CE, 24 juin 2002, *Département de la Seine-Maritime*, *Lebon T.* p. 851, *RDI* 2002, pp. 406-407, note J.-D.D.).

1803 CE, 19 février 1965, *Souris*, *Lebon T.* p. 1017. On relèvera que par dérogation à ce principe, le Conseil d'Etat avait imposé une obligation de tenir audience dans les procédures du référé-précontractuel (CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, *Lebon* p. 301, concl. S. LASVIGNES) et du référé audiovisuel (CE, 25 novembre 1994, *Société La Cinq*, *Lebon* p. 511) en raison de l'importance des mesures susceptibles d'être ordonnées et de la rapidité d'intervention du juge.

1804 Voir toutefois, tenant une audience à huis-clos afin de préserver l'intimité de la requérante atteinte d'un grave trouble neurologique : TA Marseille, ord. 22 janvier 2004, *Mme X*, n° 04427/0. L'article 57 de la loi n° 2004-1343 de simplification du droit a expressément prévu le recours à cette possibilité en insérant dans la partie législative du code de justice administrative un article L. 731-1 rédigé comme suit : « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 6, le président de la formation de jugement peut, à titre exceptionnel, décider que l'audience aura lieu ou se poursuivra hors la présence du public, si la sauvegarde de l'ordre public ou le respect de l'intimité des personnes ou de secrets protégés par la loi l'exige ».

l'issue de l'audience¹⁸⁰⁵. Par conséquent, les parties ont tout loisir pour y présenter des arguments, produire des pièces et préciser ou reformuler leurs conclusions.

Lors de l'audience de référé-liberté, « il est loisible aux parties d'invoquer tout moyen de droit ou de fait »¹⁸⁰⁶. Les parties peuvent présenter des moyens entièrement nouveaux, c'est-à-dire qui n'avaient pas été développés ni même évoqués dans les mémoires écrits¹⁸⁰⁷. La solution finalement retenue par le juge peut donc parfaitement s'appuyer sur des arguments apparus à l'audience. Des moyens de fait peuvent également être exposés pour la première fois au cours de l'audience : « dès lors qu'ils portent sur des faits antérieurs aux décisions administratives critiquées, des éléments peuvent utilement être produits devant le juge pour y être contradictoirement débattus, alors même que l'administration n'en avait pas eu connaissance avant de prendre ces décisions »¹⁸⁰⁸. Dans l'affaire *Sulaimanov*, les requérants ont ainsi pu apporter au cours de la procédure de référé des précisions sur les risques de persécution auxquels ils étaient exposés dans leur pays, et écarter les doutes que l'administration faisait valoir quant à leur origine tchétchène.

Les parties peuvent également produire des pièces complémentaires au cours de l'audience, quel que soit leur volume ou leur pertinence. Dans l'affaire *Tibéri*, le juge des référés a souhaité, au cours de l'audience, que le document précisant les modalités techniques de l'émission proposée par Canal + à Jean Tibéri soit versé au dossier et a demandé à l'adjoind au bureau des référés que cette pièce soit aussitôt communiquée aux parties présentes à cette audience¹⁸⁰⁹.

L'audience permet enfin aux parties de préciser leurs conclusions. Cela permet au requérant de reformuler ses conclusions initiales afin de ne pas se heurter à une fin de non recevoir tirée de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 511-1 du code de justice administrative. Le requérant peut ainsi indiquer que ses conclusions aux fins d'injonction doivent être regardées comme tendant à ce qu'il soit enjoint à l'autorité administrative, non de délivrer les visas sollicités, mais de procéder à un réexamen de la demande de visas¹⁸¹⁰. Le requérant va pouvoir également clarifier des conclusions, par exemple en précisant que la demande visant à obtenir le sursis à exécution de l'ordon-

1805 Dans les procédures de droit commun, l'instruction est en principe close, au plus tard, trois jours francs *avant* l'audience (article R. 613-2 du code de justice administrative). Elle est donc close au moment où se déroule la phase orale (article R. 613-11). La place faite à l'oralité dans les référés d'urgence résulte du report de la date de clôture de l'instruction par rapport aux règles ordinaires.

1806 CE, ord. 20 janvier 2005, *Commune de Saint-Cyprien*, *Lebon T.* p. 1022. Pour la procédure de contestation des arrêtés de reconduite à la frontière, voir : CE, 28 octobre 1991, *Aoulad Haj*, *Lebon T.* p. 1141 ; CE, 29 novembre 1991, *Préfet de l'Aisne c/ Stryzowski*, *Lebon T.* p. 1118.

1807 Il s'agit d'une rupture radicale par rapport aux règles habituellement applicables à la procédure administrative contentieuse. En effet, dans les procédures de droit commun, il est de jurisprudence constante qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit n'imposent au juge administratif d'analyser les observations orales qui sont présentées à l'audience publique (CE, 22 décembre 1965, *Vialle*, *Lebon* p. 705).

1808 CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov*, *Lebon* p. 146.

1809 Voir P. CASSIA A. BEAL, « La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier-28 février 2001) », *JCP G* 2001, I, 317, p. 929.

1810 CE, ord. 18 février 2005, *Launay et Benfdil*, n° 277579 ; CE, ord. 25 mars 2005, *Soumbou*, n° 278823

nance attaquée doit être entendue comme tendant à son annulation¹⁸¹¹. Le demandeur peut abandonner certaines conclusions, par exemple celles tendant à obtenir le versement d'une provision¹⁸¹². Il peut également ajouter de nouvelles conclusions¹⁸¹³.

433. Les audiences publiques se déroulent sans formalisme particulier, dans un esprit proche de la procédure civile¹⁸¹⁴. Aucune solennité ne préside à son déroulement. Généralement, le juge des référés résume l'affaire, entend les parties et, le cas échéant, leur demande toute précision complémentaire afin d'avoir une connaissance la plus complète du dossier. Les parties – si elles sont présentes – peuvent tour à tour s'exprimer et échanger leurs observations en temps réel. Elles sont en mesure de répondre sans formalisme aux questions du juge des référés et d'exposer oralement leurs positions respectives. Chacune peut répliquer sans délai aux arguments de l'autre ; le juge confronte leurs positions. Les débats tenus au cours de l'audience publique permettent d'éclairer le juge de façon concrète sur les aspects matériels de l'affaire et ainsi d'obtenir des éléments complémentaires par rapport à ceux qui ressortent des mémoires écrits. Toute personne utile ou intéressée peut être entendue par le juge des référés. Ainsi dans l'affaire *Tibéri*, il relève que « Canal + a par ailleurs fait savoir, tant par divers courriers antérieurs à l'audience de référé qu'au cours de celle-ci, que M. Tibéri et M. Contassot pourraient s'exprimer le lendemain, au même horaire (...) »¹⁸¹⁵. Le juge mentionne parfois que des éléments ont été précisés, complétés¹⁸¹⁶ ou confirmés¹⁸¹⁷ à l'audience. Il peut également relever que l'audience n'a pas apporté d'éléments nouveaux par rapport

1811 CE, ord. 6 janvier 2005, *Landu-Diambu*, n° 276105.

1812 CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103.

1813 Voir par exemple : CE, ord. 27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres, Lebon* p. 232. Au cours de l'audience de référé, les requérants ont précisé qu'ils sollicitaient, outre la suspension de la décision du garde des Sceaux attaquée, que soit prescrit le réexamen par le ministre de l'éventualité d'autoriser dans les établissements pénitentiaires l'organisation de débats sur la « Constitution européenne » au vu des motifs de l'ordonnance du juge des référés.

1814 Voir le compte-rendu de l'audience du 24 février 2001, dans l'affaire *Tibéri*, par B. MALIGNER (note à la *RFDA* 2001, spé. p. 644). Sur ce thème, voir également G. GOUDOUIN, « L'oralité dans la procédure de référé », *RFDA* 2007, pp. 68-72 ; J. RAYMOND, « Le rôle de l'audience dans la procédure du référé suspension », *JCP A* 2005, 1054.

1815 CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85.

1816 CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur cf Farhoud, Lebon T.* p. 1126 : « selon les indications recueillies au cours de l'instruction, et notamment au cours de l'audience publique (...) ». CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* p. 874 : « il ressort des pièces versées au dossier ainsi que des éléments recueillis au cours de l'audience publique (...) ». CE, ord. 10 août 2001, *Association « La Mosquée » et autres, Lebon T.* p. 1133 : « il ressort des pièces du dossier ainsi que de l'audience tenue par le juge des référés du Conseil d'Etat (...) ».

1817 CE, ord. 2 novembre 2001, *SNC Costes*, n° 239617 : « qu'ainsi que l'a confirmé l'audience de référé la décision du président du Centre en date du 17 octobre 2001 a cessé de produire effet ». CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry, Lebon T.* p. 931 : « ainsi que l'a relevé le juge des référés du tribunal administratif de Versailles, et que l'ont confirmé les débats tenus au cours de l'audience (...) ». CE, ord. 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232 : « il a été en outre confirmé à l'audience orale devant le Conseil d'Etat (...) ». CE, ord. 17 décembre 2003, *EURL Ecosphère et SARL Général services applications, Lebon* p. 519 : « comme l'a indiqué le ministre dans son mémoire en défense et l'ont confirmé les explications recueillies au cours de l'audience publique (...) ».

à ceux contenus dans les mémoires écrits¹⁸¹⁸. Le juge peut expressément se fonder sur les précisions données par l'administration lors de l'audience publique pour exclure l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale¹⁸¹⁹.

434. Les exigences de la contradiction s'imposent au stade de l'audience publique en vertu des dispositions des articles L. 5 et L. 522-1 du code de justice administrative. « Le juge ne doit donc prendre en considération que les informations dont les parties en présence devant lui ont eu connaissance et ont pu débattre dans la plus complète égalité »¹⁸²⁰.

Le juge d'appel vérifie que l'ensemble des éléments versés aux débats « ont pu faire l'objet d'échanges contradictoires au cours de la procédure écrite ou lors de l'audience publique »¹⁸²¹. La procédure est irrégulière si une pièce produite par une partie au cours de l'audience est prise en considération sans que l'ordonnance ou le procès-verbal d'audience fasse mention que cette pièce a été communiquée à l'autre partie au cours de la phase orale de la procédure afin qu'elle soit mise en mesure d'en contester les énonciations¹⁸²². La communication des pièces à l'audience est valable même si la partie concernée est absente¹⁸²³. La présence à l'audience publique des parties et de leurs avocats apparaît, dès lors, déterminante. L'instruction se prolongeant et, parfois même, se déroulant pour l'essentiel au cours de celle-ci, la partie qui ne prend pas la peine de se rendre à l'audience s'expose au risque que des pièces et des moyens nouveaux soient produits sans pouvoir y répliquer. Elle en assume, le cas échéant, les conséquences. En l'absence de toute défense de l'administration, les allégations du requérant seront réputées établies. Ainsi, dans l'affaire *Caze* précitée, en l'absence de toute défense de l'administration, le premier juge a statué au vu des seules allégations du requérant, lesquelles pouvaient donner à penser que le centre de détention où était incarcéré l'intéressé avait retenu des courriers qu'il entendait faire parvenir à diverses autorités administratives ou judiciaires ou qui lui avaient été adressés par de telles autorités¹⁸²⁴.

1818 Dans l'ordonnance *Lidl*, le juge relève que la société requérante a allégué l'existence d'une urgence « sans apporter, en particulier au cours de l'audience du 22 mars 2001, le moindre élément concret d'appréciation » (CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154).

1819 Voir par exemple CE, ord. 4 Septembre 2003, *Thanattikul, Lebon T.* p. 928.

1820 A. PLANTEY et F.-C. BERNARD, *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, n° 410.

1821 CE, ord. 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-mer, Lebon* p. 232.

1822 CE, ord. 26 mars 2002, *Société Route Logistique Transports, Lebon* p. 114. Le juge ne saurait valablement fonder sa solution sur une pièce qui n'a pas été communiquée avant l'audience ni au cours des débats.

1823 Sur le fondement de l'article L. 521-1, le Conseil d'Etat a affirmé que le juge des référés ne commet pas d'irrégularité « en se fondant sur des éléments qui ont été apportés par l'une des parties au cours de l'audience publique et dont l'autre partie n'a pu avoir connaissance faute pour elle d'avoir été présente ou représentée lors de l'audience » (CE, 29 janvier 2003, *Société Chourgnoz SAS, RDI* 2003, p. 384, obs. A. R.-I.).

1824 CE, ord. 22 mars 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon T.* p. 852. Voir également CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487. Le requérant, placé d'office dans un établissement hospitalier, affirmait s'être vu refuser la possibilité d'envoyer du courrier et de communiquer avec les autorités administratives et judiciaires. L'administration n'ayant pas produit d'observations, l'existence de cette interdiction est réputée établie.

L'article R. 522-9 oblige le juge à provoquer les observations des parties sur les moyens d'ordre public qu'il relève d'office. Il peut s'acquitter de cette obligation à l'audience mais la communication doit alors être mentionnée dans la décision. La procédure est irrégulière lorsque le juge se borne à fonder sa décision sur le fait que les conclusions qui lui sont soumises excèdent l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi et n'informe pas les parties de ce que l'ordonnance lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office¹⁸²⁵. L'instruction ne peut être close qu'à l'issue de l'audience.

C. La clôture de l'instruction

435. A l'issue de l'audience, trois hypothèses sont envisagées par l'article R. 522-8 du code de justice administrative¹⁸²⁶.

436. En premier lieu, s'il considère que l'instruction doit se poursuivre devant lui, le juge des référés peut décider de renvoyer l'affaire à une autre audience. Etant donné le délai de jugement très bref qui lui est imparti pour statuer, cette possibilité est rarement exploitée par le juge du référé-liberté. En pratique, ce procédé sera mis en œuvre lorsque les pièces du dossier sont insuffisantes pour statuer en l'état ou si des éléments factuels doivent être clarifiés avant le prononcé de la décision. Ainsi, dans l'affaire *Commune de Montreuil-Bellay*, le juge a décidé, après l'audience publique du 9 novembre 2001, qui s'est tenue dans la matinée de poursuivre l'instruction et de prescrire une nouvelle audience. L'après-midi même, les pièces manquantes ont été produites par la commune et les requérants. Une nouvelle audience s'est tenue le 12 novembre 2001, tenant compte des pièces complémentaires apportées par les parties¹⁸²⁷. Le renvoi à une autre audience peut également avoir pour objet d'auditionner le requérant retenu par l'administration. Ainsi, dans l'affaire *Ngamissimi*, l'objet même de la demande portait sur le maintien du requérant en zone d'attente. Le renvoi a été décidé afin de permettre au juge de procéder à l'audition de l'intéressé lors d'une nouvelle audience¹⁸²⁸.

437. En deuxième lieu, si le juge estime que l'instruction doit se poursuivre entre les parties, il peut différer la clôture de celle-ci et autoriser les protagonistes à échanger des compléments d'information. Ce procédé est particulièrement souple : il permet au juge « de différer la clôture de l'instruction à une date postérieure dont il avise les parties par tous moyens. Dans ce dernier cas, les productions complémentaires déposées après l'audience et avant la clôture de l'instruction peuvent être adressées directement

1825 Pour un référé-suspension, voir CE, 27 juillet 2001, *Société Foncière MFC, Lebon* p. 417.

1826 On rappellera qu'il n'y a pas de clôture de l'instruction lorsque le juge constate un non-lieu à statuer ou donne acte d'un désistement.

1827 CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* p. 551. Voir de même, décidant un renvoi à une nouvelle audience afin de mieux évaluer la réalité du risque encouru par la requérante en cas de renvoi dans son pays d'origine : CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo, Lebon T.* p. 915.

1828 CE, ord. 12 décembre 2005, *Ngamissimi*, n° 287718. Il apparaîtra que l'intéressé a en réalité été réacheminé vers son pays d'origine le jour même de l'introduction de la requête, ce qui a pour conséquence de rendre sans objet l'examen des conclusions dirigées contre l'ordonnance du premier juge.

aux autres parties, sous réserve, pour la partie qui y procède, d'apporter au juge la preuve de ses diligences » (article R. 522-8 al. 1). Afin d'accélérer la procédure, les parties peuvent durant cette phase de prolongation de l'instruction échanger directement entre elles les pièces et les mémoires, sous réserve d'apporter au juge la preuve de leurs diligences¹⁸²⁹. Cette possibilité de clôture de l'instruction au-delà de l'audience est utile lorsque le juge entend obtenir des pièces supplémentaires ou, en ce qui concerne le respect du contradictoire, pour permettre à la partie adverse de répondre à un moyen ou à un document complexe produit au cours de l'audience publique. Ils seront, le cas échéant, pris en compte sans qu'il soit nécessaire de tenir une nouvelle audience. Deux espèces permettent d'illustrer les modalités de mise en œuvre et l'intérêt pratique de ce procédé.

Dans l'affaire *Kilicikesen*, le juge a décidé de différer la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience du 3 avril 2004, afin de permettre aux parties et en particulier à l'administration de préciser les conditions auxquelles la fille des requérants, vêtue d'un foulard, pourrait être admise à suivre les enseignements dans son collège. Le directeur des affaires juridiques du ministère de l'éducation nationale a communiqué le 5 avril à l'avocat des requérants un document écrit confirmant et précisant les indications données à l'oral quant aux caractéristiques des tenues vestimentaires qui pourraient être regardées par l'administration, dans les circonstances de l'espèce, comme justifiées par la liberté d'expression des convictions religieuses. Le 7 avril, il a, selon les mêmes modalités que le 5 avril, communiqué à l'avocat des requérants un mémoire complémentaire précisant et interprétant le précédent. Le juge a rendu sa décision le jour même au vu des éléments produits¹⁸³⁰.

Dans une affaire *Benbehar*, cette possibilité a été mise en œuvre pour permettre aux parties de justifier, pièces à l'appui, la véracité des affirmations avancées lors de l'audience publique du 8 avril 2005. Lors de cette première audience, le requérant affirme que la mise à exécution de l'arrêté ordonnant sa reconduite à la frontière porte atteinte à son droit de mener une vie familiale normale. Il fait valoir qu'il est sur le point de contracter un mariage avec une ressortissante de nationalité française et qu'il a, d'ores et déjà, conclu avec elle un pacte civil de solidarité. Après cette audience publique et audition de l'avocat du requérant et des représentants du ministre de l'Intérieur, il a été décidé de prolonger l'instruction jusqu'au 14 avril 2005 à 12 heures. Les parties ont pu produire des documents et mémoires afin de compléter et d'étayer leurs affirmations. Le 11 avril 2005, le ministre a produit des documents dont il ressort que le requérant a déclaré le 20 novembre 2002 qu'il était marié et père de trois enfants. Le 13 avril 2005, le requérant a produit plusieurs documents et notamment un certificat de non mariage le concernant établi à la date du 25 décembre 2004 en présence de deux témoins. Le juge se fonde expressément sur les pièces produites pour rendre sa décision. Il affirme « qu'il résulte du supplément d'instruction ordonné au terme de l'audience de référé que lors du dépôt, le 20 novembre 2002 de sa demande d'asile territorial, M. Benbehar, a certifié être marié avec une ressortissante algérienne et être le père de trois

1829 Ce qui se fait habituellement en joignant au mémoire déposé à la juridiction le bordereau du fax adressé à la partie adverse avec la mention : « réception ok ».

1830 CE, ord. 7 avril 2004, *Kilicikesen*, *Lebon* p. 164.

enfants ; qu'il a indiqué sur sa demande que son épouse et ses enfants étaient demeurés en Algérie ; qu'en réponse à la communication de ce document, l'intéressé s'est borné à produire un « certificat de non mariage » établi par une autorité locale algérienne « sur l'attestation et la responsabilité » de deux témoins, dont la valeur probante est très incertaine ; que, dans ces conditions (...), les conclusions de sa requête ne peuvent être accueillies »¹⁸³¹. Le juge apprécie la valeur et la pertinence des pièces produites par les parties postérieurement à l'audience, puis rejette la demande.

438. En troisième lieu, s'il s'estime suffisamment informé à l'issue de l'audience, ou après le supplément d'instruction décidé sur le fondement de l'article R. 522-8, le juge clôt l'instruction. C'est l'hypothèse normale postérieurement à l'audience. Néanmoins, le juge sera tenu de rouvrir l'instruction si une note en délibéré produite après l'audience apporte des éléments nouveaux susceptibles de modifier son appréciation¹⁸³². Dans l'affaire *Ouakid*, le requérant a produit, le lendemain de l'audience publique du 30 avril 2002, un mémoire présentant des éléments de nature à modifier l'appréciation du juge sur la proportionnalité de la mesure d'expulsion dont il était l'objet. M. Ouakid indiquait avoir fait preuve d'une réelle volonté de réinsertion et que la mesure d'expulsion avait été prise sur la base de faits matériellement inexacts. Au vu de ces éléments, susceptibles de modifier son appréciation, le juge a convoqué les parties à une nouvelle audience publique qui s'est tenue le 2 avril. Il ressort de la rédaction de sa décision que le juge s'est fondé sur ces nouveaux éléments pour admettre l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. La décision ne mentionnant pas les dispositions de l'article R. 522-8, on peut en déduire que le juge n'avait pas décidé de différer la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience du 30 avril 2002. C'est le contenu du mémoire produit par le requérant le lendemain de celle-ci qui a justifié de rouvrir l'instruction et de tenir une nouvelle audience¹⁸³³.

Le principe du contradictoire est méconnu si le juge se fonde sur un élément produit après l'audience sans l'avoir communiqué à l'autre partie. Dans une ordonnance du 2 mai 2006, le juge des référés du Conseil d'Etat a affirmé « que lorsqu'il est saisi, postérieurement à l'audience ou, s'il a différé la clôture de l'instruction, à la date qu'il a fixée, d'une pièce nouvelle émanant d'une des parties à l'instance, qu'elle s'intitule ou non « note en délibéré », il appartient dans tous les cas au juge des référés d'en prendre connaissance avant de rendre son ordonnance ; que s'il a toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de rouvrir l'instruction et de soumettre au débat contradictoire les éléments contenus dans la pièce produite, il n'est tenu de le faire, à peine d'irrégularité de son ordonnance, que si ce document contient soit l'exposé d'une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et que le juge ne pourrait ignorer sans fon-

1831 CE, ord. 14 avril 2005, *Benbehar*, n° 279340.

1832 Dans le cadre du référé-suspension, le Conseil d'Etat a censuré une ordonnance qui avait refusé de rouvrir l'instruction après production d'une pièce susceptible de modifier l'appréciation du juge (CE, 10 décembre 2001, *Association Gabas Nature Patrimoine, Lebon T.* p. 1126). En cas de renvoi à une autre audience, qui se tiendra à juge unique ou en formation collégiale, l'article R. 522-8 al. 2 prévoit que l'instruction est rouverte.

1833 CE, ord. 7 mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T.* p. 870.

der sa décision sur des faits matériellement inexacts, soit d'une circonstance de droit nouvelle ou que le juge devrait relever d'office ; qu'à l'effet de permettre aux parties de s'assurer de la régularité de la procédure au regard de ces exigences, la ou les productions postérieures à l'audience doivent figurer au dossier de la procédure »¹⁸³⁴. En l'espèce, le premier juge s'était fondé sur des documents et des pièces que l'administration n'avait pas été en mesure de verser plus tôt au dossier de la procédure contradictoire. Ces documents n'ont pas fait l'objet d'une communication à la demanderesse alors que les énonciations qu'ils comportent ont été prises en compte par le juge des référés. Dans ces conditions, l'ordonnance attaquée est intervenue à la suite d'une procédure irrégulière.

439. Une fois que l'instruction est close, le débat contradictoire entre les parties est venu à son terme ; le juge est en mesure de statuer sur la demande. Il fixe alors une date ou une heure indicative à laquelle il rendra sa décision.

III. LE JUGEMENT

440. Rendues dans l'urgence – mais nullement dans la précipitation –, les décisions du juge du référé-liberté n'en doivent pas moins être motivées et comporter certaines mentions obligatoires. Lorsque les conditions d'octroi sont satisfaites, le juge peut accélérer la prise d'effet de sa décision pour que cesse au plus vite l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale.

A. Le contenu de la décision

441. Conformément à une jurisprudence classique, le juge se place à la date où il statue pour apprécier le bien-fondé de la demande de référé¹⁸³⁵. Cela signifie qu'il se place au jour de l'audience, et non au jour de sa saisine – ni au jour de l'expiration du délai de 48 heures qui lui est imparti pour statuer¹⁸³⁶ – pour apprécier si les conditions d'octroi d'une mesure sollicitée au titre de l'article L. 521-2 sont satisfaites. Il en va ainsi de la condition d'urgence¹⁸³⁷ comme des autres

1834 CE, ord. 2 mai 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, n° 292910, mentionnée au recueil *Lebon*.

1835 Voir par exemple, pour les juridictions administratives, CE, 9 février 1972, *Entreprise Quille, RDP* 1972, p. 1278 ; et pour le référé civil (article 809 al. 1^{er} du nouveau code de procédure civile) : Com., 23 octobre 1990, *Bull. civ.* IV, n° 252.

1836 CE, ord. 19 juin 2002, *Hoffer*, n° 247884.

1837 Le juge du référé-liberté a affirmé qu'« il appartient au juge d'appel du référé administratif d'apprécier l'urgence à la date à laquelle il se prononce » (CE, ord. 30 mars 2001, *Schoettl*, n° 231963). Voir également CE, ord. 13 novembre 2002, *Harlant, Lebon T.* p. 875 : « à la date de la présente ordonnance, la condition d'urgence exigée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative (...) ne peut être regardée comme satisfaite ».

conditions¹⁸³⁸. Que la demande remplisse ou non les conditions d'octroi, elle doit toujours faire l'objet d'une motivation et comporter certaines mentions obligatoires¹⁸³⁹.

442. Lorsque le juge a statué selon la procédure de l'article L. 522-1, il doit mentionner la convocation des parties à l'audience. En effet, en disposant que « les parties sont convoquées sans délai et par tous moyens à l'audience », l'article R. 522-6 implique que le juge des référés fasse mention de la convocation régulière des parties, sous peine d'irrégularité de sa décision¹⁸⁴⁰. Pour le reste, les éléments que le juge a l'obligation de mentionner dans sa décision ou dans le procès-verbal d'audience sont déterminés par l'article R. 522-11.

Cette disposition impose, en premier lieu, que l'ordonnance comporte les mentions définies dans le chapitre II du titre IV du livre VII du code de justice administrative, intitulé « Dispositions propres aux ordonnances »¹⁸⁴¹. Tout d'abord, l'article R. 742-1 rend applicable l'obligation de mentionner que l'audience a été publique. Ensuite, et en vertu de l'article R. 742-2, l'ordonnance doit mentionner le nom des parties, l'analyse des conclusions¹⁸⁴² ainsi que le vis des dispositions législatives dont elle

1838 Voir notamment CE, ord. 8 juin 2005, *Commune de Houilles, Lebon T.* p. 1036 : « il appartient au juge des référés de se placer, pour apprécier l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, à la date à laquelle il se prononce ». Néanmoins, lorsqu'il est saisi d'un recours formé contre une décision, le juge apprécie la légalité de celle-ci en considération des éléments de fait et de droit prévalant au jour de son édicton. De la sorte, il est concevable que la décision attaquée ne soit pas manifestement illégale à la date à laquelle elle a été prise et que, dans le même temps, la situation née de cette décision présente un caractère d'illégalité manifeste au jour où le juge statue. Voir sur ce point, les conclusions très explicites de G. BACHELIER sur CE, 2 juillet 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* p. 306, *AJDA* 2003, pp. 1780-1785. Le commissaire de gouvernement conclut à l'absence d'illégalité manifeste de la décision de l'établissement public Aéroport de Paris prononçant la rétention de l'avion (pp. 1782-1783), et à l'illégalité manifeste de la situation née de cette décision (pp. 1783-1784).

1839 Les exigences concernant le jugement sont communes aux décisions rendues selon la procédure de l'article L. 522-1 et celles écartées suivant la procédure de tri de l'article L. 522-3. Les différences portent sur certaines mentions obligatoires dont les ordonnances de tri sont par nature dispensées (convocation à l'audience ; preuve de l'accomplissement du contradictoire ; formule exécutoire) et la moindre rigueur dans l'exigence de motivation dans la mesure où ces décisions sont rendues au vu de la requête. Les ordonnances prises sur le fondement du L. 522-3 n'ont pas été communiquées à l'administration puisque, par hypothèse, il n'y a pas de défendeur. Elles font l'objet d'une notification au seul requérant.

1840 Voir, au titre du référé-suspension : CE, 5 décembre 2001, *Thomas, Lebon T.* p. 1134

1841 Lorsque la décision est rendue par une formation collégiale, les dispositions générales du chapitre I^{er} du titre IV du livre VII retrouvent à s'appliquer. Les principales différences concernent l'obligation de mentionner que le rapporteur et le commissaire du gouvernement ont été entendus (article R. 741-2 al. 3) et de faire apparaître la date de l'audience et la date à laquelle la décision a été prononcée (article R. 741-2 al. 4).

1842 Le juge des référés a l'obligation de viser l'ensemble des conclusions des parties (voir CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215). Il a également l'obligation de statuer sur la recevabilité des conclusions aux fins d'intervention qui peuvent être présentées (CE, ord. 16 décembre 2005, *Kabengera et association Forum réfugiés*, n° 287905). En ce qui concerne les moyens, la jurisprudence exige, sous peine d'irrégularité de la décision rendue, qu'ils soient tous analysés (CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487). Il doit tout d'abord mentionner les moyens exposés dans les mémoires écrits – et y répondre. Il doit également mentionner et analyser les moyens invoqués au cours de l'audience publique lorsque ceux-ci « n'ont pas été soulevés au cours de la procédure écrite » (CE, 26 octobre

fait application ; elle doit faire apparaître la date à laquelle elle a été signée. Conformément à l'article R. 742-3, l'ordonnance débute par les mots « Au nom du peuple français »¹⁸⁴³ et indique, à leur suite, la qualité de son signataire¹⁸⁴⁴. Enfin, l'article R. 742-4 prévoit que le dispositif de l'ordonnance est divisé en articles et précédé du mot « ordonne »¹⁸⁴⁵.

En second lieu, l'article R. 522-11 exige que l'ordonnance indique, le cas échéant, qu'il a été fait application des dispositions de l'article R. 522-8 (clôture de l'instruction différée ou instruction rouverte) et R. 522-9 (moyen d'ordre public communiqué à l'audience). Cette obligation est écartée lorsqu'il a été dressé, sous la responsabilité du juge des référés, un procès-verbal de l'audience signé par celui-ci et par l'agent chargé du greffe de l'audience. En principe, la rédaction du procès-verbal ne représente pour le juge qu'une faculté¹⁸⁴⁶. Elle devient obligatoire et le procès-verbal doit être versé au dossier en cas de renvoi de l'affaire à une formation collégiale.

443. S'il y a lieu, la décision fera état du règlement de certaines questions accessoires à l'objet du litige. La décision mentionnera, le cas échéant, que le requérant a été condamné au versement d'une amende pour recours abusif¹⁸⁴⁷

2001, *Aiguebonne, Lebon T.* p. 1119). Pour autant, ni l'article R. 742-2 du code de justice administrative, applicable en matière de référé en vertu de l'article R. 222-11 du même code, ni aucune autre disposition de ce code n'impose au juge des référés de mentionner dans ses visas les moyens invoqués par les parties lors de l'audience publique (CE, ord. 2 décembre 2005, *EURL Maryloup Marée*, n° 287533). Les moyens développés oralement ne devront donc figurer dans l'ordonnance que s'ils constituent des moyens *nouveaux* (voir dans les procédures de droit commun, et concernant les mémoires écrits : CE, 21 juillet 1972, *Elections municipales de Xanton-Chasseon, Lebon* p. 582). Enfin, le juge n'a pas à citer dans les visas ou les motifs de son ordonnance les arguments ou la description des faits qui accompagnent les moyens (CE, 12 juillet 2002, *Oulai Doué*, n° 245141).

1843 Cette exigence constitue l'application particulière du principe énoncé par l'article L. 2 du code de justice administrative aux termes duquel « Les jugements sont rendus au nom du peuple français ».

1844 L'article L. 10 du code de justice administrative dispose que les jugements « mentionnent le nom des juges qui les ont rendus ». Une décision rendue en méconnaissance de ces dispositions est en principe entachée d'irrégularité. Néanmoins, l'exigence est appliquée avec une certaine souplesse dans le cadre du référé : elle est regardée comme satisfaite si le nom du magistrat apparaît dans la minute de l'ordonnance alors même que l'exemplaire remis au requérant puis l'expédition revêtue de la formule exécutoire qui lui a été ensuite notifiée ne font pas apparaître le nom de ce magistrat (CE, ord. 11 octobre 2001, *Tabibou, Lebon T.* p. 1133). L'article R. 742-5 précise que « la minute de l'ordonnance est signée *du seul* magistrat qui l'a rendue ». Le moyen tiré du défaut de signature de l'ordonnance attaquée par le greffier doit donc être écarté (CE, 8 août 2001, *Soares dos Santos*, n° 234589). Enfin, aucune disposition n'impose la signature du magistrat qui a rendu l'ordonnance pour l'ampliation de cette ordonnance notifiée aux parties (CE, 27 juillet 2001, *Haddad*, n° 231889).

1845 Les visas de l'ordonnance se présentent généralement en trois parties : d'abord l'exposé des différentes conclusions du requérant ; ensuite un compte-rendu des arguments du demandeur et du défendeur ; enfin la mention des textes sur lesquels s'appuie le juge des référés. Dans les motifs de la décision, le juge expose les faits et circonstances ayant donné lieu à sa saisine puis apprécie, au regard du droit applicable, si les conditions d'octroi d'une mesure sollicitées sur le fondement de l'article L. 521-2 sont satisfaites.

1846 Lorsqu'il est rédigé un procès-verbal d'audience, ce document constitue un moyen de preuve des arguments soulevés en cours d'audience et du respect du principe du contradictoire.

1847 Le juge des référés a la possibilité d'assortir le rejet de la requête d'une condamnation à une amende pour recours abusif au titre de l'article R. 741-12 du code de justice administrative. Le juge des référés avait été admis à utiliser ce procédé sous l'état du droit antérieur (CE, 10 mai 1989, *SA des établissements Laurent, Lebon* p. 848). Afin de prévenir et d'éviter une sollicitation excessive et fantaisiste du

ou que le juge s'est prononcé sur les dépens ou sur une demande d'aide juridictionnelle¹⁸⁴⁸.

444. Le Conseil d'Etat a dû déterminer l'étendue de l'exigence de motivation s'imposant au juge des référés dans l'analyse des conditions d'octroi. Le degré de précision attendu est le fruit d'un arbitrage entre deux exigences opposées : d'un côté la nécessité d'une information suffisante des parties et du juge supérieur¹⁸⁴⁹ ; d'un autre le souci de ne pas alourdir excessivement le travail d'un juge astreint à statuer en 48 heures.

Le juge doit faire apparaître, par une démonstration, la ou les raisons pour lesquelles une condition est ou non satisfaite. Il ne saurait procéder par voie d'affirmation, sans raisonnement adéquat ni explication. Dans le cadre de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat a affirmé que le juge des référés doit « faire apparaître les raisons de droit et de fait pour lesquelles soit il considère que l'urgence justifie la suspension de l'acte attaqué, soit il estime qu'elle ne la justifie pas ; que le respect de cette exigence s'apprécie, toutefois, au regard des justifications présentées en défense »¹⁸⁵⁰. Le commissaire du gouvernement Francis Lamy a affirmé que pour le référé-liberté « les mêmes exigences en termes de motivation que pour la suspension

juge des référés, la commission des Lois du Sénat a souhaité que le juge des référés « *prononce plus systématiquement l'amende pour recours abusif*, dans tous les cas où le requérant présente des demandes abusives par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique » (R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 68. Souligné). Le juge du référé-liberté condamne ainsi le requérant qui le saisit de façon manifestement peu pertinente, par exemple en invoquant l'urgence à suspendre des dispositions mises en œuvre depuis plus de dix-sept ans (CE, ord. 21 janvier 2002, *Auto-école Bergson*, n° 242051), en demandant de constater l'inexistence du juge d'instruction (CE, ord. 28 octobre 2002, *Lecomte*, n° 251086) ou des magistrats de l'ordre judiciaire (CE, ord. 8 novembre 2002, *Chaumont*, n° 251377), ou encore en demandant de suspendre le décret du 14 juin 1997 ayant nommé M. Jean-Eric Schoettl secrétaire général du Conseil constitutionnel (CE, ord. 23 mai 2005, *Hoffer*, n° 280703). Le juge condamne également à une telle amende les requérants qui, après un rejet de leur requête comme manifestement mal fondée, reviennent le saisir des mêmes conclusions en développant une argumentation strictement identique (CE, ord. 15 juillet 2003, *Bidalou*, n° 1258371 ; CE, ord. 31 juillet 2003, *Bidalou*, n° 259032 ; CE, ord. 8 août 2003, *Syndicat de la magistrature*, n° 259217 ; CE, ord. 2 juillet 2004, *Hoffer*, n° 269149 ; CE, ord. 1^{er} décembre 2004, *Winter*, n° 274705 ; CE, ord. 19 août 2005, *Gaiffe*, n° 284216 ; CE, ord. 25 janvier 2006, *Tueche*, n° 289305). La circonstance que la requête est présentée par l'intermédiaire d'un avocat aux Conseils ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende pour recours abusif (CE, ord. 21 janvier 2003, *Commune des Angles*, n° 253421). On observe que les condamnations prononcées à ce titre s'avèrent sans effet sur le comportement de certains requérants qui, malgré les condamnations successives prononcées à leur encontre, continuent de solliciter à tort et à travers le juge du référé-liberté. Sur ce procédé, voir notamment J.-E. CALLON, « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », *LPA* 28 mars 2000, n° 62, pp. 4-10 ; et P. FRAISSEIX, « Droit au juge et amende pour recours abusif », *AJDA* 2000, pp. 20-30.

1848 Voir par exemple CE, ord. 6 janvier 2005, *Landu-Diambu*, n° 276105 (admission au bénéfice de l'aide juridictionnelle, rejet des conclusions principales).

1849 La précision de la décision permet aux parties de comprendre et, le cas échéant, d'exécuter correctement la mesure prescrite. Elle donne au juge d'appel ou de cassation les éléments nécessaires à l'exercice de son contrôle.

1850 CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden, Lebon* p. 220 ; CE, 16 février 2001, *Breucq, Lebon T.* p. 1092.

devraient s'appliquer »¹⁸⁵¹. La solution dégagée au titre du référé-suspension est dans son principe applicable aux dispositions de l'article L. 521-2. Il incombe au juge des référés de préciser en quoi la condition d'urgence est remplie ou ne l'est pas, et de justifier dans quelle mesure il estime que l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale est ou non caractérisée. Sur ce point, M. Chauvaux avait souhaité que le juge soit astreint à « motiver solidement sa décision au regard de chacune des conditions légales : urgence, atteinte grave à une liberté fondamentale, mesure manifestement illégale. Sa décision devra notamment établir l'illégalité du comportement de l'Administration »¹⁸⁵². Lorsque le juge estime qu'au moins une des conditions fait défaut, il lui appartient d'énoncer pourquoi la décision ou le comportement attaqué n'est pas manifestement illégal, ne porte pas d'atteinte grave à une liberté fondamentale ou ne caractérise pas une situation d'urgence nécessitant le prononcé d'une mesure de sauvegarde en 48 heures.

On observe que les ordonnances du juge du référé-liberté sont souvent motivées avec davantage de détails et de précisions que les décisions rendues par une formation collégiale¹⁸⁵³. Nombre de décisions sont longuement motivées, comme pour compenser par l'explication une autorité ou une légitimité amoindrie par l'absence de collégialité. La forme et la qualité de la motivation sont également fonction de la personne du juge des référés.

B. La prise d'effet de la décision

445. Les formalités qui suivent le jugement sont régies par l'article R. 522-12 à R. 522-14 du code de justice administrative¹⁸⁵⁴. En vue d'accélérer la prise d'effet des ordonnances, l'article R. 742-6 dispense le juge de les prononcer en audience publique¹⁸⁵⁵. Le caractère exécutoire de l'ordonnance peut intervenir à différentes dates. En principe, conformément aux règles habituelles, elle prend effet à partir du jour où la

1851 F. LAMY, concl. sur CE, Sect., 25 avril 2001, Association des habitants du littoral du Morbihan / Commune de Baden, RFDA 2001, p. 850.

1852 D. CHAUVAUX, concl. sur CE, 16 février 2001, *Breucq*, RFDA 2001, p. 672.

1853 Voir néanmoins, pour une motivation expéditive : CE, 14 février 2003, *Société Le café français Notre-Dame*, n° 254137. Saisi d'un recours formé contre une décision ordonnant la fermeture d'un débit de boisson pour une durée de huit jours, le juge des référés affirme, sans exposer les faits de l'espèce, « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier soumis au juge des référés, tant en première instance qu'en appel que la décision préfectorale contestée, prise sur le fondement de l'article L. 62 du code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme, soit entachée d'une illégalité présentant le caractère manifeste exigé par le législateur dans le cadre de la procédure particulière instituée par l'article L. 521-2 ».

1854 L'article R. 522-14 prévoit, dans un certain nombre de cas, la transmission sans délai d'une copie de la décision au Procureur de la République ou au Trésorier payeur général. En cas de rejet d'une demande selon la procédure de tri, il est loisible au juge des référés d'adresser, « pour information », une copie de sa décision aux autorités intéressées (voir par exemple : CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin, Lebon T.* p. 1126 ; CE, ord. 20 novembre 2002, *Deloose*, n° 251803).

1855 Voir CE, 15 juin 2001, Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-de-Ré, n° 228856.

partie qui doit s'y conformer en reçoit notification¹⁸⁵⁶. En vertu de l'article R. 522-12, celle-ci doit s'effectuer « sans délai et par tous moyens ». Il a été jugé qu'une notification par fax était régulière : s'il n'est pas contesté, le rapport d'émission de télécopie relatif à la notification d'une ordonnance de référé fait courir le délai de cassation contre cette ordonnance¹⁸⁵⁷.

Dans l'objectif d'accélérer la prise d'effet de la décision, l'article R. 522-13 al. 2 prévoit que le juge administratif des référés peut, à l'image de son homologue judiciaire, décider que l'ordonnance « sera exécutoire aussitôt qu'elle aura été rendue », et donc avant même sa notification¹⁸⁵⁸. Le juge mentionne alors dans le dispositif de l'ordonnance ce caractère immédiatement exécutoire¹⁸⁵⁹. Le 3^{ème} alinéa de cet article prévoit que « si l'urgence le commande, le dispositif de l'ordonnance, assorti de la formule exécutoire prévue à l'article R. 751-1, est communiqué sur place aux parties, qui en accusent réception »¹⁸⁶⁰. Lorsque les conditions d'octroi sont satisfaites, ces procédés permettent d'accélérer le moment auquel l'administration exécutera les mesures prises par le juge des référés et mettra fin à la situation liberticide. Dès lors que l'ordonnance a été notifiée ou communiquée aux parties, l'autorité administrative doit prendre sans délai les mesures qu'implique son exécution.

1856 Article R. 522-13 al. 1. Le principe est identique en droit judiciaire privé. En vertu de l'article 489 al. 1 du nouveau code de procédure civile, l'ordonnance est exécutoire dès qu'elle a été portée à la connaissance des intéressés par la notification qui leur en est faite. C'est l'accomplissement de cette formalité qui permet à la partie de s'en prévaloir.

1857 CE, 18 décembre 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ SARL Le Méditerranée*, n° 249887. Cette solution avait été admise dans le contentieux de la reconduite à la frontière (voir CE, 22 mars 2000, *Préfet de l'Isère c/ bouchalta, Lebon T.* p. 1149).

1858 L'article 489 al. 2 du nouveau code de procédure civile prévoit qu'« en cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute ».

1859 Voir par exemple : CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFO-REL)*, *Lebon* p. 311 ; CE, 9 avril 2004, *Vast, Lebon* p. 173 ; CE, ord. 11 avril 2006, *Tefaareve, Lebon* p. 197.

1860 Ce procédé avait d'abord été introduit dans le contentieux de la reconduite à la frontière. Aux termes de l'article R. 776-17 du code de justice administrative, « Le dispositif du jugement, assorti de la formule exécutoire, est communiqué sur place aux parties présentes à l'audience qui en accusent aussitôt réception ». Dans le cadre de cette procédure, cette formalité présente un caractère substantiel. Le Conseil d'Etat censure comme irrégulier le jugement prononcé le 5 novembre 2001 alors que l'audience publique avait eu lieu le 29 octobre (CE, 30 décembre 2002, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ Makhlouq, Lebon* p. 506).



CONCLUSION DU TITRE I

446. Le référé-liberté permet l'intervention immédiate du juge administratif sur une situation litigieuse. L'accès au juge est facilité. Le formalisme est allégé et la procédure assouplie afin de permettre le prononcé très rapide d'une décision. Mais, si les conditions d'octroi d'une mesure sont remplies, l'intervention du juge ne se contente pas d'être rapide ; elle est aussi efficace, apte à faire cesser immédiatement, et définitivement, l'atteinte portée aux libertés fondamentales du demandeur. Lorsque les conditions énoncées par l'article L. 521-2 sont cumulativement satisfaites, le juge peut déployer la plénitude de ses prérogatives pour mettre fin à la situation liberticide.



TITRE II

UN POUVOIR DE RÉACTION EFFICACE

447. Quelle est l'efficacité substantielle de l'intervention du juge du référé-liberté ?¹⁸⁶¹ Quelle est son aptitude concrète à faire cesser une situation d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ? Deux éléments confèrent une efficacité remarquable à l'intervention du juge du référé-liberté. D'une part, il dispose d'une palette de pouvoirs extrêmement étendue, qui lui permet de retenir et d'imposer la solution strictement adaptée aux circonstances de l'espèce pour faire cesser l'atteinte. D'autre part, son intervention fait cesser définitivement l'atteinte portée aux libertés fondamentales. Le requérant obtient ainsi une satisfaction immédiate et irréversible, sans qu'il soit besoin d'attendre la confirmation – ou le risque d'une infirmation – de sa décision par un juge du fond. L'efficacité du référé-liberté soulève la question du maintien de la voie de fait administrative en droit positif.

1861 Sur cette notion, voir C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, BDPPrivé, t. 328, 2000, 397 p.

Chapitre 1

Une efficacité due à la possibilité de choisir la mesure adéquate

448. Sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés dispose d'un arsenal juridictionnel étendu qui lui permet d'apporter à chaque problème la solution particulière qui lui convient. Pour répondre à une situation exceptionnelle, le juge a été doté de pouvoirs eux-mêmes exceptionnels. De la sorte, le caractère atypique et dérogatoire de la procédure du référé-liberté s'exprime également dans les pouvoirs dévolus au juge. Ceux-ci présentent en effet, par leur nature et leur ampleur, un caractère singulier par rapport aux prérogatives habituellement dévolues au juge administratif. Pour les qualifier, les ordonnances rendues sur ce fondement évoquent « les pouvoirs particuliers prévus par l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹⁸⁶². De façon plus remarquable encore, le groupe de travail du Conseil d'Etat avait affirmé que le juge des référés disposerait dans le cadre de cette procédure « de pouvoirs exorbitants du droit commun »¹⁸⁶³. La définition très large de ses pou-

1862 CE, ord. 27 juin 2002, *Centre hospitalier général de Troyes, Lebon* p. 228. Voir également CE, ord. 16 octobre 2003, *Syndicat des propriétaires de la pointe croisette* ; CE, ord. 4 février 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon T.* p. 828.

1863 « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *RFDA* 2000, p. 947. L'utilisation de cette expression dans le domaine de la procédure administrative contentieuse est atypique. En effet, la notion de prérogatives exorbitantes ou de pouvoirs exorbitants du droit commun désigne habituellement les pouvoirs spéciaux reconnus à l'administration pour l'exercice de sa mission d'intérêt général et que ne connaît pas le droit privé. L'expression est alors entendue comme synonyme de prérogatives de puissance publique. Les personnes privées disposent de pouvoirs du droit commun, les personnes publiques de prérogatives exorbitantes du droit commun. La notion s'oppose en ce sens aux règles du droit privé. En revanche, l'expression est ici employée non pas par référence aux règles du droit – judiciaire – privé, mais par rapport à celles du contentieux administratif lui-même. Elle signifie qu'à la différence des procédures de droit commun, dans lesquelles le juge admi-

voirs favorise un règlement de chaque litige au moyen d'une solution strictement adaptée aux données de l'espèce. Lorsqu'il ne peut mettre fin à une atteinte par la dissuasion ou la persuasion, le juge du référé-liberté ordonne la mesure de sauvegarde adéquate.

SECTION 1. UNE DÉFINITION TRÈS LARGE DES POUVOIRS DU JUGE DES RÉFÉRÉS

449. L'une des originalités du référé-liberté réside « dans la largesse de ce qu'il permet »¹⁸⁶⁴. En effet, l'article L. 521-2 ne pose pas la moindre limite au pouvoir du juge des référés pour faire cesser l'atteinte à une liberté fondamentale. Le Conseil d'Etat estime toutefois que ce dernier ne peut prendre que des mesures provisoires.

I. UN POUVOIR CARACTÉRISÉ PAR SON ABSENCE DE LIMITES APPARENTES

450. Sur le fondement de l'article L. 521-2, le juge administratif dispose de moyens d'action étendus vis-à-vis de l'administration. Son pouvoir, simplement finalisé, s'apparente à un pouvoir de décision.

A. Un pouvoir simplement finalisé

451. Les pouvoirs du juge du référé-liberté sont conçus de la façon la plus large puisqu'il peut, en vertu de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale »¹⁸⁶⁵. Les prérogatives dont il dispose sont fixées par les mots « mesures », qui désigne le moyen retenu pour sauvegarder la liberté fondamentale, « toutes », qui exprime l'absence de limites¹⁸⁶⁶, et « ordonner », qui doit s'entendre au sens large, comme synonyme de « décider »¹⁸⁶⁷. Les pouvoirs du juge du référé-liberté ne sont pas autrement définis, le

nistratif exerce des pouvoirs *ordinaires*, le juge du référé-liberté exerce des pouvoirs qu'il ne détient pas habituellement, des pouvoirs *extra-ordinaires*.

1864 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

1865 Pour sa part, le juge du référé-liberté peut uniquement suspendre l'exécution d'un acte administratif. Sur le fondement de la voie de fait, le juge judiciaire peut, en référé, prendre toutes les mesures qui s'imposent (article 809 al. 1 du nouveau code de procédure civile).

1866 Elle est synonyme de « n'importe quelle », « l'ensemble des » ou « toute sorte de ».

1867 *Stricto sensu*, le terme ordonner évoque l'idée de donner un ordre, de condamner l'administration concernée à toutes les obligations de faire ou de ne pas faire. Ici toutefois, l'expression est entendue

législateur s'étant gardé de toute énumération qui aurait limité *a priori* le champ de ses possibilités. Refusant de restreindre son pouvoir de décision, la loi n'indique pas ce que peuvent être les mesures de sauvegarde susceptibles d'être ordonnées. Elle ne contient pas de précision – et par conséquent de limitation – sur la nature ou sur le contenu des mesures qu'il peut prescrire. Ici encore, ce « silence est éloquent : il signifie absence de restrictions »¹⁸⁶⁸. Au cours des travaux préparatoires, M. Garrec avait souligné que les pouvoirs conférés au juge des référés « sont considérables et énoncés de manière très générale, laissant une importante marge de manœuvre au juge »¹⁸⁶⁹. Lorsqu'il intervient sur le fondement de l'article L. 521-2, relève le président Chabanol, « les pouvoirs du juge des référés ne sont limités en aucune manière »¹⁸⁷⁰. En d'autres termes, précise M. Fromont, « son pouvoir est pratiquement illimité »¹⁸⁷¹. En l'absence de pré-détermination législative, c'est donc au juge des référés qu'il appartient, au cas par cas, de déterminer la mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. L'intérêt de la formulation retenue apparaît immédiatement. En laissant au juge une importante latitude quant au choix de la mesure, elle lui permet « d'adapter le contenu de sa décision aux circonstances de l'affaire »¹⁸⁷². Elle l'autorise en effet à faire preuve de souplesse voire de créativité dans la détermination des mesures appropriées aux données particulières de chaque cas concret. En d'autres termes, en raison de sa généralité et de sa plasticité, la formule de l'article L. 521-2 permet d'apporter une réponse propre à la diversité des situations qui peuvent se présenter¹⁸⁷³. Le juge va pouvoir imaginer et développer des solutions auxquelles le législateur n'aurait pu penser lors

au sens large, et ne se limite pas au prononcé d'injonctions. En effet, des mesures telle que la suspension ne s'apparentent pas à des ordres. Le prononcé d'une mesure de suspension ne se confond pas avec l'exercice du pouvoir d'injonction : le juge n'adresse pas une injonction de suspendre. Il ne s'en remet pas à l'administration pour que la décision soit suspendue ; il la suspend lui-même. La mesure prescrite est en tous points comparable à une suspension d'exécution prise sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. On observera en outre que le terme « ordonner » est également utilisé à l'article L. 521-1 pour décrire le pouvoir de suspension conféré au juge des référés sur ce fondement.

1868 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1593.

1869 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 55.

1870 D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 4^{ème} éd., Litec Jurisclasseur, 2002, n° 248.

1871 M. FROMONT, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie et France. Convergences », *RFDA* 2002, p. 556.

1872 *GAJA* n° 118, § 12.

1873 Cette souplesse se retrouve dans toutes les procédures de référé retenant une formulation similaire, telle la possibilité d'ordonner « toute mesure utile » de l'article L. 521-3 du code de justice administrative ou, en droit judiciaire privé, la possibilité d'ordonner « toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » (article 808 du nouveau code de procédure civile) ou encore « les mesures (...) qui s'imposent » (article 809 al. 1, et 873 al. 1 du nouveau code de procédure civile). En Belgique, l'article 18 des lois coordonnées organise une procédure de suspension provisoire qui permet au Conseil d'Etat de prendre, en attendant qu'il soit statué sur la demande en suspension, toutes les « mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts des parties, ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire ». Cette formule confère un pouvoir très étendu au Conseil d'Etat quant au choix de la mesure à prescrire (voir P. LEWALLE, « Le contrôle de l'administration : l'effectivité du contrôle de la légalité », *RA* 2000, numéro spécial 3, pp. 132-176, spé p. 157).

de l'élaboration du texte. Il est à même d'apporter une solution adaptée à chacune des espèces qui lui est soumise.

452. Pour autant, si le pouvoir du juge du référé-liberté est étendu, il demeure finalisé par le texte de l'article L. 521-2. La mesure prescrite doit avoir un objet déterminé et répondre à une finalité précise : la sauvegarde, nécessaire, d'une liberté fondamentale. Tout d'abord, la mesure prescrite doit tendre à la « sauvegarde » d'une liberté fondamentale, c'est-à-dire à sa protection, sa défense, sa garantie. Le référé-liberté est conçu pour apporter une solution appropriée à une situation particulière. La mesure retenue doit constituer une réponse à la situation qui a justifié la saisine du juge. Elle ne saurait poursuivre un objectif autre que la sauvegarde d'une liberté fondamentale précisément méconnue ou menacée par l'administration. L'objectif poursuivi doit être le rétablissement d'une situation normale, en mettant fin aux agissements irréguliers et liberticides de l'administration. Pour faire cesser l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale, la mesure choisie doit donc être en relation avec les modalités de cette atteinte.

Ensuite, l'article L. 521-2 précise que la mesure prescrite doit être « nécessaire » à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, c'est-à-dire indispensable à sa préservation. Le nécessaire, selon le *Littré*, est ce « Qui doit être pour que quelque chose soit fait ou se fasse ». Le concept de nécessité introduit donc ici une idée de proportionnalité dans le choix de la mesure. Pour respecter cette exigence, la mesure doit être en rapport avec le comportement incriminé de la puissance publique et adaptée à la gravité de celui-ci. La *nécessité* d'une mesure se distingue ainsi de son *utilité*, pour reprendre l'expression mentionnée par exemple à l'article L. 521-3 du code de justice administrative. Le juge du référé-liberté doit retenir la mesure non pas simplement utile à la sauvegarde d'une liberté fondamentale mais véritablement indispensable à celle-ci. Autrement dit, il est exigé un rapport de nécessité entre la mesure prescrite et la gravité de la situation. Si une mesure est utile mais non nécessaire, le juge des référés doit opter pour une autre mesure plus en rapport avec le comportement litigieux. Cette exigence, néanmoins, ne paraît pas de nature à atténuer substantiellement les pouvoirs qui lui sont reconnus. Elle s'apparente davantage à une finalisation ou à une orientation qu'à une véritable restriction. Les pouvoirs conférés au juge du référé-liberté demeurent particulièrement larges et font de lui un véritable *décideur*.

B. Un pouvoir de décision

453. Son pouvoir ne se présente pas sous la forme d'une alternative binaire : prononcé d'une mesure *prédéterminée* ou rejet de la demande. Le choix de la mesure et, plus précisément, les modalités de son intervention ne sont pas prédéfinies. De façon active et dynamique, le juge du référé-liberté choisit donc, en fonction des données particulières de chaque espèce, les moyens propres à rétablir la victime de l'atteinte dans la jouissance de ses libertés fondamentales. Il détermine comment faire cesser l'atteinte en exploitant toutes les possibilités que lui ouvre l'article L. 521-2. Il sélectionne, parmi les diverses mesures envisageables, celle qui produira le résultat le plus

efficace. Ce pouvoir de décision correspond à la vocation de la procédure du référé-liberté, qui est de protéger les situations individuelles et les intérêts du justiciable. En effet, lorsqu'il intervient sur le fondement de l'article L. 521-2, le juge n'a pas pour mission de veiller à un contrôle objectif de la régularité de l'action administrative mais de défendre concrètement les libertés fondamentales des justiciables. Il ne s'agit plus, pour le juge, de dire le droit de façon abstraite mais d'agir de façon utile sur une situation juridique. Pour ce faire, il est doté des pouvoirs lui permettant de modifier concrètement les situations dont il est saisi. A l'opposé du modèle classique de la cassation, où le juge ne disposait que de pouvoirs réduits¹⁸⁷⁴, le juge du référé-liberté n'est pas un juge qui casse mais un juge qui décide et qui agit. Il va décider, à l'occasion de chaque espèce, du moyen le plus efficace pour protéger les droits du requérant. Aussi l'accent est-il mis non pas sur la protection de la légalité objective mais sur la défense effective des particuliers contre l'administration¹⁸⁷⁵. Le référé-liberté est le symbole d'une appréhension nouvelle de son office par le juge administratif.

1874 Dans le modèle français traditionnel, la juridiction administrative avait pour fonction exclusive d'assurer le respect de la loi par les autorités administratives. Le recours pour excès de pouvoir, conçu comme un procès fait à un acte, avait pour seule fonction de déclencher la vérification du respect des règles de droit objectif par les autorités administratives (voir la célèbre présentation de cette fonction par Maurice HAURIOU in note sous CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, D. 1900, 3, p. 73). Comme l'explique M. Fromont, « La doctrine française a parlé (...) de la fonction pédagogique du juge administratif : celui-ci devait se borner à dire si l'administration s'était comportée régulièrement ou non. Peu importait le sort concret réservé au requérant (...) » (M. FROMONT, *op. cit.*, p. 551). A cette conception de son office correspondait le modèle de la « cassation » : le juge administratif « intervenait par rapport à la décision administrative plus ou moins de la même manière qu'un juge de cassation contrôle un jugement faisant l'objet d'un pourvoi (...) » (J.-M. WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest. Particularismes et convergences », *REDP* hiver 1994, vol. 6, n° 2, p. 374). Etait au centre du débat, non pas la situation individuelle du requérant mais la conformité au droit du comportement de l'administration. Dès lors, en sa qualité de gardien de la légalité objective, le juge administratif se trouvait enfermé, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, dans une alternative binaire annulation/rejet.

1875 En cela, son office est conforme à la nouvelle fonction qui s'affirme pour la juridiction administrative en France comme dans les autres pays européens. La justice administrative « n'est plus considérée comme le garant d'une bonne administration, mais comme le protecteur principal du citoyen contre une administration de plus en plus omniprésente » (M. FROMONT, « La justice administrative en Europe : Convergences », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 207-208). Elle s'affirme avant tout comme une institution destinée à promouvoir et garantir les droits subjectifs des particuliers (voir notamment E. GARCIA DE ENTERRIA, « Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du XX^e siècle : analyse historique et comparative », *RA* 2000, numéro spécial 3, pp. 125-131 ; G. MARCOU, « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », *RFDA* 2006, pp. 84-95). Ce changement de perspective a conduit à un développement considérable des pouvoirs de décision du juge dans le procès administratif. En France, en particulier, la loi du 8 février 1995, en attribuant au juge administratif un pouvoir d'injonction d'exécution, a profondément modifié la conception que celui-ci se fait de son rôle et la façon dont il entend exercer ses pouvoirs. Comme le relèvent MM. Guyomar et Collin, « Cette dérogation au principe traditionnel de la prohibition des injonctions à l'administration a entraîné un profond changement de mentalité » (M. GUYOMAR et P. COLLIN, *chron.*, *AJDA* 2001, p. 1049). Désormais, « Le juge administratif est (...) moins réticent à admettre que son office est aussi d'être un juge administrateur » (F. DONNAT et D. CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *Dr. adm.* 2004, études n° 9, p. 12 ; voir également D. BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA* 2004, pp. 1626-1630). Cette évolution s'incarne pleinement dans les pouvoirs reconnus au juge administratif des référés par la loi du 30 juin

454. Pour autant, le pouvoir du juge du référé-liberté, même défini de façon particulièrement large, ne représente pas un pouvoir de substitution. Le juge peut décider de la mesure qu'il convient d'*ordonner* mais il ne peut décider à *la place* de l'administration. Par conséquent, on ne saurait affirmer que la loi donne au juge du référé-liberté des pouvoirs de plein contentieux¹⁸⁷⁶. Le juge du référé-liberté ne dispose pas d'un pouvoir de substitution mais seulement – si l'on peut dire – d'un pouvoir de s'opposer (par la suspension) et de commander (par l'injonction). Il ordonne ou il suspend, mais il ne se substitue jamais à l'administration. On relèvera que la qualification de plein contentieux est également exclue au regard du second grand critère de distinction entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux, à savoir la possibilité ou l'impossibilité de contester des actes réglementaires par voie d'action¹⁸⁷⁷. Le juge du référé-liberté pouvant connaître de tels actes par voie d'action (mais aussi, naturellement, par voie d'exception), la qualification de plein contentieux est, là encore, exclue. On ajoutera en outre, dans le sens de la qualification d'excès de pouvoir, que le référé-liberté est dispensé globalement du ministère d'avocat et que le requérant doit justifier d'un intérêt froissé et non d'un droit subjectif lésé (l'exigence d'une liberté fondamentale intervenant non pas au stade de la recevabilité mais à celui des conditions de fond) et que la portée de ses décisions n'est pas nécessairement limitée aux parties à l'instance, par exemple en cas de recours formé contre un acte réglementaire. Enfin, pour apprécier la légalité d'une *décision* administrative, le juge se place au jour où l'administration a statué et non pas au jour où il statue. A la différence du juge de pleine juridiction¹⁸⁷⁸, il ne tient pas compte des évolutions ayant pu intervenir dans les circonstances de droit ou de fait entre l'édition de la décision attaquée et le prononcé du jugement¹⁸⁷⁹.

2000. Comme l'affirme M. Pacteau, « Si le XX^e siècle aura été le siècle des supervisions du juge sur la fonction administrative et celui de ses sanctions, le XXI^e siècle s'annonce dès à présent comme celui de sa participation à l'action publique et le nouveau régime du référé administratif – par les pouvoirs autant que par les procédures qu'il offre – contribuera à cette présence du juge sur le terrain même de la vie administrative » (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 260).

1876 M. Guérin-Laporte affirme que les dispositions de l'article L. 521-2 « donnent au juge des libertés des pouvoirs équivalents à ceux du juge de pleine juridiction » ; l'auteur évoque également « le caractère de pleine juridiction du juge du référé-liberté » (E. GUERIN-LAPORTE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, thèse Montpellier I, 2002, p. 429).

1877 Comme l'affirme M. Négrin, « l'on ne doit pas oublier que la différence majeure entre les deux recours tient à ce que le recours de pleine juridiction concerne seulement des actes individuels » (J.-P. NEGRIN, Préface de la thèse de B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2000, p. 11). Seul le juge de l'excès de pouvoir connaît d'actes réglementaires par voie d'action.

1878 Voir CE, Sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barrena, Lebon* p. 9, concl. B. GENEVOIS.

1879 Ainsi, les demandeurs peuvent produire, à l'appui de leur recours et lors de la procédure de référé tout élément portant sur des faits existant au moment où l'administration a pris sa décision : « dès lors qu'ils portent sur *des faits antérieurs aux décisions administratives critiquées*, des éléments peuvent utilement être produits devant le juge pour y être contradictoirement débattus, alors même que l'administration n'en avait pas eu connaissance avant de prendre ces décisions » (CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146). A l'inverse, le juge ne peut tenir compte d'éléments intervenus postérieurement à la prise de décision. Voir par exemple CE, ord. 2 mai 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, n° 292910, mentionnée au recueil *Lebon* : le juge affirme, à propos de la décision de réadmission d'un demandeur d'asile vers

Certes, un dernier critère pourrait rentrer en ligne de compte dans la détermination de la nature de cette procédure, à savoir : celui du caractère objectif ou subjectif du contentieux en cause. Néanmoins, ce critère est inadéquat en matière de référé-liberté¹⁸⁸⁰, du fait du caractère mixte de cette procédure. D'un côté, comme l'affirme M. Etchegaray, le juge saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 est « un juge de l'excès de pouvoir, puisqu'il s'agit bien ici de rechercher une illégalité »¹⁸⁸¹. D'un autre côté, celui-ci statue sur l'existence de droits subjectifs, formalisés par l'exigence d'une atteinte aux libertés fondamentales. Il statue sur une question de légalité objective mais en relation avec un droit subjectif.

455. En application des règles habituelles de la procédure administrative contentieuse, le pouvoir de décision du juge du référé-liberté doit s'exercer dans la limites des conclusions du requérant. En pratique, néanmoins, il apparaît que le juge bénéficie d'une marge de liberté importante par rapport aux termes de la requête.

Il a été jugé, au titre de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, « que, même lorsqu'il se prononce dans une matière relevant du plein contentieux, le juge des référés ne peut statuer que dans la limite des conclusions qui lui sont soumises »¹⁸⁸². Dans cette affaire, le juge du premier degré avait d'abord rejeté la demande de suspension introduite par les requérants ; il avait ensuite adressé une injonction à titre principal à l'administration et ordonné diverses mesures d'expertises sur le fondement des articles R. 521-3 et R. 532-1 du code de justice administrative. Saisi d'un pourvoi, le juge de cassation annule l'ordonnance du premier juge, en lui reprochant d'avoir statué au-delà des termes de la requête. On doit toutefois observer qu'en l'espèce, l'annulation de la décision se justifiait avant tout par la circonstance que le juge avait ordonné des mesures ne relevant pas de son office. En effet, aux termes de l'article L. 521-1 du code, le juge peut seulement « ordonner la suspension de l'exécution » d'une décision ; son pouvoir est strictement limité par cette disposition. Même saisi d'une demande en ce sens, il ne saurait, en toute hypothèse, ni adresser d'injonction à titre principal ni ordonner des mesures d'expertise. Malgré la formulation générale du considérant, il n'est donc pas certain que la solution retenue soit exactement transposable au référé-liberté, et puisse s'appliquer avec toute sa rigueur dans le cadre de l'article L. 521-2, qui reconnaît au juge non pas un pouvoir prédéterminé mais le pouvoir d'« ordonner toutes mesures nécessaires ».

un autre Etat européen, « que si la mesure d'éloignement frappant la jeune Patimat aura pour effet d'interrompre sa scolarité dans une école maternelle, celle-ci avait commencé à une date postérieure à la décision du préfet de Loire-Atlantique du 12 janvier 2006 prescrivant la remise de la requérante et de sa fille aux autorités allemandes ». Par suite, dans une logique d'excès de pouvoir, cet élément ne peut être pris en compte par le juge des référés pour apprécier la légalité de la décision contestée.

1880 Et, semble-t-il, au-delà : voir F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 212, 2001, p. 165 et s.

1881 J.-R. ETCHEGARAY, « La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ? », *Constr. urb.* 2001, chron. n° 1, p. 8.

1882 CE, 29 juillet 2002, Ministre de l'équipement, du transport et du logement c/ Clerissi et autres, *Lebon T.* p. 867.

En pratique, le juge du référé-liberté ne s'est jamais prononcé sur la question. Le juge des référés du Conseil d'Etat n'a jamais reproché à un juge du premier degré statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 d'avoir méconnu cette exigence. Les auteurs estiment que le juge est¹⁸⁸³ ou devrait être¹⁸⁸⁴ entièrement libre de définir les mesures nécessaires. Au regard de la jurisprudence rendue sur ce fondement, on doit considérer que le juge du référé-liberté ne peut prononcer une mesure qui serait manifestement dépourvue de tout lien avec les conclusions du requérant. En revanche, il lui est loisible de sélectionner, dans le cadre dessiné par celles-ci, la mesure qui lui paraît la mieux adaptée à l'objectif poursuivi. Notamment, il peut aller au-delà ou rester en deçà des conclusions présentées par le requérant.

Lorsque les conclusions sont formulées en des termes très généraux¹⁸⁸⁵, le requérant laisse au juge le soin de déterminer lui-même et entièrement les mesures de sauvegarde nécessaires. Ainsi dans l'arrêt *Vast*, le requérant demandait au juge des référés de prononcer en urgence toutes mesures de nature à mettre un terme aux agissements litigieux. Les conclusions étaient larges. Le Conseil d'Etat va suspendre l'exécution de la note à l'origine de l'atteinte et enjoindre à l'autorité administrative de donner aux services compétents toutes instructions pour qu'il soit immédiatement mis fin à son application¹⁸⁸⁶.

Même lorsque les conclusions sont précises, le juge se reconnaît le pouvoir de s'en écarter afin de substituer à la mesure sollicitée par le requérant une mesure qui peut être soit moins rigoureuse, soit plus rigoureuse. Ainsi, lorsque le requérant sollicite le prononcé d'une injonction qui excède la compétence du juge des référés, le juge peut, d'office, remplacer la mesure sollicitée par une mesure de celles qu'il peut légalement prononcer. Dans une ordonnance du 17 mars 2006, le juge affirme qu'il y a lieu d'enjoindre au ministre de l'Intérieur, « non de délivrer le titre de séjour sollicité par le requérant ce qui excéderait la compétence du juge des référés, mais de procéder à un réexamen de la demande d'admission au séjour de M. Saidov au vu des motifs de la présente ordonnance dans un délai de huit jours à compter de sa notification »¹⁸⁸⁷. En l'espèce, le juge a d'office retenu une mesure différente de celle sollicitée par le

1883 Voir *Pratique du contentieux administratif* Dalloz (octobre 2002), n° 290-435 : le juge des référés « détermine les mesures appropriées pour assurer la sauvegarde de la liberté fondamentale en cause ».

1884 Commentant le dispositif de la loi du 30 juin 2000, Mme Rouault affirmait : « Il serait bon que le juge administratif dispose (...) d'un pouvoir souverain quant au choix des mesures appropriées » (M.-C. ROUAULT, « La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif », *D.* 2001, p. 401). Pour sa part, M. Faure estime que l'on peut douter que la jurisprudence applicable à l'article L. 521-1 interdisant de statuer *ultra petita* s'applique à l'article L. 521-2 « car, érigé en gardien des libertés fondamentales, le juge du référé-liberté devrait être laissé libre d'adopter toute décision indispensable à leur protection » (B. FAURE, « Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 57).

1885 Le juge du référé-liberté admet la recevabilité des conclusions formulées de manière relativement générale pourvu que ces dernières présentent un degré de compréhension suffisant. Il en va de même sur le fondement de la loi du 8 février 1995 : les conclusions d'injonction doivent être précises (CE, 7 avril 1995, *Grekos, Lebon* p. 159) mais elles n'ont pas nécessairement à indiquer la nature des mesures propres à y satisfaire (CE, Sect., 26 mars 1999, *Société Hertz France, RFDA* 1999, p. 977, note D. POUYAUD).

1886 CE, 9 avril 2004, *Vast, Lebon* p. 173.

1887 CE, ord. 17 mars 2006, *Saidov*, n° 291214.

demandeur¹⁸⁸⁸. Cette démarche lui permet de sauver de l'irrecevabilité des conclusions excédant la compétence du juge des référés. Il est également loisible au juge d'aller au-delà des termes de la requête en prononçant une mesure qui, non expressément sollicitée par le requérant, s'inscrit néanmoins dans le cadre dessiné par celles-ci. Ainsi, dans l'affaire *FN IFOREL* du 19 août 2002¹⁸⁸⁹, le juge des référés était saisi de deux séries de conclusions. Les requérants demandaient tout d'abord la suspension des effets des lettres par lesquelles l'autorité administrative refusait à la société Impérial Palace, gestionnaire du centre de congrès de la ville, la tenue de l'université d'été du Front national dans cette salle. Ils présentaient ensuite des conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de « retirer » l'interdiction faite à la société Impérial palace d'accepter la tenue dans ses locaux de l'université d'été. Les conditions d'octroi étant satisfaites, le juge des référés suspend les effets des lettres attaquées et assortit cette mesure d'une injonction de ne pas faire obstacle à l'exécution du contrat de réservation conclu entre l'IFOREL et la société Impérial palace. Cette injonction, non sollicitée par les requérants mais s'inscrivant dans le prolongement de leurs conclusions, traduit la marge de liberté dont dispose le juge dans l'interprétation de celles-ci. De même, dans l'affaire *Hadda*, le requérant demandait au juge des référés d'une part d'ordonner la suspension de la décision de refus d'enregistrement de sa demande d'asile territorial, d'autre part d'enjoindre au préfet d'instruire la demande d'asile et de délivrer le récépissé de la demande prévu par le décret du 23 juin 1998. Le Conseil d'Etat va, tout en respectant l'esprit général de ces conclusions, ordonner une mesure plus précise que celles précisément sollicitées par le requérant. Il ne suspend pas la décision attaquée mais enjoint au préfet de procéder à l'enregistrement du dossier de demande d'asile territorial de M. Hadda dès que ce dernier, qui devra en être informé par le préfet dans les 48 heures suivant la notification de l'ordonnance, se présentera dans les services de la préfecture¹⁸⁹⁰.

Ainsi, le pouvoir du juge du référé-liberté est très étendu ; il apparaît même dépourvu de limite à la lecture de l'article L. 521-2. Le Conseil d'Etat refuse toutefois de considérer comme illimité le pouvoir qui lui est reconnu sur ce fondement. Appliquant à cette procédure les dispositions de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, il interdit au juge des référés de prendre des mesures autres que provisoires.

II. L'EXIGENCE DU CARACTÈRE PROVISOIRE DES MESURES ORDONNÉES

456. La jurisprudence relative à la force temporelle des mesures susceptibles d'être ordonnées est longtemps demeurée ambiguë en matière de référé-liberté. D'un côté,

1888 Lorsque le requérant reformule ses conclusions lors de l'audience, le juge en fait état dans les motifs ou dans les visas de sa décision. Voir *supra*, § 432.

1889 CE, ord. 19 août 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311.

1890 CE, 15 février 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45.

le juge des référés du Conseil d'Etat s'est autorisé, dès les premières applications de cette procédure, à ordonner des mesures ne présentant pas un caractère provisoire. D'un autre côté, le même juge affirmait, de manière constante, l'irrecevabilité des conclusions tendant au prononcé de mesures autres que provisoires. Mettant fin à cette situation insatisfaisante, le juge des référés du Conseil d'Etat a, dans une importante ordonnance du 30 mars 2007, procédé à une clarification des principes applicables¹⁸⁹¹. La solution retenue conduit à distinguer deux situations pour déterminer l'étendue des pouvoirs du juge du référé-liberté et, plus précisément, la force temporelle des mesures susceptibles d'être ordonnées. Lorsque le prononcé d'une mesure provisoire suffit à faire disparaître les effets d'une atteinte, le juge ne peut prononcer qu'une mesure de cette nature. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque le prononcé d'une mesure provisoire ne suffira pas à mettre un terme aux effets d'une atteinte, le juge des référés « peut enjoindre à la personne qui en est l'auteur de prendre toute disposition de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause ». Érigée en principe, l'exigence du caractère provisoire des mesures prescrites présente, en matière de référé-liberté, la particularité d'être assortie d'un tempérament lorsque les circonstances le justifient.

A. Une exigence érigée en principe

457. Lorsque le prononcé d'une mesure provisoire apparaît de nature à mettre fin à l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale, le juge voit son pouvoir limité. En effet, dans une telle hypothèse, il est tenu de ne prononcer qu'une mesure provisoire et ne peut par conséquent prononcer de mesure définitive. Dans cette situation, les conclusions tendant au prononcé d'une mesure non provisoire doivent être rejetées par le juge des référés comme irrecevables. Le Conseil d'Etat fait découler cette exigence de l'article L. 511-1 du code de justice administrative. Ouvrant le livre V du code de justice administrative dans sa partie législative, l'article L. 511-1 énonce que « Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal (...) ». Cette disposition, directement inspirée de l'article 484 du nouveau code de procédure civile¹⁸⁹², exprime l'idée selon laquelle « le référé est une procédure du provisoire, du conservatoire »¹⁸⁹³.

Cela étant, comme l'a fait remarquer Roger Perrot, il est « frappant de constater que nulle part dans la loi on ne trouve une définition de la décision ou de la mesure provisoire, comme si le provisoire était un accident de la vie juridique que l'on renonce à définir à défaut de pouvoir le maîtriser »¹⁸⁹⁴. Dans une première approche, « on est tenté

1891 CE, ord. 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053, publiée au recueil *Lebon, Dr. adm.* 2007, comm. n° 90, note F. MELLERAY ; *LPA* 6 août 2007, n° 156, pp. 22-30, note O. LE BOT.

1892 « L'ordonnance de référé est une décision provisoire (...) dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».

1893 D. LABETOULLE, « L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003 », *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1, p. 7.

1894 R. PERROT, « Du « provisoire » au « définitif » », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 447.

de solliciter le temps et de voir dans la décision provisoire celle qui est limitée dans la durée, par opposition au jugement définitif qui, lui, s'inscrit dans l'éternité »¹⁸⁹⁵. Toutefois, comme l'a souligné Jacques Normand, cette voie doit être écartée dans la mesure où le « temporaire » ne correspond pas nécessairement au « provisoire »¹⁸⁹⁶. En réalité, en droit judiciaire privé comme en contentieux administratif, la mesure provisoire est celle qui présente un caractère *réversible*¹⁸⁹⁷, celle qui peut être remise en cause en dehors des voies de recours, tant par le juge du fond éventuellement appelé à statuer – et qui n'est pas lié par la solution juridique donnée en référé – que par le juge des référés lui-même qui, sur saisine de toute personne intéressée, peut revenir sur sa propre décision en cas d'« élément nouveau » (article L. 521-4 du code de justice administrative) ou de « circonstance nouvelle » (article 488 du nouveau code de procédure civile). En ce sens, « la décision provisoire est celle qui, en marge des voies de recours, peut toujours être révisée, modifiée ou rétractée par l'effet d'une autre décision ; celle qui, en un mot, est exposée à tous les vents contraires »¹⁸⁹⁸. Toutefois, pour que la mesure prononcée présente bel et bien un caractère réversible, il est nécessaire que la possibilité de remise en cause de la décision ne soit pas seulement virtuelle mais réellement effective. Cela suppose, par conséquent, que le litige ne s'éteigne pas par le seul prononcé de cette décision.

Au regard de cette définition, constitue par exemple une mesure provisoire – que peut ordonner le juge des référés – la suspension de l'exécution d'une décision administrative contre laquelle un recours au fond est engagé¹⁸⁹⁹. En effet, une telle mesure pourra réellement être remise en cause, tant par le juge du fond que par le juge des référés si une personne intéressée fait valoir devant celui-ci un élément nouveau. De même, présente un caractère provisoire l'injonction adressée à une autorité administrative de rétablir le syndicat requérant dans les droits dont il bénéficiait antérieurement en lui restituant le local dont sa section syndicale disposait jusqu'alors, l'ensemble des biens et documents qui s'y trouvaient, ainsi que les décharges de service et autorisations d'absence attribuées à ses représentants. Aussi le juge de cassation censure-t-il pour erreur de droit le juge des référés qui a dénié tout caractère provisoire aux mesures sollicitées sans tenir compte de leur caractère réversible¹⁹⁰⁰.

458. En revanche, le juge ne peut ni annuler, ni réparer, ni prononcer toute autre mesure présentant un caractère définitif.

1895 R. PERROT, *op. cit.*, p. 447.

1896 J. NORMAND, *RTDciv* 1997, p. 499. Dans le même sens, M. Plessix relève que « Le provisoire ne doit pas être confondu avec le temporaire. Ce qui est provisoire, c'est ce qui n'est pas définitif, irrévocable. Le provisoire n'est pas l'antithèse du permanent ; il est plus proche de l'intérimaire que du temporaire, du transitoire que de l'éphémère » (B. PLESSIX, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », *RFDA* 2007, p. 77).

1897 Selon la formule du Conseil d'Etat, le caractère provisoire d'une mesure « s'apprécie au regard de l'objet et des effets des mesures en cause, en particulier de leur caractère réversible » (CE, 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, n° 298293, mentionnée au recueil *Lebon*).

1898 R. PERROT, *op. cit.*, p. 447-448.

1899 voir ainsi CE, 2 février 2004, *Abdallah, Lebon* p. 16.

1900 CE, 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, n° 298293, mentionnée au recueil *Lebon*.

En premier lieu, il n'entre pas dans ses pouvoirs de prononcer l'annulation d'une décision administrative. Ainsi, il ne saurait annuler la décision par laquelle un président d'Université refuse l'inscription du requérant à la préparation d'un diplôme d'étude approfondie¹⁹⁰¹, l'arrêté préfectoral portant extension-transformation d'une communauté de communes en communauté d'agglomération¹⁹⁰², l'arrêté ministériel prononçant la mise à la retraite d'office du requérant¹⁹⁰³ ou la décision refusant la réinscription d'un élève dans un lycée¹⁹⁰⁴.

En deuxième lieu, le juge ne saurait réparer le préjudice subi par la victime en raison d'une atteinte à ses libertés fondamentales¹⁹⁰⁵. La Cour de cassation interdit de même au juge civil des référés de réparer les conséquences dommageables d'une voie de fait¹⁹⁰⁶.

En troisième lieu, le juge des référés ne peut prononcer une injonction qui aurait des effets en tous points identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'administration d'une annulation contentieuse¹⁹⁰⁷. Cette hypothèse concerne en pratique uniquement les décisions opposant un refus à une demande de l'administré¹⁹⁰⁸ et, par extension les abstentions (qui se traduiraient également par un refus si l'administration

1901 CE, ord. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, *Lebon* p. 37. Voir également CE, ord. 29 octobre 2001, *SARL Objectif*, n° 239443.

1902 CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres*, *Lebon* p. 215.

1903 CE, ord. 11 juillet 2007, *Sanguin*, n° 307334.

1904 CE, ord. 11 août 2005, *Millan*, n° 283995. De même, le juge civil des référés ne saurait prononcer une annulation (voir par exemple, concernant la sanction disciplinaire infligée à un salarié : Soc. 5 mars 1987, *Bull. civ. V*, n° 110 ; Soc., 4 novembre 1988, *Bull. civ. V*, n° 568 ; Soc., 23 mars 1989, *Bull. civ. V*, n° 253).

1905 CE, ord. 29 octobre 2001, *SARL Objectif*, n° 239443 ; CE, ord. 2 avril 2003, *Gaiffe*, n° 255597 ; CE, ord. 15 octobre 2004, *Sabi*, n° 273110.

1906 Le juge du fond est seul compétent pour connaître du recours indemnitaire en cas de voie de fait, à l'exclusion du juge des référés (voir S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, pp. 113-114). De manière générale, le juge civil des référés n'est pas habilité à réparer un dommage en allouant des dommages-intérêts (Civ., 15 mars 1939, *GP* 1939, 1, p. 757).

1907 CE, ord. 10 avril 2001, *Merzouk*, *Lebon T.* p. 1135 ; CE, ord. 9 juillet 2001, *Boc*, n° 235696 ; CE, ord. 17 juillet 2003, *Syndicat de la magistrature*, n° 258494 ; CE, ord. 2 août 2002, *Chamouma*, n° 249189.

1908 Lorsque le ministre de l'Intérieur a refusé de communiquer à une personne le dossier la concernant détenu par les renseignements généraux, l'injonction de procéder à cette communication équivaudrait à une annulation de ce refus (CE, ord. 1^{er} mars 2001, *Paturol*, *Lebon T.* p. 1134). De même, si l'administration a refusé une inscription scolaire fautive, pour les parents, d'avoir produit de justification de domicile, le juge du référé-liberté ne peut ordonner à l'autorité administrative de procéder à cette inscription (CE, ord. 9 juillet 2001, *Boc*, n° 235696). Il ne peut davantage ordonner l'affectation d'un praticien hospitalier à un poste que le directeur d'établissement lui a refusé (CE, ord. 2 août 2002, *Chamouma*, n° 249189). Le juge ne peut enjoindre à l'administration de réinscrire le requérant sur la liste des experts en automobile alors que l'autorité compétente lui a refusé une telle réinscription (CE, ord. 15 décembre 2005, *Marcon*, *Lebon* p. 565). Il ne peut enjoindre à l'administration de délivrer au requérant un titre de séjour qui lui a été refusé (CE, ord. 10 avril 2001, *Merzouk*, *Lebon T.* p. 1135 ; CE, 8 août 2001, *Soares dos Santos*, n° 234589 ; CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p. 1132 ; CE, ord. 25 octobre 2004, *Ben Habbab et Dupré Habbab*, n° 273436 ; CE, ord. 23 novembre 2004, *Syndou*, n° 274368). En effet, lorsque l'autorité préfectorale a refusé à un ressortissant étranger de faire droit à sa demande de titre de séjour, l'injonction de lui délivrer un tel titre aurait un résultat analogue à une annulation de ce refus. De manière comparable, le juge ne peut ordonner le « retrait » du refus de délivrer une autorisation d'occupation temporaire du domaine

devait prendre position)¹⁹⁰⁹ et le retrait d'un avantage accordé au requérant à la suite d'une démarche préalable de celui-ci¹⁹¹⁰. Dans ces conditions, la véritable justification de la fin de non recevoir opposée au demandeur résulte, non pas des dispositions de l'article L. 511-1 mais plutôt du pouvoir d'appréciation dont dispose l'administration pour accéder ou non à la demande de l'administré dans un tel cas de figure. Autrement dit, le juge refuse d'ordonner à l'administration d'agir dans un sens déterminé au motif, tout simplement, que celle-ci ne se trouve pas tenue d'agir dans un sens déterminé. L'autorité administrative disposant d'un pouvoir d'appréciation quant au contenu de la décision à prendre, le juge peut seulement, dans une telle hypothèse, lui prescrire d'examiner ou de réexaminer la demande du requérant dans un délai déterminé. En d'autres termes, pour reprendre la distinction issue de la loi du 8 février 1995, le juge refuse de prescrire un type d'injonction relevant du champ de l'article L. 911-1 au motif que l'administration se trouve dans la situation correspondant à l'article L. 911-2. Deux éléments corroborent cette analyse. D'une part, le juge n'oppose pas de fin de non recevoir lorsque l'administration ne dispose pas de pouvoir d'appréciation et est tenue d'agir dans un sens déterminé. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'il ordonne à l'administration d'apporter le concours de la force publique alors qu'elle avait refusé d'apporter ce concours. La mesure ordonnée est indéniablement définitive ; elle comporte pour l'administration des effets en tous points identiques à une annulation de son refus ; néanmoins, le juge n'oppose aucune irrecevabilité. D'autre part, il ressort de la rédaction de certaines décisions que le juge des référés rattache expressément l'irrecevabilité des conclusions à la marge de liberté dont dispose l'administration pour refuser d'agir, c'est-à-dire au fait qu'elle ne soit pas tenue d'agir dans un sens déterminé. Par exemple, dans l'ordonnance *Allouache et autres*, le juge précise qu'il n'entre pas dans ses pouvoirs d'ordonner la suspension de l'état d'urgence car une telle mesure aurait « la même portée que l'obligation qui pèserait sur l'autorité administrative à la suite d'une décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux annulant le refus du Président de la République de mettre un terme à l'état d'urgence *au motif qu'il peut*

public car une telle injonction équivaudrait à une annulation dudit retrait (CE, ord. 2 juillet 2003, *Commune de Collioure, Lebon T.* p. 930).

1909 Ainsi, le juge ne peut enjoindre à l'administration de renouveler la carte nationale d'identité et le passeport du requérant lorsqu'aucune suite n'a été donnée à sa demande pendant plusieurs mois (CE, ord. 26 avril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon T.* p. 1034). De même, les conclusions présentées par le Syndicat de la magistrature, visant à ce qu'il soit ordonné au garde des Sceaux de désigner Mme Ben Hamida en qualité de représentante de ce syndicat au conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature, excèdent la compétence du juge des référés dans la mesure où elles tendent à faire prononcer par celui-ci « une injonction dont les effets seraient en tous points identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'autorité administrative de la décision par laquelle le juge de l'excès de pouvoir viendrait, le cas échéant, à annuler la décision refusant de désigner Mme Ben Hamida » (CE, ord. 17 juillet 2003, *Syndicat de la magistrature*, n° 258494).

1910 Par exemple, lorsque le préfet a reconnu à la requérante le droit d'obtenir, sous réserve des vérifications d'usage, le titre de séjour sollicité, l'injonction de lui délivrer ce titre aurait les mêmes effets que la mesure d'exécution que le préfet serait tenu de prendre en cas d'annulation pour excès de pouvoir du retrait illégal de cette décision. Il n'appartient dès lors pas au juge des référés, « même saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code », de prononcer une telle injonction (CE, ord. 14 février 2003, *Fouzi*, n° 254185).

légalement s'abstenir de prendre un décret en ce sens »¹⁹¹¹. Bien que la solution soit rattachée par le juge aux dispositions de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, sa seule et unique justification résulte de la compétence discrétionnaire dont bénéficie l'administration dans les hypothèses concernées. Même dans les procédures de droit commun, où les décisions rendues présentent un caractère juridiquement définitif, le juge ne peut jamais obliger l'administration à prendre une décision déterminée lorsqu'elle dispose d'un pouvoir d'appréciation. Dans un tel cas de figure, le juge peut seulement enjoindre à l'autorité compétente de réexaminer dans un délai déterminé la demande présentée par l'administré. Cette logique s'applique dans toutes les procédures et, notamment, en matière de référé-liberté, sans qu'il soit besoin d'en appeler aux dispositions de l'article L. 511-1 du code de justice administrative. Comme le juge du fond, le juge du référé-liberté ordonne à l'administration d'agir dans un sens déterminé lorsque celle-ci se trouve en situation de compétence liée face à la décision. Comme ce dernier, il prescrit à l'administration d'examiner ou de réexaminer la demande lorsque celle-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation¹⁹¹².

459. Quoiqu'il en soit, le juge du référé-liberté ne peut « en principe » – selon l'ordonnance *Ville de Lyon* – prononcer que des mesures provisoires. Cela étant, il résulte de cette même ordonnance que le pouvoir du juge des référés n'est limité qu'autant qu'une mesure provisoire suffit à faire disparaître les effets de l'atteinte. Le juge se trouve libéré de cette limite lorsqu'aucune mesure de cette nature ne permettra de faire cesser la situation liberticide.

B. Une exigence écartée en cas de nécessité

460. Lorsque seule une mesure non provisoire est de nature à venir à bout d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale, alors et alors seulement, le juge du référé-liberté se voit reconnaître la possibilité d'enjoindre à l'auteur de l'atteinte « de prendre toute disposition de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause »¹⁹¹³. Le recours à une telle injonction est admis uniquement lorsqu'aucune mesure de caractère provisoire n'est susceptible de faire disparaître les effets de l'atteinte. Dans une telle situation, les pouvoirs du juge sont renforcés : il peut ordonner à l'administration d'accomplir ou de réaliser tout ce qui est juridiquement et matériellement nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

Pour autant, le pouvoir du juge du référé-liberté n'est pas absolu dans une telle hypothèse. Dans l'ordonnance *Ville de Lyon*, le juge des référés du Conseil d'Etat se garde, à dessein, d'utiliser le terme « définitif » (par opposition à celui de « provisoire »). Si le juge du référé-liberté peut ordonner des mesures *non provisoires* (« non provisoires » au

1911 CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres, Lebon* p. 562.

1912 Lorsque le requérant demande qu'il soit ordonné à l'administration d'agir dans un sens déterminé alors que celle-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation, il suffit, pour lever l'irrecevabilité, de prescrire à l'autorité administrative de se prononcer sur la demande de l'administré dans un délai déterminé. Voir *supra*, § 455, l'ordonnance *Saidov*.

1913 Formule de l'ordonnance *Ville de Lyon* précitée.

sens où ces mesures vont vider le litige dans un délai très bref et rendre par conséquent improbable voire impossible toute possibilité de remise en cause), il ne peut pour autant prescrire de mesures *définitives* (c'est-à-dire de mesures d'annulation ou de réparation) car celles-ci font obstacle *juridiquement* – et non plus seulement en pratique – à toute possibilité de remise en cause de la décision juridictionnelle. Cette nuance, entre le « non provisoire » et le « définitif », est justifiée par l'existence de la procédure de réexamen de l'article L. 521-4 du code de justice administrative¹⁹¹⁴. En effet, la possibilité qu'a le juge des référés, saisi par toute personne intéressée, de modifier ou rapporter sa décision en cas d'élément nouveau, oblige à réputer provisoires – au moins sur le plan de la fiction juridique – les mesures ordonnées. Figurant dans le titre II du livre V du code de justice administrative, cette disposition s'applique, au moins virtuellement, au référé-liberté¹⁹¹⁵. Dans ces conditions, reconnaître un caractère juridiquement définitif aux mesures prises sur le fondement de l'article L. 521-2 serait incompatible avec le mécanisme de réexamen prévu à l'article L. 521-4. En toute hypothèse, une mesure non provisoire prononcée par le juge du référé-liberté – par exemple l'injonction de louer une salle municipale – demeure réputée provisoire sur le plan du droit¹⁹¹⁶.

461. Dans l'ordonnance *Ville de Lyon*, le juge des référés précise que l'absence d'effet utile d'une mesure provisoire peut *notamment* résulter de deux facteurs. Elle peut tout d'abord être due aux délais dans lesquels le juge est saisi. Il en va ainsi si la survenance de l'atteinte est imminente : dans une telle hypothèse, la décision modifiera immédiatement et définitivement la situation juridique, faisant disparaître l'objet du litige dans les jours sinon les heures suivant son prononcé. L'absence d'effet utile d'une mesure provisoire peut également provenir de la nature de l'atteinte portée à la liberté fondamentale, notamment lorsque cette atteinte résulte d'une interdiction dont les effets sont eux-mêmes provisoires ou limités dans le temps (par exemple un arrêté préfectoral interdisant la tenue d'une manifestation sur la voie publique).

462. Dans un tel cas de figure, le juge est affranchi de la limite figurant à l'article L. 511-1 et peut prononcer des mesures ne présentant pas un caractère provisoire. L'exemple de l'ordonnance *Ville de Lyon* est sur ce point significatif. Les faits qui se trouvent à l'origine de cette décision évoquent des affaires précédemment tranchées par le juge du référé-liberté concernant le refus de location de salles à des Témoins de Jéhovah¹⁹¹⁷. Par une décision implicite en date du 9 janvier 2007, l'association locale

1914 Sur ce mécanisme, voir *infra* §§ 520 et s.

1915 Même si, à ce jour, elle n'a donné lieu qu'à une seule application. Voir *infra* § 524.

1916 Il s'ensuit que dans l'hypothèse où un recours pour excès de pouvoir a été formé contre un refus de location de salle, le juge du principal reste tenu de statuer sur cette demande nonobstant le prononcé de l'injonction. Dès lors que le refus de mise à disposition de la salle n'a fait l'objet ni d'un retrait ni d'une abrogation à la suite de l'intervention du juge du référé-liberté, le juge de l'excès de pouvoir ne peut se fonder sur cette injonction pour opposer au requérant un non-lieu à statuer. Voir CAA Bordeaux, 27 décembre 2006, *Association Comité action Palestine*, AJDA 2007, pp. 1142-1145, note O. BUI-XUAN.

1917 Voir TA Rennes, ord. 11 février 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29 avril 2003, p. 12. Voir également, pour le refus de location du stade Charléty : TA Paris, ord.

pour le culte des Témoins de Jéhovah de Lyon Lafayette s'est vue refuser la mise à disposition de la salle municipale dont elle avait demandé la location pour le 2 avril 2007, de 18h30 à 22h30. Par une ordonnance du 15 mars 2007, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon fait droit aux conclusions de l'association fondées sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Dans la lignée de la jurisprudence *FN-IFOREL*¹⁹¹⁸, appliquée aux associations cultuelles des Témoins de Jéhovah dans les ordonnances précitées, le juge du premier degré regarde le refus de location de la salle municipale comme constitutif d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de réunion, la ville de Lyon ne faisant état d'aucune menace à l'ordre public, mais seulement de considérations générales relatives au caractère sectaire de l'association, ni d'aucun motif tiré des nécessités de l'administration des propriétés communales ou du fonctionnement des services. La condition d'urgence étant également satisfaite, le juge du référé-liberté ordonne les mesures de sauvegarde nécessaires, d'une part en suspendant l'exécution de la décision par laquelle le maire de Lyon a refusé de louer la salle municipale Victor Hugo à l'association requérante, d'autre part en enjoignant au maire de lui louer cette salle ou une salle équivalente pour la soirée du 2 avril 2007.

La ville de Lyon interjette appel de cette ordonnance. Elle soutient que le juge du premier degré a statué sur des conclusions irrecevables dès lors que l'injonction sollicitée ne présentait pas un caractère provisoire. Le juge d'appel va constater que les conditions permettant le prononcé d'une mesure non provisoire sont satisfaites en l'espèce. Il relève qu'en ordonnant au maire de Lyon de mettre à la disposition de l'association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah la salle municipale sollicitée, le premier juge « a enjoint à la ville de prendre une disposition qui n'avait pas de caractère provisoire ». Pour autant, cette injonction n'excède pas les pouvoirs du juge puisque, comme le précise l'ordonnance, « la nature de l'interdiction opposée à l'association et ses effets permettraient au juge des référés, pour sauvegarder la liberté de réunion dont il a décidé qu'il y était gravement porté atteinte de manière manifestement illégale, d'enjoindre au maire d'autoriser l'association à louer une salle municipale aux jour et heure qu'elle avait sollicités ». Par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon ne s'est pas prononcé sur des conclusions irrecevables et n'a pas méconnu la portée des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

Le juge des référés du Conseil d'Etat a fait une seconde application de cette jurisprudence dans une ordonnance du 9 juillet 2007, *Commune du Port*¹⁹¹⁹. En méconnaissance de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et du décret n° 85-397 du 3 avril 1985 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique territoriale, la commune du Port a refusé de mettre un local distinct à la disposition du Syndicat autonome de la fonction publique territoriale. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés du premier degré enjoint d'attribuer un local distinct

13 mai 2004, *Association cultuelle des témoins de Jéhovah de France et autres*, *AJDA* 2004, pp. 1597-1599, note G. GONZALEZ.

1918 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

1919 CE, ord. 9 juillet 2007, *Commune du Port*, n° 307046.

à ce syndicat dans un délai d'un mois. La commune relève appel de cette décision. Elle affirme que la mesure ordonnée par le juge des référés revêt un caractère définitif alors que, selon elle, seule une mesure provisoire pouvait être ordonnée sur ce fondement. Le juge des référés du Conseil d'Etat écarte cet argument. Certes, la mesure prescrite ne présente pas un caractère provisoire. Pour autant, elle n'excède pas les pouvoirs du juge du référé-liberté dès lors qu'aucune mesure de cette nature ne pouvait faire cesser de manière effective l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale. Le juge d'appel souligne qu'au regard des circonstances de l'affaire, « l'injonction faite à la commune de mettre un local à la disposition du syndicat dans le délai d'un mois constituait la seule mesure propre à sauvegarder la liberté syndicale à laquelle il était ainsi porté atteinte ». Par suite, « le juge des référés ne s'est pas prononcé sur des conclusions irrecevables et n'a pas méconnu la portée des dispositions des articles L. 511-1 et L. 521-2, desquelles il résulte que si les mesures ordonnées par le juge des référés doivent avoir en principe un caractère provisoire, il en va autrement pour les mesures qui sont seules de nature à faire disparaître une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, telle que la liberté syndicale ».

463. Au-delà des considérations pratiques, quelles raisons permettent de fonder juridiquement sinon la mise à l'écart, du moins l'adaptation des dispositions de l'article L. 511-1 du code de justice administrative en matière de référé-liberté ?

La première justification envisageable repose sur le texte même de l'article L. 521-2, qui permet au juge d'ordonner *toutes* mesures nécessaires. Avant même que le Conseil d'Etat ne consente, par l'ordonnance *Ville de Lyon*, à ouvrir une brèche dans le principe du caractère provisoire des mesures prescrites, MM. Bourrel et Gourdou déclaraient qu'« En dépit de la formulation générale de l'article L. 511-1 du CJA, on peut trouver assez paradoxal d'appliquer la condition du caractère provisoire des mesures prononcées au juge du référé-liberté, lequel est habilité, par le libellé même de l'article L. 521-2 du CJA qui l'institue, à « ordonner toutes mesures nécessaires » »¹⁹²⁰. Les auteurs en déduisaient qu'« A l'instar du référé précontractuel (...), il faudrait sans doute s'affranchir ici de la condition formelle de « mesures provisoires » »¹⁹²¹. A elle seule toutefois, la formule « toutes mesures nécessaires » ne nous paraît pas suffisante pour justifier la mise à l'écart pure et simple de l'article L. 511-1. En effet, en l'absence de hiérarchisation normative entre les deux dispositions, le juge ne peut écarter l'une au profit de l'autre mais doit opter pour une interprétation conciliatrice. Or, dans cette configuration particulière, la conciliation des deux textes conduirait à autoriser le juge des référés à ordonner toutes mesures *provisaires* nécessaires.

La seconde justification résulte du constat d'une certaine inadaptation des prévisions générales de l'article L. 511-1 à la procédure particulière du référé-liberté. Les dispositions de cet article, sa philosophie et son but ne conviennent pas tout à fait au référé-liberté. Envisagé dans son ensemble, et à la lumière des considérations qui ont justifié son édicton, l'article L. 511-1 n'est pas parfaitement adapté au référé-liberté ni vérita-

1920 A. BOURREL et J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 86. Souligné.

1921 A. BOURREL et J. GOURDOU, *op. cit.* p. 87. Souligné.

blement conçu pour s'appliquer à cette procédure. En effet, l'article L. 511-1 formule deux règles différentes en posant d'une part l'interdiction pour le juge des référés de prononcer des mesures définitives, d'autre part l'interdiction pour ce dernier de statuer au principal. Bien que distinctes, ces deux propositions n'en sont pas moins étroitement liées¹⁹²². Chacune n'existe et n'a de sens que dans sa relation à l'autre. Aucune de ces deux propositions ne peut se lire indépendamment de l'autre. Parce qu'il n'est pas saisi du principal, le juge des référés ne saurait prononcer de mesures définitives¹⁹²³. Inversement, parce qu'il prononce des mesures strictement provisoires, il ne doit pas être saisi du principal¹⁹²⁴. Si l'une des interdictions est levée, l'autre n'a plus lieu d'être. Il en résulte que l'interdiction des mesures définitives énoncée à l'article L. 511-1 doit être réservée aux procédures dans lesquelles le juge n'est pas amené à trancher le fond du droit. Tant que le juge des référés laisse intact la question de la légalité de l'acte, il est naturel qu'il ne puisse prendre de mesures définitives et soit soumis à l'exigence du caractère provisoire des mesures prises. En revanche, dès l'instant où il exerce l'office d'un juge du fond, dès lors qu'il est amené à statuer au principal, l'une des propositions de l'article L. 511-1 disparaît, et avec elle l'exigence du caractère provisoire des mesures ordonnées.

La procédure de l'article L. 521-1 répond à la première des propositions de l'article L. 511-1 : le juge du référé-suspension ne statue pas au principal. Par conséquent, il est naturel que lui soit appliquée la seconde proposition : l'interdiction d'ordonner des mesures définitives. En effet, le juge n'appréhende pas le fond du droit dans la mesure où son intervention est conditionnée par l'existence d'un doute sérieux sur la légalité

1922 Il avait été relevé, sous l'état du droit antérieur, que l'interdiction de porter préjudice au principal et le caractère provisoire de l'ordonnance de référé constituaient les « deux faces d'une même situation juridique » (J. PONELLE, *Le référé en cours d'instance*, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 261, cité par Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 429). Le lien qui unit ces deux notions est si fort qu'elles se trouvent fréquemment assimilées. Pour nombre d'auteurs, une décision n'est provisoire qu'autant que le juge ne se prononce pas sur le fond du droit. Ainsi, M. Frances avait déclaré qu'une décision ne serait pas provisoire si le juge des référés était amené à « trancher provisoirement la question de fond » (M. FRANCES, *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé*, Librairie du recueil Sirey, 1935, p. 48). Etablissant une corrélation directe entre les deux éléments, M. Lacabarats affirme : « Le caractère provisoire de la décision est une donnée fondamentale du référé : le juge des référés ne tranche pas le fond du litige » (A. LACABARATS, « Le référé », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, p. 222). Le même lien se retrouve sous la plume de M. Strickler, déclarant que « Lorsqu'il statue, le juge des référés se prononce *par provision*, par précaution. Il ne tranche pas le fond du droit (...) » (Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. XXII. Souligné).

1923 Le caractère provisoire de la mesure se présente comme une conséquence de l'interdiction faite au juge de statuer au principal. Conformément à ce principe, un juge qui ne tranche pas le fond du droit ne saurait prononcer de mesures définitives. Le définitif est une propriété qui s'attache et doit être réservé aux décisions par lesquelles le juge statue sur le fond du droit.

1924 L'interdiction de statuer au principal est la conséquence du caractère provisoire des mesures ordonnées. Le juge des référés, « en raison du caractère provisoire de l'ordonnance de référé, n'est pas habilité en principe à statuer sur le fond du droit » (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} éd., Litec, 1998, p. 22). « Juge du provisoire, le juge des référés n'a pas à dire le droit. Juge du provisoire, le juge des référés ne crée rien de définitif et ne devrait, par voie de conséquence, appréhender le fond » (Y. STRICKLER, « Réflexions sur le référé judiciaire. « Retour sur le provisoire » », in *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, p. 74. Souligné).

de la décision attaquée. La loi n'exige qu'une apparence ou une vraisemblance d'illégalité. Le juge du référé-suspension ne statue pas au principal. Dès lors, les mesures prises sur ce fondement doivent logiquement être soumises à l'exigence du caractère provisoire. On observe, plus généralement, que le provisoire est la règle pour les procédures accessoires dont l'objet est d'aménager la situation des parties dans l'attente d'un jugement au fond. Comme l'expliquait M. Debbasch, « L'instance annexe ne doit pas empiéter sur l'instance principale. Il en résulte que le juge compétent à raison de l'urgence n'aura aucune des deux prérogatives juridictionnelles qu'il possède lors du jugement de l'instance principale. Il ne pourra ordonner que des mesures provisoires, son jugement sera dénué, en conséquence de toute autorité de la chose jugée. Il ne pourra, d'autre part, préjudicier, en aucune façon, la solution de l'instance principale »¹⁹²⁵. En droit, l'application de l'article L. 511-1 à la procédure du référé-suspension est donc justifiée. Qu'en est-il pour le référé-liberté, instance autonome dans laquelle le juge statue sur une illégalité manifeste ?

Sous l'état du droit antérieur, l'interdiction de faire préjudice au principal s'entendait de l'impossibilité pour le juge des référés de connaître du fond du droit. Selon le commissaire du gouvernement Grévisse, préjudicé au principal toute mesure « qui implique une prise de position sur une question touchant au fond du droit ou qui, par son objet, porte sur le fond du droit »¹⁹²⁶. De même en matière civile, « L'interdiction de préjuger du principal était entendue dans le sens de l'interdiction de juger le fond du droit »¹⁹²⁷. La portée de la nouvelle formule, qui abandonne la référence au « préjudice » au principal¹⁹²⁸, est sensiblement la même que la précédente. Elle signifie que le juge des référés « n'est pas habilité en principe à statuer sur le fond du droit »¹⁹²⁹. Il en résulte qu'un juge statue au principal lorsqu'il est amené à trancher le fond du droit. Dès lors qu'il se prononce sur le fond de la prétention qui lui est soumise, ou qu'il établit l'illégalité de l'acte ou du comportement attaqué, le juge statue au principal. Or, l'article L. 521-2 formule l'exigence d'une atteinte « manifestement » illégale portée à une liberté fondamentale. Ce faisant, la loi amène le juge du référé-liberté à rechercher

1925 C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 38, 1962, p. 308.

1926 Concl. GREVISSE sur CE, Sect., 14 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, AJDA 1958, II, p. 186. Ainsi, « Pour le juge administratif, fait (...) préjudicé au principal toute décision qui dit le droit » (M.-R. TERCINET, *L'acte conservatoire en droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 132, 1979, p. 172). Ne pas préjudicé au principal, pour le juge des référés, c'est ne « trancher en aucune manière le fond du litige. (...) Le procès doit rester entier » (C. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 309). L'interdiction de faire préjudicé au principal implique « que le juge ne prenne parti sur aucune question de droit » (B. LASSERRE et J.-M. DELARUE, *chron. sous CE, Sect.*, 9 décembre 1983, *Ville de Paris*, AJDA 1984, p. 84).

1927 Y. STICKLER, thèse préc., p. 55. En application de cette règle, la Cour de cassation rappelait régulièrement « qu'il n'appartient pas à la juridiction des référés de juger le fond du droit » (voir par exemple Com. 5 juin 1972, *SARL Milupa c/ SA Laboratoires Glayo*, Bull. civ. IV, n° 175).

1928 Sur les raisons ayant justifié le changement de formule, voir P. ESTOUP, *op. cit.*, p. 21.

1929 P. ESTOUP, *op. cit.*, p. 22. Voir par exemple Com. 6 mars 1985, cité par Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 518 : selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, ce n'est que « dans la mesure où il n'est pas amené à prendre parti sur l'existence des droits revendiqués que les juges appelés à connaître du fond du litige auraient à apprécier » que le juge des référés peut appliquer purement et simplement une convention.

et, le cas échéant, à constater l'existence d'une illégalité manifeste. Le contrôle de cette condition, si elle s'avère satisfaite, conduit nécessairement le juge à statuer au principal. En constatant la violation avérée et certaine d'une norme juridique par un acte ou un comportement administratif, le juge appréhende le fond du droit ; il apprécie, au fond, la légalité de la situation litigieuse. Comme l'affirment MM. Chahid-Nourai et Lahami-Depinay, « en ce qui concerne le référé-libertés fondamentales (...) la décision à rendre préjudicie au principal, dès lors qu'il est demandé au juge de constater que la décision querrellée est manifestement illégale »¹⁹³⁰. De même, M. Ricci observe que le juge du référé-liberté « tranche le principal »¹⁹³¹. Dans la mesure où la première proposition de l'article L. 511-1 n'est pas satisfaite, il paraît discutable d'appliquer pleinement cette disposition – et la limite qu'elle contient quant au caractère provisoire des mesures prescrites – à la procédure de l'article L. 521-2.

464. Par delà les fondements de cette jurisprudence, il convient d'observer qu'au final, la solution retenue préserve, sur le plan des principes, la fiction du caractère provisoire des mesures de référé. D'une part, elle fait obstacle au prononcé des mesures définitives que sont l'annulation et la réparation. Selon la formule jurisprudentielle, les dispositions de l'article L. 521-2 ont seulement pour objet de permettre au juge des référés de « *paralyser* les effets d'une décision administrative ou d'un agissement de l'administration »¹⁹³². D'autre part, ce caractère provisoire – ou du moins non définitif – rend possible, au moins potentiellement, la mise en œuvre du mécanisme de l'article L. 521-4 du code de justice administrative.

Tel qu'il est mis en œuvre dans le cadre de cette procédure, ce principe ne bride pas de façon substantielle le pouvoir du juge du référé-liberté tant celui-ci est défini largement par le texte de l'article L. 521-2. En pratique, le juge intervient selon deux modalités distinctes pour mettre fin aux agissements qui lui sont soumis sur ce fondement.

SECTION 2. DEUX MODALITÉS D'INTERVENTION

465. Par le passé, la doctrine avait pu dénoncer le décalage qui existait entre l'étendue de l'arsenal juridictionnel dont s'était doté le Conseil d'Etat et l'usage timoré qu'il en faisait bien souvent. Par la voie de son Huron savant, le professeur Rivero déplorait « que les flèches qu'il sait si bien tailler pour les lancer contre l'arbitraire sortent rarement de leur carquois, et que ses tomahawks, aiguisés avec soin, restent à sa ceinture

1930 N. CHAHID-NOURAI et C. LAHAMI-DEPINAY, « L'urgence devant le juge administratif : premières applications des articles L. 521-1 et L. 521-2 nouveaux du Code de justice administrative », *LPA* 12 février 2001, n° 30, p. 14.

1931 J.-C. RICCI, « Quels référés pour quels pouvoirs ? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension », *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3096.

1932 CE, ord. 18 mars 2005, *M. Ali A., Lebon* p. 122 ; CE, ord. 13 juillet 2005, *Bagachev*, n° 283207.

plus souvent qu'ils ne sifflent dans l'air »¹⁹³³. D'autres auteurs avaient également relevé et dénoncé la retenue dont faisait preuve le juge administratif lorsqu'il s'agissait de prononcer des mesures contraignantes à l'encontre de l'administration. Achille Mestre faisait ainsi remarquer que, « volontairement, le Conseil d'Etat n'utilise pas tous les pouvoirs qui sont l'apanage de la fonction juridictionnelle et n'assure pas la pleine efficacité des moyens de contrôle dont il peut disposer »¹⁹³⁴. Afin d'éviter qu'un tel phénomène ne se reproduise sous le régime de la loi du 30 juin 2000, le juge des référés a été fermement invité à utiliser sans retenue ses nouveaux pouvoirs. Avant l'entrée en vigueur de la réforme, le ministre de la Justice affirmait que les procédures des référés-suspension et liberté « ne seront de nature à améliorer l'efficacité du juge administratif qu'à condition qu'il ne soit pas timide et qu'il n'ait pas une conception restrictive de ses pouvoirs »¹⁹³⁵. Après la mise en application de de la loi du 30 juin 2000, le Conseil d'Etat s'est fait l'écho de ces préoccupations en affirmant, dans le rapport public de 2003, que le juge des référés ne devait pas hésiter « à faire usage sans témérité de ses pouvoirs »¹⁹³⁶. Ainsi invité à un usage décomplexé de ses pouvoirs, le juge du référé-liberté a pleinement exploité les potentialités de cet instrument.

466. Dans le cadre de l'article L. 521-2, il cherche et retient la solution qui, au regard de ses effets concrets, sera à même de faire cesser l'atteinte à une liberté fondamentale. Il utilise de manière souple et réaliste les prérogatives qui lui sont attribuées. En pratique, l'intervention du juge pour mettre fin à une atteinte prend deux formes différentes. Par la persuasion ou la dissuasion, le juge peut tout d'abord amener l'administration à donner d'elle-même satisfaction au requérant. C'est l'autorité administrative, qui en raison de la seule intervention ou menace d'intervention du juge des référés, va mettre fin à la situation litigieuse. A défaut, lorsque le juge ne peut amener l'administration à revenir d'elle-même sur sa position, il prononce une mesure contraignante à son encontre. Les hypothèses dans lesquelles le requérant obtient satisfaction se partagent, dans des proportions égales, entre ces deux modalités : 5 % des demandes se règlent de façon favorable au demandeur sans prononcé d'une mesure, 5 % à la suite du prononcé d'une mesure¹⁹³⁷. Ces deux modalités d'intervention expriment et traduisent le rôle de décideur du juge du référé-liberté.

1933 J. RIVERO, « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », *EDCE* 1979-1980, p. 28.

1934 A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, coll. BDP, t. 116, 1974, p. 81.

1935 E. GUIGOU, « Clôture du colloque » du 2^{ème} centenaire du Conseil d'Etat, *RA* 2000, numéro spécial 3, p. 214.

1936 CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2003*, *EDCE* n° 54, p. 452.

1937 Ce qui porte à 10 % les cas dans lesquels le demandeur en référé-liberté obtient satisfaction. Ce chiffre, relativement bas, s'explique essentiellement par la rigueur des conditions d'octroi. Doit également être pris en compte le nombre de demandes fantaisistes semble-t-il plus élevé que dans les autres procédures juridictionnelles.

I. L'INTERVENTION PERSUASIVE OU DISSUASIVE DU JUGE DES RÉFÉRÉS

467. La saisine du juge des référés et, éventuellement, les échanges qui se déroulent en audience de cabinet, ont parfois pour effet que l'administration agit sans attendre l'ordonnance de référé et prive ainsi d'objet les conclusions présentées. Un rapprochement entre les parties peut également conduire au désistement du demandeur qui, ayant obtenu gain de cause, renonce à son recours. Ainsi, pour peu que les conditions exigées par l'article L. 521-2 soient satisfaites d'une manière probable – à défaut l'administration sera réticente à revenir d'elle-même sur sa position –, le demandeur en référé-liberté pourra obtenir satisfaction sans que le juge n'ait à prononcer la moindre mesure. Le règlement non contentieux du litige se traduit alors par l'extinction de l'objet du litige résultant, selon les cas, d'un désistement dont le juge va donner acte, ou d'un non-lieu à statuer qu'il lui appartient de constater. Les cas dans lesquels le requérant obtient satisfaction sans qu'aucune mesure ne soit prononcée résultent ainsi de l'intervention effective ou de la simple menace d'intervention du juge du référé-liberté.

A. Satisfaction avant l'audience : le rôle dissuasif du juge

468. Le requérant peut tout d'abord obtenir la cessation de l'atteinte par la seule menace d'intervention du juge du référé-liberté. En effet, lorsque l'administration est convoquée à une audience publique au titre du référé-liberté, cela signifie que la demande n'a pas été écartée au stade du tri préalable. Pour le juge, le litige présente un caractère sérieux ; la demande n'a pas été regardée comme manifestement mal fondée. Par conséquent, la personne publique court un certain risque à persévérer dans son comportement. Alertée par cette convocation, elle sait qu'il est encore temps pour elle de revenir en arrière. Aussi, à une possible censure infligée par le juge du référé-liberté, l'administration poursuivie sur le fondement de l'article L. 521-2 préférera parfois revenir d'elle-même sur la décision ou le comportement qui a donné lieu à la saisine. Il est incontestable, en effet, qu'une censure prononcée par le juge du référé-liberté revêt une connotation morale. Une condamnation pour atteinte aux libertés fondamentales expose un responsable politique local au risque d'une exploitation politique et médiatique de la décision. Plus généralement, une telle sentence peut ternir l'image d'une collectivité publique ou de ses dirigeants. Dès lors, il est parfois préférable pour un responsable politique ou administratif de revenir – assez tôt – sur sa position plutôt que de subir l'opprobre qui s'attache à une condamnation prononcée sur ce fondement. L'effet dissuasif de la sanction juridictionnelle se révèle ainsi particulièrement efficace en ce domaine¹⁹³⁸. Pour le demandeur, la saisine du juge, et la crainte que la sanction

1938 L'effet dissuasif peut également se révéler efficace dans d'autres contentieux. Par exemple, lorsque l'issue d'un recours apparaît incertaine pour l'administration fiscale, celle-ci préférera parfois donner satisfaction au demandeur-contribuable, plutôt que de courir le risque d'une mauvaise jurisprudence susceptible de donner naissance à un contentieux important et coûteux. La menace d'une interven-

provoque chez l'administrateur suffisent à obtenir satisfaction. L'administration s'exécute d'elle-même sans que le juge n'ait à prescrire la moindre mesure. Si l'administration prend des mesures qui ont exactement la même portée que celles demandées en référé, les conclusions du requérant deviennent sans objet et le juge prononce le non-lieu à statuer.

469. L'effet dissuasif du référé-liberté s'est manifesté dès les premières applications de la procédure avec l'ordonnance *Hyacinthe* du 12 janvier 2001¹⁹³⁹. La requérante, ressortissante haïtienne, n'avait pu revendiquer le bénéfice du statut de réfugié en raison du refus des services de la préfecture de lui remettre le formulaire nécessaire à la présentation d'une telle demande. Le juge du premier degré avait rejeté par la procédure de tri ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'autorité préfectorale de fournir le formulaire nécessaire, d'examiner son dossier et de lui délivrer une autorisation provisoire de séjour. Mme Hyacinthe relève appel de cette décision devant le juge des référés du Conseil d'Etat¹⁹⁴⁰. Le jour même de l'introduction de la requête, le ministère de l'Intérieur enjoint au préfet de la Seine-Saint-Denis d'enregistrer la demande d'asile présentée par Mme Hyacinthe, l'accomplissement de cette formalité emportant de plein droit son admission provisoire au séjour. Ainsi, dans cette affaire, la convocation à l'audience publique a suffi à amener l'autorité administrative à réformer son comportement. Le juge constate que les mesures prises par l'administration « rendent sans objet le prononcé des injonctions sollicitées par la requérante » et constate qu'il n'y a pas lieu par conséquent de statuer sur la demande. De même, dans une affaire *Aubert*, les requérants avaient en vain demandé à l'autorité administrative une autorisation de regroupement familial visant à permettre la venue en France des enfants de Mme Aubert nés d'une précédente union. Par ordonnance du 2 août 2006, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille rejete la demande présentée

tion du juge peut jouer un rôle tout aussi efficace dans le contentieux du contrôle administratif des actes des collectivités territoriales. Cinq ans après les lois de décentralisation, désistements et non-lieu représentaient environ 40 % de ce contentieux, soit une part importante de celui-ci. Comme l'a expliqué le président Chabanol, « La majeure partie des désistements étant commandée par le retrait de l'acte déféré, on peut conclure de ce pourcentage anormalement élevé que la collectivité a renoncé, dans deux affaires sur cinq, à sa position initiale avant réelle intervention du juge, qui a donc joué, comme lors de la phase précontentieuse, un rôle de menace entre les mains du représentant de l'Etat, menace efficace mais non effective » (D. CHABANOL, « Les contrôles. La jurisprudence administrative », *AJDA* 1987, p. 185). Sur ce thème, voir J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *Etudes offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, pp. 457-469 ; *ID.*, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 675-685.

1939 CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12. Voir, relatant les péripéties rencontrées par la requérante : S. ZAPPI, « Le ministère de l'Intérieur condamné pour entrave au droit d'asile », *Le Monde* 16 janvier 2001, p. 11. Cet article illustre la mauvaise presse qu'est susceptible de provoquer pour l'administration une condamnation par le juge du référé-liberté.

1940 Celui-ci acceptera de statuer sur la demande. En principe, il aurait dû, en application de l'article L. 523 al. 1 du code de justice administrative, requalifier la demande d'appel en un pourvoi en cassation et la transmettre à une formation collégiale (voir, dans un tel cas de figure : CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108). Pour justifier néanmoins son intervention, le juge des référés affirme « que la décision de non-lieu à statuer (...) dispense d'apprécier la recevabilité de la requête (...) ».

par les requérants sur le fondement de l'article L. 521-2 visant à prescrire à l'administration la délivrance de l'autorisation. Le lendemain de l'introduction de la requête d'appel, le préfet des Bouches-du-Rhône se prononce favorablement sur la demande de regroupement familial¹⁹⁴¹.

Les mesures peuvent également être prises avant le tenue de l'audience et portées à la connaissance du requérant à l'occasion de celle-ci, comme dans l'ordonnance *Moussa* du 25 avril 2005. En l'espèce, l'administration avait refusé le droit au séjour provisoire à un ressortissant étranger souhaitant solliciter la reconnaissance de la qualité de réfugié. Le juge du premier degré ayant rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit enjoint au préfet de lui délivrer une autorisation provisoire de séjour, l'intéressé relève appel de cette décision le 21 avril 2005. Par un mémoire en date du 22 avril 2005, l'administration conclut d'abord au rejet de la requête. Mais, au cours de l'audience, les représentants du ministre de l'Intérieur font savoir que des instructions ont été données par l'administration centrale aux services de la préfecture du Gard à l'effet de permettre au requérant de faire enregistrer sa demande d'asile et de se voir délivrer une autorisation provisoire de séjour. Le juge des référés du Conseil d'Etat affirme « que, dans ces conditions, ainsi d'ailleurs qu'en a convenu le conseil du requérant, il n'y a lieu (...) de statuer sur les conclusions de la requête »¹⁹⁴². Dans certains cas, un simple engagement de l'administration, non encore suivi d'effets, peut suffire au prononcé du non-lieu à statuer¹⁹⁴³.

470. Précisons que cet effet dissuasif trouve également à s'appliquer lorsque le juge des référés du Conseil d'Etat statue en premier et dernier ressort. En particulier, de nombreuses applications sont à relever dans le contentieux des refus de visas. Postérieurement à l'introduction de la requête, et après que le juge ait convoqué les parties à une audience publique, le visa demandé est délivré par le consulat au requérant sur

1941 CE, ord. 21 août 2006, *Aubert*, n° 296570. Pour une application similaire, concernant la délivrance au requérant d'un récépissé du dépôt de sa demande de titre de séjour, voir CE, ord. 27 octobre 2006, *Nkouka*, n° 298319.

1942 CE, ord. 25 avril 2005, *Moussa*, n° 279827. La référence à la position du conseil du requérant a ici son importance. Dans une affaire aux circonstances proches, le ministre de l'intérieur avait, avant la tenue de l'audience, enjoint à l'administration préfectorale d'enregistrer la demande d'asile territorial du requérant dès que ce dernier se présenterait à nouveau à la préfecture. Le Conseil d'Etat avait considéré que faute pour l'administration d'avoir informé l'intéressé de cette démarche, et donc de l'avoir mis en mesure d'obtenir cet enregistrement, sa requête n'était pas devenue sans objet (CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45). Le juge apprécie donc au regard de l'ensemble des données de l'espèce et, le cas échéant, de la position du requérant si le litige conserve un objet.

1943 Voir par exemple CE, ord. 2 mai 2006, *Merzouki*, n° 292803. En première instance, le requérant demandait au juge des référés du tribunal administratif de Paris d'enjoindre au préfet de lui restituer sans délai son passeport et son permis de conduire. Le juge du premier degré ayant rejeté sa demande, le requérant porte l'affaire devant le juge d'appel du référé-liberté. Celui-ci relève que, postérieurement à la saisine du juge des référés du tribunal administratif de Paris, il a été indiqué au conseil du requérant que l'administration était disposée à lui restituer les documents. Des indications dans le même sens ont été confirmées tant au cours de la procédure écrite qu'au cours de l'audience devant le Conseil d'Etat. Dans ces conditions, le litige est devenu sans objet en ce qui concerne la restitution du passeport et du permis de conduire du requérant. Voir, dans le même sens, CE, 12 juillet 2006, *Grorud*, n° 295022 (pour une délivrance de passeport).

injonction du ministre des affaires étrangères¹⁹⁴⁴. Cet effet a également pu jouer dans des hypothèses de refus de titre de séjour¹⁹⁴⁵ ou de retraits de tels documents¹⁹⁴⁶.

471. La peur de la sanction apparaît ainsi efficace en ce domaine : l'engagement du recours, et la convocation de l'administration à l'audience conduisent celle-ci à accorder au demandeur la mesure sollicitée en référé. Les cas dans lesquels le requérant obtient satisfaction sans qu'une mesure ne soit prononcée recouvrent également une seconde hypothèse, liée celle-ci à l'intervention effective du juge au cours de l'audience publique.

B. Satisfaction au cours de l'audience : le rôle persuasif et conciliateur du juge

472. Dans ce cas de figure, ce n'est plus la peur du juge qui amène l'administration à modifier son comportement mais ses qualités d'écoute, de dialogue et d'apaisement. A l'image d'un juge de paix, le juge des référés va amener les parties à discuter, à prendre ou reprendre le dialogue, à se rapprocher afin de parvenir à un terrain d'entente¹⁹⁴⁷.

Il procède ainsi à une *conciliation*, l'expression étant ici entendue au sens commun. *Stricto sensu*, en effet, telle qu'elle nous vient du droit privé, la conciliation se présente comme une transaction au sens de l'article 2044 du code civil – une convention par laquelle les parties consentent à des concessions réciproques pour mettre fin au litige qui les oppose. Envisagée ici au sens large, la notion de conciliation exprime l'idée qu'un tiers va tenter, lors d'une audition des parties, de faire converger des intérêts en présence afin d'amener à un règlement non contentieux du différend qui les oppose. La

1944 Voir notamment : CE, ord. 17 décembre 2002, *Safi et Geslain*, n° 252520 ; CE, ord. 5 octobre 2004, *El Boukbari*, n° 272833 ; CE, ord. 29 octobre 2004, *Ben Habhab*, n° 273612 ; CE, ord. 25 février 2005, *Akue*, n° 277848 ; CE, ord. 25 mars 2005, *Soumbou*, n° 278823 ; CE, ord. 28 juin 2005, *Kondombo*, n° 281827 ; CE, ord. 17 octobre 2005, *Laiguillon-Zairi*, n° 286075 ; CE, ord. 17 février 2006, *Idrissa Boubou*, n° 290172 ; CE, ord. 4 août 2006, *Laksiba*, n° 296042.

1945 Voir par exemple CE, 29 juillet 2002, *Stojanovic*, n° 246835.

1946 Voir CE, ord. 21 octobre 2003, *Monkolot*, n° 261061. Mlle Monkolot, ressortissante de la République démocratique du Congo, s'est vue délivrer par les autorités françaises, le 2 janvier 2003, une carte de réfugiée et un titre de voyage valable du 18 juin 2003 au 17 juin 2005. Alors qu'elle avait effectué un voyage au Congo, la requérante a fait l'objet à Brazzaville d'un contrôle d'authentification des documents qu'elle présentait à l'aéroport. L'ambassade de France a, pour les besoins de ce contrôle, retenu son certificat de réfugiée, son titre de voyage et son récépissé de demande de carte de séjour. Estimant qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de faire valoir le droit de revenir en France que lui confère le statut de réfugié, Mlle Monkolot a saisi le juge des référés du Conseil d'Etat sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Au cours de l'instruction de la requête en référé, l'ambassade de France à Brazzaville, après avoir reçu les renseignements demandés à fin d'authentification à la préfecture du Val-d'Oise, a restitué à la requérante son certificat de réfugiée, son titre de voyage et son récépissé de demande de carte de séjour.

1947 Voir, défendant avec conviction cette approche du métier de juge, B. STIRN, « Juridiction et jurisprudence administratives : le temps du mouvement », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Topper, Economica*, 2006, pp. 939-950 ; *ID.*, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 795-801.

mise en œuvre et l'aboutissement de la conciliation se présente de façon non formelle. D'une part, elle ne se matérialise pas nécessairement par un non-lieu à statuer ni un désistement. D'autre part, elle peut intervenir – et intervient même le plus souvent – dans des hypothèses où le requérant ne satisfait pas aux conditions d'octroi de l'article L. 521-2. En ce cas, l'audience a permis de régler un différend, quand bien même celui-ci ne correspondait pas à la situation exceptionnelle pour laquelle est conçue le référé-liberté.

On pouvait penser, *a priori*, que le domaine des atteintes graves aux libertés fondamentales était un terrain parfaitement inadapté à l'organisation d'une conciliation entre les parties. Mais en réalité, il n'est nullement question de faire des arrangements avec la légalité ni de transiger avec le respect des libertés fondamentales. L'objet de la conciliation ne consiste pas à faire accepter au demandeur une atteinte – atténuée – à ses libertés fondamentales. L'objectif du rapprochement est de permettre aux parties de parvenir à un terrain d'entente. Même si les conditions d'octroi ne sont pas satisfaites, l'audience sera l'occasion d'un dialogue et d'un dénouement non contentieux du différend qui oppose les deux parties. La conciliation se présente ainsi, comme dans le référé civil, comme une « ultime tentative pour dénouer dans la sérénité une situation conflictuelle »¹⁹⁴⁸.

473. Par ses caractères, l'audience de référé constitue le cadre idoine pour opérer une conciliation¹⁹⁴⁹. Elle offre un espace souple et ouvert au dialogue, qui favorise la discussion directe entre les parties mais également entre les parties et le juge.

L'audience rend tout d'abord possible, grâce à la présence physique des parties et l'oralité, un dialogue direct entre les protagonistes. Cela suppose, d'une part, que les deux parties soient présentes. En effet, si l'une des parties n'est pas présente à l'audience, se bornant à renvoyer à ses conclusions, aucun dialogue ne pourra s'engager. En référé, la conciliation ne se fait jamais par le seul échange des mémoires écrits. La présence des parties à l'audience est une condition *sine qua non* d'une conciliation. Le président de Belleyme, père historique du référé, l'avait lui-même fait remarquer en affirmant que sans la comparution des parties en personne, « le président perdrait une occasion heureuse d'éteindre les procès par une conciliation »¹⁹⁵⁰. D'autre part, l'oralité favorise un dialogue en temps réel entre les parties. L'audience de cabinet peut se dérouler autour d'une table, les parties échangeant verbalement des arguments et discutant sans formalisme des pièces éventuellement exposées. L'audience devient, pour les parties,

1948 J. NORMAND, obs. in *RTDciv* 1981, p. 441.

1949 Comme l'avaient d'ailleurs pressenti certains auteurs dès les premières applications de la réforme du 30 juin 2000. Voir par exemple B. SEILLER, note sous TA Orléans, ord. 8 février 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *AJDA* 2001, pp. 500-504. L'auteur affirme notamment : « Comment ne pas espérer que ce débat soit l'occasion d'une conciliation opérée sous l'égide du juge des référés ? Ayant enfin la possibilité, comme son homologue judiciaire, d'entendre les parties, de les interroger, de prendre plus crûment conscience de leurs intérêts respectifs, il sera, spontanément ou non, incité à tenter de rapprocher leurs points de vue » (*op. cit.*, p. 503).

1950 L.-M. DE BELLEyme, Ordonnances sur requête et sur référé selon la Jurisprudence du Tribunal de première instance du département de la Seine, t. 2, 2^{ème} éd., Joubert, 1844, p. 35, cité par Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 368.

un espace d'écoute et de dialogue. Comme l'affirme M. Gentili, « l'oralité permet un dialogue (au sens littéral) d'où peut sortir une conciliation, même partielle »¹⁹⁵¹. Les parties peuvent se rendre compte, avec l'avancement des débats, qu'un rapprochement est envisageable. Il arrive que le requérant ne se soit pas fait comprendre dans les démarches entreprises auprès de l'autorité administrative, que les relations entre les deux parties se trouvaient en état de tension ou que l'administration prise par le temps n'ait pas été en mesure de traiter un dossier avec l'importance qu'il méritait. L'audience donne alors l'occasion aux protagonistes de discuter, de s'expliquer, et de comprendre éventuellement avec des pièces supplémentaires toutes les données du litige. L'audience est l'occasion d'un dialogue qui n'a pas toujours pu s'amorcer en amont.

Deuxièmement, elle permet, grâce à l'intervention du magistrat statuant seul, un dialogue direct entre le juge et les parties. Comme l'avait observé M. Perrot, « la recherche d'un dialogue direct ne se conçoit guère dans un cadre collégial, abstrait et impersonnel qui, par son inévitable solennité fait obstacle à une véritable confrontation »¹⁹⁵². La conciliation nécessite un « contact humain qui serait difficilement réalisable avec la collégialité »¹⁹⁵³. Or, le juge unique est, par nature, plus proche des justiciables que ne peut l'être une formation collégiale. C'est un « juge de terrain, de proximité et d'immédiateté »¹⁹⁵⁴. Statuant seul et sans solennité particulière, il est davantage enclin à faciliter, voire à rechercher une certaine proximité avec les justiciables. L'exposé des motifs du projet de loi sur les référés indiquait d'ailleurs vouloir, par le biais de l'oralité des débats, « favoriser le dialogue avec les justiciables ». Et effectivement, l'oralité modifie les rapports entre le juge et les parties, ainsi qu'entre les parties elles-mêmes : « On voit se transformer les relations des requérants avec leur juge, grâce à l'absence de formalisme des audiences de cabinet. Il arrive même que les rapports entre les parties antagonistes en soient modifiés, dans le sens d'une meilleure compréhension du point de vue de l'autre, à l'occasion de leurs échanges verbaux devant le juge des référés »¹⁹⁵⁵.

474. Ces éléments représentent les bases d'un rapprochement entre les parties lors de l'audience de référé¹⁹⁵⁶. Encore faut-il que le juge aient les qualités requises et que les parties soient disposées à trouver un terrain d'entente.

1951 C. GENTILI, « L'utilisation des écrits dans la procédure civile orale », *LPA* 7 septembre 2001, n° 179, p. 5.

1952 R. PERROT, « Le juge unique en droit français », *RIDC* 1977, p. 668.

1953 J. NORMAND, « Le juge unique en droit privé », Travaux du IX^e colloque des Instituts d'études judiciaires, Nice, 20-21 mai 1974, *Les juges uniques*, Centre d'études judiciaires, Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Nice, 1975, p. 12.

1954 B. PACTEAU, « Le juge unique dans les juridictions administratives. Le point de vue de la doctrine », *GP* 1998, 1, p. 180.

1955 R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les procédures d'urgence : premier bilan », *AJDA* 2002, p. 1.

1956 Le référé civil, organisé depuis longtemps conformément à ces principes, a vu se développer de manière considérable le recours à ce procédé. Courivaud faisait remarquer, il y a plus d'un siècle, que le référé offre au requérant « la possibilité de transactions souvent plus avantageuses que des procès » (F. COURIVAUD, *Des référés. Principes de compétence et de procédure*, Imprimerie Blais et Roy, 1900, p. 11). La conciliation est aujourd'hui une pratique courante devant le juge civil des référés. Celui-ci « participe à une concertation tendant le plus souvent possible à trouver un terrain d'entente » (J.-F.

Avant tout, il est indispensable que le juge unique dispose des qualités permettant d'établir les bases d'un dialogue et d'un rapprochement entre deux parties antagonistes. Cette tâche peut s'avérer difficile dans un contentieux où les enjeux peuvent être importants et les tensions très fortes. Aussi le juge des référés doit-il avoir de réelles qualités d'écoute et d'apaisement qui, seules, lui permettront d'engager les plaideurs dans la voie d'une conciliation. Pour parvenir à rapprocher les points de vue, ce dernier doit jouer un rôle actif lors de l'audience de référé : « en cette occasion le juge devient un participant et, dans la concertation, imagine une solution acceptable pour tous, il devient une sorte de catalyseur de la concorde »¹⁹⁵⁷. Le magistrat qui désire favoriser un rapprochement ne doit pas se cantonner à un rôle d'observateur lointain. Il doit s'engager, s'impliquer, ne pas être neutre, afin d'amener les parties au dialogue. S'efforçant de rechercher la volonté concordante des parties, le juge va éviter de siéger en écoutant passivement l'exposé des prétentions successives des parties. La résolution amiable du conflit qui oppose les plaideurs peut ne leur apparaître qu'au courant de l'instance ; c'est pourquoi l'écoute et les interventions du magistrat doivent être permanentes et constamment tournées vers la recherche d'une possibilité d'entente des parties. Certes, la tentative de conciliation représente toujours une faculté pour le juge. Mais très souvent, comme en atteste l'importance de sa réussite, le juge du référé-liberté va s'engager dans cette voie dès qu'il entrevoit la possibilité d'un règlement non contentieux du litige. Il rapproche alors les points de vue, et persuade l'administration de revenir sur sa décision.

Toutefois, le juge n'est pas le seul acteur de la conciliation. Pour qu'un rapprochement soit possible et réalisable, il faut également que les parties soient amènes au dialogue, que le demandeur ne soit pas crispé sur ses revendications et l'administration arc-boutée sur sa position. En pratique, on observe que les obstacles au dialogue résultent le plus souvent de l'attitude du requérant et non pas de l'administration défenderesse. Au cours de l'audience de référé, celle-ci n'hésite pas à reconnaître qu'elle a tort. Souhaitant agir dans la légalité, elle demande au juge des indications sur la marche à suivre, dans la présente espèce et à l'avenir. Parfois, les efforts de rapprochement du juge des référés se heurtent à l'attitude d'un requérant refusant le dialogue. Ainsi dans l'affaire *Kilicikesen*, les motifs de la décision montrent que le juge a recherché une entente entre les parties mais n'y est pas parvenu faute d'adhésion du requérant à cette démarche. Les deux parties se sont d'abord engagées sur la voie d'une compréhension mutuelle : « au cours de l'audience tenue le samedi 3 avril 2004 par le juge des référés du Conseil d'Etat, les deux parties sont convenues que la situation de fait actuelle ne devait pas se prolonger et que, sauf à engager une procédure disciplinaire si elle estimait que la tenue de l'enfant excédait les limites de la liberté d'expression des convictions religieuses, l'administration de l'éducation nationale devrait prendre toutes dispositions pour que la jeune Hilal soit admise dans les salles de cours ». Toutefois, les requérants n'ont pas souhaité poursuivre dans la voie du dialogue. Au cours de l'audience du 3 avril,

BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge des référés au regard des principes procéduraux », *D.* 1995, p. 67). Voir sur ce point : Y. STRICKLER, thèse précitée, p. 343 et s.
 1957 H. LE FOYER DE COSTIL, « Le vol d'aigle du juge des référés », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 343.

le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale a précisé façon détaillée les caractéristiques des tenues vestimentaires qui pourraient être regardées, dans les circonstances de l'espèce, comme justifiées par la liberté d'expression des convictions religieuses, acte qui témoigne d'une volonté de dialogue et d'ouverture de l'autorité administrative. L'administration a indiqué que sous réserve que ces modalités soient observées, la jeune Hillal pourrait suivre une scolarité normale. Néanmoins, les requérants ont fait connaître qu'ils persistaient dans leurs conclusions initiales. Le juge en conclut que l'instance engagée ne peut être regardée comme devenue sans objet. Les requérants ont sciemment rompu le dialogue et refusé de réagir aux indications données par l'administration. Au final, cette attitude les dessert puisque le document et les engagements donnés par l'administration sont appréciés par le juge sans avoir été discutés par les requérants. Le juge se fonde sur les assurances données par l'administration, et non discutées par les requérants, pour exclure l'atteinte illégale à une liberté fondamentale. Le juge souligne en effet qu'« il n'apparaît pas qu'à la date de la présente décision une atteinte illégale à une telle liberté puisse dans la présente espèce, *compte tenu des assurances et indications* données par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale, être relevée à l'encontre de l'Etat »¹⁹⁵⁸. De même, dans une espèce où les requérants critiquaient la lenteur de l'administration à instruire des demandes de visas, le juge tient compte des engagements donnés par l'administration au cours de l'audience pour exclure l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le juge des référés affirme que les conditions d'octroi ne peuvent être regardées comme satisfaites « compte tenu des conditions susrappelées dans lesquelles la demande de visas a été et se trouve toujours instruite et eu égard aux engagements pris par l'administration, lors de l'audience publique, d'achever cette instruction dans les meilleurs délais »¹⁹⁵⁹.

Le demandeur qui obtient satisfaction par ce biais n'a pas d'intérêt à poursuivre la procédure, comme l'illustre l'affaire *Le Garff*. Mme Le Garff et Mme Lopez, sa fille, ont saisi le juge des référés du tribunal administratif pour qu'il soit fait injonction au maire de la commune de faire droit à la demande qu'elles avaient présentée pour obtenir le transfert, au profit de Mme Le Garff, du permis de construire délivré à Mme Lopez. Lors de l'audience publique qui s'est tenue le 27 mars, le juge des référés, au vu des indications orales du représentant de la commune, transcrites au procès-verbal de l'audience et selon lesquelles satisfaction serait donnée à Mme Le Garff et à Mme Lopez, a différé la clôture de l'instruction jusqu'au 28 mars à 14 heures. Par télécopie adressée après l'audience le 27 mars, le maire a confirmé au juge des référés son accord pour prononcer le transfert. Il a également transmis un arrêté daté du même jour, signé d'un de ses adjoints et prononçant le transfert. Au vu de ces éléments, le juge des référés a, par ordonnance du 31 mars, décidé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions à fin d'injonction et de suspension présentées par les requérantes. Par acharnement procédural, les requérantes, qui avaient obtenu pleinement satisfaction devant le premier juge, ont néanmoins relevé appel de cette décision. N'apportant aucun élément de nature à remettre en cause le bien-fondé de l'ordonnance attaquée

1958 CE, ord. 7 avril 2004, *Kilicikesen, Lebon* p. 164, *JCP A* 2004, 1554, note E. TAWIL.

1959 CE, ord. 13 janvier 2006, *Rasamoelina*, n° 288434.

et présentant des conclusions tendant à ce que la commune soit condamnée à verser à Mme Le Garff une « provision de 1 000 euros à valoir sur les dommages-intérêts pour les tortures morales infligées », les requérantes se sont vues condamnées à une amende pour recours abusif¹⁹⁶⁰.

475. Il est important de relever que cette volonté de rapprochement et d'apaisement du juge du référé-liberté ne se limite pas aux hypothèses dans lesquelles les conditions d'octroi sont satisfaites. On observe même en pratique que ce mode de résolution des litiges recouvre, le plus souvent, les cas dans lesquels le demandeur ne justifie pas se trouver dans une situation exceptionnelle au sens de l'article L. 521-2 mais est néanmoins placé dans une situation anormale ou préjudiciable. Grâce à l'intervention du juge, l'administration fait preuve de bon vouloir afin de faciliter un règlement rapide de la difficulté auquel est exposée le requérant. Plusieurs espèces illustrent cet office de juge de paix assumé par le juge du référé-liberté.

Dans l'affaire *Ahamada et Saïd Abdallah*¹⁹⁶¹, les requérantes, de nationalité comorienne, avaient demandé au préfet de renouveler leur titre de séjour étudiant afin de pouvoir entreprendre une formation d'apprentissage. Le préfet leur oppose un refus, contesté par les intéressées sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Le juge du premier degré comme le juge d'appel refusent de faire droit à leur demande, en observant que le contrat d'apprentissage est, en vertu de l'article L. 117-1 du code du travail, un contrat de travail et que l'apprentissage nécessite donc un titre de séjour de salarié. Devant le juge des référés du Conseil d'Etat, le ministre de l'Intérieur a lui-même indiqué qu'il appartient en réalité aux requérantes de solliciter l'autorisation de travail et le titre de séjour de salarié qui correspond à leur projet de formation en apprentissage. Le juge des référés tire parti de la bonne volonté dont fait preuve l'administration en indiquant « qu'il incombera à l'autorité préfectorale, saisie de demandes en ce sens, de les examiner avec toute l'attention qu'elle méritent, eu égard à la présence en France depuis 1999 des deux jeunes requérantes, à leur bonne insertion et à la nature de leurs projets ». Le juge rappelle qu'il a été « précisé au cours de l'audience publique que les intéressées doivent solliciter une autorisation provisoire de séjour, que l'administration, qui s'abstiendra de toute mesure de reconduite à la frontière durant l'instruction de leurs demandes de titre de séjour, est prête à leur délivrer ». En conséquence, indique l'ordonnance, il y a lieu « d'inviter les requérantes à présenter dans les meilleurs délais des demandes d'autorisation provisoire de séjour et de titre de séjour en qualité de salarié que l'administration examinera dans les conditions qui viennent d'être indiquées ».

Dans l'affaire *Moussaoui*¹⁹⁶², le requérant n'avait pu rejoindre la France le 5 juin 2004 à l'issue d'un séjour en Tunisie, alors pourtant qu'il était titulaire d'une autorisation provisoire de séjour valable jusqu'au 8 juin 2004 ; il n'avait pu le faire ensuite, la demande de visa formulée auprès du consulat général de France ayant été rejetée. Le juge du référé-liberté rejette la demande formée contre le comportement du préfet de police

1960 CE, ord. 15 avril 2003, *Le Garff*, n° 256023.

1961 CE, ord. 25 juin 2003, *Ahamada et Saïd Abdallah*, n° 257835.

1962 CE, ord. 30 juillet 2004, *Moussaoui*, n° 270462.

au motif que les circonstances ayant empêché le retour du requérant sont imputables, l'une à la compagnie aérienne qui a refusé de l'embarquer, faute pour lui de présenter un « visa de retour » – document dont aucun texte ne prévoit pourtant la délivrance –, l'autre aux autorités consulaires. Néanmoins, et eu égard aux déboires rencontrés par le requérant, l'administration s'est déclarée prête, lors de l'audience publique, à accorder à celui-ci, à titre exceptionnel, une nouvelle autorisation provisoire de séjour. Au cours de l'audience, l'autorité administrative souligne que ce geste est justifié par la circonstance que le requérant avait le droit de regagner le territoire français jusqu'au 8 juin 2004 et par le fait qu'il aurait alors pu obtenir, compte tenu de sa situation, le renouvellement de son titre provisoire de séjour. Elle s'est déclarée prête à mentionner expressément sur cette autorisation que celle-ci autorise l'intéressé, durant toute la durée de validité de son titre, à quitter et à regagner le territoire français. Le juge estime « qu'il y a lieu, en conséquence, d'inviter le requérant à présenter une telle demande dans les meilleurs délais, que l'administration examinera avec toute l'attention qu'elle mérite ».

Dans une espèce où, faute pour une enfant mineure de disposer d'un visa ou d'un titre permettant l'entrée sur le territoire national, celle-ci se retrouve séparée de sa mère et placée en zone d'attente, le juge indique que son ordonnance, rejetant la demande en raison de l'absence d'illégalité manifeste, « ne fait cependant pas obstacle à ce que l'autorité administrative fasse usage, au vu des circonstances particulières de l'affaire telles qu'elle ont été mises en évidence lors de l'audience de référé, de son pouvoir de régulariser le séjour de ressortissants étrangers dans les conditions rappelées par l'avis du Conseil d'Etat du 22 août 1996 »¹⁹⁶³.

Dans une ordonnance du 29 septembre 2004, le juge affirme qu'en l'absence de circonstances de droit ou de fait nouvelles depuis l'intervention d'un arrêté de reconduite à la frontière, la personne qu'il vise ne peut utilement en contester la mise à exécution par la voie du référé-liberté. Le juge des référés rejette, de ce fait, la demande introduite sur le fondement de l'article L. 521-2. Il va néanmoins inviter les parties à trouver une solution ménageant l'intérêt général et l'intérêt du requérant. Dans cette espèce, le juge rappelle à l'administration qu'elle a toujours la possibilité de régulariser la situation d'un étranger en situation irrégulière. Il relève « qu'il a été indiqué, lors des débats oraux au cours de la séance publique, que l'autorité préfectorale examinerait dans les meilleurs délais la demande de régularisation présentée par [le requérant] et tiendrait notamment compte de ce que l'intéressé est marié avec une compatriote titulaire d'une carte de résident et qui exerce une activité professionnelle, de ce qu'un enfant est né en France de leur union le 13 février 2004 et de ce que [le requérant] n'a jamais par son comportement troublé l'ordre public ». Ses indications prennent une tournure nettement plus directive lorsque le juge – alors même qu'il rejette la demande formée par le requérant – indique dans le dispositif de sa décision que l'autorité administrative « examinera » la demande de régularisation de la situation du requérant « dans les

1963 CE, ord. 29 septembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

conditions rappelées par les motifs de la présente ordonnance »¹⁹⁶⁴. L'indicatif a ici le ton de l'impératif.

Dans l'affaire *Société SIMBB*, les requérants contestaient l'autorisation donnée par le préfet d'autoriser les agents de l'administration à pénétrer sur des propriétés privées afin de préparer un projet de tracé pour l'établissement de la servitude de passage prévu par l'article L. 160-6 du code de l'urbanisme¹⁹⁶⁵. Le juge conclut à l'absence d'illégalité manifeste et à l'absence d'atteinte grave au droit de propriété. Néanmoins, il relève « qu'ainsi que cela a été souligné au cours des débats tenus lors de l'audience publique, nul ne conteste qu'il y a lieu d'établir, pour les parcelles litigieuses, la servitude prévue par l'article L. 160-6 du code de l'urbanisme ; que si les caractéristiques de ces parcelles, closes de mur avant le 1^{er} janvier 1976 et qui comprennent, outre une maison d'habitation, une dépendance implantée en bordure immédiate de la mer, impliquent un tracé particulier, il revient le cas échéant aux propriétaires de proposer et en toute hypothèse à l'administration de déterminer, dans le respect des procédures définies dans le code de l'urbanisme, les modalités d'établissement de la servitude de nature à concilier au mieux les différents intérêts en présence ; que les mesures préliminaire dont l'arrêté du préfet du Finistère permet la réalisation sont de nature à éclairer les différentes éventualités qui peuvent être envisagées »¹⁹⁶⁶. Le juge pose ici les bases d'un dialogue futur entre les différents protagonistes. Ménageant tous les intérêts en cause, il indique à ces derniers la marche à suivre pour organiser l'établissement de la servitude.

476. Il est notable que, dans la moitié des espèces dans lesquelles le requérant obtient satisfaction, le juge des référés n'a pas eu à prononcer la moindre mesure pour faire cesser la situation litigieuse. Un nombre significatif de demandes se règlent ainsi de façon non contentieuse, tantôt avant l'audience publique, tantôt au cours de celle-ci. Le juge n'a rien à ordonner à l'administration. Le litige s'est certes réglé grâce à lui, grâce à son intervention – virtuelle ou effective – mais sans prononcé de mesure contraignante. Si l'administration ne consent pas à donner d'elle-même satisfaction au demandeur, des moyens contraignants seront mis en œuvre par le juge pour faire cesser l'atteinte portée à une liberté fondamentale.

II. LE PRONCÉ D'UNE MESURE CONTRAIGNANTE

477. La loi donne au juge des pouvoirs très étendus pour faire cesser l'atteinte à une liberté fondamentale, qui vont de la simple suspension au prononcé d'injonction

1964 CE, ord. 29 septembre 2004, *Préfet de la Marne, Lebon T.* p. 829.

1965 Cette disposition prévoit l'établissement d'une servitude de passage des piétons sur le long du littoral. Aux termes de cet article, « Les propriétés privées riveraines du domaine public maritime sont grevées sur une bande de trois mètres de largeur d'une servitude destinée à assurer exclusivement le passage des piétons ».

1966 CE, ord. 10 janvier 2005, *Société SIMBB et autres*, n° 276137.

à titre principal. La définition des mesures de sauvegarde nécessaires est adaptée à la particularité de chaque situation. Le juge s'en assure le respect par l'explication et l'autorité.

A. La sélection de la mesure de sauvegarde adéquate

478. Le juge dispose d'un large éventail de mesures pour faire cesser l'atteinte à une liberté fondamentale. Le choix de la mesure de sauvegarde adéquate obéit à deux préoccupations. Elle doit tout d'abord être adaptée à la situation particulière soumise au juge ; elle doit en outre être proportionnée à la gravité de l'atteinte. Les mesures décidées par le juge pour mettre fin à une atteinte peuvent épouser la forme d'une suspension d'exécution, d'un rejet sous réserve d'injonction, ou d'une injonction à titre principal.

1. La suspension d'exécution

479. Le juge des référés peut tout d'abord mettre fin à une atteinte en prononçant une mesure de suspension. En lui reconnaissant le pouvoir de prendre toutes mesures nécessaires, la loi a nécessairement entendu permettre au juge administratif des référés de suspendre l'exécution d'une décision administrative. La circonstance que l'article L. 521-1 organise une procédure spécifique de suspension n'a pas été regardée comme un obstacle à la reconnaissance de ce pouvoir au profit du juge du référé-liberté. Dans les premiers temps de la réforme, certains juges du premier degré avaient refusé de reconnaître ce pouvoir au juge du référé-liberté, considérant que le prononcé d'une telle mesure ressortissait de la compétence exclusive du juge du référé-suspension¹⁹⁶⁷. Néanmoins, le Conseil d'Etat a exclu en la matière l'application d'une exception de référé parallèle¹⁹⁶⁸. Le pouvoir de suspendre l'exécution d'une décision ne constitue pas un monopole du juge du référé-suspension. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-2, « le juge des référés peut prononcer la suspension de l'acte qui lui est déféré lorsqu'il estime que les conditions posées par ces dispositions sont réunies et que la suspension est nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale »¹⁹⁶⁹. Bien évidemment, le prononcé d'une mesure de suspension ne se conçoit qu'à l'encontre d'une *décision* administrative. Envisager sa mise en œuvre à l'encontre des comportements et agissements de la puissance publique n'aurait aucun sens car il est, en logique, impossible de suspendre l'exécution d'une action ou d'une abstention¹⁹⁷⁰.

480. Lorsque l'atteinte aux libertés fondamentales provient d'une décision administrative, le prononcé d'une mesure de suspension, assortie, le cas échéant, d'une in-

1967 Voir l'exemple caractéristique citée par E. PRADA-BORDENAVE *in* concl. sur CE, Sect., 23 novembre 2001, *Aberbri*, *RFDA* 2002, p. 335.

1968 Voir *supra*, § 373.

1969 CE, 4 février 2005, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales *c/* Rezai, n° 270407.

1970 Celles-ci peuvent seulement être combattues au moyen d'injonctions.

jonction d'exécution, s'avère le plus souvent une réponse pleinement satisfaisante pour remédier à la situation litigieuse. Encore faut-il distinguer selon que l'atteinte trouve sa source dans une décision positive ou une décision négative.

Si l'atteinte trouve sa source dans une décision positive, la suspension de ses effets suffit *ipso facto* à faire cesser l'atteinte. En neutralisant les effets de la décision qui se trouve à l'origine de l'atteinte, le juge met fin automatiquement à la situation d'atteinte provoquée par celle-ci. Dans l'affaire *FN IFOREL*, l'autorité administrative avait, par les lettres adressées à la société gestionnaire du centre des congrès, fait obstacle à l'exécution du contrat de location conclu entre celle-ci et l'IFOREL. En suspendant les effets de ces lettres, le juge met fin à l'impossibilité d'exécuter ce contrat et, par conséquent, à l'atteinte portée à la liberté de réunion¹⁹⁷¹. Lorque, par arrêté municipal, le maire d'une commune décide la fermeture au public d'un commerce de proximité, la suspension de cet arrêté est une mesure suffisante pour faire cesser l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre¹⁹⁷². En suspendant la décision du maire d'organiser certaines manifestations publiques dans l'église de la commune, le juge des référés s'oppose à une atteinte à la liberté du culte¹⁹⁷³. L'atteinte au droit de propriété est empêchée par la suspension de l'exécution des arrêtés du préfet de Mayotte portant reprise partielle de la propriété des requérants¹⁹⁷⁴ ou de l'arrêté municipal autorisant l'accès et le stationnement des tiers sur un chemin privé¹⁹⁷⁵. De même, la suspension des arrêtés portant réquisition de personnels grévistes suffit à mettre fin à l'atteinte au droit de grève¹⁹⁷⁶. Lorsque l'atteinte au secret de la correspondance trouve son origine dans une note adressée par le maire au service du courrier, la neutralisation des effets de cette note agit directement sur l'origine de l'atteinte¹⁹⁷⁷. La suspension de la décision prescrivant d'éloigner la requérante à destination de son pays d'origine ou de mettre à exécution un arrêté de reconduite à la frontière empêche, dans les circonstances de l'espèce, la survenance d'une atteinte à la liberté personnelle dans le premier cas¹⁹⁷⁸, au droit de mener une vie familiale normale dans le second¹⁹⁷⁹. Ainsi, la suspension d'exécution suffit en principe à faire cesser l'atteinte résultant d'une décision positive. Dans certains cas néanmoins, il peut s'avérer nécessaire d'assortir cette mesure du prononcé d'une injonction de faire ou de ne pas faire. D'une part, le juge peut ordonner à l'administration de tirer les conséquences de sa décision en prenant les mesures qu'implique son exécution¹⁹⁸⁰. Dans l'arrêt *Vast précité*, le Conseil d'Etat enjoint au maire de donner à ses services toutes instructions

1971 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

1972 CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931.

1973 CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386.

1974 CE, 2 février 2004, *Abdallah*, *Lebon* p. 16.

1975 CE, ord. 10 septembre 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

1976 CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres*, *Lebon* p. 497. Il est notable que le juge suspende ici non pas l'arrêté contesté par les requérants mais un arrêté édicté postérieurement à celui-ci (voir *supra*, § 383).

1977 CE, 9 avril 2004, *Vast*, *Lebon* p. 173.

1978 CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo*, *Lebon T.* p. 915.

1979 CE, ord. 21 février 2005, *Najemi*, n° 277520.

1980 Il est malaisé de distinguer, dans cette hypothèse, si le juge prononce une injonction d'exécution ou une injonction à titre principal dont les effets sont semblables à une injonction d'exécution.

pour qu'il soit immédiatement mis fin à la note litigieuse portant atteinte au secret de la correspondance et au libre exercice de leur mandat par les élus locaux. D'autre part, le juge du référé-liberté peut également, pour éviter que l'administration ne reprenne une mesure identique, lui adresser une injonction – à titre principal – de ne pas faire. Dans l'ordonnance *FN IFOREL* précitée, le juge enjoint à l'autorité administrative de ne pas faire obstacle à l'exécution du contrat de réservation conclu entre l'IFOREL et la société Impérial Palace¹⁹⁸¹. Si l'atteinte trouve sa source dans une décision négative, la suspension de son exécution ne suffit pas, par elle-même, à remédier à l'atteinte. Elle doit, pour produire effet, être assortie d'une injonction d'exécution, laquelle peut être prononcée d'office par le juge, c'est-à-dire sans même avoir été sollicitée par le requérant¹⁹⁸².

Le juge du référé-liberté peut opter pour une suspension totale ou partielle des effets de la décision litigieuse. La suspension partielle est limitée aux seules dispositions de la décision pour lesquelles les conditions d'octroi énoncées par l'article L. 521-2 sont satisfaites. Ainsi, dans l'affaire *Commune de Wingles*, la société requérante contestait un arrêté municipal restreignant la possibilité de circulation des véhicules transportant des matières dangereuses sur certaines voies de la commune. Le juge affirme que, prise dans son ensemble, cette décision ne porte pas une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. En revanche, l'application de cette décision à la rue de Meurchin, dans sa partie située hors de l'agglomération, porte une telle atteinte à une liberté fondamentale. Les conditions d'octroi n'étant satisfaites qu'à l'égard de cette portion de la voirie communale, le juge décide que l'arrêté municipal « n'est suspendu qu'en tant qu'il concerne la partie de la rue de Meurchin située hors de l'agglomération de Wingles »¹⁹⁸³.

2. Le rejet sous réserve

481. Une solution particulièrement innovante et originale a été mise en œuvre dans l'ordonnance *Tibéri* du 24 février 2001¹⁹⁸⁴. Dans cette décision, le juge des référés du Conseil d'Etat emploie « une formule inusuelle, sinon inédite »¹⁹⁸⁵, consistant à rejeter le recours « sous réserve » de l'adoption d'un certain comportement par l'administra-

1981 CE, ord. 19 août 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311. Voir dans le même sens, TA Paris, ord. 13 mai 2004, Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres, *AJDA* 2004, pp. 1597-1599, note G. GONZALEZ : le juge des référés suspend les décisions du maire de Paris refusant la mise à disposition du Stade Charléty à l'association culturelle des Témoins de Jéhovah, et lui enjoint de ne pas faire obstacle à l'exécution du contrat de location conclu entre la société d'exploitation du stade et cette association.

1982 Et cela conformément à la solution dégagée sur le fondement de l'article L. 521-1. En effet, le Conseil d'Etat a considéré que le juge du référé-suspension peut, « de sa propre initiative » assortir la mesure de suspension « de l'indication des obligations provisoires qui en découleront pour l'administration » (CE, 27 juillet 2001, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Vedel, Lebon* p. 416).

1983 CE, ord. 26 novembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

1984 CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85, *JCP G* 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU ; *D.* 2001, pp. 1748-1751, note R. GHEVONTIAN ; *RFDA* 2001, pp. 629-649, note B. MALIGNER ; *Com. com. électr.* 2001, comm. n° 51, obs. G. DECOCQ et A. LEPAGE.

1985 J.-L. D'HERVE, « L'urgence devant le juge administratif : premiers jalons », *Les cahiers juridiques* avril 2001, p. 24.

tion concernée. La capacité de décideur du juge administratif s'exprime pleinement dans cette décision, qui témoigne en même temps de son aptitude à imaginer et concevoir pour chaque problème une solution pratique et adaptée. Le requérant, qui n'avait pas été convié à un débat organisé par la chaîne télévisé Canal +, critiquait ce qu'il considérait comme une carence du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) à faire respecter le pluralisme sur ce média. Il demandait en conséquence au juge des référés « d'enjoindre au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'enjoindre à Canal + (...) soit d'élargir le débat télévisé projeté à l'ensemble des candidats têtes des listes représentées dans tous les arrondissements de Paris, soit de renoncer à tout débat (...) ».

482. Le juge rappelle tout d'abord, assez longuement, le droit applicable et les circonstances ayant donné lieu à la saisine. Il expose que la loi du 30 septembre 1986 a confié au CSA la mission de veiller au respect des principes définis à ses articles 1^{er} et 3, au nombre desquels figurent l'égalité de traitement et l'expression du pluralisme des courants de pensée et d'opinion. Aucune disposition de cette loi ne confère au CSA le pouvoir de se substituer aux services de communication audiovisuelle dans la définition et la mise en œuvre de leur politique éditoriale. Le juge des référés affirme « que le choix de Canal + d'organiser en période électorale des débats opposant deux candidats plutôt que d'autres formes d'émissions relève dans son principe de sa politique éditoriale ; qu'il incombe toutefois à cette chaîne de veiller à ce que ce choix n'entraîne pas une rupture du principe d'équité de traitement entre candidats ». Il expose ensuite les circonstances de l'espèce. Canal + a choisi d'organiser le 28 février 2001 un débat d'une heure entre M. Delanoë et M. Séguin, pris l'un et l'autre en tant que candidats à la mairie de Paris investis par les partis constituant les deux principales forces politiques nationales. Canal + a par ailleurs fait savoir, tant par divers courriers antérieurs à l'audience de référé qu'au cours de celle-ci, que M. Tibéri et M. Contassot pourraient s'exprimer le lendemain, au même horaire, soit dans un débat organisé selon les mêmes règles que celui de la veille, soit pour chacun d'entre eux séparément sous la forme d'un entretien de 15 minutes avec un journaliste de la chaîne.

Le juge des référés applique ces principes juridiques aux circonstances de l'espèce. Il relève que s'il ne contrevient, par lui-même, à aucune règle ni à aucun principe, le choix fait par Canal + d'organiser – avant le premier tour – un duel entre M. Delanoë et M. Séguin conduit en pratique « à des difficultés » pour assurer le respect du principe de l'équité de traitement des candidats. Il précise qu'en l'espèce ces difficultés sont accrues par le fait que M. Tibéri, s'il n'a pas reçu une investiture analogue à celles de M. Delanoë et M. Séguin, est le maire de Paris sortant, candidat à sa succession. En conséquence, affirme-t-il, « il est indispensable que le projet de « duel » entre M. Delanoë et M. Séguin soit assorti de la part de Canal + des propositions les plus propres à assurer un traitement équitable entre candidats ». Le juge des référés précise « qu'il incombe au Conseil supérieur de l'audiovisuel de contribuer dans le respect de ses pouvoirs à ce qu'il en soit ainsi ; qu'il lui reviendra notamment de rechercher si la proposition de Canal + consistant à proposer à M. Tibéri de s'exprimer pendant 15 minutes avec un journaliste assure un traitement équitable ou si un tel entretien ne doit pas être prévu pour une durée supérieure ».

Le juge rejette finalement le recours en l'assortissant d'une réserve très importante. Il affirme que si le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion est une liberté fondamentale, « la situation soumise en l'espèce au juge des référés ne saurait être regardée comme révélant « une atteinte manifestement illégale » à cette liberté ». Dès lors, « *et sous réserve de ce qui vient d'être dit quant au rôle qui incombera au Conseil supérieur de l'audiovisuel*, il y a lieu de rejeter la demande de M. Tibéri »¹⁹⁸⁶. Puisque l'une des conditions fait défaut, la demande du maire sortant tendant au prononcé d'une injonction au CSA est rejetée. Toutefois, la réserve émise dans le dispositif exige de « poursuivre, en liaison avec Canal +, la recherche des solutions appropriées à l'exigence d'un traitement équitable des candidats ». Pour les auteurs des *Grands arrêts*, « Cela revient à ordonner de rechercher ces solutions »¹⁹⁸⁷. L'injonction est latente ; elle ne produira ses effets que si les conditions de son déclenchement viennent à être satisfaites, autrement dit si le CSA ne se conforme pas aux réserves émises dans la décision. Le raisonnement se déroule ainsi en deux temps. Dans les motifs de l'ordonnance, le juge indique précisément au CSA le comportement qui doit être le sien pour agir dans le respect de la légalité et des libertés fondamentales¹⁹⁸⁸. Dans son dispositif, il fait comprendre au CSA que s'il ne se conforme pas à ces directives, l'atteinte manifestement illégale pourra être constatée et par voie de conséquence – en cas de saisine – l'injonction prononcée. Ce faisant, le juge des référés invite le requérant à se pourvoir de nouveau dans l'hypothèse où le CSA ne respecterait pas les conditions auxquelles a été subordonné le rejet de la requête. Selon M. d'Hervé, on peut voir dans cette formule « l'indication que la porte du juge reste ouverte »¹⁹⁸⁹. Dans le même sens, M. Ghévantian indique que « face à une nouvelle requête, le juge administratif se serait sans doute montré plus directif... »¹⁹⁹⁰. Il n'a pas eu à le faire, Canal + ayant finalement accepté de doubler le temps d'antenne initialement offert à M. Tibéri.

483. On doit néanmoins s'interroger sur les raisons de cette démarche dans les circonstances de l'espèce. Pourquoi ne pas avoir adressé directement une injonction au CSA plutôt que de retenir une solution qui aboutit à un résultat strictement identique mais par une voie détournée ? Pourquoi avoir simplement menacé de lui adresser une injonction au cas où il ne prendrait pas lui-même les mesures qui s'imposent ? Pour-

1986 La réserve est reprise dans le dispositif de l'ordonnance, à son article 1^{er} : « Sous réserve pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel de poursuivre, en liaison avec Canal +, la recherche des solutions appropriées à l'exigence d'un traitement équitable des candidats, la demande de M. Tibéri est rejetée ».

1987 *GAJA* n° 118, § 12. Dans le même sens, M. Maligner affirme que « S'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une injonction, cette formule y ressemble beaucoup » (B. MALIGNER, *op. cit.*, p. 644).

1988 Il lui appartient de veiller à ce que le choix éditorial de Canal plus « n'entraîne pas une rupture du principe d'équité de traitement entre candidats » (4^{ème} considérant). Il lui incombe « de contribuer dans le respect de ses pouvoirs à ce que » Canal + assortisse le projet de duel entre MM. Delanoë et Seguin « des propositions les plus propres à assurer un traitement équitable entre les candidats ». Il s'agit « notamment de rechercher si la proposition de Canal + consistant à proposer à M. Tibéri de s'exprimer pendant 15 minutes avec un journaliste assure un traitement équitable ou si un tel entretien ne doit pas être perçu pour une durée supérieure » (6^{ème} considérant).

1989 J.-L. D'HERVE, *op. cit.*, p. 24.

1990 R. GHEVONTIAN, *op. cit.*, p. 1751.

quoi menacer d'enjoindre, et opter pour un rejet conditionnel, en affirmant qu'il est possible d'enjoindre ?

On pourrait tout d'abord voir dans cette démarche une volonté de ménager la marge de liberté du CSA ; le juge des référés lui laisserait le soin de régler lui-même le problème mais sous son contrôle et selon ses directives très précises. Cela reviendrait à lui reconnaître une certaine marge d'initiative pour veiller plus activement au respect du pluralisme. La solution apparaîtrait ainsi plus respectueuse des prérogatives de l'institution que si le juge avait sommé le CSA d'exercer ses pouvoirs dans un sens déterminé. Elle respecte le pouvoir d'appréciation que la loi reconnaît à l'autorité administrative indépendante pour veiller au respect du pluralisme. Le juge des référés lui laisse une possibilité de s'acquitter plus efficacement des obligations qui sont les siennes. A défaut, l'atteinte manifestement illégale sera qualifiée, elle ne sera plus neutralisée, et l'injonction sera prononcée.

Toutefois, cette interprétation apparaît peu probable, et ce pour trois raisons. Tout d'abord, le comportement du CSA n'apparaissait pas manifestement illégal dans la mesure où les pouvoirs qui lui sont reconnus sont en réalité fort limités. Il peut adresser des recommandations et sanctionner les services de communication audiovisuelle en cas de manquement constaté à leurs obligations mais il n'entre pas dans ses pouvoirs d'adresser des injonctions *a priori* à ces services. Par conséquent, il ne pouvait lui être reproché de ne pas utiliser des pouvoirs qu'il ne détient pas. Ensuite, dans son principe même, on peut douter qu'il soit possible au juge, en présence d'une atteinte manifestement illégale, de « sauver » le comportement de l'administration et de s'abstenir de lui adresser une mesure de sauvegarde adéquate. Si une telle solution est couramment mise en œuvre dans le contentieux de la légalité et de la constitutionnalité¹⁹⁹¹,

1991 Le juge ajoute à l'acte contrôlé ce qui lui est nécessaire ou retranche à ce dernier ce qui lui fait défaut pour être conforme à la norme supérieure et ainsi éviter la censure juridictionnelle. La technique mise en œuvre par le Conseil d'Etat est habituellement qualifiée de « retrait de venin » (pour une illustration, voir CE, Ass., 4 janvier 1957, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit, Lebon* p. 9). En ce qui concerne la technique constitutionnelle de la conformité sous réserve, voir T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica PUAM, 1997, 617 p. ; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, BCSP t. 92, 1999, 318 p. Toutefois, la solution de l'ordonnance *Tibéri* se distingue sensiblement de ces techniques dans la mesure où sa mise en œuvre nécessite de la part de l'administration l'adoption d'un certain comportement. Dans le cas de la conformité sous réserve ou du retrait du venin, l'acte est « réformé » par le juge sans que le législateur et l'administration n'ait à intervenir d'aucune sorte. La technique est effective avec ou sans le concours de l'autorité concernée. Dans l'hypothèse *Tibéri*, en revanche, la technique ne devient effective que si l'administration consent à modifier son comportement.

Elle se rapproche en réalité davantage de la solution mise en œuvre dans le contentieux de l'excès de pouvoir avec l'arrêt *Titran* du 27 juillet 2001 (*AJDA* 2001, pp. 1046-1053, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN). Le Conseil d'Etat statuait sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le refus du ministre de la Justice d'abroger les arrêtés mettant en place un système de gestion automatisée de certaines procédures dans les tribunaux de grande instance. Ayant admis l'illégalité du refus, le Conseil en prononce l'annulation à la condition que le ministre n'ait pas donné un fondement légal au système de gestion en question dans le délai de deux mois qui lui est imparti, l'arrêt précisant les mesures de nature à remédier à l'irrégularité constatée. Un délai est ainsi octroyé à l'autorité administrative pour procéder à la régularisation nécessaire. A défaut pour elle d'adopter les mesures indiquées par le juge, il devra procéder sans délai à l'abrogation des arrêtés. Une solution identique à l'arrêt *Titran* avait été évoquée par le commissaire du gouvernement Francis Lamy dans ses conclusions sur

sa transposition dans le domaine des atteintes graves aux libertés paraît relativement improbable. Si le juge peut neutraliser une illégalité ou une inconstitutionnalité, il est difficilement envisageable qu'il opère de même en cas d'atteinte grave aux libertés résultant d'un comportement administratif. Enfin, le juge des référés ne pouvait en toute hypothèse prononcer la mesure sollicitée par le requérant. En effet, le juge administratif ne pouvant ordonner à une autorité administrative de se comporter illégalement¹⁹⁹², il n'était pas envisageable qu'il enjoigne en l'espèce au CSA de prendre une mesure que cette autorité n'a pas légalement le pouvoir de prendre.

En réalité, la solution donnée doit être regardée comme une réponse pratique du juge à un problème concret compte tenu des pouvoirs dont il dispose. Le juge du référé-liberté use de ses prérogatives de façon réaliste. Les conditions d'octroi de l'article L. 521-2 n'étaient pas satisfaites ; l'abstention du CSA n'était pas manifestement illégale ; le juge ne pouvait prononcer de mesure de sauvegarde. S'il prononce une injonction indirecte, c'est seulement parce qu'il ne pouvait faire davantage, comme le relèvent Mme Decocq et Mme Lepage. « Il s'agit ici pour le CSA non pas d'imposer mais d'inciter »¹⁹⁹³. Lorsque les conditions nécessaires au prononcé d'une injonction sont réunies, le juge prononce cette mesure sans chercher à « sauver » le comportement contesté.

3. L'injonction à titre principal

484. La mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale peut épouser la forme d'une injonction à titre principal. Ce « pouvoir profondément nouveau »¹⁹⁹⁴ s'exerce selon des modalités variées.

a. Un pouvoir profondément nouveau

485. L'injonction est « un ordre d'adopter un comportement déterminé »¹⁹⁹⁵. Elle est un pouvoir d'ordonner, et se distingue en cela de la substitution, qui est un pouvoir

l'arrêt *Vassilikiotis* du 29 juin 2001 (voir chron. préc., p. 1047). Le texte réglementaire attaqué était illégal par omission, ne contenant pas certaines dispositions requises par le droit communautaire. Le commissaire du gouvernement avait envisagé la possibilité d'une annulation conditionnelle. Celle-ci aurait consisté à déclarer l'arrêté contesté illégal, tout en précisant dans le dispositif qu'une telle annulation ne prendrait effet que si l'administration n'apportait pas à l'acte litigieux, dans un délai fixé par le juge et selon des modalités établies dans les motifs de la décision, les compléments nécessaires pour le rendre conforme aux exigences du droit communautaire. Tout en soulignant les mérites d'une telle solution, M. Lamy devait pourtant l'écartier, l'estimant peu adaptée au litige dont le Conseil d'Etat était appelé à connaître. Sur cette décision, voir les observations de S. DAMAREY, « De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle : nouvelles perspectives contentieuses », *LPA* 24 octobre 2001, n° 212, pp. 12-17.

1992 Le Conseil d'Etat a affirmé, sur le fondement de l'article L. 521-1, que le juge des référés ne saurait enjoindre à un maire de démolir un bâtiment alors que les conditions légales d'une telle destruction ne sont pas remplies (CE, 26 septembre 2001, *Westerloppe*, n° 231681). Le juge des référés, qu'il intervienne sur le fondement de l'article L. 521-1 ou sur celui de l'article L. 521-2, ne peut prescrire à l'administration l'adoption d'un comportement illégal.

1993 G. DECOCQ et A. LEPAGE, *op. cit.*, p. 32.

1994 D. LABETOUILLE, « Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique ?, p. 80.

1995 C. GUETTIER, « Injonction et astreinte », *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), n° 8.

de réformer. Si ces deux pouvoirs peuvent conduire en pratique à un résultat sensiblement équivalent pour le requérant¹⁹⁹⁶, ils n'en sont pas moins de nature très différente. Comme l'affirmait M. Négrin concernant la loi du 8 février 1995, le pouvoir d'injonction « confère au juge un imperium moindre que le pouvoir de substitution » : le premier « n'est qu'une faculté d'empêcher accompagnée de l'ordre donné à l'autorité administrative de statuer dans un certain sens alors que le pouvoir de substitution attribue au juge la compétence de statuer au lieu et place de celle-ci »¹⁹⁹⁷. Dans l'échelle des prérogatives du juge, le pouvoir d'injonction se situe un cran en dessous du pouvoir de substitution. Comme le relève M. Moderne, « Donner l'ordre d'agir au titulaire d'une compétence administrative n'est pas agir à sa place : dans le premier cas, le pouvoir de décision est maintenu entre les mains de l'administration, dans le second il est attribué au juge »¹⁹⁹⁸. La substitution aboutira toujours au résultat désiré¹⁹⁹⁹. Avec l'injonction en revanche, le juge s'en remet entièrement à la puissance publique²⁰⁰⁰.

486. Pendant longtemps, le juge administratif s'est interdit de prononcer toute forme d'injonction de jugement à l'encontre de l'administration²⁰⁰¹. Cette prohibition, fort ancienne²⁰⁰², concernait autant les injonctions à titre principal que les injonctions

1996 Voir F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 212, 2001, p. 84 et s.

1997 J.-P. NEGRIN, Préface de la thèse de B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2001, p. 10.

1998 F. MODERNE, « « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *RFDA* 1990, p. 800.

1999 L'administration est privée de toute option entre exécution et inexécution et se trouve cantonnée à une attitude purement passive. Il ne lui est rien demandé, si ce n'est éventuellement de ne pas s'opposer aux mesures de substitution.

2000 Elle seule peut agir à l'exclusion de toute autre autorité et notamment du juge lui-même. Comme le rappelle Mme Brahic-Lambrey, en adressant une injonction, le tribunal doit accepter le risque d'une inexécution de sa décision. « L'injonction suppose nécessairement que son titulaire accepte son inexécution éventuelle. En émettant une injonction, le titulaire est conscient de s'en remettre au destinataire, et donc de se heurter éventuellement à sa résistance » (C. BRAHIC-LAMBREY, *L'injonction, étude de la dynamique d'un processus*, PUAM, 2003, p. 379).

2001 Il se reconnaissait en revanche compétent pour prononcer des *injonctions de procédure* à l'encontre des personnes publiques, dans le cadre de ses pouvoirs de direction de l'instruction (CE, Sect., 1^{er} mai 1936, *Couespel du Mesnil, Lebon* p. 485).

2002 Elle remonte, selon M. Chevallier (J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA* 1972, I, p. 70), à l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 janvier 1874, *Frère des écoles chrétiennes (Lebon* p. 43). L'apparition de ce principe est une conséquence de la loi du 24 mai 1872 réalisant le passage de la justice retenue à la justice déléguée. Avant cette loi, le juge administratif n'hésitait pas, dans ses avis, à formuler des injonctions à l'administration. Se considérant comme intégré dans la hiérarchie administrative, couvert par l'autorité du Chef de l'Etat, le Conseil d'Etat pouvait contraindre les autorités administratives à l'obéissance. Après le passage à la justice déléguée, le Conseil ne s'estime plus fondé à adresser des injonctions à l'administration, les considérant comme contraires à son statut juridictionnel. Ce principe a été fermement consacré par la jurisprudence. Le Conseil d'Etat affirme : « il n'entre pas dans les pouvoirs du juge administratif d'adresser des injonctions à une autorité administrative » (CE, 4 février 1976, *Elissonde, Lebon T.* p. 1069), « il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration » (CE, 15 février 1978, *Plantureux, Lebon* p. 73), « le juge administratif n'a pas qualité pour adresser des injonctions à l'administration » (CE, Sect., 25 novembre 1953, *Lebon* p. 515).

d'exécution²⁰⁰³. Elle s'appliquait à toutes les procédures, au fond comme en référé²⁰⁰⁴. Pourtant, cette position ne résultait d'aucune norme juridique²⁰⁰⁵. En l'absence de norme susceptible de soutenir le principe, c'est en réalité de lui-même que le juge réduisait ses attributions. La règle de la prohibition des injonctions se justifiait uniquement par la crainte de froisser l'administration et de se heurter finalement à une résistance de sa part. Pour le juge, elle n'était plus qu'« une sorte de « tabou » », tirant « apparemment sa légitimité de sa répétition rituelle »²⁰⁰⁶. En dépit des critiques – presque unanimes – formulées à l'encontre de cette jurisprudence²⁰⁰⁷ jusque dans les rangs de

- 2003 L'injonction à titre principal (également appelée injonction de fond ou injonction à titre initial) est celle dont le prononcé est l'objet même de la saisine du juge. L'injonction d'exécution est l'accessoire d'une condamnation principale ; elle consiste à prescrire à l'administration les mesures qu'implique l'exécution de la décision juridictionnelle. Les deux formes d'injonction de jugement étaient prohibées. Le Conseil d'Etat déclarait irrecevable les conclusions tentant à obtenir à titre principal le prononcé d'une injonction : ordonner l'admission du requérant dans un établissement d'enseignement (CE, 25 novembre 1953, *Collado*, p. 515) ou sa réintégration dans un logement de fonction (CE, 22 novembre 1968, *Ville de Toulouse*, *Lebon* p. 587), ordonner à un ministre de réexaminer une décision (CE, Sect., 22 avril 1955, *Commune de Saint-Martin-en-Vercors*, *Lebon* p. 203) ou de modifier une réglementation (CE, 23 avril 1980, *Camlong*, *Lebon* p. 194), ou encore prescrire à l'administration de soumettre le requérant à une examen médical (CE, 9 juillet 1958, *Dhamelincourt*, *Lebon* p. 424). Le juge administratif déclarait également irrecevable les conclusions tendant au prononcé d'une injonction d'exécution (voir par exemple CE, Sect., 25 novembre 1953, *Collado*, *Lebon* p. 515).
- 2004 Le Conseil d'Etat déclarait « qu'il n'appartient pas au tribunal administratif, non plus, par conséquent, au juge du référé administratif, d'adresser de telles injonctions » (CE, 27 février 1974, *Verguin*, *Lebon* p. 154 ; CE, 10 octobre 1979, *Kalowski*, n° 12952).
- 2005 Les arguments avancés au soutien de cette jurisprudence apparaissaient des plus fragiles. Marcel Waline affirmait qu'« il n'y a pas de principe qui puissent être valablement opposé à la reconnaissance de ce pouvoir du juge » (M. WALINE, note sous CE, Sect., 23 janvier 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros*, RDP 1970, p. 1040). La prohibition ne pouvait tout d'abord se fonder sur le principe de séparation entre l'administration active et la juridiction administrative. En effet, l'acte d'injonction n'est pas un acte d'administration. Le juge ne se substitue pas à l'administration et ne s'adresse pas directement aux administrés. Ne faisant pas acte d'administrateur, le juge ne méconnaît pas le principe de séparation. Les arguments pratiques, fondés sur le respect des prérogatives de l'administration, étaient pour leur part frappés d'un certain anachronisme. Face à l'affirmation croissante des exigences de l'Etat de droit, il devenait de plus en plus difficile « de justifier doctrinalement le refus d'injonction » (M. ROUX, concl. sur CE, Sect., 17 octobre 1986, *Vinçot*, *Lebon* p. 237). Pour un exposé critique des arguments théoriques et pratiques avancés au soutien de cette jurisprudence, cf. F. MODERNE, *op. cit.*, spé pp. 803-804.
- 2006 F. MODERNE, *op. cit.*, p. 809.
- 2007 Voir notamment J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron., pp. 37-40, spé. pp.38-39 ; *JD.*, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, t. II, pp. 813-836, spé p. 827 et s. ; A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, coll. BDP, t. 116, 1974, pp. 62-71 ; H. OBERDORFF, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, thèse Paris II, 1981, pp. 188-216 ; Y. GAUDEMET, « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », *Le pouvoir. Mélanges offerts Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, pp. 805-824 ; J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA* 1972, I, pp. 67-89 ; J.-M. PONTIER, « Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en France », *AEAP* 1983/VI, pp. 43-60, spé p. 51 ; G. DUPAIGNE, « La balance sans le glaive », *GP* 1987, 1, pp. 468-469 ; F. MODERNE, article préc.

la juridiction administrative²⁰⁰⁸, celle-ci ne sera pas modifiée. Il faudra l'intervention du législateur à deux reprises au cours des années 1990, pour que des tempéraments soient apportés à ce *principe*.

487. Le juge administratif s'est d'abord vu reconnaître un pouvoir d'injonction à titre principal, au champ d'application limité, par la loi du 4 janvier 1992 instituant le référé-précontractuel. Lorsqu'une personne publique méconnaît les obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent à elle préalablement à la conclusion du contrat, le juge peut « ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations »²⁰⁰⁹. La reconnaissance de ce pouvoir a constitué une innovation importante par rapport au principe traditionnel de la prohibition des injonctions. Comme l'affirme M. Marcou, « Ce premier pas a sans nul doute facilité le suivant, réalisé par la loi du 8 février 1995, qui permet au juge de prescrire à l'administration des mesures d'exécution de ses décisions »²⁰¹⁰. Sur le fondement des dispositions de cette loi, et à condition d'être saisi de conclusions en ce sens, le juge administratif peut désormais prescrire à l'administration les mesures d'exécution qu'implique sa décision. Le juge de l'injonction est alors juge de l'exécution : il prescrit à l'administration les conséquences qu'implique nécessairement sa décision et qui peuvent consister, soit à prendre une décision dans un sens déterminé, soit à prendre une nouvelle décision après instruction. Ces deux innovations législatives sont fort importantes. Néanmoins, le principe de la prohibition des injonctions demeure. La loi du 4 janvier 1992 et celle du 8 février 1995 ont écorné le principe de la prohibition des injonctions de jugement mais elles ne l'ont pas fait vaciller. Elles y ont apporté des exceptions mais le principe n'a pas été renversé. En particulier, le juge ne peut adresser d'injonction à titre principal en

2008 Voir notamment S. HUBAC et Y. ROBINEAU, « Droit administratif : vue de l'intérieur », *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 113-126, spé. p. 124 et s. ; J.-M. WOEHRLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 341-368, spé. pp. 345-346.

2009 Par exemple recommencer entièrement la procédure de passation (CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg, Lebon* p. 301, concl. S. LASVIGNES), procéder à un nouvel appel d'offres (CE, 6 novembre 1998, *Assistance publique Hôpitaux de Marseille, Lebon T.* p. 1098) ou retirer du règlement de la consultation un critère illégal (CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines, Lebon* p. 391).

2010 G. MARCOU, « Le droit administratif français entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire », in *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences* (G. MARCOU dir.), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, p. 84. Parmi les nombreux commentaires consacrés à cette loi, voir R. DEBBASCH, « Le juge administratif et l'injonction : la fin d'un tabou », *JCP G* 1996, I, 3924 ; B. PACTEAU, « Le contentieux administratif : une révolution de velours », *Gazette des communes* 10 avril 1995, pp. 74-79 ; D. CHABANOL, « Un printemps procédural pour la juridiction administrative ? », *AJDA* 1995, p. 388 et s. ; P. VALADOU, « Le pouvoir de commandement du juge à l'administration », *LPA* 29 mai 1995, n° 64, pp. 4-10 ; F. MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA* 1996, pp. 43-57 ; E. PICARD, « La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : aspects administratifs », *JCP G* 1995, I, 3840 ; O. SACHS, « La réforme du contentieux administratif issu de la loi du 8 février 1995 », *CJEG* 1995, p. 175 et s. ; P. FRAISSEX, « La réforme de la juridiction administrative par la loi n° 92-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative », *RDP* 1995, p. 1053 et s.

dehors du contentieux contractuel²⁰¹¹, et les dispositions de la loi du 8 février 1995 ne lui permettent pas de prononcer des injonctions à titre principal²⁰¹². Dans ce contexte, la reconnaissance au profit du juge du référé-liberté d'un pouvoir d'injonction à titre principal a constitué une innovation remarquable.

488. L'attribution de ce pouvoir a été justifiée par la nécessité de pouvoir réagir efficacement à une atteinte provenant d'un comportement administratif et non d'une décision administrative. Dans un tel cas de figure, le pouvoir de suspension s'avère inadapté et l'injonction est la seule mesure permettant de combattre efficacement l'atteinte aux libertés fondamentales. Elle seule permet de remédier à une atteinte résultant d'un comportement administratif. Même un pouvoir de substitution n'est pas toujours adapté à ce type de situation dans la mesure où il ne peut être utilement mis en œuvre qu'en présence d'une décision ; il est inefficace lorsqu'il est demandé non pas de modifier un acte mais de remédier à une situation ou de réaliser une opération matérielle. Le pouvoir d'injonction, plus souple, peut s'adapter à toutes les situations. C'est d'ailleurs de l'exercice de ce pouvoir que le juge civil des référés tirait son efficacité remarquable en présence de comportements constitutifs de voie de fait²⁰¹³. En outre, la reconnaissance d'un tel pouvoir se conçoit aisément au regard de la situation de *nécessité* à laquelle doit répondre le juge du référé-liberté²⁰¹⁴.

Au regard de l'état du droit antérieur, ce pouvoir constitue « une innovation absolue »²⁰¹⁵. Il a été présenté, durant les travaux préparatoires, comme « un pouvoir d'in-

2011 Sous réserve de certaines possibilités très particulières, et d'une ampleur limitée, comme l'obligation de communiquer un document administratif dans le cadre du référé-conservatoire, qui ne permet pas de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative.

2012 Voir par exemple CE, 7 avril 1995, *Surry, Lebon* p. 158 ; CE, 28 février 1996, *Fauqueux, Lebon* p. 52 ; CE, 16 novembre 1998, *Ferly, Lebon* p. 417.

2013 Voir J.-M. LE BERRE, « Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration », *AJDA* 1979, pp. 14-18. En vertu d'une jurisprudence constante, le juge civil peut condamner les personnes publiques à toutes les obligations de faire ou de ne pas faire en vue de prévenir la commission d'une voie de fait ou d'y mettre fin. Il peut tout d'abord adresser des injonctions positives : évacuation des lieux (TC, 2 février 1950, *Gauffreteau c/ Manufacture d'armes de Chatellerault, Lebon* p. 651), raccordement à un réseau d'assainissement des eaux usées obturé à la demande du maire (Civ. 1^{ère}, 5 mai 1988, *Droit et patrimoine hebdo*, n° 251, 16 juin 1998, p. 2 et s.), restitution d'un passeport (TC, 19 novembre 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur, Lebon* p. 755). Le juge judiciaire peut également adresser des injonctions négatives, par exemple interrompre les travaux entrepris (TC, 10 février 1949, *Roubaud c/ Syndicat du lotissement Sainte-Anne, Lebon* p. 591) ou faire cesser le brouillage d'émissions de radiodiffusion (Civ. 1^{ère}, 3 mai 1983, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres c/ Télédiffusion de France, Bull. civ. I*, n° 138).

2014 Comme l'a fait remarquer Mme Brahic-Lambrey, la situation conditionnant la mise en œuvre du processus d'injonction est « une situation de nécessité » (C. BRAHIC-LAMBREY, *op. cit.*, p. 136). Les principaux éléments identifiés comme caractérisant une situation de nécessité – l'urgence, l'atteinte à un intérêt protégé et la gravité (voir les nombreux exemples, cités par l'auteur pp. 137-147, de pouvoir d'injonction dont la mise en œuvre est conditionnée par la présence de l'un ou de plusieurs de ces critères) – se retrouvent tous, et de manière cumulative, à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Les conditions d'octroi du référé-liberté caractérisent sans conteste une situation de nécessité.

2015 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1591.

jonction inédit »²⁰¹⁶. Mme Burgogue-Larsen relève que « pour la première fois dans l'histoire du contentieux administratif, le juge est investi d'un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration avant que le litige ne soit tranché au fond et sans qu'un recours ait été déposé contre un acte administratif »²⁰¹⁷. En tant qu'il s'exerce à titre initial, son pouvoir dépasse le cadre étroit de la loi du 8 février 1995, qui limite l'exercice du pouvoir d'injonction à la seule garantie de l'exécution d'une décision juridictionnelle. Il va au-delà d'une explicitation des obligations résultant de la chose jugée. En ce qu'il s'exerce à titre principal, son pouvoir d'injonction se rapproche davantage de celui dont bénéficie le juge des référés dans le cadre de la procédure du référé précontractuel. Sur ce point, M. Garrec avait observé que les pouvoirs attribués au juge du référé-liberté « peuvent être comparés à ceux du juge du référé pré-contractuel, dans le domaine particulier des marchés publics. Il s'agit de mettre fin à une situation illégale en enjoignant à l'administration d'agir dans un sens déterminé »²⁰¹⁸. Si le référé n'est pas le même dans les deux procédures – atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale dans un cas, manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence de l'autre –, le pouvoir d'injonction attribué au juge est considérable et s'exerce à titre principal dans chacune des deux procédures. Le pouvoir du juge du référé-liberté est néanmoins défini de manière plus large puisqu'il peut ordonner toutes mesures nécessaires. Ainsi, au regard des solutions qui prévalait jusqu'alors, les prérogatives d'injonction du juge administratif se trouvent élargies de manière exponentielle. Lorsque le juge des référés prononce une injonction au titre de l'article L. 521-2, il va, selon M. Chauvaux « à l'extrême limite des pouvoirs du juge administratif »²⁰¹⁹.

La reconnaissance d'un pouvoir d'injonction aussi étendu a suscité des interrogations, voire des inquiétudes quant au respect du principe de séparation entre la juridiction administrative et l'administration active. Pour M. Garrec, ce pouvoir « modifie la nature des relations entre le juge administratif et la collectivité publique »²⁰²⁰. Dans le même sens M. Fromont a observé que l'attribution d'un tel pouvoir d'injonction « apporte un grand bouleversement dans les rapports entre le juge administratif et l'administration »²⁰²¹. Si bien que l'on peut « se demander si le principe de la séparation des pouvoirs (selon le droit français) n'en est pas plus ou moins froissé » affirmait le professeur Chapus, en reconnaissant néanmoins « que, tant l'urgence à intervenir pour sauvegarder une liberté fondamentale, que le caractère provisoire des mesures ordonnées peuvent justifier la mise en échec des meilleurs principes »²⁰²².

2016 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 41.

2017 L. BURGOGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 20. On peut néanmoins exprimer une réserve quant au fait que le juge du référé-liberté ne statue pas sur le fond du droit (voir *supra*, §§ 278-279).

2018 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 55.

2019 D. CHAUVAUX, concl. sur CE, 16 février 2001, *Breucq*, *RFDA* 2001, p. 672. Cette affirmation doit néanmoins être nuancée dans la mesure où le niveau ultime des pouvoirs du juge administratif s'incarne dans la substitution et non pas dans l'injonction (voir *supra*, § 485).

2020 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 55.

2021 M. FROMONT, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie et France. Convergences », *RFDA* 2002, p. 556.

2022 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1591.

b. L'exercice du pouvoir d'injonction

489. Le juge du référé-liberté est susceptible de prononcer à l'encontre de l'administration différents types d'injonctions à titre principal. Cette diversité des injonctions permet au juge d'adapter le contenu de la mesure à la variété des situations qui lui sont soumises. Il est ainsi capable de s'opposer, par des injonctions ciblées, à la survenance ou la poursuite d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale.

490. Le juge peut tout d'abord condamner l'autorité administrative à une obligation de ne pas faire. Il peut ainsi enjoindre à l'autorité préfectorale de différer temporairement l'exécution d'une mesure d'éloignement²⁰²³, à un maire de ne pas faire obstacle à l'exécution d'un contrat de location d'une salle municipale²⁰²⁴ ou d'un stade²⁰²⁵, à un établissement public de coopération intercommunale de cesser d'intervenir dans les compétences des communes membres²⁰²⁶. Il a enjoint « aux diverses autorités administratives ayant à connaître de l'action disciplinaire engagée à l'encontre de M. Gollnisch de s'abstenir de prendre des positions publiques, au sujet tant de la procédure disciplinaire que des poursuites pénales consécutives aux propos tenus le 11 octobre 2004 par l'intéressé, dans des conditions qui seraient contraires au principe de la présomption d'innocence »²⁰²⁷. Le juge des référés du Conseil d'Etat a enjoint au garde des Sceaux de ne pas mettre à exécution un décret accordant l'extradition du requérant aux autorités albanaises et, notamment, de ne pas notifier le décret à ces autorités²⁰²⁸. Il a de même interdit à une communauté d'agglomération de procéder ou de faire procéder à des coupes ou abattage d'arbres jusqu'à ce que lui ait été délivrée l'autorisation exigée par l'article L. 130-1 du code de l'urbanisme pour pratiquer de telle opérations²⁰²⁹.

491. Le plus souvent, l'injonction prend la forme d'une obligation de faire. Il peut s'agir, en premier lieu, de prendre une décision déterminée dans des conditions proches de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, c'est-à-dire lorsque l'administration se trouve en situation de compétence liée, ne disposant d'aucune liberté de choix

2023 CE, ord. 10 avril 2001, *Merzouk, Lebon T.* p. 1135. Le juge ne prononce pas cette injonction mais la présente comme une mesure qu'il serait loisible au requérant de formuler « si cela est nécessaire ».

2024 CE, ord. 19 août 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311 ; TA Rennes, ord. 11 février 2002, Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient, GP 29 avril 2003, p. 12.

2025 TA Paris, ord. 13 mai 2004, *Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres, AJDA* 2004, pp. 1597-1599, note G. GONZALEZ.

2026 CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215. Plus précisément, il est enjoint à la communauté de communes de cesser de prendre toute mesure anticipant sur la mise en œuvre de l'arrêté portant extension-transformation en communauté d'agglomération, et de cesser d'appliquer les actes par lesquels elle a commencé d'exercer les compétences résultant dudit arrêté.

2027 CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103.

2028 CE, ord. 29 juillet 2003, *Pegini, Lebon* p. 345.

2029 CE, ord. 8 novembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491. Voir, dans des circonstances proches : CE, 14 juin 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, n° 294060, mentionnée au recueil *Lebon*. Le juge enjoint à l'Association syndicale du canal de la Gervonde de ne procéder à aucune coupe ou abattage d'arbres sur les parcelles dont le département de l'Isère est propriétaire jusqu'à l'intervention éventuelle d'une délibération du syndicat de la Gervonde prise et rendue exécutoire dans le respect des règles statutaires qui lui sont applicables.

quant au contenu de la décision. Ainsi, un juge des référés a enjoint au conseil régional de l'ordre des vétérinaires « d'adresser par pli recommandé avec accusé de réception un démenti à tous les destinataires mentionnés dans sa lettre du 27 novembre 2002 libellée au nom du [requérant] faisant état de ce que l'avis de suspension, contenu dans cette lettre, qui procède d'une erreur, est nul et non avenue (...) »²⁰³⁰.

L'injonction de faire peut consister, en deuxième lieu, à prendre une décision après une nouvelle instruction, dans des conditions proches de l'article L. 911-2, à savoir en examinant ou en réexaminant une demande présentée par un administré. Cette injonction correspond aux hypothèses dans lesquelles l'administration a l'obligation de prendre une décision après instruction ou nouvelle instruction. Ainsi, le juge des référés a ordonné aux autorités consulaires « de procéder *sans délai*, dès le dépôt par [le requérant] d'un dossier complet, à l'instruction de sa demande dans le respect des dispositions de l'article 8 du décret du 26 février 2001 »²⁰³¹. Il a adressé à l'autorité préfectorale de nombreuses injonctions de cette nature, par exemple : se prononcer, dans un délai maximum de 15 jours à compter de la notification de l'ordonnance au regard de la situation de fait et de droit existant à la date de sa décision, sur le droit du requérant à un titre de séjour²⁰³² ; achever, dans les 15 jours, l'instruction de la demande de titre de séjour de la requérante et lui délivrer, dès notification de l'ordonnance, un récépissé valant autorisation de séjour²⁰³³ ; procéder à l'examen, dans un délai de 8 jours suivant son dépôt par le requérant, d'une demande d'autorisation provisoire de séjour en vue de lui permettre de saisir, en pleine connaissance de ses droits et obligations, le directeur de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides d'une demande d'asile²⁰³⁴ ; procéder à l'examen d'une demande de titre de séjour portant la mention « vie privée et familiale » que le requérant est invité à lui présenter²⁰³⁵ ou encore procéder, dans un délai de 15 jours, à un réexamen du dossier déposé par le requérant tendant au renouvellement de sa carte nationale d'identité et de son passeport²⁰³⁶. Le juge des référés du Conseil d'Etat a enjoint au ministre de l'Intérieur de procéder au réexamen de la demande d'admission au séjour du requérant au vu des motifs de son ordonnance dans un délai de 8 jours²⁰³⁷. Il a enjoint au maire d'une commune, après avoir suspendu un règlement soumettant à autorisation préalable l'entrée et le stationnement des navires dans le port, « de réexaminer la situation de la SARL Côte Radieuse au regard du droit d'embarquer et de débarquer des passagers dans le port de Collioure, dans un délai

2030 TA Nancy, ord. 11 février 2002, *Freyheit*, n° 02157, citée par P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 137.

2031 CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranant*, *Lebon T.* p. 875.

2032 CE, 11 juin 2002, *Aïr Oubba*, *Lebon T.* p. 869.

2033 TA Montpellier, ord. 19 octobre 2001, Mlle Béchar, confirmée en appel par CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p. 1132. La même injonction a été prononcée par le Conseil d'Etat dans une espèce strictement identique : CE, 7 mai 2003, *Boumaïza*, n° 250002.

2034 CE, ord. 21 décembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361.

2035 CE, ord. 21 février 2005, *Najemi*, n° 277520.

2036 CE, ord. 26 avril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LA-MALI*, *Lebon T.* p. 1034.

2037 CE, ord. 17 mars 2006, *Saidov*, n° 291214.

de trois jours à compter de la présente ordonnance »²⁰³⁸. Le juge du référé-liberté a ordonné au directeur d'un centre hospitalier, dans un délai de 8 jours, de réexaminer la situation du requérant, placé d'office dans son établissement, aux fins de lui permettre d'exercer ses droits de communiquer avec les autorités administratives et judiciaires et d'émettre et de recevoir du courrier²⁰³⁹. Il a enjoint au président de la Polynésie française de se prononcer « sans délai » sur la suite à donner à la démission présentée par le requérant, au vu des motifs énoncés dans l'ordonnance²⁰⁴⁰.

En troisième et dernier lieu, l'injonction de faire peut consister à accomplir une action particulière. Ainsi, le juge des référés a ordonné à l'autorité préfectorale de restituer aux membres d'une famille de nationalité française leurs documents d'identité illégalement retirés²⁰⁴¹ ; de restituer, sous 8 jours, un titre de séjour en cours de validité²⁰⁴² ; de délivrer dans les 8 jours un récépissé valant autorisation provisoire de séjour à la requérante²⁰⁴³ ; d'enregistrer un dossier de demande d'asile territorial du requérant « dès que ce dernier, qui devra en être informé par le préfet dans les 48 heures suivant la notification de la présente décision, se présentera dans les services de la préfecture »²⁰⁴⁴ ; de « prendre toutes les mesures nécessaires » pour assurer l'exécution d'une ordonnance judiciaire prescrivant l'expulsion d'occupants sans titre²⁰⁴⁵ ; de délivrer au requérant, dans les 8 jours, la carte nationale d'identité qu'il a demandé²⁰⁴⁶ ; d'admettre au séjour les requérants en qualité de demandeur d'asile dans un délai de 8 jours²⁰⁴⁷. Le juge des référés a enjoint au maire de remettre en place la chaîne empêchant l'accès à la voie de desserte d'un port²⁰⁴⁸ ; de donner à ses services toutes instructions pour qu'il soit « immédiatement » mis fin à l'application d'une note édictée par celui-ci²⁰⁴⁹ ; d'enlever les potelets installés devant les locaux d'une société de droit privé et de procéder aux

2038 CE, ord. 2 juillet 2003, *Commune de Collioure, Lebon T.* p. 930. Ce faisant, le juge contraint implicitement mais nécessairement le maire à modifier ou à abroger le règlement dont l'illégalité a été constatée. Ce règlement constituait la base légale du refus opposé au demandeur. S'il est maintenu en l'état et que le maire donne satisfaction au demandeur, la décision individuelle sera prise en violation de ses dispositions. S'il lui oppose un nouveau refus, en se fondant sur les dispositions du règlement, il méconnaîtra la portée de l'ordonnance de référé. Par conséquent, le maire est tenu, avant de réexaminer la situation du requérant, de modifier le règlement en mettant fin à l'illégalité constatée par le juge ou de l'abroger purement et simplement.

2039 CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

2040 CE, ord. 11 avril 2006, *Téfaarere, Lebon* p. 197.

2041 TA Marseille, ord. 9 mars 2001, confirmée en appel par CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

2042 CE, ord. 8 novembre 2001, *Kaigisiz, Lebon* p. 545.

2043 TA Grenoble, 19 octobre 2001, *Farhoud*, confirmée en appel par CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T.* p. 1126.

2044 CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45.

2045 CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon* p. 117 (délai de 15 jours pour s'exécuter, concernant un immeuble à usage d'habitation) ; CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408 (délai de deux mois pour s'exécuter) ; CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* p. 874 (délai de trois mois pour s'exécuter)

2046 CE, ord. 11 mars 2003, *Samagassi, Lebon* p. 119.

2047 CE, 14 mai 2004, *Gaitukaev*, n° 267360.

2048 TA Nice, ord. 14 août 2003, confirmée en appel par CE, ord. 10 septembre 2003, *Commune d'Hyères-Palmiers*, n° 260015.

2049 CE, 9 avril 2004, *Vast, Lebon* p. 173.

travaux nécessaires au raccordement de ses locaux à la voie publique²⁰⁵⁰ ; de mettre à la disposition d'une association la salle municipale dont elle demandait la location²⁰⁵¹. Il a « enjoint à un établissement hospitalier » de faire procéder, dans le service où se trouve [la requérante] ou dans un autre service hospitalier approprié, à toutes investigations et à tous soins médicalement compatibles avec l'état général de l'intéressée, pour traiter spécifiquement son affection neurologique récente, comportant perte de la vue et de l'audition, et de n'envisager un transfert de l'intéressée dans une unité de soins palliatifs qu'au cas où l'irréversibilité de cette affection serait considérée comme établie »²⁰⁵². Le juge du référé-liberté a enjoint au directeur d'un centre de détention de délivrer copie au requérant des mentions figurant sur le registre retraçant l'arrivée et le départ des courriers l'intéressant²⁰⁵³, au directeur d'un hôpital de faire assurer le service minimum par priorité aux médecins urgentistes non grévistes et d'établir sans délai un tableau de service recensant tous les praticiens du Centre hospitalier remplissant les capacités professionnelles pour exercer dans le cadre du SAMU²⁰⁵⁴. Il a de même enjoint au directeur d'un établissement scolaire, dans un délai de 15 jours à compter de la notification de l'ordonnance, de saisir le conseil de discipline de l'établissement du litige qui oppose l'administration scolaire au requérant²⁰⁵⁵.

492. Plusieurs critères sont pris en compte par le juge du référé-liberté pour déterminer l'objet, le contenu et l'ampleur d'une injonction.

Tout d'abord, l'injonction doit être *possible*, ce qui suppose que son exécution soit réalisable. Le titulaire du pouvoir d'injonction, « guidé par un impératif d'utilité, ne prononce que les injonctions possibles eu égard aux circonstances de la cause. Le caractère possible de la mesure est en effet une condition de son utilité »²⁰⁵⁶. L'injonction ne peut aller au-delà des impossibilités techniques, ni heurter une difficulté matérielle majeure d'exécution. Le juge des référés du Conseil d'Etat respecte cette règle en veillant à ne jamais ordonner que des injonctions dont l'exécution apparaisse objectivement réalisable. En revanche, il arrive que certains juges du premier degré s'aventurent à adresser à l'autorité publique des injonctions irréalistes, consistant par exemple à empêcher la tenue d'une rave-party rassemblant plusieurs dizaines de milliers de participants²⁰⁵⁷ ou

2050 TA Nice, ord. 18 mai 2001, confirmée en appel par CE, ord. 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* p. 253.

2051 TA Rennes, ord. 21 février 2002, Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient, GP 29 avril 2003, p. 12.

2052 TA Marseille, ord. 22 janvier 2004, *Mme X*, n° 04427/0.

2053 TA Nantes, ord. 7 mars 2002, confirmée en appel par CE, ord. 22 mars 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon T* p. 852.

2054 TA Orléans, ord. 11 décembre 2001, *Bennis, AJFP* 2002, p. 39.

2055 TA Cergy-Pontoise, ord. 21 octobre 2004, *M. Singh, Procédures* 2005, n° 79, p. 28, note X.

2056 C. BRAHIC-LAMBREY, *op. cit.*, p. 368.

2057 TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 avril 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres : AJDA* 2005, pp. 1357-1360, note H. GROUD et S. PUGEAULT ; *JCP A* 2005, 1216, note P. BILLET. Le « Teknival » est une manifestation musicale de grande ampleur, organisée une fois par an, et rassemblant, le temps d'un week-end, plusieurs milliers de personnes. Au deuxième jour de ce rassemblement, et alors que 40 000 personnes étaient attendues pour le week-end, le juge des référés enjoint au préfet de la Marne « de prendre toute mesure utile à l'effet d'interdire immédiatement la poursuite

à mettre fin au blocage d'une Université par des étudiants « grévistes »²⁰⁵⁸. Impossibles à exécuter, ces injonctions ne l'ont pas été par l'administration. L'autorité de police a été condamnée à des obligations de faire irréalistes, ce qui décrédibilise le procédé de l'injonction et affaiblit l'autorité du juge des référés²⁰⁵⁹.

de la manifestation « Teknival » ». Par cette injonction, le juge demande, ni plus ni moins à l'autorité de police de déloger plusieurs milliers de personnes du site du Teknival et dans le même temps d'empêcher à plusieurs milliers d'autres personnes de pouvoir y accéder. L'injonction était objectivement irréalisable, compte tenu des conditions dans lesquelles devraient intervenir les forces de l'ordre, du nombre de participants et, surtout, du fait que la manifestation avait déjà débuté.

2058 Dans une ordonnance du 13 avril 2006 (TA Toulouse, ord. 13 avril 2006, *Wenger et autres*, *AJDA* 2006, p. 844, obs. E. ROYER, pp. 1281-1286, note X. BIOY), le juge du référé-liberté a affirmé que face à l'occupation des locaux de l'Université de Toulouse-le Mirail, « le président de cette université, alors même qu'il a mis en œuvre les moyens de poursuivre des enseignements destinés à des catégories particulières d'étudiants et développer pour les autres des modes alternatifs d'acquisition des connaissances, n'a pas utilisé l'ensemble des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 712-2 du code de l'éducation ; qu'il a ainsi illégalement méconnu l'étendu de ses pouvoirs ; qu'il n'est pas établi que la sauvegarde de l'ordre public et le respect des droits d'autrui auraient justifié qu'il s'abstienne d'exercer l'ensemble desdits pouvoirs ». En conséquence, le juge enjoint au président de l'Université « de prendre toutes mesures utiles particulièrement à la poursuite de l'ensemble des enseignements dans les conditions propices à une préparation efficace des examens ».

2059 Ces décisions soulèvent en outre des difficultés au niveau de l'appréciation de l'exigence d'une illégalité manifeste et à celui de l'appréciation globale de l'urgence. Dans les deux cas, en effet, le refus d'agir de l'autorité de police n'apparaissait pas disproportionné au regard de l'objectif poursuivi de sauvegarde de l'ordre public. Il est difficile de regarder ces refus comme présentant un caractère illégal et, *a fortiori*, manifestement illégal. Le refus ou l'abstention de l'autorité de police à envoyer les forces de l'ordre n'est illégal qu'en l'absence de troubles à l'ordre public. Dans ces deux affaires, il est certain que l'usage de la force déclencherait des troubles importants, sans commune mesure avec le trouble résultant de l'organisation d'une rave-party ou de l'occupation des locaux d'Universités. Comme l'avait souligné le président Bonichot, « Soutenir que l'Etat a l'obligation d'intervenir dans tous les cas pour rétablir immédiatement l'ordre public ne veut rien dire et relève de l'incantation. On ne pourra jamais ériger en principe juridique l'obligation pour l'Etat de faire évacuer une usine ou la voie publique ou d'écraser une manifestation à n'importe quel prix » (J.-C. BONICHOT, « Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique, p. 86). De même, l'urgence à enjoindre ne semble pas avoir été confrontées, dans ces décisions, avec l'urgence à ne pas enjoindre. Comme le relève M. Royer, dans l'ordonnance précitée du juge des référés du tribunal administratif de Toulouse, « Il est permis de se demander si le juge a pris toute la mesure des difficultés rencontrées par les présidents d'université en de telles circonstances au regard de la faiblesse des moyens qui sont les leurs » (*op. cit.*, p. 844). D'autres juges des référés ont fait preuve d'un plus grand discernement dans l'appréciation du risque de troubles. Ainsi, dans un cas de figure identique au précédent, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a déclaré « qu'à supposer même que le requérant justifie de l'existence d'une situation d'urgence, dès lors qu'il est empêché d'accéder à la bibliothèque de l'université pour y préparer ses examens, et que le droit à l'instruction constitue une liberté fondamentale, M. Pineda n'établit pas qu'en prenant la décision de fermer certains bâtiments de l'université en raison de troubles à l'ordre public de nature à mettre en danger la sécurité des personnes, le président aurait, dans l'exercice de son pouvoir de maintien de l'ordre public à l'intérieur de l'enceinte universitaire, porté une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté » (TA Melun, ord. 23 mars 2006, *Pineda*, n° 06-179615, *AJDA* 2006, obs. C. de MONTECLER). De même, l'ordonnance précitée du juge des référés de Châlons-en-Champagne ne semble pas avoir pris la mesure des troubles importants à l'ordre public que ne manquerait pas de provoquer l'intervention des forces de l'ordre. Il était en effet certain que les participants ne quitteraient pas de leur plein gré le site du rassemblement et que l'intervention des forces de l'ordre provoquerait des affrontements avec ces derniers. En outre, inter-

L'injonction doit également être *adaptée* à la situation qui a justifié son émission, c'est-à-dire être adéquate par sa nature, et proportionnée par son ampleur. L'injonction se présente comme un miroir cherchant à revenir précisément sur la situation d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. De manière générale, « l'injonction est le reflet de la situation de nécessité qui la cause. Elle se présente donc comme l'opposé de cette situation, tout en étant parfaitement calquée sur elle, dans le but de l'inverser (...) »²⁰⁶⁰. Le juge doit faire de l'injonction la réponse opposée à la situation qui a justifié sa saisine. Il détermine au cas par cas comment répondre à la situation de nécessité qui justifie le prononcé d'une injonction, c'est-à-dire comment la corriger et l'inverser en en contrebalançant les effets. Pour ce faire, il ne suffit pas que par sa nature, l'injonction réponde à la situation particulière soumise au juge ; il faut encore que par son ampleur, elle lui soit proportionnée. Ce qui importe avant tout est de rétablir ou d'établir un équilibre, une situation « normale », et non pas d'aboutir à une situation de nécessité inversée en imposant une charge trop lourde, contraignante ou disproportionnée à l'autorité administrative. Il s'agit de rétablir un équilibre rompu, et non pas d'aboutir à un déséquilibre inversé. L'administration a illégalement retiré des documents d'identité, le juge lui enjoint de les restituer ; elle immobilise un avion en l'entourant de blocs de bétons, le juge ordonne de mettre fin à l'immobilisation en retirant les blocs de bétons entourant l'appareil. Ainsi, le juge ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la cessation de l'atteinte.

Ensuite, l'injonction doit être *précise*. Le juge doit indiquer avec clarté les obligations qui pèsent sur l'administration. Celle-ci doit savoir très exactement l'attitude qui doit être la sienne. Aucune ambiguïté ne doit exister sur l'étendue et le contenu de ses obligations ni sur la façon de s'en acquitter. Pour prévenir toute difficulté d'exécution, le juge du référé-liberté se montre très directif lorsque cela est nécessaire, expliquant à l'administration de façon précise les obligations qui s'imposent à elle.

Le juge doit en outre fixer un *délai* pour l'exécution de l'injonction. En cas d'injonction positive, le juge du référé-liberté fixe un délai très bref qui pressera l'administration de s'exécuter. Pour la détermination du délai, le juge prend en considération le laps de temps pressenti comme nécessaire à la réalisation de l'injonction en raison des contraintes de tous ordres qui peuvent peser sur elle. Il est généralement de l'ordre de quelques jours²⁰⁶¹. Parfois, le juge ordonne à l'administration de s'exécuter « sans délai » ou « immédiatement ». En pratique, le délai le plus long laissé à l'administration pour s'exécuter est de trois mois et concerne l'obligation d'apporter le concours de la force publique pour exécuter une décision d'expulsion de squatters, compte tenu des difficultés de l'opération. L'injonction a alors une durée de vie qui correspond au délai fixé pour son exécution. En cas d'injonction négative, le juge fixe un délai ou détermine un événement à l'expiration ou à la survenance duquel l'administration se trouvera libérée de l'obligation de ne pas faire. Elle doit s'abstenir durant ce délai, et attendre d'en être libérée pour pouvoir agir.

dire l'accès au site à des milliers de participants risquerait d'entraîner un blocage des routes empêchant la circulation des véhicules d'intervention et de secours.

2060 C. BRAHIC-LAMBREY, *op. cit.*, p. 373.

2061 Voir *supra*, § 491.

Enfin, l'injonction doit être assortie d'une *menace de sanction*. Il doit être suffisamment clair que la méconnaissance de l'injonction risquera d'entraîner des conséquences négatives. La menace peut être directement apparente, notamment lorsque le juge prononce l'injonction sous astreinte.

La décision appropriée pour mettre fin à l'atteinte ayant été définie, il reste encore pour le juge à s'en assurer le respect. Il importe qu'elle produise un résultat concret pour la victime d'une atteinte, et mette fin efficacement à la situation d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

B. L'accompagnement de la mesure de sauvegarde

493. Le juge du référé-liberté s'implique dans l'exécution de ses sentences. Pour être certain que sa décision sera parfaitement comprise par l'administration et correctement exécutée par celle-ci, il assortit ses décisions d'une dose de contrainte et de pédagogie. Lorsque cela lui apparaît nécessaire ou utile, il indique dans le détail à l'administration les mesures qui doivent être adoptées pour faire cesser l'atteinte. Ayant décidé une mesure et explicité ce qu'elle implique, il se donne également les moyens d'en imposer le respect de façon énergique.

1. L'explication

494. Quel que soit le type de mesure prononcée, le juge du référé-liberté témoigne, lorsque les circonstances l'exigent, de qualités didactiques exemplaires pour s'assurer de la correcte exécution de sa décision. Alors que les décisions du juge administratif sont traditionnellement brèves et laconiques²⁰⁶², les ordonnances du juge du référé-liberté indiquent très précisément à l'administration les obligations qui sont les siennes avec un souci de précision qui confine à la pédagogie²⁰⁶³. Conformément à son rôle de

2062 Les auteurs ont de longue date souligné la concision rédactionnelle des arrêts du Conseil d'Etat (voir notamment D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 2^{me} éd., Aug. Durand librairie éditeur, 1865, vol. I, p. VI ; E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. IX ; G. JEZE, « Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Recueil Sirey, 1952, p. 348 ; B. DUCAMIN, « Le style des décisions du Conseil d'Etat. Les réactions d'un public cultivé », *EDCE* 1984-1985, pp. 129-145, spé p. 129). Hauriou fut l'un des rares auteurs à louer cette brièveté des arrêts (voir note sous CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, S. 1918-1919, p. 343). Une grande partie de la doctrine a néanmoins contesté la sécheresse objective et le laconisme excessif des décisions du juge administratif, perçu comme un obstacle à l'intelligibilité et à la clarté de ses décisions (voir notamment R.-E. CHARLIER, « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », *EDCE* 1951, p. 43 ; J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE* 1955, p. 30 ; J. MORAND-DEVILLER, « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, Economica, 1991, p. 199 ; M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP* 1997, p. 748 ; B. PACTEAU, « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », *RA* 1999, numéro spécial 6, p. 79).

2063 Cet effort pédagogique ne s'adresse pas exclusivement à l'administration. Il peut également concerner les juges du premier degré et les requérants eux-mêmes.

Comme cela avait été souligné par les auteurs lors de la création des tribunaux administratifs en 1953, une motivation complète des décisions du Conseil d'Etat favorise une application correcte et uniforme de sa jurisprudence par les juges du premier degré (voir J. RIVERO, « Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice », *D.* 1954, chron., pp. 157-162 ; F. GAZIER, « De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif », *RDP* 1954, pp. 669-683, spé p. 680). Dans cet objectif, la section du contentieux a mis en œuvre une politique jurisprudentielle volontariste consistant, par une motivation précise et détaillée, à accompagner les juges du premier degré dans l'application de la réforme du 30 juin 2000. Comme l'affirmait le vice-président du Conseil d'Etat, « Les premières ordonnances ont été, volontairement, longuement motivées pour l'information des parties et des juges des référés des tribunaux administratifs » (R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les procédures d'urgence : premier bilan », *AJDA* 2002, p. 1). La juridiction suprême de l'ordre juridictionnel administratif entendait exposer avec la plus grande clarté les règles procédurales et le régime des nouveaux référés, afin de garantir une application sans faille de ceux-ci. L'ordonnance *Hyacinthe* témoigne de cette démarche (CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12). La requérante ayant obtenu satisfaction avant l'audience, le juge devait constater la disparition de l'objet du litige et prononcer le non-lieu à statuer. Il aurait pu s'en tenir là, comme c'est la règle habituellement. Néanmoins, avant de constater le non-lieu, et alors qu'il n'est pas tenu de le faire, il s'attache à examiner longuement, et une à une, si les conditions d'octroi sont satisfaites. En droit, cet examen ne s'imposait pas. Il a pour unique objet de donner aux juges inférieurs des indications sur l'appréciation à porter sur les conditions d'une mesure sollicitée sur le fondement de l'article L. 521-2. De même, l'ordonnance du 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, contient des indications très précises, et de portée générale, sur l'appréciation des conditions d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (voir *supra*, §§ 223 et 256).

Le juge des référés va également faire preuve de pédagogie à l'endroit du requérant lorsque celui-ci n'a pas utilisé la procédure de référé adéquate. Il peut l'inviter à se pourvoir devant lui sur le fondement approprié, allant jusqu'à lui indiquer le cas échéant les démarches qu'il devra au préalable accomplir auprès de l'administration. Ce renvoi peut se faire du juge du référé-liberté vers un autre juge, ou d'un autre juge vers le juge du référé-liberté.

Le juge du référé-liberté peut orienter vers le juge du fond le demandeur réclamant l'annulation d'une décision et la réparation du préjudice qu'elle est supposée lui avoir causé (voir CE, ord. 29 octobre 2001, *SARL Objectif*, n° 239443). Il peut également l'inviter à saisir la Commission de recours contre les refus de visa d'entrée en France (CE, ord. 18 février 2005, *Launay et Benfdil*, n° 277579 ; CE, ord. 15 mars 2005, *Sossou*, n° 278502). Le juge du référé-liberté peut également orienter le requérant vers une procédure de référé adaptée à sa situation : le référé-provision (CE, ord. 4 février 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon T.* p. 828) ou, plus souvent, le référé-suspension. Dans l'arrêt *Commune de Venelles*, le Conseil d'Etat aiguille les demandeurs vers la procédure du référé-suspension en leur indiquant précisément la marche à suivre pour obtenir la suspension du refus du maire de convoquer son conseil municipal. L'arrêt indique que « la présente décision ne fait pas obstacle à ce que les intéressés, s'ils s'y croient recevables et fondés, présentent devant le tribunal administratif un recours pour excès de pouvoir contre la décision de refus du maire et saisissent le juge des référés de ce tribunal de conclusions tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à ce qu'il en ordonne la suspension et assortisse le prononcé de cette mesure de l'indication des obligations qui en découleront pour le maire » (CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18). Pour d'autres exemples de renvoi du juge du référé-liberté vers le juge du référé-suspension voir *supra*, § 40.

Inversement, il peut arriver que le demandeur en référé soit orienté vers la procédure du référé-liberté. Ainsi, le juge du référé-conservatoire a pu diriger un requérant vers les deux autres référés d'urgence, en lui indiquant de manière précise la procédure à suivre, y compris dans la phase précontentieuse. Dans l'arrêt du 11 juin 2002, *SARL Camping d'Oc*, le Conseil d'Etat affirme que pour obtenir l'expulsion d'occupants sans titre, « il appartenait à la société requérante, si elle s'y croyait fondée, de requérir du préfet de l'Hérault, en présentant une décision de justice exécutoire, le concours de la force publique ou de demander au maire (...), en invoquant l'existence d'une urgence impérieuse, de procéder à l'exécution d'office de l'arrêté litigieux, avant de saisir, en cas de refus, le juge des référés en application des articles L. 521-1 ou L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, 11 juin 2002, *SARL Cam-*

décideur, le juge ne se contente pas de constater une situation d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale pour laisser ensuite l'administration en tirer seule les conséquences. Au contraire, il guide et oriente l'autorité administrative dans l'exécution de ses décisions. A travers une rédaction particulièrement soignée et directive des motifs de ses ordonnances, le juge instille, dans le cadre de son office, une dose de contrainte supplémentaire à l'encontre de l'administration. Abandonnant sa réserve d'antan, il se montre résolument directif et s'implique dans l'effectivité de sa sentence. Il n'hésite pas à « entreprendre sur l'action administrative »²⁰⁶⁴, quitte, pour ce faire, à devoir déborder sur les fonctions d'administrateur.

La rédaction volontairement pédagogique de ses décisions a pour objectif de s'assurer d'une correcte application de celles-ci par l'administration²⁰⁶⁵. Si le juge du référé-liberté veut que l'autorité administrative exécute correctement ses décisions, encore faut-il qu'il la mette à même d'en saisir toutes les implications. En effet, lorsque les obligations de l'administration ne sont pas nettement déterminées, celle-ci pourra, malgré sa bonne foi, éprouver des hésitations sur la conduite à tenir face à un état du droit complexe. Ne sachant exactement comment agir, elle risque parfois de se complaire dans l'inertie ou s'abstenir de prendre les mesures qui s'imposent. En expliquant à l'administration le comportement qui doit être le sien, dans cette espèce et à l'avenir, le juge lève toute difficulté pour que l'administration exécute correctement ses décisions et agisse dans le respect de la légalité et des libertés fondamentales. Le juge s'assure, par l'explication, le respect du droit et de ses décisions, et garantit par là l'efficacité de son intervention. Il indique à l'administration comment faire cesser une atteinte, et comment éviter à l'avenir qu'elle ne se reproduise. Cela lui permet de remédier à l'atteinte et de prévenir de nouvelles atteintes. Il s'assure ainsi de l'effet utile de son intervention. Les considérants de la décision, et parfois même le dispositif de celles-ci, exposent minutieusement ce que l'administration doit faire pour se conformer à la décision de justice en l'espèce et ne pas retomber sous le coup d'une nouvelle censure juridictionnelle à l'avenir.

495. En présence d'une situation juridique complexe, le juge du référé-liberté ne prendra pas le risque d'une exécution incorrecte ou incomplète de sa décision par l'administration. Lorsque les difficultés juridiques sont sérieuses, et les libertés menacées, le juge administratif exclut que l'administration décide seule des conséquences de sa

ping d'Oc, Lebon T. p. 933). De même, le juge du référé-suspension peut signifier au requérant qui ne dispose pas de décision préalable que la voie de l'article L. 521-2 est ouverte dans ce cas de figure (CE, ord. 20 décembre 2005, *Meyer*, n° 288253). L'orientation du demandeur en référé-suspension vers la procédure de l'article L. 521-2 est très rare car les conditions de fond de l'article L. 521-2 sont plus exigeantes que celles de l'article L. 521-1. Elle n'est pas pour autant inenvisageable, en raison du caractère plus souple de ses conditions de recevabilité.

2064 Selon la célèbre formule de Laferrière (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} éd., Berger-Levrault, 1896, t. 2, p. 569).

2065 Cet effort d'explication permet également au juge des référés de compenser « la relative « brutalité » des effets de ses décisions » (M. GUYOMAR et P. COLLIN, *chron. préc.*, *AJDA* 2001, p. 1050). Elle favorise, sinon une adhésion à la solution retenue, du moins une meilleure compréhension de celle-ci. En rendant une décision plus lisible et plus compréhensible, le juge contribue à mieux la faire accepter.

décision. Il entend éviter qu'une atteinte puisse perdurer après son intervention en raison d'une mauvaise compréhension de son ordonnance. Dans une telle hypothèse, il refuse de s'en remettre entièrement à l'administration et, afin de parer à toute erreur ou résistance dans sa mise en œuvre, définit lui-même les mesures propres à rétablir le requérant dans ses droits et à faire cesser la « situation particulière » provoquée par une action ou une abstention administrative. Il guide, dirige, et ce faisant encadre le comportement de l'autorité administrative qui s'est rendue coupable d'une atteinte à une liberté fondamentale. Il indique avec réalisme les obligations qui incombent à l'administration. Il oriente la personne publique destinataire de la décision en lui indiquant la marche à suivre. En détaillant de la sorte les obligations qui s'imposent à elle pour faire cesser l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale qu'elle a provoqué, le juge des référés écarte toute difficulté susceptible d'entraver une exécution correcte et immédiate de sa décision²⁰⁶⁶. Il s'agit, pour un juge qui présente la particularité d'agir en temps réel, d'optimiser l'efficacité de son intervention à un moment où il est encore temps d'agir sur le comportement de l'administration. Cette première forme de pédagogie peut trouver à s'appliquer lorsque le juge prononce une injonction²⁰⁶⁷ ou un rejet sous réserve²⁰⁶⁸.

Il est notable que cette démarche soit parfois mise en œuvre alors que les conditions d'octroi ne sont pas satisfaites. Même s'il ne peut prononcer une mesure de sauvegarde, le juge entend néanmoins donner un effet utile à son intervention. La décision *Kurtarici*, du 3 avril 2002, est sur ce point particulièrement significative. Avant de conclure à l'absence d'illégalité manifeste de la mesure d'expulsion attaquée, le juge des référés

2066 Les auteurs ont souligné de longue date que la pédagogie du juge apparaît comme un élément déterminant pour une correcte exécution de ses décisions. Ainsi, M. Chevallier affirmait que « Plus la décision est précise, plus elle est impérative, et plus les dérobades deviennent difficiles » (J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA* 1972, p. 88). Mme Joliot indiquait que « l'exécution des décisions de justice serait sans doute plus d'une fois facilitée si le juge consentait à suggérer, dans les motifs de sa décision, les mesures propres à lui donner son plein effet » (M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse Paris II, 1975, p. 201). Dans le même sens, Jean Rivéro déclarait qu'« une décision de justice précise, positive, impérative, disant clairement ce qui doit être fait, couperait court à bien des dérobades (...) » (J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *op. cit.*, p. 830). La bonne exécution des décisions de justice par l'administration dépend en dernière analyse de la capacité du juge administratif à rendre une décision claire et dénuée de toute équivoque. Si traditionnellement, le juge administratif ne répugnait pas à recourir à des considérants directifs, énonçant à titre indicatif les mesures à prendre, l'usage de ce procédé était très exceptionnel et se présentait comme un substitut à l'absence de pouvoir d'injonction. Il faudra attendre la loi du 8 février 1995 pour que cette forme de motivation se développe, comme complément nécessaire du pouvoir d'injonction. Cette pratique a conduit en dehors du cadre de la loi du 8 février 1995 à des motivations particulièrement didactiques à travers lesquelles le juge administratif expose à l'administration les conséquences concrètes d'une annulation pour excès de pouvoir (voir C. CHARLES, « Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995, *Dr. adm.* 2005, études n° 10, spé pp. 13-15). Pour une illustration de ce procédé en excès de pouvoir, voir les arrêts *Vassiliokiotis* et *Titran* cités *supra*, § 483.

2067 Voir *supra*, §§ 490-91, les exemples d'injonctions indiquant précisément à l'autorité administrative le comportement à adopter.

2068 Ainsi, dans l'affaire *Tibéri*, le juge indique de façon très précise les obligations qui s'imposent au Conseil supérieur de l'audiovisuel et les démarches que l'institution devra accomplir pour assurer le respect du pluralisme (voir *supra*, §§ 481-483).

prend soin de donner aux parties des indications sur les suites qui pourront être données à ce litige. Ces indications s'adressent tant au requérant, à qui le juge indique la voie à suivre pour obtenir satisfaction, qu'à l'administration, invitée à faire preuve d'humanité dans son appréciation. Au requérant, le juge fait remarquer qu'il « a la possibilité de saisir, depuis son pays d'origine où il réside à l'heure actuelle, le ministre de l'intérieur d'une demande d'abrogation de l'arrêté d'expulsion pris à son encontre en se prévalant notamment de la relative ancienneté des faits délictueux qu'il a commis durant une période déterminée et de son comportement depuis lors ». Le juge des référés s'adresse ensuite à l'autorité administrative, indiquant « qu'il appartiendra au ministre de l'intérieur, saisi d'une telle demande, d'y statuer en tenant compte à la fois des faits en cause et de la situation personnelle de l'intéressé qui, arrivé très jeune en France, vivait avant son expulsion avec une Française et devrait être prochainement père d'un enfant français ». En l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale, le juge ne peut prononcer de mesures de sauvegarde. Néanmoins, son intervention peut permettre, grâce aux indications données, de remédier rapidement à la situation qui a donné lieu à la saisine²⁰⁶⁹.

496. Le juge du référé-liberté donne également aux administrations les clés pour remplir leur mission d'intérêt général dans le respect de la légalité et des libertés fondamentales. Cette seconde forme de motivation peut trouver à s'exprimer quelle que soit la mesure prescrite, et même en l'absence de prononcé d'une mesure.

Le juge peut tout d'abord énoncer, par une formulation proche de l'arrêt de règlement, les grands principes encadrant l'action administrative dans une situation déterminée²⁰⁷⁰. Cette démarche coïncide avec une volonté de l'autorité administrative et en particulier des administrations centrales d'obtenir des conseils sur la conduite à tenir. Ainsi, dans l'ordonnance *Samağassi* du 11 mars 2003, le juge des référés du Conseil d'Etat indique à l'administration quel doit être son comportement en présence d'une usurpation d'identité : il explicite, développe et précise ses obligations dans un tel cas

2069 CE, ord. 3 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici, Lebon T.* p. 871. De même, dans l'ordonnance *Commune de Théoule-sur-Mer*, le juge des référés du Conseil d'Etat exclut l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Il ajoute néanmoins qu'il appartiendra « à la commune de Théoule-sur-Mer et à la société Cannes Aquaculture de se rapprocher, après la délivrance par les services de l'Etat d'une nouvelle autorisation d'exploiter l'élevage de poissons de mer géré par cette société, pour définir, le cas échéant avec l'aide de ces services, des modalités d'accès de la société à ses installations qui concilient les exigences d'une bonne gestion du domaine et les besoins d'une exploitation normale de l'entreprise » (CE, ord. 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232).

2070 L'arrêt *Rodière* demeure, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, l'un des exemples les plus souvent cités (CE, 26 décembre 1925, *Lebon* p. 1065). On a pu affirmer que dans cette décision, le Conseil donnait des « conseils à l'administration active » (Y GAUDEMET, « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », *op. cit.*, p. 819) dans le contentieux de la fonction publique, afin de la guider dans la reconstitution de carrière. Plus récemment, dans l'arrêt *Société à objet sportif « Toulouse Football Club »*, le Conseil d'Etat, après avoir annulé une décision de la Ligue nationale de football qui avait refusé d'annuler les résultats d'une rencontre ayant opposé deux clubs de Ligue 1, donne, selon l'expression de M. Lachaume « un véritable cours de droit positif sur l'homologation des résultats des championnats fédéraux » (J.-F. LACHAUME, note sous CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse Football Club »*, *Revue juridique et économique du sport* mars 2002, p. 43).

de figure²⁰⁷¹. De même, dans la décision *Gollnisch*, le juge indique de façon très précise les conditions dans lesquelles le recteur d'académie peut déclencher une poursuite disciplinaire à l'encontre d'un enseignant-chercheur et communiquer publiquement sur la procédure disciplinaire en cours²⁰⁷².

D'autre part, le juge peut indiquer à l'administration le comportement qu'elle devra à l'avenir tenir pour agir dans le respect de la légalité et des libertés fondamentales, afin que son action soit exempte de vices dans les circonstances de l'espèce ou dans des circonstances semblables²⁰⁷³. Le juge du référé-liberté, qui a censuré le comportement de l'autorité administrative, lui indique la procédure à suivre et les conditions à respecter à l'avenir pour agir sans attenter illégalement aux libertés fondamentales. Si l'administration entend, dans un but d'intérêt général, reprendre une mesure ayant un objet analogue, elle dispose de tous les éléments nécessaires à la régularité de son action. Ainsi dans l'arrêt *Aguillon*, le juge précise les conditions auxquelles une mesure de réquisition de personnels grévistes peut être légalement prise. Le préfet peut requérir des personnels grévistes relevant d'un employeur privé, mais il ne peut prendre que les mesures « imposées par l'urgence et proportionnées aux nécessités de l'ordre public ». Afin de ne pas paralyser l'action administrative ni faire obstacle à la mise en œuvre de ce pouvoir si les circonstances l'exigent, le dispositif de la décision indique que la suspension prononcée « ne fait pas obstacle à ce que, si le conflit se prolonge, le préfet puisse décider de faire usage des pouvoirs qu'il tient du 4° de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales dans les limites énoncées par les motifs de la présente décision »²⁰⁷⁴. Dans l'ordonnance *FN IFOREL*, le juge du référé-liberté enjoint à l'administration de ne pas faire obstacle « sauf circonstances de droit de fait nouvelles » à l'exécution du contrat de réservation conclu entre l'IFOREL et la société Impérial Palace. Par cette formule, il lui indique implicitement que si une menace de trouble à l'ordre public survient, une mesure identique pourra être légalement prise sans encourir cette fois la censure du juge du référé-liberté²⁰⁷⁵.

2071 CE, ord. 11 mars 2003, *Samagassi, Lebon* p. 119. L'ordonnance indique que pour l'application des dispositions du décret du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité, il appartient aux autorités administratives compétentes de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que les pièces produites à l'appui d'une demande de carte nationale d'identité sont de nature à établir l'identité et la nationalité du demandeur. S'il leur revient de procéder à cette occasion aux vérifications qu'appellent, le cas échéant, certaines particularités des pièces produites à l'appui de cette demande, le seul fait qu'à l'occasion de l'instruction de celle-ci soit révélée une fraude commise par un tiers ne saurait justifier légalement que la délivrance de la carte nationale d'identité soit différée au-delà du délai nécessaire à ces vérifications. Cette délivrance ne saurait en particulier être subordonnée dans un tel cas à l'issue d'une procédure pénale, engagée à l'initiative de l'administration, relative au comportement de cette tierce personne. Dans le cas où l'autorité administrative découvre, à cette occasion, qu'un titre d'identité a déjà été délivré à un tiers au bénéfice d'une usurpation de l'identité du demandeur, il lui appartient de retirer ce titre, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, sans pouvoir se prévaloir de cette usurpation d'identité pour priver le demandeur, jusqu'à l'issue de la procédure pénale, de la carte nationale d'identité à laquelle il a droit.

2072 Voir *supra*, § 199.

2073 Pour des exemples dans le contentieux de l'excès de pouvoir, voir CE, 18 juin 1926, *Sieurs Belkacem Bentami et autres, Lebon* p. 614 ; CE, Sect., 8 décembre 1933, *Sieurs Grundmann et Kardesch, Lebon* p. 1152.

2074 CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

2075 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), Lebon* p. 311.

497. Il convient de s'interroger sur l'exacte portée de ces motifs. Dans quelle mesure s'imposent-ils à l'administration ? Représentent-ils pour elle de simples indications dont elle peut s'inspirer si elle le souhaite, mais qu'elle pourrait tout aussi bien ignorer ? S'agit-il au contraire de véritables obligations auxquelles elle est juridiquement tenue de se conformer ? La jurisprudence relative à la portée des motifs conduit à distinguer deux situations pour leur appliquer des solutions différenciées : d'un côté, les motifs qui constituent le support nécessaire du dispositif bénéficiant de l'autorité qui s'attache à celui-ci ; d'un autre, les motifs qui ne constituent pas le soutien nécessaire du dispositif ne bénéficient pas de son autorité²⁰⁷⁶.

En application de ce critère, doivent se voir reconnaître un caractère obligatoire les explications pédagogiques de la première forme, celles par lesquelles le juge indique à l'administration les mesures concrètes à prendre lorsque les conditions d'octroi sont satisfaites. Ces explications constituent en effet le complément du dispositif ; elles sont indissociables de celui-ci. Pour reprendre les expressions habituellement utilisées pour qualifier les motifs indissociables, elles font « corps avec lui »²⁰⁷⁷ et constituent des « éléments de la sentence »²⁰⁷⁸. Ces explications, prévues pour s'appliquer à l'espèce particulière pour laquelle elles sont formulées, s'imposent de manière juridiquement contraignante à l'administration. Elles présentent pour la personne publique concernée un caractère obligatoire. L'autorité administrative est juridiquement liée quant à la conduite à tenir. Dans ces conditions, la méconnaissance de ces prescriptions est

2076 En effet, il résulte d'une jurisprudence constante que les motifs d'une décision ne bénéficient de l'autorité du dispositif que s'ils sont « inséparables » de celui-ci (CE, Ass., 10 février 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Chauche*, *Lebon* p. 108 ; CE, Sect., 6 mai 1983, *Société Distrelec et autres*, *Lebon* p. 179 ; CE, 30 septembre 1988, *Ministre du Budget contre Raveau*, *Lebon* p. 323), s'ils en constituent le « soutien nécessaire » (CE, 26 novembre 1958, *Sieur Lot*, *Lebon* p. 588 ; CE, 23 décembre 1964, *Consorts Lefèvre*, *Lebon* p. 665 ; CE, Sect., 9 juin 1989, *Dufal*, *Lebon* p. 139) ou le « support nécessaire » (CE, 30 novembre 1960, *Sieur Hubert c/ Commune de Berles-Monchel*, *Lebon* p. 653 ; CE, 5 mars 1969, *Sieur Rouet*, *Lebon* p. 134 ; CE, Sect., 10 mars 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de Lille-Roubaix-Tourcoing*, *Lebon* p. 127). Comme le soulignait en 1955 le commissaire du gouvernement Jacomet, « l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le support nécessaire et qui sont, par conséquent, indispensables pour en déterminer ou en compléter le sens » (CE, concl. sur CE, Ass., 10 décembre 1954, *Cru et autres*, *D.* 1955, p. 200). L'étendue de la chose jugée fait l'objet d'une conception identique dans la jurisprudence judiciaire (Com., 21 mars 1950, *D.* 1950, p. 381 ; Civ. 2^{ème}, 7 janvier 1956, *D.* 1956, p. 214), constitutionnelle (CC, n° 62-18 L, 16 janvier 1962, cons. 1, *Rec.* p. 31 ; n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, cons. 12, *Rec.* p. 48 ; n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, cons. 4, *Rec.* p. 76), internationale (CPIJ, avis n° 11 du 16 mai 1925, série B, pp. 29-30, cité par J. SALMON, « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de la Haye », in *Arguments d'autorité et arguments de raison et de droit*, Nemesis, 1988, p. 24), européenne (voir G. COHEN-JONATHAN, « La convention européenne des droits de l'homme », *Economica PUAM*, 1989, p. 206) et communautaire (voir L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, p. 505).

2077 E. GARSONNET et C. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1913, t. III, p. 409.

2078 G. BOURCARD, note sous Cass., req., 24 novembre 1890 et Cass., req., 8 juillet 1891, *S.* 1893, I, p. 316.

assimilée à une violation de la force exécutoire des décisions de justice, et sanctionnée comme telle.

A l'inverse, les motifs explicatifs par lesquels le juge pose des principes plus généraux, destinés à prévenir le renouvellement de l'atteinte, ne sont pas juridiquement obligatoires pour l'administration destinataire de la décision. L'autorité du dispositif ne s'étend pas habituellement à ce type de motifs. En effet, leur reconnaître l'autorité de la chose jugée reviendrait à conférer au juge un véritable « pouvoir de réglementation générale »²⁰⁷⁹. D'un point de vue juridique, ces motifs explicatifs ne bénéficient pas de l'autorité du dispositif car ils n'en constituent pas le soutien nécessaire. Leur caractère indicatif ne les prive pas pour autant d'effectivité. En effet, l'administration a l'assurance qu'en suivant les indications données par le juge, elle agira conformément à la légalité et dans le respect des libertés fondamentales. L'observation de ces indications représente pour elle une garantie de sécurité juridique et contentieuse. Par conséquent, elles seront scrupuleusement suivies, non seulement par l'administration destinataire de la décision mais également, au-delà, par l'ensemble des autorités appelées à intervenir dans un cas de figure analogue. Du fait de leur rédaction, volontairement large, ces considérants comportent des enseignements de portée générale sur la façon dont l'administration doit se comporter dans une situation donnée. Cette façon de procéder présente en outre l'avantage, pour la justice administrative, de permettre la prévention de contentieux.

498. En complément ou non d'une démarche didactique, le juge des référés va exercer une pression sur l'administration afin de combattre *a priori* toute velléité de résistance à sa décision. La pédagogie laisse alors place à l'autorité²⁰⁸⁰. Le juge du référé-liberté s'assure, par l'autorité, de la correcte exécution de sa décision.

2. L'autorité

499. La décision prise en référé est, comme toute décision de justice, exécutoire et obligatoire. D'une part, elle est revêtue de la force exécutoire. Elle doit être exécutée, conformément au principe qui gouverne la mise en œuvre des décisions de justice, rappelé à l'article L. 11 du code de justice administrative, disposant que « les jugements sont exécutoires ». Au surplus, l'article R. 522-13 al. 2 dispose que le juge des référés peut décider que sa décision « sera *exécutoire* aussitôt qu'elle aura été rendue ». La formule exécutoire prévue à l'article R. 751-1 du code de justice administrative, doit figurer dans le dispositif de l'ordonnance (article R. 522-13

2079 D. DE BECHILLON, « Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *RDP* 1994, p. 1823.

2080 C'est que la fonction juridictionnelle est aussi une fonction d'autorité : elle comporte, outre le pouvoir de dire le droit, celui d'imposer sa mise en œuvre. Cette synthèse est l'alliance, conforme à la formule de Pascal, de la force et de la Justice : « La Justice sans la force est impuissante, la force sans la Justice est tyrannique. (...) Il faut donc mettre ensemble la Justice et la force, sans pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste » (PASCAL, *Pensées*, n° 298, 1817, rééd. Flammarion, 2000).

al. 3)²⁰⁸¹. D'autre part, l'ordonnance de référé est également dotée d'une force obligatoire qui s'impose aux parties. Cette force obligatoire est notamment rappelée à l'article R. 522-13, qui utilise l'expression « doit s'y conformer » pour qualifier l'autorité de l'ordonnance de référé sur les parties. L'administration est tenue de s'y soumettre et de la respecter. Ces principes, déjà consacrés sous l'état du droit antérieur²⁰⁸², sont maintenus à l'identique après la réforme du 30 juin 2000²⁰⁸³. Dans un arrêt *Association convention vie et nature pour une écologie radicale*, le Conseil d'Etat a dû rappeler avec solennité l'autorité qui s'attache aux décisions prises en référé²⁰⁸⁴. Dans un considérant de principe, la Section a affirmé que les décisions prononcées par le juge des référés ont, comme toutes les décisions de justice, un caractère exécutoire et obligatoire. Ce principe exclut que l'administration puisse légalement reprendre une même décision sans qu'il ait été remédié au vice que le juge des référés avait pris en considération pour prononcer sa décision.

Partant, l'administration est juridiquement tenue d'exécuter la décision prise par le juge du référé-liberté ; et le bénéficiaire de la mesure de sauvegarde est en droit d'exiger sa correcte exécution par la personne publique condamnée. Il peut, au besoin, demander la mise en œuvre des dispositions de droit commun de l'article L. 911-4 et L. 911-5 du code de justice administrative. En premier lieu, si le juge des référés n'a pas assorti les mesures ordonnées d'une astreinte et que celles-ci n'ont pas été exécutées, le demandeur peut saisir le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 911-5 afin que soit prononcée une astreinte contre l'administration récalcitrante. En second lieu, le demandeur qui a obtenu d'un juge des référés du premier degré le prononcé d'une mesure de sauvegarde peut s'adresser au tribunal dont ce juge relève en cas d'inexécution de

2081 Pour ce qui est du droit judiciaire privé, l'article 514 du nouveau code de procédure civile déclare exécutoires « de droit » les ordonnances de référé.

2082 La décision d'octroi d'un sursis à exécution doit être exécutée en vertu des principes qui s'attachent à la mise en œuvre des décisions de justice. En ne s'y conformant pas, l'administration méconnaît, sinon la chose jugée, du moins la chose ordonnée, selon la formule du commissaire du gouvernement Duthéillet de Lamothe (concl. sur CE, 16 octobre 1981, *Ministre de la Défense c/ Lassus, Lebon* p. 373). Le caractère exécutoire était reconnu aux décisions prises en référé (CE, Sect., 3 octobre 1958, *Société des autocars garonnais, Lebon* p. 468) et aux jugements de sursis à exécution (CE, Sect., 9 décembre 1983, *Ville de Paris, Lebon* p. 499). Le tribunal des conflits a jugé que l'exécution forcée d'une décision dont une juridiction a ordonné qu'il sera sursis à son exécution a le caractère d'une voie de fait (TC, 10 décembre 1956, *Guyard c/ Tegny, Lebon* p. 590).

2083 Voir P. CASSIA, « L'autorité de la chose ordonnée en référé », *JCP G* 2004, I, 164.

2084 CE, Sect., 5 novembre 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre (2 espèces)*, RFDA 2004, pp. 601-611, concl. F. LAMY ; AJDA 2003, p. 2253, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; JCP A, 69, note M. GAUTIER. Cet arrêt intervient à la suite de plusieurs décisions du ministre de l'Ecologie méconnaissant de façon caractérisée deux mesures de suspension ordonnées par le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Le contentieux débute le 21 juillet 2003 avec un arrêté du ministre de l'Ecologie fixant des dates d'ouverture de la chasse en contrariété plus que probable avec la directive communautaire du 2 avril 1979 relative à la conservation des oiseaux sauvages. Saisi d'un référé-suspension contre cette décision, le juge des référés fait rapidement droit à la demande des requérants (CE, ord. 4 août 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 258778). Peu importe au ministre de l'Ecologie qui édicte immédiatement un arrêté quasiment identique au précédent et tout aussi probablement illégal, arrêté que le juge des référés suspend également (CE, ord. 19 août 2003, *Convention vie et nature pour une écologie radicale*, n° 259340). Le ministre n'hésite toutefois pas à récidiver deux jours après cette seconde suspension.

la mesure prescrite. Bien que le texte de l'article L. 911-4 fasse seulement référence au « jugement » du tribunal administratif et « arrêt » de la cour administrative d'appel, le Conseil d'Etat en a admis l'application aux procédures de référé dans une décision *Van Bentum Plasse et Plasse*²⁰⁸⁵. Par une ordonnance du 26 avril 2001, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille avait enjoint au maire de Forcalquier de prendre, dans un délai de 48 heures, une mesure de police ordonnant l'exécution de travaux sur le mur longeant la propriété des requérants afin qu'il soit remédié au péril créé par la dégradation de ce mur. Par jugement du 1^{er} juillet 2003, le tribunal administratif de Marseille a rejeté la demande présentée par les requérants tendant à ce que soit assurée l'exécution de l'ordonnance du 26 avril 2001 en application de l'article L. 911-4. Pour justifier son rejet, le tribunal se fonde sur ce que la mesure prescrite a été correctement exécutée. Elle consistait en la mise en place d'un périmètre de sécurité autour du mur ainsi qu'en la pose d'un film de protection, non en sa démolition et sa reconstruction. Les requérants relèvent appel de cette décision devant le Conseil d'Etat²⁰⁸⁶. Celui-ci indique que dès le lendemain du prononcé de l'ordonnance du 26 avril 2001, le maire de Forcalquier a pris un arrêté interdisant l'accès à ce mur pendant toute la durée des travaux de remise en état et que ces travaux ont consisté à reconstruire la partie du mur qui s'était effondrée et à édifier plusieurs contreforts de nature à garantir la stabilité de l'ouvrage. Pour le Conseil d'Etat, « le maire a ainsi pris des mesures conservatoires correspondant à celles ordonnées par l'ordonnance du 26 avril 2001 ». Si les requérants soutiennent que des pierres sont récemment tombées du mur, le Conseil souligne qu'« il n'est, en tout état de cause, pas établi que ces incidents résulteraient d'une incomplète exécution des travaux ordonnés par le juge des référés ». Dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la commune de Forcalquier n'aurait pas exécuté l'ordonnance du 26 avril 2001.

500. Lorsque la mesure de sauvegarde prend la forme d'une injonction²⁰⁸⁷, le juge du référé-liberté peut décider, dès son prononcé, d'assortir sa décision d'une astreinte sur le fondement des dispositions générales de l'article L. 911-3 du code de justice administrative²⁰⁸⁸.

2085 CE, 29 octobre 2003, *Van Bentum Plasse et Plasse, Lebon T.* p. 719, 721, 943 et 956.

2086 Les voies de recours prises en application de l'article L. 911-4 sont les mêmes que celles prévues contre la décision dont il est demandé au juge d'assurer l'exécution. En l'espèce, la décision concerne l'exécution d'une ordonnance rendue sur le fondement de l'article L. 521-2. Conformément à l'article L. 523-1 du code, elle doit être contestée par la voie d'un appel porté, par dérogation à la compétence de droit commun des cours administratives d'appel, devant le Conseil d'Etat.

2087 Dans l'hypothèse d'un rejet sous réserve, la menace résulte d'une nouvelle saisine du juge en cas de non respect des prescriptions énoncées dans la décision et ayant conditionné le rejet de la demande. En ce qui concerne les mesures de suspension d'une décision positive, cette simple mesure suffit en principe à donner entière satisfaction au requérant, sans que le prononcé d'une injonction d'exécution – et par conséquent d'astreinte – ne soit nécessaire.

2088 De même, en cas de voie de fait, le juge civil des référés peut assortir ses injonctions d'une astreinte. Le pouvoir de prononcer des astreintes a été reconnu au juge judiciaire par le Tribunal des conflits (TC, 17 juin 1948, *Manufacture de velours et peluches et Société Velvetia c/ Etat, Lebon* p. 513). Il peut s'exercer en référé sur le fondement des dispositions de l'article 491 du nouveau code de procédure civile, le cas échéant d'office.

Destinée à vaincre toute résistance de la part de l'administration, elle sera prononcée par le juge en vue de garantir la bonne exécution de sa décision. Rappelons en effet que l'injonction n'est pas une substitution ; son prononcé ne donne par lui-même aucune satisfaction au requérant. Certes, l'injonction prononcée par le juge du référé-liberté est contraignante en ce que son émission la rend obligatoire pour l'administration. Mais, loin d'exercer une contrainte absolue sur l'administration qui conduirait nécessairement à l'exécution escomptée, l'injonction la rend partiellement maître de son destin en lui réservant une part de liberté. Face à la décision du juge, l'administration a, *de facto*, la possibilité de choisir de s'exécuter ou de ne pas s'exécuter – possibilité relative, mais non moins réelle, comme en atteste l'existence de cas dans lesquels l'administration ne s'exécute pas face à une injonction. Celle-ci ouvre donc toujours à l'autorité administrative une possibilité de lui résister. Lorsque le juge des référés pense que l'administration sera tentée d'exploiter cette faculté de résistance, il assortit l'injonction d'une astreinte. En cela, le caractère comminatoire de l'astreinte est un élément de dissuasion de l'inexécution de l'injonction. L'astreinte présente le fort caractère dissuasif recherché par la menace d'injonction avec cette particularité qu'au lieu d'être simplement virtuelle, la menace est incarnée dès son prononcé et pèse de tout son poids dès celui-ci, sans que son efficacité ne soit différée à l'étape ultérieure de l'inexécution. Elle tend avant tout à l'« intimidation »²⁰⁸⁹. Elle permet d'exercer une pression sur l'administration en lui inspirant la crainte de sanctions ultérieures. Intervenant avant qu'elle n'ait opté entre exécution et inexécution, l'astreinte influe sur les termes de ce choix pour tenter d'obtenir de l'administration qu'elle adhère à l'injonction. Il y a menace de sanction, mais nullement sanction effective²⁰⁹⁰. L'astreinte constituant une sanction conditionnelle, elle ne devient effective qu'en cas d'inexécution.

Le juge du référé-liberté dispose d'un pouvoir d'appréciation pour prononcer une astreinte. Il se détermine au regard des circonstances de chaque espèce et n'est jamais tenu de la prononcer. Il use de cette faculté lorsqu'il redoute de se heurter à une résistance de l'administration. A défaut, le juge ne prononce pas l'astreinte. Il peut même expressément affirmer « qu'en raison des assurances données par l'administration lors de l'audience, il n'y a pas lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte »²⁰⁹¹. En pratique, il est extrêmement rare que le juge du référé-liberté assortisse ses injonctions du prononcé d'une astreinte. On observe une façon de procéder analogue de la part du juge civil des référés dans les hypothèses de voie de fait. Mme Guillon-Goudray a montré que le juge n'aura recours aux astreintes que s'il estime qu'un risque d'absence d'exécution existe : « Dès lors que le juge dispose de garanties suffisantes quant à l'exécution

2089 J. BUFFET, « La réforme de l'astreinte : premières applications », Rapport de la Cour de cassation, 1997, p. 67.

2090 La solution se dégage de la formulation même employée lorsqu'on y recourt : on ne condamne pas « à » une astreinte mais « sous » astreinte (voir B. LOUVEL, « Une proposition qui change tout : on ne condamne pas « à » mais « sous » astreinte », *GP* 1-2 septembre 1999, p. 2). Lors de son prononcé, l'astreinte n'oblige en rien l'administration. Ce que recherche le juge à cette étape, est de faire peser sur l'autorité administrative une pression. Comme l'indique l'étymologie du mot, son objet est de contraindre à une exécution : le verbe latin *astringere* signifie « contraindre ».

2091 CE, ord. 26 avril 2005, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LA-MALI, *Lebon T.* p. 1034.

de sa décision, il refusera le prononcé d'une astreinte »²⁰⁹². L'auteur souligne qu'« on ne peut que remarquer la rareté des astreintes en cette matière, le juge judiciaire décidant bien souvent qu'elle n'est pas nécessaire »²⁰⁹³.

Une fois décidé le principe d'une astreinte, le juge dispose d'une grande liberté pour fixer le taux de celle-ci. Il se détermine en fonction du but qu'elle se propose d'atteindre, à savoir contraindre l'administration à l'exécution. Le juge peut prendre en considération la gravité des conséquences d'une inexécution pour le requérant, la capacité de résistance financière de la collectivité concernée ou encore le caractère répété des manquements constatés. Le montant fait l'objet d'une appréciation au cas par cas, qui tient compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire. Le taux de l'astreinte, fixé par jour de retard, est en général modéré : 15 euros par jour de retard pour restituer un titre de séjour en cours de validité à son titulaire²⁰⁹⁴ ; 150 euros par jour de retard pour restituer aux requérants les documents d'identité qui leur ont été illégalement retirés²⁰⁹⁵ ou pour achever, sous les 15 jours, l'instruction de la demande de la requérante et de lui délivrer dès notification de l'ordonnance un récépissé valant autorisation de séjour²⁰⁹⁶ ; 200 euros par jour de retard pour apporter le concours de la force publique à l'exécution d'une décision ordonnant l'évacuation de squatters²⁰⁹⁷, 100 euros par jour de retard pour la même mesure²⁰⁹⁸ ; 300 euros par jour de retard pour délivrer une demande d'autorisation provisoire de séjour lorsque l'administration a commis une négligence grave²⁰⁹⁹. La fixation du taux de l'astreinte, à un niveau relativement bas, au regard des ressources dont disposent les collectivités publiques, s'explique par une considération simple : face à la puissance publique, le montant de l'astreinte est relativement indifférent. Dans la mesure où les capacités financières des personnes publiques sont très importantes, l'effet dissuasif ne peut être recherché sur ce plan car il supposerait de fixer l'astreinte à un taux élevé et, ainsi, à pénaliser tous les administrés au profit d'un seul justiciable. En réalité, face à l'autorité publique, « c'est moins le montant de l'astreinte que son principe, sur lequel il est compté pour contraindre l'administration à mettre un terme à la situation litigieuse »²¹⁰⁰. On observe toutefois que le juge du référé-liberté fait preuve d'une retenue moindre lorsque la personne publique en cause est un établissement public à caractère industriel et commercial. A leur égard, le juge peut fixer le taux de l'astreinte à un niveau délibérément très élevé. Ainsi dans l'affaire *Société Outremer Finance Limited*, le juge du référé-liberté enjoint à

2092 S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, p. 311.

2093 S. GUILLON-COUDRAY, *op. cit.*, p. 312.

2094 CE, ord. 8 novembre 2001, *Kaigisiz, Lebon* p. 545.

2095 CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

2096 CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T.* p. 1132. Le même taux d'astreinte est fixé, pour une injonction analogue : CE, 7 mai 2003, *Boumaïza*, n° 250002.

2097 CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408.

2098 CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* p. 874 ; CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon* p. 117.

2099 CE, ord. 21 décembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361.

2100 C. GUETTIER, « Injonction et astreinte », *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), n° 182.

l'Aéroports de Paris, sous astreinte de 50 000 euros par jour de retard à compter de la notification de la décision, de mettre fin à l'immobilisation d'un aéronef²¹⁰¹.

A l'expiration de la période fixée pour l'exécution ou si l'exécution intervient au cours de celle-ci, il appartient au juge des référés qui a prononcé l'astreinte de procéder à sa liquidation en application de l'article L. 911-7 du code de justice administrative, soit d'office, soit à la demande de l'une des parties²¹⁰². La compétence pour la liquidation revient au juge des référés qui a prononcé l'astreinte²¹⁰³. Si la liquidation intervient à la demande d'une des parties, le juge du référé-liberté ne peut liquider une astreinte ou assurer l'exécution d'une précédente ordonnance qu'après avoir tenu audience publique²¹⁰⁴ ; il peut néanmoins en ordonner le rejet au titre de la procédure de tri de l'article L. 522-3²¹⁰⁵. Si le juge statue d'office et constate qu'il n'y a lieu de liquider l'astreinte, il n'a pas à tenir audience²¹⁰⁶. La liquidation est subordonnée à la seule inexécution de l'injonction. Si l'administration s'est exécutée dans le délai fixé, il n'y a pas lieu de procéder à la liquidation de l'astreinte. Si elle ne s'est pas exécutée dans le délai imparti, le juge liquide l'astreinte²¹⁰⁷. Cette liquidation donne naissance à une

2101 CE, 2 juillet 2003, Société Outremer Finance Limited, *Lebon* p. 306.

2102 Voir, rendu sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 : CE, 21 mai 2003, *Petit*, n° 252872 ; CE, 15 mars 2004, *Société Dauphin Adshel*, n° 259803.

2103 Pour le référé-liberté, voir CE, ord. 5 septembre 2003, *Keller*, n° 259991. Pour le référé-conservatoire, voir les ordonnances citées note précédente. La solution est classique. Voir, dans les procédures de droit commun : CE, 14 novembre 1997, *Communauté urbaine de Lyon*, *Lebon* p. 421.

2104 Voir par exemple CE, 28 juillet 2004, *Société Outremer Finance Limited.*, n° 254536, *JCP A* 2004, 1743, obs. J. MOREAU. Par mémoire enregistré le 4 décembre 2003, Aéroports de Paris a produit une décision de son directeur général, en date du 10 juillet 2003, aux termes de laquelle : « La réten-tion au sol à Orly de l'Airbus A 340 immatriculé F-GTUA appartenant à la société Outremer Finance Limited, mise en œuvre par la décision DG n° 2003/553 du 6 février 2003, est définitivement levée à compter de ce jour ». Ce mémoire ayant été communiqué à la société Outremer Finance Limited, cette société n'a pas produit d'observations. Le Conseil d'Etat affirme qu'Aéroports de Paris « doit, par suite, être regardé comme ayant exécuté la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux en date du 2 juillet 2003 ; qu'il n'y a, dès lors, pas lieu de procéder à la liquidation de l'astreinte ».

2105 Voir, pour un rejet par le juge d'appel du référé-liberté : CE, ord. 5 septembre 2003, *Keller*, n° 259991. L'article L. 522-3 n'est pas mentionné, mais il ressort des visas que le juge n'a pas tenu audience. Implicitement, la demande d'appel a été regardée comme manifestement mal fondée.

2106 Voir CE, ord. 2 février 2005, *Luzolo Kondé*, n° 275361, concernant l'astreinte prononcée dans une décision du 21 décembre 2004 (CE, ord. 21 décembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361). Le juge relève qu'il ressort des diligences accomplies par la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat que le préfet de l'Isère a renouvelé le 27 décembre 2004 l'autorisation provisoire de séjour dont était titulaire le requérant et qu'un récépissé de demande de titre de séjour lui a été remis le 11 janvier 2005. Dans ces conditions, il en déduit naturellement qu'il n'y a lieu de liquider l'astreinte.

2107 Voir par exemple CE, 27 septembre 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, n° 243338. Par une décision du 29 mars 2002, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a enjoint au préfet des Bouches-du-Rhône de prendre toutes mesures nécessaires pour assurer, dans un délai de quinze jours à compter de la notification de cette décision, l'exécution de l'ordonnance du 21 décembre 2001 du président du tribunal de grande instance de Marseille prononçant l'expulsion sous dix jours des occupants de l'immeuble dont la SCI Stéphaneur et autres sont propriétaires à Marseille. Par la même décision, le Conseil d'Etat a prononcé une astreinte à l'encontre de l'Etat en cas d'inexécution de l'injonction au terme de ce délai, et fixé le taux de cette astreinte à 100 euros par jour. La décision du Conseil d'Etat du 29 mars 2002 a été notifiée au préfet des Bouches-du-Rhône le 9 avril 2002. Le préfet a fait procéder le 24 mai 2002 à l'expulsion des occupants de l'immeuble dont il s'agit. La décision du Conseil d'Etat du 29 mars 2002 doit dès lors être regardée comme ayant été exécutée le 24 mai 2002. Le Conseil affirme « que,

véritable dette portant sur une somme d'argent, effective et exigible, que l'administration doit payer²¹⁰⁸. En cas de mauvaise volonté persistante de l'administration, le juge du référé-liberté pourra majorer le taux de l'astreinte initialement prévu afin d'obtenir la correcte exécution de sa décision²¹⁰⁹. Le Conseil d'Etat a précisé que « les voies de recours ouvertes contre les ordonnances du juge des référés prononçant la liquidation d'une astreinte qu'il a lui-même prononcée sont les mêmes que celles ouvertes contre les ordonnances prononçant l'astreinte »²¹¹⁰, c'est-à-dire, pour le référé-liberté, la voie de l'appel²¹¹¹.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

501. Le juge du référé-liberté dispose d'un pouvoir particulièrement large pour mettre fin à une situation d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Il retient la mesure adéquate et, le cas échéant, s'en assure le respect par l'explication et l'autorité. Encore ne prononce-t-il une mesure contraignante que si un règlement non contentieux du différend ne s'est pas avéré possible. Dans les deux cas, le requérant obtient une satisfaction immédiate. Son intervention donne pleinement et immédiatement satisfaction au requérant dès l'instant où celui-ci remplit l'ensemble des conditions requises par l'article L. 521-2. Une fois acquise dans son principe, cette satisfaction est pour lui définitive.

compte tenu du caractère tardif de cette exécution et des circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions précitées de l'article L. 911-7 du code de justice administrative, de procéder au bénéfice de la SCI Stéphaur et autres à la liquidation de l'astreinte prononcée le 29 mars 2002 ; que, pour la période du 24 avril au 24 mai 2002, le montant de l'astreinte, au taux de 100 euros par jour, s'élève à 3 000 euros ».

2108 Selon l'article L. 911-8 du code de justice administrative, le juge « peut décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant » ; cette part est affectée au budget de l'Etat. En l'absence de précision dans la décision de liquidation, l'astreinte est versée dans son intégralité au requérant (voir décision *SCI Stéphaur* précitée).

2109 Il en va ainsi dans les procédures de droit commun. Le juge administratif des référés peut, en cas de mauvais vouloir persistant de l'administration, relever le taux de l'astreinte initialement fixé (voir, pour un doublement du taux de l'astreinte initiale : CE, 22 novembre 1999, *Lother, Lebon T.* p. 968). Voir L. ERSTEIN et O. SIMON, *L'exécution des décisions de la juridiction administrative*, Berger-Levrault, 2000, pp. 67-70.

2110 CE, 21 mai 2003, *Petit*, n° 252872.

2111 CE, ord. 5 septembre 2003, *Keller*, n° 259991.

Chapitre 2

Une efficacité due au caractère pérenne des mesures prises

502. L'intervention du juge du référé-liberté ne procure pas seulement au demandeur une satisfaction immédiate. Elle lui assure également une satisfaction qui n'a rien de précaire, comme cela est habituellement la règle en référé²¹¹². C'est le cas, naturellement, lorsque le juge prononce un non-lieu à statuer ou donne acte d'un désistement à la suite d'un rapprochement des parties. C'est le cas ensuite, et de façon particulièrement notable, lorsque le juge décide lui-même d'une mesure afin de mettre un terme à la situation liberticide. La décision met fin purement et simplement au litige. Ainsi, l'efficacité de son action provient non seulement de l'étendue des pouvoirs qui lui sont reconnus, mais aussi de la sécurité qu'il procure au requérant en vidant définitivement le litige²¹¹³.

503. Sur le fondement des dispositions de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat affirme le caractère provisoire des mesures prises en référé. En droit, cela signifie que la solution donnée en référé ne s'impose ni au juge du fond ni au juge des référés lui-même. D'une part, le juge du fond n'est pas lié par la solution juridique donnée par le juge des référés et peut parfaitement retenir une solution différente. D'autre part, le juge des référés peut revenir sur sa propre décision en cas d'élément nouveau. La solution donnée en référé apparaît donc précaire et réversible.

2112 Le demandeur en référé doit normalement attendre l'intervention du juge du fond pour être fixé de façon certaine et définitive sur l'étendue de ses droits.

2113 Le référé-liberté offre une pleine et entière satisfaction au requérant. Le demandeur qui a obtenu une mesure favorable n'a plus à agir devant le juge du fond. A l'inverse, lorsqu'une personne obtient la suspension de l'exécution d'une décision par la voie de l'article L. 521-1, elle n'obtient qu'une satisfaction provisoire, le jugement au fond pouvant toujours revenir sur la solution donnée en référé.

En ce sens, « la décision provisoire est celle qui, en marge des voies de recours, peut toujours être révisée, modifiée ou rétractée par l'effet d'une autre décision ; celle qui, en un mot, est exposée à tous les vents contraires »²¹¹⁴. La décision provisoire est donc celle qui peut être remise en cause, soit par le juge du fond, soit par le juge des référés lui-même.

De jure, ces principes s'appliquent au référé-liberté : le juge du fond n'est pas lié par la solution donnée par le juge des référés ; le juge des référés peut revenir en arrière en cas d'élément nouveau. D'un point de vue strictement juridique, sa décision n'est pas définitive²¹¹⁵. Mais en pratique, en raison des caractéristiques de cette procédure et spécialement des conditions auxquelles son déclenchement est subordonné, il est impossible que le juge du fond règle de façon différente la question de droit, et peu probable que se présente un élément nouveau permettant au juge des référés de revenir sur sa décision. Partant, ses décisions sont, sinon irréversibles, du moins dotées d'un coefficient de stabilité remarquable. Leur remise en cause en dehors de l'exercice des voies de recours ne pourra en pratique intervenir que par la voie du réexamen et dans des hypothèses véritablement rarissimes. La stabilité des mesures prises par le juge du référé-liberté soulève la question de la nature de cette procédure et, plus précisément, de son éventuelle qualification de référé au fond.

SECTION 1. LA POSSIBILITÉ D'UNE REMISE EN CAUSE PAR LE JUGE D'APPEL

504. Deux voies de recours exceptionnelles peuvent être exercées par les parties à l'instance initiale devant le juge qui a rendu la décision²¹¹⁶. Ces voies de recours s'ana-

2114 R. PERROT, « Du « provisoire » au « définitif » », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 447-448.

2115 Comme le relevait M. Barreau, la décision définitive est celle « qui met fin à une contestation de telle sorte que le tribunal est désormais dessaisi de tout pouvoir juridictionnel à l'égard de celle-ci » (C. BARREAU, obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, *JCP G* 1989, II, 21216, n° 20).

2116 Doivent également être mentionnées les possibilités d'introduire un recours en interprétation ou un recours en opposition. Conformément à une jurisprudence constante, le recours en interprétation n'est recevable que s'il émane d'une partie à l'instance ayant abouti au prononcé de la décision dont l'interprétation est sollicitée et dans la seule mesure où il peut être valablement argué que cette décision est obscure ou ambiguë. Voir CE, ord. 24 novembre 2005, *Moissinac Massenat*, n° 287348. Le requérant demande au juge des référés du Conseil d'Etat d'interpréter une précédente ordonnance rendue dans le litige l'opposant à l'administration (CE, ord. 8 novembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491). Le juge affirme que l'injonction adressée à l'administration dans cette décision ne présente aucune ambiguïté. Le recours en interprétation est, par suite, irrecevable. Pour un exemple de recours en opposition, voir CE, 27 juillet 2001, *Haddad*, n° 231889 : M. Haddad présentait une requête en opposition afin que le Conseil d'Etat déclare nulle et non avenue une décision précédemment rendue par le juge du référé-liberté du Conseil d'Etat (CE, ord. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p. 37). Les conditions de l'opposition n'étant pas réunies, le Conseil rejette sa demande.

lysent en des voies de rétractation et, par conséquent, de rejugement des ordonnances de référé. D'une part, les parties peuvent introduire un recours en révision contre les décisions du Conseil d'Etat dans les conditions prévues à l'article R. 834-1 du code de justice administrative²¹¹⁷. D'autre part, le requérant peut former le recours en rectification d'erreur matérielle régi par l'article R. 833-1. Un tel recours n'est pas recevable lorsque le requérant conteste les appréciations de nature juridique auxquels s'est livré le juge des référés²¹¹⁸. Il est en revanche recevable si le requérant fait valoir une erreur matérielle commise par le juge des référés, et fondée si cette erreur est caractérisée²¹¹⁹. Le Conseil d'Etat a indiqué à cet égard, et conformément à une jurisprudence constante²¹²⁰ que « l'omission de statuer sur des conclusions est de nature à ouvrir un recours en rectification pour erreur matérielle »²¹²¹.

505. En dehors de ces voies de recours exceptionnelles, les mesures de sauvegarde prononcées par le juge du référé-liberté peuvent être contestées par la voie de l'appel devant le juge des référés du Conseil d'Etat²¹²². Le principe de l'appel résulte d'une initiative parlementaire. Son régime obéit pour l'essentiel aux règles générales gouvernant cette voie de recours. La mesure de sauvegarde se stabilise après l'épuisement du délai d'appel ou son exercice par l'une des parties.

I. LE PRINCIPE DE L'APPEL : UNE INITIATIVE PARLEMENTAIRE

506. Conformément aux orientations définies par le groupe de travail du Conseil d'Etat, le projet de loi avait prévu une voie de recours unique pour l'ensemble des

2117 Voir CE, 22 juin 2005, *Gaiffe*, n° 252090. Le requérant demande au Conseil l'annulation de l'ordonnance du 8 novembre 2002 par laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté sa demande de référé présentée sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Le Conseil rejette la requête au motif qu'elle n'entre dans aucun des cas de révision prévu par les dispositions de l'article R. 834-1 du code.

2118 CE, 27 octobre 2003, *Karsenti*, n° 252151.

2119 C'est le cas lorsque le juge d'appel oppose à la requérante le délai de 15 jours mentionné à l'article L. 523-1 du code de justice administrative et rejette sa requête comme tardive alors que l'intéressée était en droit de bénéficier des dispositions de l'article R. 811-5 augmentant de deux mois les délais de recours pour les personnes résidant à l'étranger au moment de la notification de la décision (CE, 3 mai 2004, *Dogan épouse Antil, Lebon T.* p. 854). Le Conseil d'Etat admet le recours en rectification d'erreur matérielle et statue à nouveau sur l'appel de Mme Dogan dirigé contre l'ordonnance du juge du premier degré.

2120 Voir CE, 17 avril 1970, *DMS Préfontaines, Lebon* p. 260.

2121 CE, 16 février 2004, *Ghouzi, Lebon* p. 79. La demande est en l'espèce rejetée, la requête de l'intéressée étant devenue sans objet du fait de l'intervention ultérieure d'une décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux sur la mesure administrative contestée. Voir, dans le même sens : CE, 5 mai 2006, *Ortiz*, n° 242713 (rejet du recours en rectification, les conclusions en référé-liberté initialement présentées étant devenues sans objet à la suite d'une évolution des dispositions législatives et réglementaires applicables).

2122 De manière plus générale, toutes les ordonnances rendues après audience publique peuvent faire l'objet d'un appel. En revanche, les ordonnances rendues selon la procédure de tri ne peuvent faire l'objet que d'un pourvoi en cassation. Ainsi, les décisions du juge du référé-liberté présentent la particularité de pouvoir, selon les cas, être contestées soit par la voie de l'appel soit par la voie de la cassation.

référé d'urgence. Afin de favoriser une issue rapide des litiges, l'avant-projet de loi supprimait l'échelon intermédiaire des cours administratives d'appel et optait pour un système de cassation généralisée s'appliquant à tous les référés d'urgence²¹²³. Cette règle s'appliquait notamment au référé-liberté qui, sur ce point, ne bénéficiait pas d'un traitement privilégié par rapport aux autres procédures. L'appel ne se présument pas²¹²⁴, les décisions du juge du référé-liberté n'étaient susceptibles que d'un pourvoi en cassation. En raison du domaine très sensible dans lequel intervient cette procédure, les parlementaires ont souhaité confier au Conseil d'Etat des pouvoirs de juge d'appel lui permettant de connaître pleinement du litige en droit comme en fait. Sans remettre en cause le principe du recours unique, le Parlement remplacera la cassation par l'appel – toujours devant le Conseil d'Etat – pour les décisions rendues par le juge du référé-liberté après audience publique. Pour le président Labetoulle, cet amendement représente « la plus importante » innovation apportée au projet de loi par les parlementaires²¹²⁵. Le principe de l'appel constitue en effet une particularité notable du référé-liberté puisque les autres référés d'urgence ne sont susceptibles que d'un pourvoi en cassation. Aussi, « Avec l'institution de ce double degré de juridiction, considéré comme une garantie de bonne justice, on voit se manifester une fois de plus la toute spéciale considération dont bénéficie le référé en sauvegarde d'une liberté »²¹²⁶.

507. L'appel a été introduit par le Sénat en première lecture à l'initiative de sa commission des Lois. L'amendement, auquel s'est particulièrement associé M. Badinter, a été adopté par la chambre haute avec le soutien du gouvernement. Il ressort des travaux préparatoires que les sénateurs ont voulu offrir aux justiciables les garanties les plus étendues lorsque les libertés fondamentales sont en jeu. M. Garrec a souligné que dans un domaine aussi essentiel, la possibilité de présenter une demande de réexamen, et de former un pourvoi en cassation ne constituaient pas des garanties suffisantes pour le justiciable²¹²⁷. Dans le premier cas c'est le même juge qui se prononce : il n'y a donc pas d'intervention d'un nouveau juge. Dans le second, le contrôle du juge est limité aux éléments de droit. Le juge de cassation ne pourra connaître des éléments de fait

2123 La lettre de mission du 31 octobre 1997 avait précisé que les voies de recours « devront permettre une solution rapide des litiges » (*RFDA* 2000, p. 954). En effet, comme dans toute procédure juridictionnelle, il doit exister des voies de recours permettant de rectifier en temps utile les éventuelles erreurs commises par le juge des référés et de garantir l'unité de la jurisprudence sur l'ensemble du territoire. Néanmoins, celles-ci doivent être adaptées à l'urgence en matière de référé. Il est apparu que le système traditionnel appel puis cassation était inadapté à l'urgence dans la mesure où il conduit à la superposition d'instances successives (une instance en premier ressort, une instance d'appel, une instance de cassation). En faisant l'économie d'un appel devant les cours administratives d'appel, le texte permettait de supprimer un niveau d'instance.

2124 En contentieux administratif, le droit au double degré de juridiction n'existe que s'il est expressément prévu par un texte. Le Conseil d'Etat considère qu'« en l'absence de toutes dispositions, prévoyant que les décisions sont susceptibles d'appel », celles-ci doivent être considérées comme rendues en dernier ressort et ne peuvent donc faire l'objet que d'un recours en cassation (CE, 6 juin 1949, *Faveret, Lebon* p. 228).

2125 D. LABETOULLE, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », in *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, *op. cit.*, p. 24.

2126 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1545.

2127 R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 30 et pp. 63-65.

du dossier et régler au fond le litige qu'à la triple condition que le pourvoi soit recevable, qu'un moyen de cassation soit fondé et que le Conseil d'Etat décide d'évoquer l'affaire. C'est en raison des garanties moindres offertes par ces deux voies de droit que les sénateurs ont jugé indispensable d'instaurer le principe d'un appel en matière de référé-liberté. Selon M. Garrec, « Le double degré de juridiction ne peut souffrir d'exception lorsque les libertés fondamentales sont en jeu, sauf à priver de garanties les droits de la défense, constitutionnellement protégés »²¹²⁸. L'Assemblée nationale se ralliera, en première lecture à la position du Sénat, malgré les réserves exprimées par son rapporteur²¹²⁹.

508. En revanche, une divergence est apparue entre les deux chambres sur la juridiction compétente pour connaître de l'appel. Pour des raisons de proximité avec les justiciables, l'Assemblée nationale défendait la compétence des cours administratives d'appel, juge d'appel de droit commun depuis la loi du 31 décembre 1987. M. Blessig déclarait ainsi que « Pour améliorer l'accès du justiciable à la justice, mieux vaut que la procédure ait lieu le plus près possible, c'est-à-dire devant la cour administrative d'appel »²¹³⁰. La compétence du Conseil d'Etat était défendue par le Sénat. Les sénateurs faisaient valoir trois séries d'arguments²¹³¹. En premier lieu, l'intervention immédiate du juge suprême favorise un règlement plus rapide des affaires en permettant l'économie d'un niveau de juridiction²¹³². Il a été affirmé, en deuxième lieu, que cette solution permettait d'unifier rapidement la jurisprudence en matière de protection des libertés fondamentales. Pour M. Garrec, « Il s'agit d'éviter que la dispersion entre sept cours administratives d'appel des recours contre les décisions d'injonction en référé ne remette en cause l'unité de la jurisprudence »²¹³³. En troisième et dernier lieu, la compétence

2128 R. GARREC, *JO déb. AN*, CR séance 8 juin 1999, p. 3741.

2129 M. Colcombet s'est en effet déclaré « très réservé » sur le principe d'un appel en matière de référé-liberté, en faisant valoir trois arguments. Tout d'abord, l'introduction d'un appel pour cette procédure seule représente une source de complexité. Elle s'inscrit à contre-courant du projet de loi, dont l'objectif est de simplifier et d'uniformiser les règles applicables aux différentes procédures. Ensuite, le dispositif de l'appel prive le requérant d'un pourvoi en cassation qui, obéissant aux règles de droit commun, fait intervenir une formation collégiale. Enfin, l'appel ne constitue pas, en dehors du domaine pénal, une exigence dont le respect s'imposerait au législateur (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, pp. 52-53). Ces arguments n'ont guère convaincu les députés. Les membres de la commission des Lois se sont opposés à l'amendement présenté par M. Colcombet visant à rétablir la rédaction initiale du projet de loi (Rapport préc., pp. 53-54). L'Assemblée nationale n'est pas revenue sur le principe de l'appel.

2130 E. BLESSIG, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10944. Le même argument sera repris en deuxième lecture. En séance, M. Blessig se demande « Comment justifier que les arguments développés en faveur du juge des référés en première instance – rapidité, oralité, simplicité, proximité – soient rejetés en matière d'appel ? » (*JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, p. 3162).

2131 Voir R GARREC, Rapport Sénat n° 210, pp. 21-22.

2132 Les décisions rendues par les cours administratives d'appel auraient pu faire l'objet d'un pourvoi en cassation. En outre, il a été relevé que l'encombrement des cours administratives d'appel semblait compromettre l'examen rapide de l'appel.

2133 R. GARREC, Rapport Sénat n° 210, p. 22. On doit toutefois relever que le risque d'un éclatement de la jurisprudence était très hypothétique dans la mesure où les ordonnances des cours administratives d'appel auraient relevé en toute hypothèse du contrôle de cassation du Conseil d'Etat.

du Conseil d'Etat permettrait d'aligner le régime du référé-liberté sur celui du déféré-liberté, favorisant ainsi la cohérence des textes lorsqu'une même matière est en cause. Ces arguments n'avaient pas convaincu les députés en première lecture. L'Assemblée nationale avait adopté, malgré l'avis défavorable du rapporteur et du gouvernement, l'amendement, déposé par MM. Blessig et Albertini, portant l'appel du référé-liberté devant les cours administratives d'appel²¹³⁴. Proposé une nouvelle fois en seconde lecture, l'amendement de M. Blessig sera finalement écarté par les députés²¹³⁵. L'article L. 523-1 al. 2 dispose que « Les décisions rendues en application de l'article L. 521-2 sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat dans les quinze jours de leur notification ». Les ordonnances par lesquelles le juge du référé-liberté prononce une mesure de sauvegarde interviennent après instruction contradictoire et tenue d'une audience publique. Elles sont, sont par conséquent, rendues en premier ressort.

II. LE RÉGIME DE L'APPEL

509. L'appel peut être formé contre toute décision rendue par le juge des référés d'un tribunal administratif²¹³⁶ à la suite d'une audience publique²¹³⁷.

Il est ouvert aux parties à l'instance initiale. En cas de décision d'admission totale, seule l'administration aura intérêt à interjeter appel. En cas d'admission partielle, les deux parties peuvent avoir un intérêt à exercer cette voie de recours : l'administration, tout d'abord, afin que le juge des référés du Conseil d'Etat annule la mesure prescrite en premier ressort ; le requérant, ensuite, en vue d'obtenir une satisfaction totale²¹³⁸. En cas d'admission totale de ses conclusions, le requérant ne peut utilement agir devant le

2134 *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, pp. 10943-10944.

2135 *JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, pp. 3162-3163. M. Garrec tiendra néanmoins à préciser que la solution retenue « n'exclut pas le transfert ultérieur aux cours administratives d'appel de ce contentieux, lorsque la jurisprudence sera homogène » (R. GARREC, Rapport Sénat n° 210, p. 22). Le référé-liberté connaîtrait alors un sort identique à la procédure de contestation des arrêtés de reconduite à la frontière, dont l'appel a été transféré aux cours administratives d'appel après quinze années de fonctionnement. En effet, les appels du juge de la reconduite à la frontière étaient initialement portés devant le Conseil d'Etat. Ils ont été transférés aux cours administratives d'appel le 1^{er} janvier 2005. Ce transfert a été possible alors même que cette procédure représente un contentieux de masse et astreint le juge à statuer dans un délai extrêmement bref de 48 heures. En comparaison, le contentieux du référé-liberté représente, pour un tribunal administratif, plusieurs dizaines de décisions par an. Seul pourrait faire obstacle à ce transfert la volonté d'éviter la superposition ou l'empilement des niveaux d'instance.

2136 Les décisions du juge des référés du Conseil d'Etat sont, pour leur part, insusceptibles d'appel (CE, ord. 29 mai 2002, *Devynck*, n° 247239). Elles ne peuvent davantage faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Le Conseil d'Etat a rappelé en effet « que l'ordonnance rendue par le juge des référés du Conseil d'Etat sur une demande dont celui-ci a été directement saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ne peut faire l'objet ni d'un appel ni d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat » (CE, 27 octobre 2003, *Karsenti*, n° 252151).

2137 Les décisions rendues sans tenue d'une audience publique, c'est-à-dire selon la procédure de tri relevant du contrôle de cassation. Les « appels » formés contre les ordonnances de tri sont requalifiés en pourvoi en cassation et jugés par une formation collégiale du Conseil d'Etat. Voir *supra*, § 412.

2138 Voir par exemple CE, ord. 16 juillet 2001, *Feuillatey, Lebon* p. 309.

juge d'appel²¹³⁹. Les tiers à l'instance ne sont pas recevables à faire appel²¹⁴⁰. De même, les intervenants n'ayant pas la qualité de parties, ils ne sont pas recevables à interjeter appel²¹⁴¹.

En matière de référé-liberté, l'appel relève de la compétence du juge des référés du Conseil d'Etat. Une cour administrative d'appel saisie à tort doit transmettre le dossier de la requête au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat²¹⁴². La requête d'appel doit être introduite dans les 15 jours qui suivent la notification de la décision attaquée. Les règles concernant le délai d'appel sont les mêmes que pour le pourvoi en cassation formé contre une ordonnance de tri. Ainsi, le délai de 15 jours est un délai franc et il peut être augmenté des délais de distance²¹⁴³. En outre, l'appel est recevable si la requête parvient au greffe du contentieux par voie de télécopie dans le délai imparti, et cela même si le dossier complet de la requête ne parvient par voie postale qu'à une date ultérieure²¹⁴⁴. Il est en revanche irrecevable s'il est formé après l'expiration du délai de 15 jours susmentionné²¹⁴⁵.

Les appels en référé-liberté sont dispensés du ministère d'avocat par l'article R. 523-3 du code de justice administrative. En vertu des dispositions combinées des articles R. 411-1 et R. 811-13, toute requête d'appel doit, à peine d'irrecevabilité, être motivée²¹⁴⁶. Les conclusions présentées pour la première fois en appel sont en tout état de cause irrecevables²¹⁴⁷. L'appel doit avoir conservé son objet à la date de son introduction devant le Conseil d'Etat. Ce n'est pas le cas si la décision contestée devant le pre-

2139 CE, ord. 17 mai 2004, *Bouhmidi*, n° 267516. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint au préfet des Hauts-de-Seine de restituer sa carte d'identité et son passeport, le juge des référés « a enjoint au préfet des Hauts-de-Seine de convoquer Mme Bouhmidi dès réception de la présente ordonnance pour examiner sa situation et lui permettre de pouvoir bénéficier d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce que le juge compétent, qu'il lui appartient de saisir, se soit prononcé sur la question de sa nationalité ». Le juge des référés du Conseil d'Etat affirme « que rapproché des conclusions de premier ressort de Mme Bouhmidi ce dispositif doit être regardé comme ne faisant pas grief à Mme Bouhmidi, dont la requête d'appel est dès lors irrecevable (...) ». En vertu d'une jurisprudence classique, le demandeur qui obtient entièrement satisfaction devant la juridiction de premier degré se trouve dépourvu d'intérêt à poursuivre l'instance en appel (voir CE, 22 avril 1983, *Ministre des postes et télécommunications, Lebon T.* p. 837).

2140 CE, ord. 29 janvier 2003, *Ville de Nice*, n° 253665.

2141 CE, ord. 3 janvier 2003, *Belminar et autres*, n° 253045. Il résulte néanmoins d'une jurisprudence constante que les intervenants peuvent former appel dans l'hypothèse où ils auraient eu « qualité soit pour introduire le recours, soit à défaut d'intervention pour former tierce opposition » (CE, 9 janvier 1959, *de Harenne, Lebon* p. 23). Aussi le juge des référés du Conseil d'Etat a-t-il admis l'appel formé par une société contre une requête « au soutien de laquelle elle était intervenue » (CE, ord. 17 mai 2002, *EURL Mandon*, n° 246901).

2142 Voir, par exemple CE, ord. 12 août 2004, *Abdu llayev*, n° 271120 ; CE, ord. 10 avril 2006, *Cicek*, n° 292080.

2143 CE, 3 mai 2004, *Dogan épouse Antil, Lebon T.* p. 854.

2144 CE, ord. 30 janvier 2001, *Tauraatua*, n° 229418.

2145 CE, ord. 16 mai 2002, *Auto-école SOS permis*, n° 246813 ; CE, ord. 27 janvier 2003, *Chausson*, n° 253548 ; CE, ord. 28 mars 2003, *Latti*, n° 255412.

2146 La requête qui ne comporte l'énoncé d'aucun moyen est, par conséquent, irrecevable. Voir par exemple CE, ord. 14 février 2003, *Société hôtelière de la Calade*, n° 254173.

2147 CE, ord. 19 juillet 2001, Société générale bâtiment et habitation (SGBH), n° 248742.

mier juge a épuisé ses effets²¹⁴⁸ ou si la mesure ordonnée par ce dernier n'a elle-même plus d'objet²¹⁴⁹. En revanche, l'exécution par l'administration de la mesure prescrite dans l'ordonnance attaquée ne rend pas sans objet l'appel formé contre celle-ci²¹⁵⁰.

510. L'article R. 523-3 prévoit que les appels sont soumis en tant que de besoin aux règles de procédure applicables aux référés d'urgence. Les demandes sont instruites et jugées par le juge des référés du Conseil d'Etat. En vertu de l'article L. 523-1, le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat ou le conseiller d'Etat qu'il délègue à cet effet statue dans un délai de 48 heures. Il peut statuer selon la procédure de droit commun de l'article L. 522-1 ou selon la procédure de tri de l'article L. 522-3.

Le juge des référés du Conseil d'Etat contrôle la régularité de l'ordonnance rendue par le juge du premier degré. Il s'assure que le premier juge a statué selon une procédure régulière, en particulier en respectant les exigences de la contradiction²¹⁵¹, en statuant sur l'ensemble des conclusions dont il était saisi²¹⁵² ou en motivant suffisamment sa dé-

2148 Est irrecevable l'appel, interjeté devant le Conseil d'Etat le 27 octobre 2001, concernant une décision administrative ayant épuisé ses effets depuis le 14 octobre 2001 (CE, ord. 29 octobre 2001, *SARL Objectif*, n° 239443) ; la demande introduite le 4 avril 2003 concernant une décision ayant épuisé ses effets depuis le 17 mars 2003 (CE, ord. 4 avril 2003, *Rambour*, n° 255716) ; la requête enregistrée le 28 octobre 2003 concernant une décision ayant épuisé ses effets le 9 octobre 2003 (CE, ord. 29 octobre 2003, *Centre hospitalier d'Albi*, n° 261376) ou encore l'appel formé le 28 février 2006 dans un litige concernant une décision ordonnant l'assignation de certains agents pour la semaine courant à compter du 6 février 2006 (CE, ord. 8 mars 2006, *Centre hospitalier universitaire de Caen*, n° 290771).

2149 Voir par exemple CE, ord. 16 mars 2001, *Commission de propagande du canton de Grimaud, Lebon T.* p. 1135. Par ordonnance du 6 mars 2001, le premier juge a fait injonction à la commission de propagande du canton de Grimaud de distribuer les bulletins et circulaires remis par M. Sibillat, candidat aux élections cantonales à Grimaud. Par requête datée du 13 mars 2001, soit postérieurement au premier tour de scrutin, la commission de propagande a saisi le juge des référés du Conseil d'Etat d'un appel à l'encontre de cette ordonnance. Il résulte de l'instruction que M. Sibillat n'a pas obtenu au premier tour de scrutin un nombre de voix lui permettant de se présenter au second tour. Dès lors, la requête présentée devant le juge d'appel est dépourvue d'objet et se trouve par conséquent irrecevable. Voir également CE, ord. 18 juin 2003, *Territoire de la Polynésie française et Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française, Lebon T.* p. 877 : est irrecevable l'appel formé contre une ordonnance prononçant la suspension de deux arrêtés lorsque ceux-ci ont entre temps été annulés par le juge de l'excès de pouvoir.

2150 CE, ord. 4 février 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon T.* p. 828. Si postérieurement à l'introduction par la commune d'Yvrac de son appel, celle-ci a exécuté l'ordonnance du 7 janvier 2004, cette circonstance n'est pas de nature à rendre sans objet l'appel de la commune à qui il incombait d'exécuter l'ordonnance et qui entend soutenir que celle-ci a été rendue à tort. Elle est par suite fondée, notamment, à demander à être déchargée de la somme mise à sa charge au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Cela rejoint la règle, régulièrement rappelée par le Conseil d'Etat dans les procédures de droit commun, selon laquelle les décisions juridictionnelles sont exécutoires dès leur notification nonobstant l'appel (voir par exemple CE, 28 mai 1993, *Bastien, Lebon T.* p. 972). Le report de l'exécution jusqu'à ce que le juge d'appel ait rendu sa décision constitue une violation de la chose jugée (CE, 13 juillet 1996, *Ximay, Lebon T.* p. 1063). Pas davantage que dans les procédures au fond l'appel ne revêt ici un caractère suspensif (sur cette règle, voir B. PACTEAU, « Paradoxes et périls de l'effet non suspensif de l'appel », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 793-501).

2151 Voir par exemple CE, ord. 26 mars 2002, *Société Route Logistique Transports, Lebon p.* 114.

2152 CE, ord. 6 septembre 2002, *Tetaahi*, n° 250120.

cision au regard de l'argumentation qui lui était soumise²¹⁵³. Sa décision sera également annulée si le juge a dénaturé les conclusions du requérant²¹⁵⁴, commis une erreur de droit²¹⁵⁵, excédé sa compétence²¹⁵⁶ ou plus généralement a fait une application erronée des règles applicables. Le juge procède notamment à une fausse application des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative en regardant comme remplies à tort les conditions d'octroi²¹⁵⁷, notamment la condition d'atteinte à une liberté fondamentale pour des actes et situations par eux-mêmes insusceptibles de porter une telle atteinte²¹⁵⁸ ou la condition d'illégalité manifeste pour un arrêté d'expulsion reposant sur des faits graves²¹⁵⁹.

Saisi par l'effet dévolutif, le juge d'appel se prononce sur l'affaire qui lui est soumise. Il peut ajouter ou retrancher aux mesures prononcées par le premier juge. D'une part, il peut aller au-delà des mesures ordonnées dans la décision attaquée. Il peut ainsi prononcer une mesure de sauvegarde lorsque le juge du premier degré avait considéré que les conditions d'octroi n'étaient pas satisfaites ou qu'il n'était pas compétent pour statuer²¹⁶⁰. Il peut substituer aux mesures prononcées par le premier juge des mesures plus contraignantes si celles-ci lui paraissent insuffisantes pour sauvegarder une liberté fondamentale. Il lui est ainsi loisible d'assortir les injonctions prononcées par le premier juge d'une astreinte non prévue par celui-ci²¹⁶¹ ou de majorer le montant

2153 CE, ord. 16 septembre 2002, *Société GSM*, n° 250312.

2154 Eu égard aux termes des conclusions, à l'ensemble de l'argumentation et à la circonstance qu'aucune requête en annulation ou en réformation d'une décision administrative n'a été présentée, « le premier juge n'a pas fait une inexacte interprétation de la demande » en considérant que le demandeur avait entendu se fonder, à titre principal, sur les dispositions de l'article L. 521-2 et, à titre subsidiaire, sur celles de l'article L. 521-1 (CE, ord. 10 avril 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire*, *Lebon T.* p. 1090).

2155 Voir par exemple CE, ord. 9 décembre 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Negmari*, n° 252338.

2156 Par exemple en prononçant l'annulation d'une décision administrative (CE, ord. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, *Lebon* p. 37).

2157 CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158 ; CE, ord. 6 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ SARL Le Vivier*, *Lebon* p. 186 ; CE, ord. 25 novembre 2003, *Présidente de l'Assemblée de la Polynésie française*, *Lebon T.* p. 928.

2158 Par exemple en cas de chevauchement des horaires de deux cours optionnels dans un lycée (CE, ord. 5 octobre 2001, *Rouquette Lipietz*, n° 238676) ou de délivrance d'un permis de construire (CE, ord. 11 octobre 2001, *Commune de Saint-Bauzille-de-Putois*, *Lebon* p. 462). Il en va de même, plus généralement, lorsque l'acte en cause ne porte pas, dans les circonstances de l'espèce, atteinte à une liberté fondamentale. Voir par exemple CE, ord. 16 avril 2003, *Lycée polyvalent du Taaone*, n° 256002 : « les requérants sont fondés à soutenir qu'en l'absence d'atteinte à une liberté fondamentale, c'est à tort que le juge des référés du tribunal administratif de Papeete a fait usage des pouvoirs prévus par l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

2159 CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523 ; CE, ord. 10 août 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, n° 236969.

2160 CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

2161 CE, ord. 12 novembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p. 1132 : astreinte de 150 euros par jour de retard dans l'exécution des injonctions prononcées par le juge de première instance aux dates fixées par celui-ci.

de l'amende pour recours abusif auquel le premier juge a condamné le requérant²¹⁶². D'autre part, le juge d'appel peut atténuer ou supprimer des mesures ordonnées dans l'ordonnance attaquée. Si les conditions d'octroi ne sont pas satisfaites, il met fin aux mesures ordonnées par le premier juge²¹⁶³. Lorsque le juge du premier degré a ordonné une mesure qui, selon le juge d'appel, se heurte aux dispositions de l'article L. 511-1, il peut modifier la teneur de l'injonction²¹⁶⁴. Il lui est également possible de réformer l'ordonnance du premier juge pour limiter la portée de l'injonction prononcée par celui-ci. Ainsi dans l'affaire *Feuillatey*, le juge des référés du Conseil d'Etat ajoute à la réserve mentionnée par le premier juge qu'il incombe aux médecins, avant de procéder à une transfusion sanguine, d'une part de tout mettre en œuvre pour convaincre la patiente d'accepter les soins indispensables, d'autre part de s'assurer que le recours à une transfusion représente un acte indispensable à la survie de l'intéressée et proportionné à son état²¹⁶⁵.

Lorsque le juge d'appel a statué, ou que le délai d'appel est expiré, la décision prise par le juge du référé-liberté acquiert une stabilité remarquable. Sa remise en cause par un autre juge, sans être juridiquement impossible, n'en est pas moins très hypothétique.

SECTION 2. LA REMISE EN CAUSE IMPROBABLE PAR UN AUTRE JUGE

511. Une fois les délais et voies de recours expirés, peut-on considérer que la décision prise par le juge du référé-liberté est définitive ? En droit, une telle solution doit être exclue. Mais qu'en est-il en pratique ? Les mesures ordonnées par le juge sur le fondement de l'article L. 521-2 peuvent-elles réellement être remises en cause par un juge ? Pour que cela soit envisageable, deux éléments doivent être réunis. Tout d'abord, et en toute logique, il est indispensable qu'il y ait « quelque chose » à remettre en cause. Ensuite, il est nécessaire qu'un juge soit saisi et que les conditions permettant de remettre en cause ce qui a été ordonné par le juge du référé-liberté se trouvent remplies.

512. Pour que la mesure ordonnée puisse être regardée comme réversible, il faut tout d'abord qu'il reste « quelque chose » à remettre en cause après l'intervention du juge des référés, c'est-à-dire que l'objet du litige n'ait pas entièrement disparu à la suite de sa décision. Cette exigence conduit à distinguer selon le type de mesure de sauvegarde

2162 CE, ord. 12 mai 2003, *Pichaut*, n° 256729.

2163 Voir par exemple CE, ord. 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Lebon* p. 232.

2164 Voir par exemple CE, ord. 26 avril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon T.* p. 1034. Le premier juge avait enjoint à l'autorité préfectorale le renouvellement de la carte nationale d'identité et du passeport du requérant. Le juge d'appel y substitue une injonction de procéder à un réexamen du dossier déposé par le requérant. L'ordonnance attaquée est réformée dans ce qu'elle a de contraire à la décision du juge d'appel.

2165 CE, ord. 16 juillet 2001, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309.

prononcée ; elle réduit en pratique à l'extrême les cas dans lesquels la question d'une remise en cause pourra se poser. Premièrement, en cas de suspension d'une décision positive, l'objet du litige sera potentiellement maintenu après le prononcé de la mesure dans deux hypothèses : d'une part si la période durant laquelle la décision devait s'appliquer n'est pas parvenue à son terme, soit au terme initialement fixé par l'administration lorsqu'elle a édicté cette décision²¹⁶⁶ ; d'autre part si la décision dont les effets sont suspendus ne comportait pas de limitation de durée dans le temps. Deuxièmement, en cas d'injonction de faire, prononcée à titre principal ou en complément d'une mesure de suspension, l'objet du litige ne perdure qu'autant que l'administration ne s'est pas exécutée. Or, celle-ci est tenue d'agir dans les délais les plus brefs, généralement de l'ordre de quelques jours. Une fois qu'elle s'est exécutée, le litige s'éteint ; la situation qui avait donné lieu à la saisine du juge disparaît²¹⁶⁷. Troisièmement, en cas d'injonction de ne pas faire, l'objet du litige disparaît avec l'extinction des circonstances ayant conduit au prononcé de l'interdiction, comme dans l'affaire *FN IFOREL*, ou à l'expiration de la durée fixée par le juge quant à la durée de cette obligation. Ce sont là les seules hypothèses dans lesquelles il peut rester « quelque chose » à éventuellement juger et remettre en cause après l'intervention du juge du référé-liberté. Dans les autres cas, il n'y a plus rien à juger ni à contester. Le juge a redressé la situation litigieuse. Son intervention a pour effet de vider le litige, de l'éteindre de façon définitive, de mettre fin au contentieux qui avait donné lieu à l'engagement d'un référé. Après le prononcé de la mesure de sauvegarde, le litige n'a plus d'objet.

513. Dans les rares cas où la saisine d'un juge – juge du fond ou juge des référés – ne se heurtera pas à une irrecevabilité (du fait de l'absence d'objet), et qu'un juge statuera par conséquent à la suite du juge du référé-liberté, la remise en cause de sa décision n'est susceptible de se concevoir que dans des hypothèses rarissimes. La remise en cause ne viendra pas du juge du fond, du fait non seulement du caractère très hypothétique

2166 Une fois que la durée initialement prévue pour son application arrive à son terme, le litige est éteint.

2167 Une fois que l'autorité administrative a enlevé les potelets gênant l'accès aux locaux d'une société de droit privé et procédé aux travaux nécessaires au raccordement de ces locaux à la voie publique (exemple de l'ordonnance du 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* p. 253), délivré au requérant la carte nationale d'identité qu'il demandait (exemple de l'ordonnance du 11 mars 2003, *Samagassi, Lebon* p. 119), restitué à une famille ses documents d'identité (hypothèse de l'ordonnance du 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167) ou apporté le concours de la force publique pour exécuter une décision judiciaire prescrivant l'expulsion de squatters (exemple de la jurisprudence *Stéphaur*), il n'y a plus rien à juger. Si l'on prend l'exemple de la jurisprudence *Stéphaur*, « on voit mal comment l'injonction adressée par le juge à l'autorité de police pour qu'elle fasse usage de ses pouvoirs en vue de l'expulsion des occupants sans titre pourrait être qualifiée de provisoire » (T. PEZ, « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA* 2003, p. 380). Pour s'exécuter, l'administration doit prendre des mesures présentant un caractère définitif. De même dans l'affaire *Société Outremer Finance Limited*, le Conseil d'Etat avait enjoint à l'établissement Aéroport de Paris de mettre fin à l'immobilisation d'un aéronef appartenant à la société requérante (CE, 2 juillet 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* p. 306). Pour exécuter cette décision, le directeur général de l'établissement prend une décision aux termes de laquelle : « La rétention au sol à Orly de l'Airbus A 340 immatriculé F-GTUA appartenant à la société Outremer Finance Limited, mise en œuvre par la décision DG n° 2003/553 du 6 février 2003, est définitivement levée à compter de ce jour » (décision citée dans les motifs de l'arrêt du Conseil d'Etat statuant sur la liquidation de l'astreinte : CE, 28 juillet 2004, *Société Outremer Finance Limited*, n° 254536, *JCP A* 2004, 1743, obs. J. MOREAU).

de sa saisine, mais aussi et surtout de la condition d'illégalité manifeste formulée à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Si la possibilité d'une remise en cause par le juge des référés n'est pas à exclure par principe, elle ne pourra le cas échéant se produire que dans des hypothèses très particulières.

I. L'IMPOSSIBILITÉ D'UNE REMISE EN CAUSE

PAR LE JUGE DU FOND

514. Si un juge du fond intervient à la suite du juge du référé-liberté, ce qui est en pratique extrêmement rare, il est certain qu'il statuera dans le même sens que ce dernier et, par conséquent, sans remettre en cause ce qui a été décidé au titre de l'article L. 521-2.

A. Une saisine possible mais rarissime

515. Lorsqu'une mesure de sauvegarde a été prononcée, l'intervention du juge du fond sera exceptionnelle car elle dépend de la seule volonté du demandeur. Le juge du fond de droit commun ne pourra intervenir que si le requérant le décide, donc à la seule instigation de ce dernier. Il s'agit là d'une différence importante avec les règles du droit judiciaire privé et du référé-suspension.

516. Dans la procédure civile, les deux parties à l'instance de référé ont le droit et la possibilité – mais nullement l'obligation – de porter l'affaire devant le juge du fond²¹⁶⁸. L'introduction d'une instance au fond est « abandonnée à la seule discrétion [des parties] »²¹⁶⁹. Si aucune d'entre elles ne décide de poursuivre l'instance au fond, « le juge des référés peut voir sa décision perdurer et devenir, en pratique tout au moins, loi des parties »²¹⁷⁰. Toutefois, le défendeur en référé peut avoir un intérêt à actionner par la suite le juge du principal. Par conséquent, la partie qui a obtenu satisfaction en référé

2168 Comme le rappelle M. Strickler, « L'ordonnance présidentielle n'ayant aucune autorité de la chose jugée au regard du principal, les parties restent libres de saisir le juge du fond d'une demande en tous points identiques à celle sur laquelle le juge des référés s'est déjà prononcé. La fin de non recevoir tirée de la chose jugée de la décision de référé est donc inopposable devant le juge du fond » (Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 433). Voir par exemple Civ. 3^{ème}, 9 janvier 1991, *JCP G* 1991, II, 21729, obs. L. LEVY.

2169 J. NORMAND, « Le caractère provisoire ou le caractère temporaire des mesures prises en référé. Le cas des mesures restrictives de la liberté d'expression », *RTDciv* 1997, p. 501.

2170 Y. STRICKLER, « Réflexions sur le référé judiciaire. « Retour sur le provisoire » », in *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, *op. cit.*, p. 74. Dans sa thèse de doctorat, l'auteur établissait un constat analogue, observant qu'il advient que la décision prise en référé « soit affectée d'une efficacité définitive. Il arrive, en effet, que les parties se satisfont de l'ordonnance rendue par le Président et décident de ne pas porter le litige devant le tribunal. Régulé au provisoire, le différend s'éteint avant le stade du principal. Cette portée définitive dans les faits de la décision présidentielle, se manifeste particulièrement dans le domaine des droits incontestables » (Y. STRICKLER, thèse préc., p. 436).

ne peut jamais être certaine que la solution donnée sera définitivement maintenue. Il est toujours possible que son adversaire porte ultérieurement le litige devant le juge du fond, l'exercice d'une action au principal pouvant aboutir à une remise en cause par ce dernier de la chose ordonnée en référé. Ainsi, en droit judiciaire privé, les mesures ordonnées en référé subsistent uniquement « tant que la partie contre laquelle elles ont été prescrites n'introduit pas une instance devant le juge du fond »²¹⁷¹.

En contentieux administratif, ce risque est inscrit dans la nature du référé-suspension. De par son caractère accessoire, et en raison de la simple vraisemblance d'illégalité qu'il est demandé au juge de constater, cette procédure implique de plein droit l'intervention ultérieure du juge du fond. L'exercice d'un recours au fond est une condition de recevabilité des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-1 ; le juge des référés peut suspendre l'exécution de la décision attaquée s'il éprouve seulement un doute sérieux sur la légalité de celle-ci.

L'intervention d'un juge du fond possible ou obligatoire, en procédure civile et en contentieux administratif, apparaît ainsi comme un obstacle à la pérennité de la solution donnée en référé. Cette situation est conforme à la finalité de ses procédures, la « vocation du provisoire » étant de « s'effacer devant le définitif attendu »²¹⁷².

517. Il en va différemment dans le cadre du référé-liberté. Le justiciable qui a introduit une demande sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative détient seul l'initiative de porter l'affaire devant le juge du fond de droit commun. Lui seul a le droit d'actionner le juge administratif de droit commun, à l'exclusion de l'administration défenderesse. Le demandeur en référé-liberté décide donc souverainement de la suite à donner à la procédure engagée. Il a la garantie, juridique, que l'administration ne pourra pas actionner le juge du fond de droit commun pour infirmer la décision rendue en référé. Si celui-ci est saisi, ce ne peut être qu'à son instigation. Cette différence fondamentale confère une plus grande stabilité aux décisions du juge du référé-liberté. Il suffit que le demandeur en référé ne porte pas l'affaire devant le juge du fond pour que celui-ci ne puisse jamais intervenir.

Or, lorsque le requérant a obtenu le prononcé d'une mesure de sauvegarde, la satisfaction obtenue en référé rend inutile l'introduction d'un recours au fond selon la procédure ordinaire. Le plus souvent, le demandeur qui a obtenu satisfaction sur le fondement de l'article L. 521-2 n'a pas d'intérêt pratique à l'intervention du juge du fond de droit commun. Pour autant, l'intervention de ce dernier n'est pas totalement inenvisageable. Tout d'abord le juge du fond interviendra sur la même affaire si le recours au fond a été formé avant l'introduction du référé-liberté ou simultanément à celui-ci. Il pourra également exercer ce recours postérieurement à l'ordonnance de référé-liberté s'il estime ne pas avoir obtenu pleinement satisfaction et souhaite notamment obtenir une annulation au fond ou une réparation du préjudice subi en

Voir sur ce point les observations du rapport de la mission Magendie, *Célérité et qualité de la justice*, Rapport au garde des Sceaux 15 juin 2004, La Documentation française, 2004, p. 64 et s.

2171 E. GARSONNET et C. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, t. VIII, 1925, n° 191.

2172 L. MERLAND, *Recherche sur le provisoire en droit privé*, thèse Aix-en-Provence, 2000, p. 352.

raison de l'illégalité d'un acte administratif. Encore faudra-t-il, pour que le recours soit recevable, disposer d'une décision administrative susceptible de lier le contentieux, et agir dans le délai de recours contentieux de droit commun. Dans ces conditions, une telle saisine apparaît relativement hypothétique. Si d'aventure un juge du fond vient à statuer après le juge du référé-liberté, il est absolument certain qu'il retiendra la même solution que ce dernier.

B. Un résultat connu d'avance

518. Il est de jurisprudence constante que les affirmations du juge des référés ne s'imposent pas au juge du fond. Cette règle est une conséquence du principe selon lequel le juge des référés n'aborde pas le fond du droit et laisse intact la question juridique qui constitue l'objet du litige. Il statue en l'état de l'instruction et ordonne les mesures qui s'imposent sans entreprendre sur le principal. Par conséquent, ses ordonnances n'ont pas d'autorité à l'égard du juge du principal. Celui-ci reste entièrement libre dans l'établissement de sa conviction. Sa liberté n'est nullement entravée ou réduite par l'intervention préalable du juge des référés. Dans l'ordre interne, le principe est consacré par les deux juridictions suprêmes²¹⁷³.

La Cour de cassation considère que le juge du principal n'est jamais lié par l'ordonnance de référé, qu'il s'agisse des appréciations de fait ou de droit réalisées par le président, comme des conséquences qu'il a pu en déduire. Ses décisions n'ont pas autorité de chose jugée à l'égard du juge du principal²¹⁷⁴. En vertu d'une jurisprudence classique, « Quelle que soit la décision rendue par le juge des référés dans l'affaire dont il est saisi, le Tribunal reste parfaitement libre de ses appréciations »²¹⁷⁵. Ce principe est présenté comme une conséquence de la règle selon laquelle le juge des référés n'aborde pas le fond du droit. Selon le Premier Président Estoup, « dès lors que le juge des référés n'est pas saisi du principal, il est logique d'en déduire que le juge du principal ne sera pas lié par ce qui pu être décidé en référé »²¹⁷⁶.

De même, le Conseil d'Etat affirme que « les décisions prises par le juge du référé administratif (...) ne s'imposent pas à la juridiction éventuellement saisie du litige au principal »²¹⁷⁷. La position qu'adopte le juge des référés « ne préjuge (...) pas sur le

2173 Il l'est également en contentieux communautaire. L'article 86§4 du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 juin 1999 modifié prévoit que « L'ordonnance n'a qu'un caractère provisoire et ne préjuge en rien la décision de la Cour statuant sur le principal ». Dans ces conditions, les mesures ordonnées en référé « ne préjugent pas les points de droit ou de fait en litige ni ne neutralisent par avance les conséquences de la décision à rendre ultérieurement au principal » (CJCE, 19 juillet 1995, n° C-149/95 P(R), *Commission c/ Atlantic Container Line*, Rec. CJCE 1995, I, p. 2165, pt. 22, cité par P. CASSIA, « L'autorité de la chose ordonnée en référé », *op. cit.* p. 1685).

2174 Ccass. req. 4 novembre 1863, *D.* 1864, 1, p. 35 ; Civ. 28 juin 1892, *D.* 1892, 1, p. 378.

2175 Y. STRICKLER, thèse préc., p. 542.

2176 P. ESTOUP, *op. cit.*, p. 26. Voir également P. BERTIN, « Référé civil », *Répertoire de procédure civile*, 1980, n° 19 : « La mesure prise en référé ne lie pas le juge du fond. C'est un principe qui a toujours été admis en doctrine et en jurisprudence et qui se fondait sur le fait que le juge des référés n'est pas saisi du principal ».

2177 CE, 14 novembre 1997, *Communauté urbaine de Lyon*, *Lebon* p. 421.

fond »²¹⁷⁸. D'un point de vue juridique, le juge du fond de droit commun n'est pas lié par la solution donnée en référé et peut opter pour une solution différente. La décision prise par le juge du référé-liberté est réputée provisoire et par conséquent comme ne s'imposant pas au juge du fond de droit commun. Ce principe doit-il s'appliquer au référé-liberté ? Dès lors que l'absence d'autorité de chose jugée vis-à-vis du principal ne vaut que pour les décisions provisoires et n'abordant pas le fond du droit, on peut se demander si le juge du fond de droit commun ne devrait pas opposer une irrecevabilité s'il est appelé à statuer après que le juge du référé-liberté ait prononcé une mesure de sauvegarde – et donc constaté une illégalité manifeste. D'un point de vue logique, l'idée peut légitimement être avancée dans la mesure où le juge du référé-liberté statue au principal. Pour autant, en raison du caractère réputé provisoire des ordonnances de référé, elle ne peut qu'être écartée²¹⁷⁹. En droit strict, « le juge du fond peut décider que l'acte litigieux n'est entaché d'aucune illégalité, alors même que le juge du référé-suspension avait conclu à l'existence d'un doute sérieux quant à sa légalité ou que le juge du référé-liberté avait estimé que cet acte était entaché d'une violation grave et manifestement illégale d'une liberté fondamentale »²¹⁸⁰.

519. Néanmoins, il est parfaitement inenvisageable que le juge du fond retienne une solution différente du juge du référé-liberté lorsque celui-ci a prononcé une mesure de sauvegarde, c'est-à-dire lorsqu'il a au préalable constaté une illégalité manifeste. En effet, la décision *manifestement* illégale est, à plus forte raison, *simplement* illégale. L'illégalité est indiscutable et incontestable ; elle est avérée, certaine et ne fait aucun doute²¹⁸¹. Il est proprement impensable que, statuant sur la même question de droit, le juge du fond de droit commun adopte une position différente du juge du référé-liberté. Il adoptera nécessairement la même position que ce dernier. Il est certain qu'il constatera l'illégalité de l'acte attaqué, et confirmera l'interprétation donnée par le juge du référé-liberté. L'issue de la procédure est connue de manière certaine après l'intervention du juge du référé-liberté. Même si le juge du fond de droit commun est saisi,

2178 CE, 11 février 1977, *Groupe des industries métallurgiques de la région parisienne*, Dr. soc. 1978, pp. 39-51, concl. M. GENTOT. Pour le sursis à exécution, voir CE, Sect., 9 décembre 1983, *Ville de Paris*, Lebon p. 499, concl. B. GENEVOIS : le juge du fond peut considérer qu'une demande est recevable alors que le juge du sursis avait déclaré la demande irrecevable en excès de pouvoir au motif qu'elle n'était pas détachable d'une opération contractuelle.

2179 En outre, on doit observer que les conclusions présentées au juge du référé-liberté et celles soumises au juge du fond de droit commun, en excès de pouvoir ou en plein contentieux, sont différentes. Si les parties sont les mêmes et la cause du litige identique – encore le juge du référé-liberté a-t-il pu connaître d'une situation ou d'un comportement alors que le juge du fond de droit commun connaîtra nécessairement d'une décision –, les conclusions présentent nécessairement un caractère distinct. La solution peut être rapprochée sur ce point du référé-précontractuel. Comme l'affirmait le commissaire du gouvernement Chantepy, « A défaut d'identité d'objet, l'autorité de la chose jugée en référé ne peut être opposée à l'occasion des recours postcontractuels » (C. CHANTEPY, concl. sur CE, Sect., 3 novembre 1995, *Société Stentofon*, Lebon p. 393).

2180 P. CASSIA, « L'autorité de la chose ordonnée en référé », *JCP G* 2004, I, 164, p. 1687.

2181 A l'inverse, la solution donnée par le juge du référé-suspension ne peut jamais être considérée comme acquise : il est certain qu'un juge du fond interviendra ultérieurement sur la même affaire et qu'il pourra – ce qui est parfaitement justifié, en raison de l'office restreint du premier – adopter une solution différente de celui-ci.

il est certain qu'il ne viendra pas démentir le juge du référé-liberté ni, par conséquent, remettre en cause la solution retenue par celui-ci. Le requérant est assuré que la solution donnée en référé ne sera pas remise en cause par le juge du fond.

La situation est strictement identique en procédure civile lorsque l'intervention du juge des référés est conditionnée par l'évidence des droits en cause : « Si l'ordonnance de référé doit avoir la force de l'évidence, comment imaginer ensuite que le juge du fond puisse renverser cette évidence ? C'est théoriquement concevable, ce l'est beaucoup moins pratiquement... »²¹⁸². Lorsqu'elle sanctionne l'exercice de droits incontestables, l'ordonnance de référé « tranche bien souvent en fait, radicalement et définitivement, le litige existant entre les parties au référé »²¹⁸³. Dans la réalité judiciaire, l'évidence du droit tend ainsi à s'affirmer comme « le critère de la répartition du contentieux entre le juge des référés et le juge du fond »²¹⁸⁴.

Ainsi, il est strictement inenvisageable que le juge du fond de droit commun vienne remettre en cause la décision du juge du référé-liberté. Cette remise en cause peut-elle provenir du juge des référés lui-même à travers la procédure de réexamen ouverte par l'article L. 521-4 du code de justice administrative ?

II. UNE REMISE EN CAUSE IMPROBABLE PAR LE JUGE DES RÉFÉRÉS

520. Une fois la mesure de sauvegarde prescrite, le juge des référés est dessaisi du litige²¹⁸⁵. Il ne peut remettre en cause discrétionnairement sa décision²¹⁸⁶. La procédure de réexamen de l'article L. 521-4 lui permet néanmoins, en cas d'« élément nouveau », de revenir sur sa décision sans méconnaître l'autorité qui s'y attache. On observera que cette procédure de réexamen, conçue pour s'appliquer à l'ensemble des référés d'urgence, est condamnée à ne quasiment jamais servir en matière de référé-liberté.

A. La procédure de réexamen

521. L'article L. 521-4 du code de justice administrative dispose que « Saisi par toute personne intéressée, le juge des référés peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin ». Cette procédure, « ne relevant pas à proprement parler de la catégorie des voies de

2182 R. MARTIN, « Le référé, théâtre d'apparence », *D.* 1979, chron., p. 160.

2183 J.-P. ROUSSE, *GP* 1972, 2, p. 539, cité par Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 537.

2184 J.-P. ROUSSE, *GP* 1977, 1, p. 250, cité par Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 538.

2185 Ainsi que le déclarait le président Marceau Long sous l'état du droit antérieur, le juge des référés « est dessaisi dès qu'il a statué sur le litige qui lui était soumis » (M. LONG, concl. sur CE, Sect., 12 octobre 1956, *Saporta*, *AJDA* 1956, p. 411).

2186 Voir, en matière civile : Civ. 1^{ère}, 3 octobre 1984, *JCP G* 1984, IV, 338 ; Civ. 2^{ème}, 25 juin 1986, *Bull. civ.* II, n° 100.

recours »²¹⁸⁷, a parfois reçu la qualification de référé-modification ou référé-réexamen²¹⁸⁸. Elle permet de modifier ou de mettre fin à une mesure prescrite au titre des procédures du titre II du livre V du code de justice administrative. Ce mécanisme autorise le juge des référés à revenir sur sa propre décision si une personne fait état de circonstances nouvelles ou d'informations nouvelles. La faculté d'un réexamen, permettant au juge de reconsidérer sa position, a été présentée comme une conséquence du caractère provisoire des mesures ordonnées en référé²¹⁸⁹. Ce faisant, l'article L. 521-

2187 R. VANDERMEEREN, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, p. 718. Il est possible d'identifier sept principales différences entre les voies de recours classiques (appel et cassation) et le réexamen. En premier lieu, les voies de recours classiques sont destinées à corriger une éventuelle erreur commise par le juge des référés ; le réexamen a pour objet d'adapter la décision initiale à un élément nouveau. En deuxième lieu, les voies de recours habituelles concernent aussi bien les décisions d'admission que les décisions de rejet. Le réexamen, en revanche, ne peut être exercé qu'à l'encontre d'une décision d'admission. En troisième lieu, la demande d'appel ou de cassation doit être introduite dans les 15 jours qui suivent la notification de la décision alors que l'exercice du réexamen n'est pas enfermé dans un quelconque délai : il peut être déclenché « à tout moment » selon le texte de l'article L. 521-4. En quatrième lieu, appel et cassation, par hypothèse, ne sont pas ouverts contre les décisions du juge des référés du Conseil d'Etat mais uniquement contre l'ordonnance rendue par un juge d'un tribunal administratif. En cinquième lieu, seules les parties peuvent agir dans l'appel et la cassation, alors que tout intéressé peut présenter une demande de réexamen. En sixième lieu, la demande d'appel ou de cassation est formée devant le juge supérieur, donc le Conseil d'Etat pour les référés ; la décision de réexamen est soumise au juge qui a rendu la décision dont le réexamen est demandé. Celui-ci examinera la demande en audience publique si elle porte sur un référé-liberté. L'article L. 522-1 impose en effet la tenue d'une audience publique chaque fois qu'il est demandé au juge des référés « de prononcer les mesures visées aux articles L. 521-1 et L. 521-2, de les modifier ou d'y mettre fin ». En septième et dernier lieu, à la différence de la décision prise sur exercice d'une voie de recours, la décision prise en réexamen peut, si elle est prise par le juge des référés d'un tribunal administratif, être contestée selon les voies de recours ouvertes contre l'ordonnance initiale, c'est-à-dire, pour le référé-liberté, celle de l'appel (article L. 523-1 al. 2). Les voies de recours s'apprécient en fonction des règles applicables à la première demande. Le juge des référés du Conseil d'Etat a affirmé « que les ordonnances modificatives rendues par le juge des référés en application des dispositions de l'article L. 521-4 participent de la même nature que celle des ordonnances ainsi modifiées, lesquelles font l'objet de voies de recours distinctes selon qu'elles sont rendues sur le fondement des articles L. 521-1 ou L. 521-2 du code ; qu'ainsi, dans le cas particulier où le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-4, a modifié les mesures précédemment ordonnées en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2, cette ordonnance modificative relève de la même voie de recours que l'ordonnance initiale ; qu'elle est donc susceptible d'appel devant le Conseil d'Etat dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 523-1 et à l'article R. 523-3 du code de justice administrative » (CE, ord. 7 novembre 2003, *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, Lebon T.* p. 911).

2188 Voir P. CASSIA, « Le référé-réexamen devant le juge administratif. Premières applications et difficultés d'interprétation de l'article L. 521-4 du Code de justice administrative », *JCP G* 2003, I, 151, p. 1347.

2189 En mettant en avant « le caractère provisoire et modulable » des décisions rendues par le juge des référés, le groupe de travail a prévu que « toute personne intéressée pourrait demander au juge des référés d'adapter, de modifier, de mettre fin, aux mesures qu'il avait ordonnées rapidement, au vu de l'évolution de la situation, d'une argumentation – notamment en défense – plus nourrie, ou des éléments apportés par l'approfondissement de l'instruction » (« Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *RFDA* 2000, p. 951). L'instauration de ce mécanisme répondait principalement à deux objectifs. En accordant au juge des référés la possibilité de moduler ou de supprimer les mesures qu'il ordonne, elle visait tout d'abord à limiter la pression pesant sur ce dernier lorsqu'il prend sa décision initiale et, ainsi, à favoriser l'octroi des mesures sollicitées en référé. Le législateur entendait éviter que le juge soit paralysé par la crainte d'une erreur due à une information

4 reprend, en l'élargissant, une possibilité qui existait déjà avant la réforme du 30 juin 2000. En s'inspirant de la procédure applicable en droit judiciaire privé, le juge administratif des référés s'était en effet reconnu la possibilité de revenir sur sa décision en cas de « circonstances nouvelles »²¹⁹⁰. Le champ d'application de l'article L. 521-4 est plus large puisqu'il utilise la notion d'« élément nouveau ».

522. Les conditions de mise en œuvre de cette procédure – et, par conséquent, les possibilités de remise en cause par le juge des référés de la mesure de sauvegarde ordonnée²¹⁹¹ – sont strictement encadrées.

Il faut tout d'abord que le juge qui a rendu la décision²¹⁹² soit expressément saisi d'une demande de réexamen. Il ne peut revenir de sa propre initiative, sur les mesures ordonnées²¹⁹³. La demande peut émaner de « toute personne intéressée », c'est-à-dire outre

partielle ou à la rapidité de l'instruction. Il s'agissait ensuite de limiter les effets préjudiciables que pourrait avoir l'ordonnance de référé pour un tiers qui n'aurait pas eu la possibilité matérielle d'intervenir eu égard à la brièveté du délai d'instruction.

2190 L'article 488 du nouveau code de procédure civile dispose que l'ordonnance de référé « ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstance nouvelle ». De façon prétorienne, le Conseil d'Etat avait reconnu une faculté analogue au juge des référés en cas de « circonstances nouvelles » (CE, 24 février 1982, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment et autre*, *Lebon* p. 87 ; CE, 29 mars 1985, *Commune de Sisteron*, *Lebon* T. p. 727).

2191 Conformément au texte de l'article L. 521-4, qui confère au juge le pouvoir de modifier ou mettre fin aux mesures « qu'il avait ordonnées », le réexamen ne peut être mis en œuvre que si la décision initiale édictait une mesure. Cette procédure ne peut pas être utilisée lorsqu'aucune mesure n'a été ordonnée. Dès lors, la demande de réexamen présentée contre une décision rejetant une demande en référé-liberté est irrecevable (CE, ord. 13 octobre 2004, *Hoffer*, *Lebon* T. p. 816, 817). La solution avait été dégagée dans le cadre du référé-suspension (CE, 12 avril 2002, *Société Brasil Tropical*, n° 242979 ; CE, 17 mai 2002, *Commune de Proville*, n° 239266). Contrairement à cette jurisprudence et en contradiction avec le texte de l'article L. 521-4, un juge des référés du Conseil d'Etat a considéré que le réexamen pouvait être mis en œuvre alors même qu'aucune mesure n'avait été ordonnée. Il a ainsi été affirmé, dans une espèce où les conditions d'octroi énoncées par l'article L. 521-2 n'étaient pas satisfaites, que « la présente ordonnance ne fait pas obstacle à ce que les requérants, dans le cas où une décision sur leur demande n'interviendrait pas dans des délais rapprochés ou en raison d'éléments nouveaux relatifs à la situation de leurs enfants, saisissent à nouveau le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-4 du code de justice administrative » (CE, ord. 13 janvier 2006, *Rasamoelina*, n° 288434).

2192 Logiquement, le juge compétent est celui qui a rendu la décision dont le réexamen est demandé, c'est-à-dire celui qui, en dernier, a connu du litige. La demande est portée devant le juge des référés du tribunal administratif si sa décision n'a pas fait l'objet d'un appel. Elle doit être introduite auprès du juge des référés du Conseil d'Etat si la décision contestée émane de sa juridiction. L'article L. 523-1 al. 2 du code de justice administrative prévoit qu'en cas d'appel d'une ordonnance de première instance adoptée sur le fondement du L. 521-2, le juge des référés du Conseil d'Etat « exerce le cas échéant les pouvoirs prévus à l'article L. 521-4 ». La solution est identique à celle dégagée pour l'exécution des décisions de la juridiction administrative au titre de l'article L. 911-4 (voir CE, Sect., avis 13 mars 1998, *Vindevogel*, *Lebon* p. 78).

2193 Dans sa version initiale, le projet de loi donnait au juge des référés le pouvoir de reconsidérer « d'office » les mesures qu'il avait prononcées. Le Sénat estima qu'un système d'« auto-réexamen » serait une source d'insécurité juridique et il résolut de l'écarter (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3754). Cette solution est conforme à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, qui refuse au juge des référés le pouvoir de se ressaisir lui-même (CE, 7 octobre 1986, *Ministre chargé des P.T.T.*, *Dr. adm.* 1986, n° 581, cité par C. CLEMENT, « Le juge administratif des référés : un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000 », *LPA* 10 août 2000, n° 159, p. 11, note 58).

les parties à l'instance initiale, les tiers qui peuvent avoir intérêt à la modification de l'ordonnance.

Il faut ensuite que le demandeur fasse valoir un « élément nouveau ». L'élément nouveau est un argument de fait ou de droit susceptible de remettre en cause l'appréciation portée par le juge des référés sur les conditions d'octroi d'une mesure sollicitée sur le fondement de l'article L. 521-2. Cette notion recouvre tout d'abord la circonstance nouvelle, celle qui ne se produit ou ne se révèle que postérieurement à l'ordonnance attaquée. Ont été regardés comme tels, dans le cadre du référé-suspension : l'octroi d'un permis modificatif au requérant dont le premier permis de construire avait fait l'objet d'une suspension²¹⁹⁴ ; la circonstance qu'un projet de nomination affectant le requérant dans un emploi devenu vacant ait été adopté postérieurement à l'ordonnance prononçant la suspension de décisions relatives à un refus de mutation²¹⁹⁵ ou la réalisation de photographies de nature à démontrer que l'affichage du permis de construire dont l'exécution a été suspendue était visible depuis la voie publique²¹⁹⁶. La notion d'élément nouveau couvre également l'information qui existait au moment où le juge a statué mais qui n'a pas été portée à sa connaissance en temps utile. L'information aurait pu être produite lors de l'instruction, c'est-à-dire dès la première saisine, mais l'intéressé s'est abstenu, a négligé ou n'a pas eu le temps de l'invoquer. Il peut s'agir aussi bien de faits²¹⁹⁷ que de moyens juridiques²¹⁹⁸. La notion d'élément nouveau est donc large. Pour autant, la procédure de réexamen semble en pratique inadaptée au référé-liberté. Condamnée à n'être utilisée que dans des hypothèses marginales, elle est insusceptible d'affecter la stabilité qui caractérise les mesures de sauvegarde ordonnées par le juge des référés.

2194 CE, 24 février 2003, *Perrier, Lebon* p. 50.

2195 CE, ord. 20 septembre 2002, *Ministre de la Justice c/ Ozoux*, n° 249894.

2196 CE, 2 juin 2003, *Ville de Montpellier c/ Chong, Lebon T.* p. 925.

2197 Par exemple, l'administration peut, après une première ordonnance décidant sur le fondement de l'article L. 521-1 la suspension d'un arrêté d'expulsion, produire des « notes blanches » des services de renseignements généraux justifiant de lever la mesure de suspension initialement prescrite (CE, 4 octobre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Bouziane, AJDA* 2005, pp. 98-101, note O. LECUCQ). La seule circonstance que les éléments produits devant le juge des référés auraient déjà été à la disposition de la personne intéressée lors de l'instruction de la demande de suspension et qu'ils n'auraient pas été invoqués en temps utile ne fait pas obstacle à ce qu'ils soient invoqués ultérieurement au soutien d'une demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-4 (CE, 10 avril 2002, *Reby, Lebon* p. 133, *JCP G* 2003, IV, 1115, obs. M.-C. ROUAULT). A l'inverse, la jurisprudence judiciaire refuse de reconnaître le caractère de « circonstances nouvelles » – notion plus étroite – à des faits que le requérant s'était abstenu d'invoquer (Civ. 3^{ème}, 3 octobre 1984, *Bull. civ.* III, n° 125).

2198 Il est possible de faire usage de l'article L. 521-4 au vu d'un moyen nouveau, alors même que ce moyen aurait pu être présenté dès la première saisine (CE, 26 juin 2002, *Charlois-Duméril, Lebon* p. 226). C'est le cas, en l'espèce, du moyen invoqué par l'administration à l'appui d'une demande tendant à la modification d'une ordonnance prescrivant la suspension d'une décision d'ajournement définitif d'un professeur des écoles stagiaire et tiré de ce que le recteur d'académie est en situation de compétence liée pour prononcer cet ajournement, de sorte que le moyen retenu par la première ordonnance fondé sur l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation est inopérant et ne peut ainsi faire naître un doute sérieux sur la légalité de cette décision. Le juge des référés a commis une erreur de droit en rejetant cette demande au motif que le moyen invoqué par l'administration n'était pas un élément nouveau au sens de l'article L. 521-4 mais un moyen qu'il lui appartenait de faire valoir devant le juge des référés saisi de la demande de suspension ou devant le juge de cassation.

B. L'inadaptation du réexamen à la procédure du référé-liberté

523. D'un point de vue strictement juridique, le mécanisme du réexamen concerne l'ensemble des procédures régies par le titre II du livre V du code de justice administrative. Il est donc susceptible de s'appliquer aux trois référés d'urgence : non seulement au référé-suspension et au référé-conservatoire, mais également au référé-liberté. Qu'en est-il réellement ? Ce mécanisme est-il utilisé et, plus fondamentalement, peut-il en pratique être mis en œuvre pour obtenir le réexamen d'une mesure prononcée au titre de l'article L. 521-2 ?

La question de savoir si l'article L. 521-4 est adapté au référé-liberté revêt une importance capitale pour déterminer la nature de cette procédure. En effet, la remise en cause de ses décisions ne pouvant résulter du juge du fond de droit commun, seule la possibilité de réexamen peut, potentiellement, avoir raison d'une mesure ordonnée par le juge du référé-liberté. La possibilité de son application conduit à réputer provisoires ses décisions, à admettre une certaine précarité de celles-ci et un caractère non définitif. L'impossibilité de son application emporterait un caractère définitif des mesures prises par le juge du référé-liberté et le caractère en pratique irréversible de ses décisions. Aussi est-il primordial de déterminer si ce mécanisme peut véritablement conduire à une modification ou une suppression d'une mesure prescrite par le juge du référé-liberté et, par conséquent, donner un caractère réversible à ses décisions. La question est déterminante car il s'agit du dernier obstacle à la reconnaissance du caractère définitif des mesures de référé-liberté.

524. Qu'observe-t-on dans la pratique du contentieux ? De manière générale, toutes procédures confondues, la possibilité de réexamen est très peu utilisée. En matière civile, « les juges des référés déclarent être rarement, voire jamais, saisis d'une demande relevant de l'art. 488, al. 2, nouv. c. pr. Civ. »²¹⁹⁹. Les chiffres concernant la pratique du réexamen devant le Conseil d'Etat conduisent à un constat similaire devant les juridictions administratives. En 2001, sur les 349 décisions rendues par le juge des référés du Conseil d'Etat, deux seulement l'ont été au titre de l'article L. 521-4 ; en 2002, seule une demande de modification sur les 364 décisions rendues. Pour autant, si cette procédure ne fonctionne pas dans les conditions escomptées par les auteurs de la réforme du 30 juin 2000, elle a néanmoins donné lieu à certaines applications positives dans le cadre du référé-suspension, comme en attestent les exemples précédemment cités. En revanche, si elle fonctionne *peu* dans le cadre du référé-suspension, force est de constater qu'elle ne fonctionne *pas* du tout dans celui du référé-liberté.

Aucune mesure de sauvegarde prononcée – ou confirmée – par le juge des référés du Conseil d'Etat n'a jamais été contestée par la voie du réexamen. Pas une de ses décisions n'a été attaquée par ce biais. En ce qui concerne la pratique des tribunaux administratifs, aucune donnée statistique n'est disponible²²⁰⁰. Néanmoins, on peut observer qu'en plus de cinq années d'application, une seule décision de réexamen prononcée par un

2199 Y. STRICKLER, thèse préc., p. 471.

2200 Les demandes de réexamen sont traitées par les statistiques officielles comme une nouvelle demande en référé.

juge du premier degré sur le fondement de l'article L. 521-2 a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat²²⁰¹. Ce chiffre est révélateur de l'absence d'exercice du réexamen en ce domaine et/ou de l'absence d'affaires – hormis cette espèce unique – dans lesquelles le réexamen a été introduit devant le juge du référé-liberté avec succès. Or, on peut raisonnablement penser que la personne qui, victime d'une atteinte grave à ses libertés fondamentales, obtient du juge des référés une mesure de sauvegarde et perd le bénéfice de cette mesure à la faveur d'un réexamen, exercera toutes les voies de recours disponibles pour obtenir le rétablissement de la mesure obtenue. L'absence de recours contre des décisions de réexamen devant le Conseil d'Etat montre par conséquent que cette procédure n'est pas mise en œuvre – ou jamais avec succès – devant les juges des référés des tribunaux administratifs.

Des précisions méritent d'être apportées sur cette seule et unique décision portée devant le Conseil d'Etat, qui n'a pu intervenir qu'en raison d'une présentation altérée de la réalité des faits par le requérant lors de l'instance initiale. La SA d'habitations à loyer modéré trois vallées a acquis en septembre 2000 un immeuble qui avait été occupé sans titre par une vingtaine de familles. Le concours de la force publique, requis en juin 2001, lui a été refusé en raison de menaces de troubles à l'ordre public. La société a alors entrepris de proposer une solution de relogement à chacun des occupants sans titre de l'immeuble et a engagé les travaux de remise en état nécessaires à son objectif de réalisation de logements sociaux. Elle a saisi le 24 septembre 2003 le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 en faisant valoir qu'une seule famille refusant sans motif légitime le logement proposé, il y avait lieu d'enjoindre au préfet de police d'accorder le concours de la force publique à son expulsion. L'ordonnance du 26 septembre 2003 ayant fait droit à cette demande d'injonction, le préfet de police en a demandé la modification sur le fondement de l'article L. 521-4 en faisant valoir que, selon les informations qu'il venait de recueillir, l'immeuble demeurait en fait occupé par deux familles, soit au total seize personnes dont douze enfants. En présence de cet élément nouveau, et compte tenu des conséquences qui en résultaient quant au caractère grave et manifestement illégal du refus de concours de la force publique, le juge des référés a mis fin à la mesure d'injonction initialement prononcée. La SA d'habitations à loyer modéré trois vallées relève appel de cette ordonnance modificative.

Le juge des référés du Conseil d'Etat affirme « que l'instruction et le jugement des requêtes présentées au juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2, complété par l'article L. 521-4, ne sauraient se substituer à l'instruction et au prononcé d'une décision administrative ; que dans le cas où l'atteinte à une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2, résulte selon le requérant du refus de l'administration de faire droit à une demande, celui-ci n'est fondé à se prévaloir d'une telle atteinte que s'il est en mesure de justifier devant le juge des référés de l'existence même d'une décision de rejet de cette demande ». L'appréciation à laquelle se livre l'autorité administrative, lorsqu'elle est saisie d'une demande de concours de la force publique en vue d'exécuter une décision juridictionnelle d'expulsion des occupants d'un immeuble, « est étroitement liée aux conditions de toute nature dans lesquelles se déroule cette occupation à la date de la demande ». En outre, relève-t-il, « ces conditions sont évolutives ». En l'espèce, la

2201 CE, ord. 7 novembre 2003, SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, *Lebon T.* p. 911.

dernière demande a été adressée à l'autorité de police le 20 août 2002, soit à une date à laquelle 28 personnes dont une très grande majorité d'enfants ne disposaient d'aucune solution de relogement. Aucune nouvelle demande faisant état de l'évolution favorable de la situation, liée aux relogements réalisés, n'a été adressée au préfet de police jusqu'à la date de la saisine du juge des référés le 24 septembre 2003 en vue du prononcé d'une injonction. A cette date, « la société requérante ne justifiait donc pas d'une prise de position de l'autorité administrative au vu des éléments nouveaux intervenus depuis un an et susceptible d'être qualifiée d'atteinte grave à une liberté fondamentale ». Si la demande de réexamen a pu être accueillie, c'est uniquement parce que la société requérante a donné une présentation altérée de la réalité des faits à l'appui de sa demande. Contrairement aux allégations de la société SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, le litige concerne l'expulsion non pas d'une seule famille mais de deux familles. En d'autres termes, la société requérante perd le bénéfice d'une mesure qu'elle n'était pas en droit d'obtenir, ayant contesté une abstention (l'abstention d'expulser *une* famille) alors qu'en application des principes sus-rappelés par le juge, elle aurait dû attaquer un refus (le refus d'expulser *deux* familles). Elle a sciemment « omis » de mentionner la présence d'une famille. Elle n'était pas en droit de bénéficier d'une mesure de sauvegarde. L'obtention de cette mesure était indue dans la mesure où elle reposait sur une dissimulation de la vérité.

525. Comment interpréter ce chiffre de zéro réexamen en matière de référé-liberté – ou plutôt d'un seul réexamen, mais résultant simplement de la présentation délibérément mensongère des faits par le requérant ? Cette absence totale de réexamen signifie-t-elle l'inadaptation radicale de ce mécanisme au référé-liberté ? Celui-ci n'a jamais fonctionné en dehors de l'hypothèse très particulière précédemment exposée. Peut-on en déduire qu'elle ne fonctionnera jamais ? Au-delà de la pratique et des données statistiques, peut-on envisager des hypothèses dans lesquelles ce mécanisme pourrait trouver à s'appliquer en la matière ?

Deux éléments expliquent l'absence de réexamen. Premièrement, le litige disparaît bien souvent immédiatement, ou du moins dans les jours qui suivent la décision du juge du référé-liberté. En ce qui concerne les obligations de faire, l'administration s'exécute en quelques jours. Pour les obligations de ne pas faire, l'interdiction ne dure qu'un nombre limité de jours. Seules les mesures de suspension d'une décision positive ne font pas disparaître l'objet du litige, à condition encore que l'autorité administrative n'ait pas fixé de terme à la décision dont les effets se trouvent ainsi suspendus. Puisque dans presque tous les cas, il ne reste plus rien à modifier ou à remettre en cause dans les jours qui suivent le prononcé de la mesure de sauvegarde, il ne peut y avoir lieu à réexamen. Celui-ci ne pourra s'envisager que dans deux hypothèses : d'une part si l'administration n'a pas respecté l'injonction qui lui est adressé ou que le délai pour y déférer n'est pas encore expiré ; d'autre part lorsque la mesure a consisté en la suspension d'une décision positive ne comportant pas de terme ou dont le terme n'est pas expiré. La discussion quant à l'éventualité de mise en œuvre du réexamen ne porte donc que sur un nombre fort limité de mesures. Deuxièmement, les conditions d'octroi renforcées de l'article L. 521-2 rendent en pratique presque impossible la survenance d'un élément

nouveau. Il est difficile d'envisager abstraitement quel argument nouveau, quel moyen nouveau ou quel changement de circonstance pourrait présenter une force suffisante pour bouleverser ce qui a été jugé en référé : une illégalité *manifeste*, une atteinte *grave* et une urgence à *48 heures*. Comment l'administration, appelée à défendre sa cause, aurait négligé un argument de droit ou de fait dans un contentieux aussi sensible, où les répercussions sont aussi importantes pour elle ?

Pour autant, on ne peut en déduire l'inapplicabilité radicale et absolue de cette disposition à la procédure de l'article L. 521-2. On ne peut affirmer que le réexamen ne servira *jamaïs* en matière de référé-liberté. Il est envisageable qu'à la faveur d'une espèce particulière, il puisse être mis en œuvre. Il est peu probable que cet élément nouveau provienne d'un changement de circonstances. En effet on peut penser que seule une modification substantielle des circonstances pourrait commander un abandon de sa mesure par le juge. Or, un changement important dans les faits constituerait une cause juridique nouvelle, donnant naissance à un nouveau litige. Si l'acte ou la situation juridique qui a donné naissance au litige vient à changer, le demandeur doit engager un nouveau procès. Il semblerait que seule la production d'une information nouvelle sera de nature à ouvrir au demandeur les portes du réexamen. A cet égard, dans une décision du 26 avril 2005, le juge d'appel du référé-liberté relève que pour contester le bien-fondé de l'ordonnance attaquée, le ministre requérant invoque deux documents établis postérieurement à l'ordonnance attaquée, « lesquels auraient d'ailleurs pu être soumis au premier juge sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-4 du code de justice administrative »²²⁰². Il invite ainsi expressément l'administration à emprunter la voie du réexamen lorsqu'elle dispose d'une information nouvelle. Ce sera notamment le cas lorsque, comme dans l'ordonnance précitée *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées*, le juge a statué au vu des éléments factuels tronqués ou délibérément inexacts que lui a soumis le demandeur. Mais en toute hypothèse, la probabilité qu'un réexamen soit exercé, et avec succès dans le cadre d'un référé-liberté, est à peu près aussi faible que soit formé un recours en opposition ou en rectification d'erreur matérielle dans une procédure au fond de droit commun.

526. Juridiquement provisoire, la décision du juge du référé-liberté bénéficie en pratique d'une stabilité remarquable, et d'une efficacité définitive. Sans être absolument inenvisageable, sa remise en cause est en pratique tout à fait improbable. Comme l'affirme M. Ricci, le référé-liberté « constitue un référé très spécial dans la mesure où, en réalité, il tranche le principal et cela de manière définitive »²²⁰³. La pérennité des mesures prescrites soulèvent la question de la nature de ce référé et, plus précisément, de son éventuelle qualification de référé au fond.

2202 CE, ord. 26 avril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LA-MALI, Lebon T.* p. 1034.

2203 J.-C. RICCI, « Quels référés pour quels pouvoirs ? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension », *RRJ 2003/5 L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3096.

SECTION 3. L'INCIDENCE DE LA PÉRENNITÉ DES MESURES SUR LA NATURE DE LA PROCEDURE

527. Les caractéristiques particulières du référé-liberté *rapprochent* cette procédure de celles habituellement qualifiées de référés au fond. Les décisions prononçant une mesure de sauvegarde bénéficient dès lors d'une autorité renforcée.

I. UNE PROCÉDURE PROCHE DES RÉFÉRÉS AU FOND

528. La procédure de l'article L. 521-2 est-elle un référé entendu au sens traditionnel, ou au contraire un référé au fond, une action en justice soumis à un règlement rapide ?

Le concept d'action en justice a fait l'objet de riches controverses chez les spécialistes du droit processuel et, spécialement du droit judiciaire privé. Négativement, l'action en justice peut se définir comme n'étant ni le *droit substantiel* objet du litige, ni la *demande* en justice elle-même²²⁰⁴. Positivement, l'action en justice désigne tantôt *un droit* ou, mieux, *un pouvoir* du demandeur, le pouvoir de saisir le juge d'une prétention, afin qu'il statue sur le fond de celle-ci²²⁰⁵, tantôt, par extension, *une procédure* dans laquelle

2204 Comme l'ont souligné MM. Cornu et Foyer, « en dépit des liens l'unissant à la demande, qui en est l'exercice, et au droit substantiel, dont elle est, le plus souvent, la sanction, l'action ne se confond ni avec l'une parce qu'elle est un droit, non un acte, ni avec l'autre parce qu'elle est un droit spécifique, non le droit déduit en justice » (G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 1996, p. 318). En premier lieu, l'action ne se confond pas avec le *droit substantiel* dont la plaideur cherche à obtenir la reconnaissance ou la protection. Il est vrai que la doctrine classique entretenait la confusion entre les deux notions. Ainsi trouve-t-on sous la plume de M. Demolombe, dont les écrits sur ce point sont restés célèbres et demeurent souvent cités, que « L'action ne forme pas un bien distinct du droit ou plutôt du bien lui-même auquel ce droit s'applique » ; elle est « le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'*action*, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix » (DEMOLOMBE, t. IX des Œuvres complètes, n° 338, cité par H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Editions Bière, 1956, p. 30, note 1. Souligné). Cette confusion n'a plus cours aujourd'hui, les auteurs contemporains distinguant nettement d'un côté l'action en justice qui vient protéger le droit, de l'autre le droit protégé lui-même. Comme l'a fait remarquer Henri Motulsky, « toute la doctrine moderne a abandonné cette théorie de l'identité » (H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 55) entre action et droit substantiel. En second lieu, l'action en justice ne se confond pas avec la *demande en justice*. La demande est *un acte*, un acte de procédure. Elle est l'acte par lequel s'exerce l'action, « l'acte par lequel une personne saisit la justice d'une prétention et lui demande de la consacrer » (R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} éd., Sirey, 1949, p. 43). Elle se distingue de l'action, laquelle est « une prérogative, un droit, non un acte (en dépit du sens courant et étymologique du mot) » (G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, p. 312).

2205 L'ensemble des éléments de cette définition est admis par les spécialistes du droit processuel. M. Motulsky définissait l'action en justice comme « la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise » (H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 95). Cette définition a été consacrée par le législateur, l'arti-

le juge statue sur le fond d'une prétention. En ce second sens, ici retenu, « l'action est une voie de droit »²²⁰⁶ ; elle constitue un type donné de voie de droit dans laquelle le juge statue sur le fond d'une prétention. Le juge examine si l'allégation du requérant, selon laquelle les actes ou comportements attaqués violent une ou plusieurs normes juridiques, est fondée. Si la prétention est fondée, il en tire les conséquences qui s'imposent sur la situation juridique ou l'acte litigieux.

Ce critère permet de tracer une ligne de partage entre deux catégories de référés : d'un côté les référés au sens classique, accessoires et provisoires, d'un autre les référés au fond, lesquels constituent des actions en justice à part entière, mais jugées selon une procédure accélérée. Alors que les authentiques référés constituent l'accessoire d'une action en justice, les référés au fond présentent un caractère autonome et constituent par eux-mêmes des actions en justice. Ce critère apparaît ainsi déterminant pour opérer le départ entre les procédures classiques de référé et les référés au fond²²⁰⁷. Une telle différence justifie de distinguer nettement ces deux espèces de voie de droit, dont la seule caractéristique commune est d'être jugée selon une procédure accélérée²²⁰⁸.

529. Les référés au sens classique excluent que le juge saisi soit amené à statuer sur le fond du droit. L'objet de son intervention consiste à aménager provisoirement la situation litigieuse dans l'attente du jugement d'une affaire par le juge du fond, autrement dit à préserver les intérêts du requérant dans l'attente du résultat de l'exercice d'une action en justice. A l'image du référé-suspension, ce sont des procédures accessoires qui permettent de demander au juge des mesures provisoires sans trancher le fond du droit. Ainsi, les authentiques procédures de référé présentent trois caractères : elles sont l'accessoire d'une action en justice, elles laissent intact le fond du droit et conduisent au prononcé de mesures provisoires.

A l'inverse, certaines procédures d'urgence amènent le juge à statuer sur le fond d'une prétention et n'ont de référé que le nom. Ces voies de droit présentent trois caractères

cle 30 du nouveau code de procédure civile disposant que « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». Ainsi que le résumait MM. Cornu et Foyer, elle est « le droit d'être entendu du juge dans sa prétention, et d'obtenir de lui une décision sur le fond de cette prétention » (G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, p. 318).

2206 R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} éd., Sirey, 1949, p. 43.

2207 Les deux autres critères utilisés pour distinguer les deux catégories de référé, à savoir le caractère autonome ou accessoire du recours, et l'autorité définitive ou provisoire des mesures prescrites, ne sont que la conséquence du premier.

2208 Comme le relève M. Melleray, « Si, pour des raisons de commodité de présentation, une partie de la doctrine choisit de les étudier avec les procédures d'urgence, il est sans doute plus judicieux sur le plan conceptuel de les dissocier de ces dernières et, en s'appuyant sur leur caractère le plus essentiel (qui est que le juge y statue sur le fond d'une prétention et non qu'il rend rapidement sa décision), de les réunir avec les autres actions. Autrement dit, il s'avère opportun de distinguer au sein des voies de droit souvent qualifiées de procédures d'urgence entre celles qui visent à préserver ou aménager l'état de la situation litigieuse et qui sont provisoires, et celles qui visent à statuer sur le fond d'une prétention et sont en fait des actions » (F. MELLERAY, *op. cit.*, p. 251). En ce sens, le professeur Gaudemet distingue, au sein des procédures d'urgence, celles qui cherchent à « accélérer certains procès » et celles qui visent à « améliorer la situation des parties jusqu'à la décision au fond » (Y. GAUDEMET, « Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif », *RFDA* 1988, pp. 420-431).

ristiques qui les distinguent des référés classiques : elles sont autonomes, amènent le juge à trancher le fond du droit et conduisent au prononcé de mesures définitives. Ces procédures se sont d'abord développées en droit judiciaire privé : les textes qui les prévoient énoncent, selon les cas, que les litiges auxquels elles s'appliquent sont jugés « en la forme des référés », « en la forme prévue pour les référés » ou « comme en matière de référé »²²⁰⁹. De semblables procédures ont été introduites en droit du contentieux administratif à partir des années 1980 avec le référé audiovisuel²²¹⁰, la procédure de contestation des arrêtés de reconduite à la frontière²²¹¹ et le référé-précontractuel²²¹². La doctrine privatiste leur a donné le nom de « référés au fond ». Les auteurs désignent « sous ce vocable singulier – comme associant deux concepts antinomiques – les instances poursuivies en la forme des référés, mais tendant en réalité à obtenir une décision « au principal » et en tout cas une décision autre que provisoire »²²¹³. Il s'agit en réalité de procès au principal jugés dans des conditions de très grande rapidité. Le référé « en la forme » n'emprunte que la forme du référé : la procédure est celle du référé ; pour le reste la décision obéit aux règles du contentieux du principal. En d'autres termes, le juge se conforme à la procédure allégée de référé tout en se comportant en juge du principal. Il exerce l'office d'un juge du fond et prononce des mesures définitives.

530. La question est de savoir si, au regard des caractéristiques qui sont les siennes, le référé-liberté relève de la catégorie des authentiques référés ou s'apparente au contraire à un référé au fond.

Assurément, le référé-liberté ne s'apparente pas à un référé au sens classique ; il n'est pas conçu pour aménager provisoirement la situation des parties dans l'attente d'un jugement au fond. Tout d'abord, cette procédure revêt un caractère autonome ; elle n'est pas l'accessoire d'un recours au fond de droit commun introduit devant le juge de l'excès de pouvoir ou du plein contentieux. Ensuite, le juge du référé-liberté statue sur le fond de la prétention qui lui est soumise. Il détermine si une norme juridique a ou non été violée, si une illégalité a été commise. Enfin, les mesures prescrites revêtent en pratique un caractère définitif et irréversible. Ainsi, le référé-liberté constitue par

2209 Pour une présentation des principaux référés au fond en droit judiciaire privé, voir P. ESTOUR, *op. cit.*, p. 145 et s.

2210 Codifiée à l'article L. 553-1 du code de justice administrative, cette « procédure batarde de faux référé administratif » (M. AZIBERT et M. DE BOISDEFRE, chron. sous CE, Sect., 20 janvier 1989, *TFI, AJDA* 1989, p. 86) donne au président de la section du contentieux, qui « statue en référé », des pouvoirs de juge du fond et lui permet d'ordonner des mesures définitives. Constatant les manquements des services de communication audiovisuelle à la législation, il peut prononcer à l'égard des contrevenants des injonctions assorties d'astreintes et, le cas échéant, liquider lesdites astreintes définitives.

2211 Si ce contentieux est traité par un juge unique au terme d'une procédure dérogeant de façon importante au droit commun, il ne donne pas lieu à l'intervention de mesures provisoires. De façon significative, l'article L. 776-1 du code de justice administrative désigne comme un « jugement » et non comme une « ordonnance » la décision du président du tribunal administratif habilité à statuer sur les mesures de reconduite.

2212 En vertu de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le juge statue « en la forme des référés » et se voit reconnaître le pouvoir d'ordonner des mesures définitives. Voir *supra*, §§ 21 et 487.

2213 P. ESTOUR, *op. cit.*, p. 145.

lui-même une action en justice jugée selon une procédure accélérée. Il paraît répondre à l'ensemble des critères du référé au fond. Selon les professeurs Ricci et Debbasch, la procédure de l'article L. 521-2 « est, en réalité, une action principale en forme de référé vue l'urgence »²²¹⁴. Le juge statue au principal et tranche le fond du litige qui lui est soumis de façon définitive.

Pour autant, la possibilité, ne serait-ce que virtuelle, d'un réexamen fait obstacle à une pleine et entière assimilation du référé-liberté à un référé au fond. Si l'on peut affirmer de façon catégorique que le référé-liberté ne constitue pas un référé au sens classique, il convient, du fait de l'existence de l'article L. 521-4 du code de justice administrative, d'être plus nuancé quant à sa qualification pure et simple de référé au fond. Il paraît préférable d'affirmer, à l'instar de MM. Bourrel et Gourdou, que la procédure du référé-liberté « se rapproche » de la catégorie des référés au fond²²¹⁵. Le référé-liberté présente là encore une nature atypique qui rend délicate toute catégorisation et tout rattachement à une catégorie juridique préexistante. Il ne saurait s'analyser en un référé au sens classique mais, du fait de l'éventualité, même très hypothétique, d'un réexamen, la qualification de référé au fond doit être exclue. Alors que les décisions rendues dans le cadre d'un référé au fond se voient reconnaître une pleine et entière autorité de la chose jugée, les décisions du juge du référé-liberté bénéficient seulement (en pratique) de ses effets et nullement (en droit) de ses attributs.

II. L'AUTORITÉ RENFORCÉE DES MESURES DE SAUVEGARDE

531. Les décisions par lesquelles le juge des référés prononce une mesure de sauvegarde doivent-elles se voir reconnaître l'autorité de la chose jugée ? Une fois la décision passée *en force* de chose jugée, c'est-à-dire après exercice de l'appel ou épuisement du délai d'appel, acquière-t-elle *autorité* de la chose jugée²²¹⁶ ?

L'autorité de la chose jugée est « une des questions les plus obscures du droit et l'objet d'incessantes et interminables controverses »²²¹⁷. Comme le soulignait le président Odent, « son fondement même a donné lieu à une littérature juridique très abondante et l'accord n'est encore réalisé ni sur les caractères ou sur les effets de l'acte juridiction-

2214 C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556.

2215 Cf. A. BOURREL et J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 87 : « La situation se rapproche (...) de l'acceptation de l'expression « en la forme des référés » ou « comme en matière de référé » en procédure civile (...) ».

2216 Sur la distinction entre la force de chose jugée, l'autorité de chose jugée et le caractère exécutoire, voir P. DELVOLLE, « L'exécution des décisions de justice contre « l'administration » », *EDCE* 1983-1984, p. 111. La chose jugée résulte de la décision de justice sur laquelle le juge lui-même ne peut plus revenir. La décision passée en force de chose jugée est celle devenue définitive par épuisement des voies de recours ou par expiration des délais de recours. La décision de justice exécutoire est celle ainsi désignée par la loi, sans que ce caractère exécutoire ne soit en rien lié à l'autorité de la chose jugée.

2217 Concl. P. LECLERCQ, Ccass, 6 mars 1930, Pas. 1930, I, 149, cité par L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, p. 503.

nel, ni sur la nature de l'autorité de la chose jugée »²²¹⁸. Pour déterminer si les ordonnances d'admission du référé-liberté doivent se voir reconnaître une telle autorité, il convient d'exposer au préalable les attributs de la chose jugée et les conditions de sa reconnaissance.

532. L'autorité de la chose jugée est une « qualité »²²¹⁹ ou un « attribut »²²²⁰ de la décision juridictionnelle. Telle qu'elle nous vient du droit romain, elle se définit comme la présomption de vérité attachée à la décision de justice – *res judicata pro veritate habetur* – et a pour effet d'interdire aux parties de recommencer le procès – *non bis in idem*. Positivement, l'autorité de la chose jugée est une qualité qui s'attache à la vérification juridictionnelle : ce qui est jugé s'impose comme l'expression de la vérité. Se présentant comme une « présomption absolue de vérité »²²²¹, elle fait tenir pour vrai ce qui a été jugé²²²². Le dispositif de la décision est considéré comme la vérité définitive quant au point de droit tranché. Les parties peuvent dès lors l'invoquer. A toutes fins utiles, la situation juridique est désormais telle qu'elle a été définie par le dispositif du jugement. En ce sens, l'autorité de la chose jugée est protectrice à l'égard de la partie dont les droits sont reconnus : « elle peut immédiatement se prévaloir de ces droits et en tirer toutes les conséquences, sans que puisse être contestée la manière dont ils ont été prononcés »²²²³. Négativement, l'autorité de la chose jugée empêche la remise en cause du jugement. Celui-ci devient incontestable : il lie définitivement le juge qui l'a prononcé, les parties ainsi que les autres tribunaux. Dès lors, ce qui fait l'objet d'un jugement est soustrait aux contestations futures, écartant ainsi « une possibilité de remise en question infinie de la solution donnée »²²²⁴. Cet effet procédural s'impose

2218 R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. III, IEP Paris, 1981, p. 1288. Sur ce thème, voir notamment P. LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 2^{ème} éd., Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1904, 594 p. ; R. LOTH, *De l'autorité de la chose jugée en matière administrative*, Imprimerie et Librairie Camille Robe, 1911, 255 p. ; R. GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Imprimerie de l'Université, 1931, 476 p. ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 143, 1975, 280 p. ; F. HAUT, *Autorité de la chose jugée et effet directif des décisions de justice. Recherche de droit public*, thèse Paris II, 1979 ; H. ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, coll. BDPrivé, t. 13, 1958, 534 p. ; D. DE BECHILLON, « Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *RDP* 1994, pp. 1739-1824 ; G. WIEDERKHER, « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée », in *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 507-518 ; G. DELVOLLE, « Chose jugée », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1989 ; C. GUETTIER, *Jcl. administratif*, fasc. 1110 (8, 2003).

2219 D. TOMASIN, *op. cit.*, p. 257.

2220 G. WIEDERKHER, *op. cit.*, p. 510.

2221 E. GARSONNET et C. CEZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, 9^{ème} éd., Recueil Sirey, 1923, p. 415.

2222 Comme l'avait déclaré le commissaire du gouvernement Corneille, « le propre de la chose jugée est de s'imposer comme vérité légale » (concl. sur CE, 8 août 1919, *Toesca, Lebon* p. 740). « Dire d'une décision juridictionnelle qu'elle a l'autorité de la chose jugée, c'est dire qu'elle a tranché avec force de vérité légale les questions soumises au juge qui l'a rendue » (R. ODENT, *op. cit.*, p. 1288). En d'autres termes, la chose jugée « revêt aux yeux de la loi la force de la vérité même. La loi tient pour vrai ce qui a été décidé par jugement » (R. LOTH, *op. cit.*, p. 5).

2223 B. LASSERRE et J.-M. DELARUE, chron. sous CE, Sect., 9 décembre 1983, *Ville de Paris, AJDA* 1984, p. 83.

2224 N. FRICERO, in *Droit et pratique de la procédure civile* (S. GUINCHARD dir.), Dalloz, 2002, n° 4960.

au juge et aux parties²²²⁵. Le juge ne peut pas revenir sur sa décision. La litispendance prend fin, le juge est dessaisi du dossier. Il lui est interdit de remettre en cause la décision, de statuer de nouveau sur une affaire déjà tranchée. Ses pouvoirs sont épuisés²²²⁶ et toute modification apportée ultérieurement au dispositif du jugement serait contraire à l'autorité de la chose jugée²²²⁷. Pour les parties, l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée consiste en l'interdiction de demander le rejugement d'une affaire. Une telle demande est irrecevable qu'elle soit présentée devant le même juge ou devant un autre juge²²²⁸. Les parties ne peuvent efficacement soumettre leur affaire une deuxième fois à la justice. L'exception de chose jugée prend la forme d'une fin de non recevoir à l'occasion d'un nouveau procès ayant le même objet, la même cause et les mêmes parties²²²⁹.

La portée de l'autorité de la chose jugée est atténuée en matière de référé. Sur ce point, la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative la plus récente conduisent à distinguer l'autorité de la chose jugée au principal et l'autorité de la chose jugée au provisoire²²³⁰. L'autorité de la chose jugée « au principal » est attribuée aux décisions juridictionnelles qui règlent le fond d'un litige de façon définitive. Cela suppose non seulement que le juge statue au principal mais, en outre, que sa décision ne puisse pas être remise en cause. Comme l'indique M. de Béchillon, « Seule la chose véritablement tranchée, avec vocation à une certaine pérennité, sera dite effectivement jugée »²²³¹. Dans le même sens, M. Delvolvé affirme que « Pour qu'il y ait autorité de chose jugée, il faut qu'il y ait une décision juridictionnelle tranchant tout ou partie du litige »²²³². Cette exigence conduit d'une part à reconnaître l'autorité de la chose jugée au principal aux décisions intervenant au titre d'un référé au fond²²³³, d'autre part à dénier

2225 L'autorité de la chose jugée, se traduit par l'impossibilité de remettre en question le point sur lequel il a été statué. Le second juge doit considérer comme donné le contenu de la première décision.

2226 CE, 14 décembre 1979, *Pointe, Lebon T.* p. 845.

2227 CE, 19 décembre 1855, *Laboureix, Lebon* p. 753 ; CE, 30 janvier 1867, *Commune de Villamblain, Lebon* p. 112.

2228 « Au regard d'un autre tribunal, le principe d'autorité de chose jugée implique que ce qui a été jugé ne puisse être méconnu ou contesté même par un autre juge » (J. RODEVILLE-HERMANN, « L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés européennes », *RDP* 1989, p. 1736).

2229 Pour Mme Frison-Roche, « L'autorité est le mécanisme qui interdit aux parties ayant participé à une instance ayant abouti à une décision de saisir de nouveau les tribunaux pour obtenir une autre solution sur la même question » (M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, p. 100).

2230 La jurisprudence classique déniait toute autorité de chose jugée à l'ordonnance de référé ou au jugement ordonnant le sursis à exécution d'une décision administrative. La jurisprudence administrative qui se développe sous l'empire de la loi du 30 juin 2000 tend à rejoindre la jurisprudence judiciaire en admettant une certaine autorité de la chose jugée aux ordonnances de référé, une autorité « au provisoire ».

2231 D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 1806-1807. Souligné.

2232 G. DELVOLVÉ, « Chose jugée », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1989, n° 14.

2233 Il a été affirmé que lorsque le juge des référés a statué sur une demande de référé-précontractuel, puis est saisi d'une demande de référé-suspension, l'autorité de chose jugée dans la première instance s'attache aux moyens sur lesquels il a été statué et les rend irrecevables dans la seconde instance (TA Saint-Denis de la Réunion, ord. 6 février 2001, *Société Bourbonnaise de travaux publics de construc-*

cette autorité aux décisions qui présentent un caractère provisoire et ne tranchent pas le fond du droit. La jurisprudence est constante en droit judiciaire privé²²³⁴ comme en contentieux administratif²²³⁵. Ces décisions ne peuvent se voir concéder qu'une autorité de chose jugée « au provisoire », valable aussi longtemps qu'un autre juge ne les remet pas en cause²²³⁶.

tion (SBTCP), Contrats et marchés publics 2001, comm. n° 211, note J.-P. PIETRI, « Référé précontractuel : il est revêtu de l'autorité de la chose jugée ! ». Saisi d'un pourvoi, le Conseil d'Etat ne se prononcera pas sur la question, la décision d'attribuer le marché ayant été entièrement exécutée à la date de sa décision : voir CE, 22 juin 2001, *SBTBC*, n° 230693). De même, dans la procédure civile, « Les ordonnances de référé rendues au fond, en la forme des référés (notamment celles du juge aux affaires matrimoniales, après le prononcé du divorce), bénéficient de l'autorité de chose jugée (...) » (P. ESTOUP, *op. cit.*, p. 28).

2234 Affirmé par la Cour de cassation sous l'empire de l'ancien code (voir notamment Civ., 10 janvier 1939, *S.* 1939, I, p. 93), ce principe a été consacré dans le nouveau code de procédure civile. L'article 288 al. 1 dispose que « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ».

2235 Le Conseil d'Etat a affirmé dans l'arrêt *Association convention vie et nature pour une écologie radicale* que les ordonnances de référé « n'ont pas, eu égard à leur caractère provisoire, l'autorité de la chose jugée au principal » (voir *supra*, § 499). Le juge administratif fait expressément découler l'absence d'autorité de chose jugée au principal du caractère provisoire des mesures ordonnées. Cette solution s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence classique déniait l'autorité de la chose jugée aux décisions prises en matière de sursis à exécution et de référé. Le Conseil avait ainsi affirmé « que l'autorité de la chose jugée ne peut s'attacher à une ordonnance de référé ou à l'arrêt rendu sur un appel dirigé contre une telle ordonnance, lesdites décisions ayant un caractère provisoire et ne faisant aucun préjudice au principal » (CE, Sect., 3 octobre 1958, *Société des autocars garonnais, Lebon* p. 468). La règle valait également pour les jugements et arrêts prononçant le sursis à exécution des décisions administratives. Selon la formule du Conseil d'Etat, ces jugements « sont nécessairement rendus en l'état de l'instruction à la date à laquelle ils interviennent et sans pouvoir préjuger le fond du droit » ; par conséquent ils ne sont « en aucun cas » revêtus de l'autorité de la chose jugée (CE, 1983, *Ville de Paris, Lebon* p. 499, concl. B. GENEVOIS).

2236 Le Conseil d'Etat parle désormais de l'autorité de la chose jugée « au principal » (arrêt *Association convention vie et nature pour une écologie radicale*, préc.), admettant implicitement mais nécessairement l'idée d'une autorité de chose jugée « au provisoire ». Il rejoint ainsi la solution prévalant en droit judiciaire privé, avec néanmoins comme différence que la décision prise en référé peut être rapportée en cas d'« élément nouveau » et non pas seulement en cas de circonstance nouvelle. Le Premier Président Estoup affirme que « Les ordonnances de référé ont une autorité de chose jugée « au provisoire », en ce sens que l'article 488, alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, consacrant la jurisprudence qui s'était élaborée sous l'empire de l'ancien code, décide que l'ordonnance de référé ne peut être rapportée ou modifiée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles. Le juge des référés est donc lié par sa propre décision qu'il a l'obligation de maintenir dans la mesure où aucun changement n'est intervenu, soit dans la situation des parties, soit dans les faits de la cause » (P. ESTOUP, *op. cit.*, p. 27). De même, M. Wiederkher affirme qu'en matière de référé, « la chose jugée est (...) réduite au provisoire » (G. WIEDERKHER, *op. cit.*, p. 517). Selon M. Lacoste, les ordonnances de référé « ont autorité de chose jugée simplement en ce sens qu'elles ne peuvent pas être rapportées tant qu'il ne survient pas un changement dans les faits de la cause » (P. LACOSTE, *op. cit.*, p. 62). L'ordonnance de référé n'est acquise aux parties qu'à la condition qu'il n'y ait aucun changement dans leur situation ou dans les faits de la cause (Civ. 2^{ème}, 27 avril 1936, *GP* 1936, 2, 170). En vertu de l'article 481 du nouveau code de procédure civile, le prononcé de l'ordonnance opère dessaisissement du juge des référés. Or, relève M. Strickler, « le dessaisissement du juge est la conséquence directe de l'autorité de la chose jugée. On retrouve alors normalement l'aspect positif de l'autorité de la chose jugée (le plaideur peut se prévaloir de la décision et en obtenir exécution) et son aspect négatif (sauf exception, il n'est plus possible de revenir sur l'ordonnance) » (Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 463). Le juge des référés qui rétracte l'ordonnance qu'il a précédemment rendue « sans relever aucune circonstances nouvelles depuis cette première ordonnance », méconnaît l'autorité qui lui est attribuée (Civ. 2^{ème}, 20 novembre

Qu'en est-il en matière de référé-liberté ? Les décisions prononçant une mesure de sauvegarde bénéficient-elles d'une autorité de la chose jugée au provisoire ou au principal ? Il semble possible de résumer cette autorité en deux propositions : la décision bénéficie des *attributs* de la chose jugée au provisoire ; elle présente en pratique des *effets* strictement identiques à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée au principal. Le caractère virtuellement réversible des mesures de sauvegarde interdit de regarder ces décisions comme revêtues au principal de l'autorité de la chose jugée. Bien que le juge statue sur le fond du droit, sa mesure est réputée provisoire et, en théorie, reste susceptible d'être remise en cause par le juge du fond de droit commun ou le juge des référés lui-même. En droit, elle peut toujours être soumise au juge du fond de droit commun ou au juge des référés sans se voir opposer une fin de non recevoir. Néanmoins, en pratique, l'ordonnance qui prononce une mesure de sauvegarde a tous les effets de la chose jugée. Bien évidemment, la dimension positive de la chose jugée joue pour la décision du juge du référé-liberté comme pour toute décision juridictionnelle favorable au demandeur. D'autre part, la décision présente un effet qui, en pratique, s'apparente en tous points à la dimension négative de l'autorité de la chose jugée au principal. Le prononcé d'une mesure de sauvegarde opère dessaisissement définitif du juge des référés. La demande portée devant le juge du fond de droit commun ou le juge des référés sera recevable ; son bien-fondé pourra être examiné. Néanmoins, le résultat sera identique puisque la mesure ne sera pas remise en cause. Le juge du fond constatera l'illégalité de la situation ; le juge des référés – sauf cas véritablement exceptionnel – l'absence d'élément nouveau.

533. L'intervention du juge du référé-liberté est remarquablement efficace. Le demandeur obtient une satisfaction pleine et entière qui vide définitivement le litige ayant donné lieu à la saisine. Par la dissuasion, la persuasion ou le prononcé d'une mesure de sauvegarde, le juge met fin à la situation d'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale. La satisfaction ainsi obtenue par le demandeur présente une stabilité exemplaire, liée à la nature particulière de ce référé. La remise en cause de la mesure obtenue, sans être juridiquement impossible, n'en est pas

1985, *Bull. civ.* II, n° 177). En l'absence de circonstance nouvelle, l'ordonnance de référé s'impose au juge qui l'a rendue, à tout autre juge des référés et aux parties (Civ. 3^{ème}, 29 juin 1988, *Bull. civ.* III, n° 118). En cela, « le caractère provisoire de l'ordonnance de référé n'est pas en opposition avec le caractère définitif généralement attaché à l'autorité de la chose jugée. Tant que les circonstances qui ont déterminé la décision du président sont identiques, aucune raison ne peut justifier la saisine du même magistrat (ou d'un autre juge des référés) afin qu'il modifie la précédente ordonnance » (Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 464-465). Ainsi, « tant que les circonstances n'ont pas changé, l'ordonnance ne peut être remise en cause et opère un dessaisissement, certes limité, mais effectif, du juge des référés. Sa décision s'impose à lui et aux parties, sauf à celles-ci à revenir devant le président pour qu'il rétracte ou modifie sa précédente ordonnance, ou à saisir le juge du principal pour qu'il tranche le litige au fond » (Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 512-513). Il est de même affirmé en droit communautaire, au regard de l'article 86§4 du Règlement de procédure (dont la rédaction est inchangée sur ce point) que « L'ordonnance en référé produit des effets de chose jugée limités » (B. PASTOR et E. VAN GINDERACHTER, « La procédure en référé », *RTDE* 1989, p. 619). « Pour les parties (...), le caractère de chose jugée de l'ordonnance sort tous ses effets. Une demande en référé présentée par les mêmes parties avec identité des chefs de conclusion et du litige au fond sur lequel elle se grève, sans que la situation ne se soit modifiée, sera, par conséquence, déclarée irrecevable » (*ibid.*).

moins en pratique improbable. La satisfaction est immédiate et définitive. L'efficacité de ce mécanisme pose la question du maintien de la voie de fait administrative au sein de notre ordre juridique.

Chapitre 3

Une efficacité qui soulève la question du maintien de la voie de fait

534. En droit positif français, il existe à ce jour trois procédures ayant pour objet exclusif la protection en urgence des libertés vis-à-vis des actes et agissements de la puissance publique. Cette multiplication des voies de droit sur un même objet peut paraître excessive. Loin de renforcer les garanties des personnes physiques et morales, ne finirait-elle pas au contraire par les affaiblir en provoquant une complexification du dispositif de protection des libertés ?²²³⁷ Au regard de l'efficacité du référé-liberté, et de son aptitude à redresser immédiatement les situations d'atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales, il convient de s'interroger sur l'opportunité du maintien des procédures du référé-liberté et de la voie de fait postérieurement à la loi du 30 juin 2000. Ces procédures conservent-elles un intérêt ? Ne doivent-elles pas être supprimées pour laisser la place au seul référé-liberté ?

535. Le référé-liberté offre *a priori* des possibilités moindres que la procédure de l'article L. 521-2 : il ne peut être formé qu'à l'encontre de décisions administratives, et le juge dispose seulement du pouvoir de suspendre leur exécution. Pour autant, il conserve tout son intérêt malgré la création du référé-liberté. En effet, les conditions permettant le prononcé d'une mesure par ce biais sont nettement plus faciles à satisfaire que sur le fondement de l'article L. 521-2 : non seulement le demandeur est dispensé de la condition d'urgence mais, en outre, il doit seulement faire état d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision et non pas d'une illégalité manifeste. Dès lors, et comme cela a été souligné durant les travaux préparatoires, la procédure de

²²³⁷ Sur les difficultés liées à la prolifération des garanties juridictionnelles, voir G. BRAIBANT, « L'avenir de l'Etat », *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, pp. 39-46. L'auteur évoque notamment le risque d'une dégénérescence de l'Etat de droit en « Etat de procédure » (*op. cit.*, p. 44).

référé-liberté ne fait pas « double emploi »²²³⁸ avec celle du déféré-liberté. Si elle restera d'utilisation marginale comme avant la réforme du 30 juin 2000, cette procédure n'en conserve pas moins sa vocation à servir dans les situations où le référé-liberté ne peut pas être mis en œuvre du fait de la rigueur de ses conditions d'octroi. Pour contester les actes réglementaires des autorités décentralisées portant atteinte aux libertés, le préfet a tout intérêt à former un déféré-liberté plutôt que d'emprunter la voie plus difficile du référé-liberté. La possibilité de contester de simples comportements, et de bénéficier du prononcé d'une injonction à titre principal ne présente pas de réel intérêt pour le préfet dans l'exercice de sa mission de contrôle administratif des actes des autorités décentralisées. Dans la mesure où il ne défère dans le domaine des libertés que des actes administratifs à caractère réglementaire, le prononcé d'une suspension s'avère presque toujours pleinement satisfaisant. Les préfets continuent par conséquent d'utiliser la procédure du déféré-liberté malgré la création du référé-liberté²²³⁹. Utilisé à bon escient, « il apparaît comme un instrument efficace de protection des libertés »²²⁴⁰. Pour les auteurs de la réforme du 30 juin 2000, il n'a jamais été question de supprimer ce recours²²⁴¹. En revanche, la question du maintien de la voie de fait se pose sérieusement après la création du référé-liberté.

536. D'un point de vue pratique, l'existence de la voie de fait administrative soulève deux principales difficultés. Tout d'abord, elle soustrait au juge administratif le règlement d'un contentieux qu'il est, par sa formation et sa connaissance de l'administration, le mieux à même de traiter, et en soumet le règlement à un juge qui ne dispose pas des outils ni des connaissances pour en connaître dans des conditions aussi satisfaisantes²²⁴². En outre, la voie de fait trouble la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction dans le domaine des libertés fondamentales. Cette « ancestrale et fuyante clause de compétence »²²⁴³ complexifie le partage des attributions entre les juridictions de l'ordre administratif et les juridictions de l'ordre judiciaire, au détriment d'une bonne administration de la justice, du justiciable lui-même et de la protection des libertés. Les frontières, parfois mouvantes et incertaines de la voie de fait, ont

2238 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10942.

2239 Voir par exemple : TA Montpellier, ord. 25 avril 2003, *Préfet des Pyrénées-Orientales*, LPA 5 avril 2004, n° 68, pp. 3-5, note J.-M. MAILLOT ; CE, 11 mars 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Communes d'Avion, de Rouvroy, de Drocourt et de Méricourt, Lebon* p. 101 ; CE, ord. 17 mai 2006, *Commune de Wissous, Lebon* p. 253 ; CE, ord. 8 août 2006, *Préfet de Seine-et-Marne*, n° 296107. Voir également les décisions citées *supra*, § 270.

2240 R. ETIEN, « Le sursis de quarante-huit heures », *RDJ* 1988, p. 761. M. Dugrip a également souligné la « grande efficacité » de ce mécanisme (O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 185).

2241 Au contraire, le groupe de travail a déclaré vouloir maintenir cette procédure. Si ses membres préconisaient l'abandon de la majorité des régimes particuliers de sursis à exécution, ils souhaitaient néanmoins conserver « certaines procédures dérogatoires de sursis, liées au droit de la décentralisation », spécialement celles qui, à l'instar du déféré-liberté, « présentent de notables particularités » (« Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *RFDA* 2000, p. 952).

2242 Voir *supra*, § 347.

2243 T.-S. RENOUX, « Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, colloque des 9 et 10 décembre 1994 (GERJC dir.), PUAM La documentation française, 1995, p. 111.

conduit à la présenter comme « la folle du logis, présente là où on l'attend le moins, et perturbatrice au-delà de l'acceptable »²²⁴⁴, contribuant à ce que ce soient « les victimes de l'arbitraire qui plient sous le poids de traditions devenues anachroniques »²²⁴⁵. Si, malgré ces inconvénients, la voie de fait a perduré jusqu'à ce jour, c'est uniquement parce qu'elle permettait de pallier les carences et insuffisances du juge administratif dans le domaine de la protection en urgence des libertés. La voie de fait ayant perdu ses justifications traditionnelles, on peut se demander s'il existe encore des considérations susceptibles de faire obstacle à sa suppression.

SECTION 1. UNE SUPPRESSION RENDUE POSSIBLE PAR LA DISPARITION DES JUSTIFICATIONS TRADITIONNELLES DE LA VOIE DE FAIT

537. « Dans l'univers feutré des notions juridiques, rares sont celles qui peuvent se vanter d'avoir fait couler autant d'encre que la voie de fait »²²⁴⁶. La critique a pu, à certains moments, porter sur l'application dévoyée de cette procédure²²⁴⁷. Mais elle concerne, plus fondamentalement, l'existence même de ce chef de compétence judiciaire. En effet, cette dérogação au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire ne repose sur aucune justification juridique. Jusqu'alors, elle ne devait son salut qu'à des considérations pratiques : le recours au juge judiciaire permettait de pallier l'impuissance de la juridiction administrative en matière de protection urgente des libertés. Ces arguments pratiques se sont effondrés avec la création du référé-liberté. La voie de fait n'a pas de justification juridique ; elle n'a plus de justification pratique.

I. L'ABSENCE TOTALE DE JUSTIFICATION JURIDIQUE

538. Le législateur révolutionnaire a érigé en principe l'interdiction pour les tribunaux judiciaires de connaître du contentieux administratif²²⁴⁸. Le principe de la

2244 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, n° 1087.

2245 F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 452. Selon M. Dran, « La complexité des règles de procédure est telle (...) qu'il est très difficile, voire impossible, à la victime de savoir avec certitude quelle juridiction elle doit saisir » (M. DRAN, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, LGDJ, 1968, p. 533). La voie de fait est susceptible de provoquer des hésitations sur la compétence et, de ce fait, des retards de procédure préjudiciables aux intérêts du demandeur.

2246 H. MOUTOUH, « La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la « folle du logis » enfin domestiquée ? », *D.* 1999, n° 25, dernière act., p. 1.

2247 Voir *supra*, §§ 11-12.

2248 L'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire prévoit que « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions ». En vertu du décret

séparation des autorités administrative et judiciaire est donc de rang législatif – et même constitutionnel dans certains de ses aspects²²⁴⁹. Par conséquent, les exceptions et tempéraments susceptibles d'être apportées à cette règle ne peuvent résulter que de la loi, voire de la Constitution elle-même pour les matières concernées par la réserve constitutionnelle de compétence du juge administratif. Ni le pouvoir réglementaire ni les tribunaux ordinaires ne peuvent contrevenir à ce principe. Pourtant, c'est la jurisprudence qui seule, et de façon purement prétorienne, a considéré que certains actes, constitutifs de « voie de fait », pouvaient relever de la compétence des tribunaux judiciaires. Aucune loi n'ayant jamais autorisé les juridictions civiles à intervenir dans un tel cas de figure, c'est le juge lui-même qui a forgé cette exception au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Pour justifier néanmoins cette dérogation – car il était indispensable de lui donner un fondement –, les tribunaux ont développé la théorie de la dénaturation et fait valoir que l'autorité judiciaire serait la gardienne des libertés et du droit de propriété. Les fondements avancés sont d'une extrême faiblesse et ne peuvent justifier juridiquement l'existence de la voie de fait.

A. La théorie de la dénaturation

539. La théorie de la dénaturation ne se présente pas à proprement parler comme une *exception* au principe de séparation mais plutôt comme un *contournement* de celui-ci. Elle consiste à présenter les actes constitutifs de voie de fait comme des actes non administratifs et, par suite, non soustraits à la compétence judiciaire. Selon cette théorie, l'acte entaché ou constitutif de voie de fait est dénaturé et perd pour cette raison tout caractère administratif. La loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III portant uniquement les actes *administratifs*, ils ne sont pas applicables aux actes dépourvus de ce caractère. Les actes en cause n'entrant pas dans le champ d'application de ces textes, ils ne sont pas susceptibles d'être visés par la prohibition édictée. Des références à cette théorie apparaissent dans des arrêts anciens²²⁵⁰, mais aussi dans les conclusions des commissaires de gouvernement²²⁵¹ et sous la plume de certaines des

– formellement législatif – du 16 fructidor an III, « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ».

2249 A savoir l'annulation ou la réformation des actes pris par les autorités administratives dans l'exercice de prérogatives de puissance publique (CC, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.* p. 8, *GDCC* n° 41 ; *GAJA* n° 99).

2250 Dans une décision de 1950, la Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel ayant affirmé que l'agissement contesté « constitue une voie de fait, acte dépouillé de tout caractère administratif » (Civ., 27 février 1950, *Maire c/ Philips*, *JCP G* 1950, II, 5517, note CAVARROC). Elle affirme en 1956 que « malgré l'irrégularité dont il pourrait être entaché, l'ordre de réquisition (...) n'en conservait pas moins son caractère administratif et que l'irrégularité invoquée ne saurait avoir pour conséquence de donner audit ordre le caractère de voie de fait » (Civ. 1^{ère}, 13 mars 1956, *Bull. civ.* I, n° 132). Dans une décision de 1958, la juridiction suprême de l'ordre judiciaire affirme que « l'irrégularité invoquée ne pouvait lui faire perdre son caractère administratif ni avoir pour conséquence de la faire dégénérer en voie de fait » (Civ. 8 décembre 1958, *Testo Ferry c/ Couissin*, *AJDA* 1959, p. 224). De même, le Tribunal des conflits a affirmé que la décision litigieuse avait « cessé d'être un acte administratif pour devenir une voie de fait » (TC, 14 novembre 1960, *Préfet du Calvados c/ Duchène*, *AJDA* 1961, p. 158).

2251 Dans ses conclusions sur l'arrêt *Randon*, le commissaire du gouvernement Guionin affirmait que « la voie de fait, bien qu'accomplie par l'administration, est dénaturée, disqualifiée : elle n'est plus un acte

personnalités les plus éminentes du Conseil d'Etat²²⁵². L'acte constitutif d'une voie de fait est affecté d'une dégénérescence qui lui fait perdre sa nature administrative. Il est déchu de son existence en tant qu'acte administratif²²⁵³. Lorsque l'administration se rend coupable d'une voie de fait, elle n'agit plus comme une personne publique mais comme un simple particulier. En cette hypothèse, « ce n'est plus l'administration qui agit ès qualité »²²⁵⁴.

540. En réalité, les assises de la théorie de la dénaturation sont conceptuellement fragiles. Comme le souligne M. Abraham, cette construction représente « une intéressante vue de l'esprit, qui n'est pas dépourvue d'une certaine qualité poétique, mais qui ne correspond guère à la réalité »²²⁵⁵. L'acte a pour auteur une autorité administrative, il est imputable à la puissance publique et c'est elle qui – en cas de faute non détachable du service²²⁵⁶ – en assume les conséquences dommageables²²⁵⁷. Comme le faisait remarquer Eisenmann, « les voies de fait sont des actes administratifs – une catégorie d'actes administratifs soumis à un régime particulier, c'est-à-dire en fait différent de

administratif » (concl. sur TC, 10 décembre 1956, *Sieurs Randon et autres c/ Sieurs Brunel et autres, Lebon* p. 596). Plus récemment, M. Arrighi de Casanova déclarait que la voie de fait est constituée lorsque « l'action de la puissance publique s'est exercée dans des conditions qui reviennent véritablement à la dénaturer » (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris, RFDA* 1997, p. 523).

- 2252 Laferrière voyait dans la voie de fait un facteur de « dégénérescence » d'un acte administratif (E. LA-FERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} éd., Berger-Levrault, 1896, t. I, p. 479 et s.). De même, le président Odent a affirmé que dans l'hypothèse d'une voie de fait, « on ne se trouve plus en présence d'une décision ou d'un acte de puissance publique ; cet acte ou cette décision bien qu'émanant de l'autorité administrative, n'ont pas un caractère administratif ; ils sont « dénaturés » et il n'y a plus de raison pour en attribuer la connaissance à la juridiction administrative » (R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. I, IEP Paris, 1981, p. 540). Cette théorie a également compté des défenseurs au sein de la doctrine universitaire. Hauriou déclarait que la voie de fait a pour effet de rendre un acte « *inexistant* au point de vue administratif, ne lui laissant que la valeur qu'il peut avoir, soit au point de vue civil, soit au point de vue pénal » (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, p. 25. Souligné). Voir surtout la systématisation de cette théorie par E. DESGRANGES, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937, 323 p.
- 2253 L'acte constitutif d'une voie de fait est un acte inexistant. Au lieu de simplement l'annuler, le juge administratif le déclare nul et non avenue (TC, 13 juillet 1966, *Guigon, Lebon*, p. 476 ; CE, 6 avril 2001, *Djerrar, Lebon T.* p. 991 et 1160).
- 2254 G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA* 2002, p. 261.
- 2255 R. ABRAHAM, « L'avenant de la voie de fait et le référé administratif », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 9.
- 2256 La qualification de voie de fait ne dispense pas le juge de rechercher si l'acte est susceptible de se rattacher à l'exécution du service (voir S. PETIT, *op. cit.*, p. 112 ; S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, pp. 388-391 ; *GAJA* n° 51, § 10).
- 2257 Des auteurs ont, à juste titre, fait remarquer le paradoxe ou la contradiction qu'il y avait à déclarer l'acte imputable à l'administration tout en lui faisant perdre son caractère administratif. Le doyen Duez qualifiait ainsi « d'inadmissible subtilité » l'engagement de la responsabilité de l'administration pour un acte réputé non administratif (P. DUEZ, *La responsabilité de la Puissance Publique en dehors du contrat*, 2^{ème} éd., Librairie Dalloz, 1938, p. 146), se demandant « Par quel mystère l'acte qui, par hypothèse, a perdu le caractère administratif, pourrait-il engager la responsabilité de l'administration » (*ibid.*).

celui qui s'applique aux actes administratifs de même type mais ne présentant pas le même genre d'irrégularités »²²⁵⁸. Par ailleurs, s'il était vrai que l'administration n'agit plus en tant que telle lorsqu'elle sort manifestement de la sphère de ses attributions, on voit mal pourquoi il n'en irait ainsi que dans les cas où son action a porté atteinte à une liberté fondamentale ou au droit de propriété, et non pas à chaque fois qu'elle agit en dehors des pouvoirs dont elle est investie.

B. Le principe de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés et du droit de propriété

541. Une seconde justification a été avancée pour fonder juridiquement l'existence de la voie de fait. Au lieu de contourner la prohibition législative – voire constitutionnelle –, il s'agit ici de lui opposer un principe de rang égal ou supérieur selon lequel l'autorité judiciaire serait la gardienne naturelle des libertés et du droit de propriété²²⁵⁹. Ce titre justifierait l'intervention du juge judiciaire pour toutes les formes d'atteintes aux libertés ou au droit de propriété quel que soit son auteur, et notamment l'administration. Attribuant une compétence exclusive aux tribunaux judiciaires en cas d'atteintes, ce principe prévaudrait sur l'interdiction qui leur est faite de connaître du contentieux administratif.

2258 C. EISENMANN, Préface de la thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. III. L'auteur poursuivait : « On pourrait méditer (...) sur l'insuffisance et le caractère souvent dangereux des thèses de pure négation : l'acte, dit-on, n'est pas administratif. Mais qu'est-il donc positivement ? Si l'on voulait bien se poser cette question, comme on le doit, on ne pourrait pas manquer de reconnaître qu'en vérité il est étatique de genre – et non privé – et administratif d'espèce, puisqu'il n'est ni législatif, ni juridictionnel, ni judiciaire, – ni quoi que ce soit d'autre » (*op. cit.*, p. IV).

2259 Ce principe a été forgé au cours du XIX^e siècle, à l'époque de la formation du droit administratif. De nombreux textes, épars et hétéroclites, confient à la juridiction judiciaire certains litiges concernant par exemple la propriété des émigrés, la contribution foncière, l'expropriation – le placement des aliénés (pour une présentation de ces différents textes, voir E. PICARD, « Dualisme juridictionnel et liberté individuelle. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique* (CERAP dir.), Economica, 1991, p. 167 ; et J.-M. POISSON, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridiction*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, pp. 22-23). A la même période, le juge civil retient une interprétation extensive de sa compétence. Et, progressivement s'est imposée une définition purement jurisprudentielle de certains cas de compétence judiciaire, par exemple pour les questions d'état des personnes, de domicile ou de propriété. Certains auteurs, en particulier Laferrière et Ducrocq, tentèrent l'explication par une idée unique de tous ces cas de compétence judiciaire en matière administrative. Ces cas dérogatoires s'expliqueraient par l'idée que l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté et de la propriété. Laferrière affirme que les difficultés auxquelles peuvent donner lieu l'exercice des droits individuels comme la liberté individuelle, la liberté de la presse ou la liberté du travail « relèvent, en principe, de l'autorité judiciaire ; c'est devant elle que l'on doit se défendre contre les atteintes qui leur seraient illégalement portées, soit par des tiers, soit par l'administration elle-même » (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. 480). Le principe aurait par la suite connu une novation et acquis une consistance juridique. Il serait passé d'un principe explicatif d'une pratique législative ou jurisprudentielle, à un principe validant ces pratiques.

542. Pas davantage que le précédent, ce principe n'est susceptible de justifier juridiquement l'existence de la voie de fait. En premier lieu, il ne permet pas d'expliquer pourquoi la compétence de la juridiction judiciaire se limite aux seules opérations gravement illégales de l'administration et ne s'étend pas à toutes celles qui portent atteinte à la liberté individuelle ou au droit de propriété. Si c'est de sa qualité de gardien des libertés et du droit de propriété que le juge judiciaire tire son droit d'intervenir en cas de voie de fait, on voit mal pourquoi il n'exerce ce titre de compétence qu'en présence d'un acte pris par l'administration en dehors de l'exercice de ses pouvoirs ou en dehors des hypothèses dans lesquelles l'exécution forcée est autorisée. En second lieu, et plus fondamentalement encore, le principe allégué n'existe tout simplement pas en droit français. La Constitution attribue certes un rôle privilégié à l'autorité judiciaire pour sauvegarder la liberté individuelle et le droit de propriété²²⁶⁰. Mais pour le reste, et contrairement à ce qui est parfois soutenu, « il est vraiment impossible de soutenir aujourd'hui avec quelque vraisemblance que les tribunaux judiciaires sont les gardiens naturels des droits individuels en général »²²⁶¹. Aucune norme de droit positif ne fait de l'autorité judiciaire la gardienne de l'ensemble des libertés. La réserve de compétence judiciaire ou, mieux, la compétence judiciaire privilégiée concerne seulement deux des libertés auxquelles le juge de la voie de fait accorde sa protection : le droit de propriété et la liberté individuelle. Même en donnant de la notion de liberté individuelle la définition la plus large qui soit, c'est-à-dire comme incluant, au-delà de la seule sûreté, les libertés intimement liées à l'individu comme l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances, le droit au mariage et la liberté d'aller et venir, il serait impossible d'y faire rentrer l'ensemble des libertés fondamentales protégées dans le cadre de la voie de fait. Par conséquent, cette dérogation à la loi des 16-24 août 1790 « ne peut se réclamer du principe constitutionnel selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, dès lors que son domaine d'application s'étend très au-delà de celui du principe en cause »²²⁶². Elle ne saurait se fonder sur une « prétendue réserve judiciaire de compétence tirée de l'article 66 de la Constitution »²²⁶³.

543. Ainsi, aucune considération juridique ne peut justifier l'existence de la voie de fait. Dépourvue de toute justification juridique, elle n'a du son maintien jusqu'à nos jours qu'à des considérations éminemment pratiques²²⁶⁴. Cette justification pratique s'est peu à peu érodée jusqu'à disparaître totalement avec la loi du 30 juin 2000.

2260 Lorsque ces libertés sont en cause, le juge judiciaire détient une compétence privilégiée et non pas exclusive. Voir *supra*, § 119.

2261 P. COUZINET, La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs, Sirey, 1928, p. 257.

2262 R. ABRAHAM, *op. cit.*, p. 7-8.

2263 S. PETIT, note sous TGI Evry, ord. 26 juin 2002, *GP* 2002, 1, p. 1474.

2264 Voir A. BOCKEL, « La voie de fait : Mort et résurrection d'une notion discutable », *D.* 1970, chron. n° VIII, pp. 29-32, spé p. 31 : « En réalité, dépourvue de fondements juridiques sérieux, cette solution n'est que le résultat d'une « politique jurisprudentielle » conçue au nom de l'utilité sociale ; la volonté de sanctionner l'administration et surtout le souci de protéger sa victime paraissent, en l'occurrence, les seuls mobiles sérieux ».

II. LA DISPARITION DES JUSTIFICATIONS PRATIQUES

544. Si la voie de fait a vu le jour et perdurée, c'est uniquement parce que le juge judiciaire était le seul capable de défendre efficacement les libertés fondamentales des justiciables²²⁶⁵. C'est en raison du manque d'indépendance de la justice administrative qu'elle est apparue, c'est parce que le juge administratif n'était pas outillé pour réagir rapidement et efficacement aux situations liberticides qu'elle a subsisté. Le juge administratif est aujourd'hui indépendant ; il dispose d'un pouvoir d'intervention rapide et efficace en cas d'atteintes aux libertés. La voie de fait a perdu les seules justifications qui fondaient encore son maintien.

A. L'absence d'indépendance de la justice administrative

545. Initialement, la voie de fait est apparue en raison du manque d'indépendance de la justice administrative. Comme l'a rappelé M. Debary, ce régime « est né à une époque où le seul véritable juge était le juge judiciaire »²²⁶⁶. En effet, la justice administrative a été « initialement conçue plutôt comme une administration juridictionnelle au sein de laquelle l'Etat serait à la fois juge et partie »²²⁶⁷. A une époque où prévalait encore le système de l'administrateur-juge, Sirey écrivait qu'à l'appeler justice, « la langue serait dépravée »²²⁶⁸. Son indépendance, son impartialité et son aptitude à juger le pouvoir étaient contestées²²⁶⁹. Sa capacité à protéger les libertés était mise en cause. Ainsi, M. Barbie déclarait : « Nous ne considérons pas comme une garantie vaine celle qui résulte de l'examen par le Conseil d'Etat. Mais il est difficile d'admettre que chez nous, après tout ce qui a été dit pour demander que nul ne soit distrait de ses juges

2265 Pour M. Rousset, « cette théorie est une survivance d'une époque, le XIX^e, où le juge administratif n'étant pas encore indépendant, n'inspirait pas confiance ; on pensait que la seule véritable protection relevait du juge judiciaire face à l'arbitraire du pouvoir administratif » (M. ROUSSET, *Droit administratif*, tome I, L'action administrative, PUG, 1994, p. 76). Elle « n'est qu'une survivance archaïque de la méfiance des libéraux du XIX^e siècle à l'égard de la prétendue partialité des juridictions administratives (...) » (C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 254).

2266 M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. 169.

2267 B. PACTEAU, « Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif », *RA* 2000, numéro spécial 3, p. 91.

2268 J.-B. SIREY, *Du Conseil d'Etat selon la charte constitutionnelle*, 1818, rééd. Phénix éditions, 2005, p. 484.

2269 Voir, de façon significative, les affirmations de Dupin l'aîné et Béranger sous la Restauration (citées par J. DONNEDIEU DE VABRES in « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE* 1949, pp. 30-31). Dupin l'aîné déclarait à la Chambre des Pairs : « Au Conseil d'Etat, tout se passe à huis clos. Dans ce palais, le même fonctionnaire dira du défendeur « on n'entre pas » si c'est un pauvre hère, et au même instant présentera les armes au demandeur s'il est de la qualité de ceux qui ont leur entrée à la Cour. Aussi, Messieurs, veuillez m'en croire, et peut-être le savez-vous par vous-même, rien n'égale le désespoir du plaideur quand on lui annonce qu'il sera jugé par le Conseil d'Etat ». A la Chambre basse, Béranger fustigeait cette institution en ces termes : « Le Conseil d'Etat n'est point reconnu par la Charte, il constitue une espèce d'usurpation qui menace trop nos libertés pour ne pas être l'objet d'une protestation continuelle ».

naturels, nous en soyons arrivés à placer les droits les plus essentiels sous la protection d'un corps semi-politique et composé de membres révocables, qu'après avoir tant de fois entendu demander que le contentieux administratif fût restreint ou même supprimé, on mette sous la protection de cette justice tant attaquée autrefois les droits essentiels de l'homme vivant en société »²²⁷⁰. Seuls les tribunaux civils bénéficiaient de véritables garanties d'indépendance et d'impartialité. Cette supériorité, qui était réelle, a justifié de reconnaître aux juridictions civiles la possibilité d'intervenir pour connaître exceptionnellement du contentieux administratif dans les hypothèses d'atteinte grave aux libertés.

546. Cette justification initiale a disparu avec les réformes successives de la juridiction administrative. Par un mouvement en trois temps, le juge administratif s'est aligné sur son homologue judiciaire afin d'offrir aux justiciables des garanties comparables en termes d'indépendance et d'impartialité. En premier lieu, la loi du 24 mai 1872 a donné au Conseil d'Etat un statut juridictionnel en scellant le passage de la justice retenue à la justice déléguée. L'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889 viendra encore affermir le statut juridictionnel de l'institution²²⁷¹. En deuxième lieu, les juges administratifs disposent d'un statut qui garantit leur indépendance. Les membres du Conseil d'Etat bénéficient d'une garantie de fait. Si aucun texte ne proclame formellement leur inamovibilité, celle-ci existe néanmoins « en vertu d'une coutume séculaire qui a autant de force, sinon plus, qu'une disposition législative »²²⁷². Les membres du Palais-Royal bénéficient d'une protection qui « met leur situation à l'intérieur du corps à l'abri des influences extérieures » et « tout jeune auditeur de seconde classe sait dès son entrée au Conseil d'Etat à quel âge il deviendra auditeur de première classe, maître des requêtes puis conseiller d'Etat ; ainsi les pressions gouvernementales utilisant l'ambition personnelle sont-elles exclues à ce stade »²²⁷³. S'agissant des juges du fond, la situation est longtemps demeurée insatisfaisante. Non seulement la gestion du corps dépendait du ministère de l'Intérieur mais en outre, ces juges ne bénéficiaient pas de l'inamovibilité reconnue aux magistrats de l'ordre judiciaire. Michel Debré pouvait ainsi déclarer en 1958 que « la magistrature administrative n'existe pas, ce sont simplement des fonctionnaires administratifs qui occupent des fonctions de juge »²²⁷⁴. La loi du 6 janvier 1986 a remédié à cette situation en alignant le statut des conseillers de tribunal administratif sur celui de leurs homologues judiciaires²²⁷⁵. En troisième lieu, l'existence et

2270 A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^{ème} éd., 1885-1886, t. VII, p. 409 et s., cité par E. DESGRANGES, *op. cit.*, p. 154.

2271 CE, 13 décembre 1889, *Cadot, Lebon* p. 1148.

2272 R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2000, n° 372, cité par E. GUERIN-LAPONTE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, thèse Montpellier I, 2002, p. 112.

2273 G. BRAIBANT, N. QUESTIAUX, C. WIENER, *Le contrôle de l'Administration et la protection des citoyens*, Cujas, 1973, p. 22.

2274 M. DEBRE, in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. 2, La documentation française, 1988, p. 164.

2275 Sur cette loi, voir L. RICHER, « Des droits du juge à ceux du justiciable », *AJDA* 1986, pp. 278-283, spé p. 279-280 ; B. PACTEAU, « L'indépendance des juges des tribunaux administratifs. Commentaire de la loi du 6 janvier 1986 », *RFDA* 1986, pp. 783-791, spé p. 787 ; M. TOURDIAS, « Indépendance des membres des tribunaux administratifs. La loi du 6 janvier 1986 », *AJDA* 1986, pp. 275-277. Un rapprochement avec le statut des magistrats judiciaires a été réalisé sur deux points. D'une

l'indépendance de la juridiction administrative sont aujourd'hui constitutionnellement protégées²²⁷⁶. Le juge administratif n'ayant plus rien à envier à la juridiction judiciaire en termes d'indépendance et d'impartialité, la voie de fait ne se justifiait plus que par l'absence de procédures d'urgence efficaces en droit du contentieux administratif.

B. L'impuissance à défendre rapidement et efficacement les libertés

547. A la suite de ces évolutions, l'existence de la voie de fait ne tenait plus qu'à un fil – certes solide – consistant en l'insuffisance de la juridiction administrative en matière de protection urgente des libertés. Le juge administratif n'était doté ni de procédures d'urgence efficaces ni d'un pouvoir d'injonction adéquat²²⁷⁷. Le juge civil des référés, grâce à l'étendue de ses pouvoirs et à la souplesse de ses procédures, était seul en mesure d'offrir aux victimes de l'arbitraire administratif une protection juridictionnelle effective. On pouvait ainsi « affirmer l'utilité de cette théorie « technique de secours » irremplaçable pour la protection des droits fondamentaux et cela pour des raisons éminemment pratiques »²²⁷⁸.

548. En créant la procédure du référé-liberté, le législateur a donné au juge administratif les moyens d'agir aussi rapidement et efficacement que son homologue judiciaire pour faire cesser les atteintes aux libertés fondamentales²²⁷⁹. Celles-ci « bénéficient

part l'inamovibilité est reconnue aux magistrats administratifs, la loi prévoyant que ces derniers « ne peuvent recevoir, sans leur consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ». D'autre part, une instance nouvelle, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs (devenu Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel après la loi du 31 décembre 1987) veille à ce que la gestion de la carrière des magistrats administratifs ne puisse mettre en péril leur indépendance. Du fait de cette double garantie, « il n'est pas douteux que *les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel constituent un corps de magistrats indépendants* » (R. ABRAHAM, « Les magistrats des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel », *RFDA* 1988, p. 207. Souligné).

2276 Voir CC, n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, cons. 6, *Rec. p. 46*, *GDCC* n° 29. Le Conseil constitutionnel consacre, sur le fondement des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, l'existence de la juridiction administrative et son indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Il aligne sur ce point le statut de la juridiction administrative sur celle de l'autorité judiciaire, dont l'indépendance est expressément reconnu par le texte de la Constitution de 1958 (article 64). Il lui donne un statut lui permettant de s'affirmer comme un contre-pouvoir à part entière, en la plaçant à l'abri de toute tentative de représailles de la part des autorités soumises à son contrôle.

2277 Voir *supra*, §§ 7-8.

2278 S. TSIKLITIRAS, La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, p. 87.

2279 Voir toutefois la position isolée, et à certains égards anachroniques de M. Goyard. L'auteur défend le principe d'une compétence exclusive des tribunaux judiciaires en arguant d'une supériorité des juridictions civiles en ce domaine. L'auteur affirme que « tout milite aujourd'hui pour que le contentieux des atteintes administratives aux libertés soit transféré aux tribunaux de l'ordre judiciaire, sans se perdre dans un catalogue incertain et mouvant des atteintes irrégulières aux libertés classifiées selon le degré hypothétique de protection dont chacune est censée bénéficier » (C. GOYARD, « Unité et plénitude de juridiction », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 602).

désormais en la personne du juge administratif d'un protecteur dont l'efficacité n'a plus rien à envier à celle du juge judiciaire »²²⁸⁰. Avec la loi du 30 juin 2000 s'est ainsi effondrée la dernière justification de la voie de fait. « Contradictoire dès l'origine par rapport au principe de séparation, celle-ci se trouve de surcroît privée de sa justification pragmatique, puisqu'elle ne peut plus prétendre obvier à une impuissance de la juridiction administrative »²²⁸¹.

549. Le juge administratif a remédié à une inefficacité qui seule justifiait l'intervention du juge judiciaire en dehors de son domaine de compétence. L'unique et traditionnelle justification de la voie de fait ayant disparu, se pose inmanquablement la question du maintien de ce chef de compétence judiciaire. En effet, son invocation pour attribuer compétence au juge judiciaire ne se justifiait que par des considérations pratiques. C'est parce que le juge administratif n'était pas indépendant qu'elle est apparue ; c'est parce qu'il n'était pas efficace face à l'urgence qu'elle a perduré ; c'est parce que le juge administratif est désormais indépendant et efficace que l'on doit aujourd'hui s'interroger sur son maintien. En d'autres termes, en ôtant à la voie de fait toute justification pratique, la création du référé-liberté amène à se demander si l'heure n'est pas venue, pour reprendre la célèbre formule prononcée par le commissaire du gouvernement Fournier dans ses conclusions sur l'arrêt *Voskresensky*, de « sonner le glas » de la voie de fait²²⁸².

III. UNE SUPPRESSION ENVISAGEABLE

550. Il convient de préciser, tout d'abord, que sa suppression par le Tribunal des conflits est juridiquement possible. En effet, la loi du 30 juin 2000 se voulait neutre du point de vue de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Elle se présentait comme un texte de procédure qui n'entendait ni supprimer la voie de fait, ni lui reconnaître un statut législatif. Avant comme après son intervention, cette notion demeure entre les mains du juge des conflits. Comme l'a souligné M. Chapus, la loi n'a pas donné « son *imprimatur* à la notion de voie de fait »²²⁸³. Contrairement au souhait des sénateurs, qui avaient réclamé l'inscription dans la loi une référence expresse à la voie de fait ou aux compétences reconnues aux juridictions de l'ordre judiciaire en ce domaine²²⁸⁴, ce chef de compétence judiciaire n'est mentionné ni explicitement ni implicitement dans la loi du 30 juin 2000. Le législateur n'a pas légalisé cette exception purement jurisprudentielle au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Ne disposant pas d'un statut législatif, la voie de fait est et

2280 M. GUYOMAR et P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, p. 156.

2281 P. WACHSMANN, « Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration ? », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 107.

2282 J. FOURNIER, concl. sur CE, Sect., 9 juillet 1965, *Sieur Voskresensky*, *AJDA* 1965, II, p. 607.

2283 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1605.

2284 Voir *supra*, §§ 321-322.

demeure une « institution jurisprudentielle par excellence »²²⁸⁵. Elle peut, aujourd'hui encore, être abandonnée par une simple décision de justice. Comme l'affirment MM. Rivero et Moutouh, « le juge, qui l'a créée, pourrait demain y renoncer ; une décision du Tribunal des conflits suffirait à la rayer du droit français »²²⁸⁶. Le législateur n'a rien modifié sur ce point, laissant au juge répartiteur le soin de choisir du maintien ou de la suppression de cette procédure. En droit strict, rien ne s'oppose à la suppression de la voie de fait, et notamment pas l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

551. Avant même la réforme du 30 juin 2000, des auteurs ont lié la disparition de la voie de fait à l'introduction de procédures de référé véritablement efficaces en droit du contentieux administratif. Il est vrai que la voie de fait a été conçue lors de sa création comme un remède temporaire permettant de pallier les carences de la juridiction administrative en attendant que celle-ci ait remédié à ses insuffisances. En raison de la carence persistante de la justice administrative à assurer une protection rapide et efficace des libertés dans les hypothèses où l'administration se rendait coupables d'agissements graves, la voie de fait s'est progressivement enracinée dans le paysage juridique. Au point que l'on en ait oublié que cette procédure, qui méconnaît frontalement les dispositions de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, n'était originellement qu'une solution transitoire. Peu de temps avant l'arrêt du Tribunal des conflits du 12 mai 1997, M. Abraham avait affirmé qu'« Une fois comblée la plus grave lacune dont souffre aujourd'hui notre contentieux administratif, il sera temps de « sonner le glas », pour reprendre la formule prononcée au Palais-Royal il y a trente ans, de la théorie de la voie de fait »²²⁸⁷. Dans le même sens, M. Rousset avait déclaré qu'il « suffirait de reconnaître au juge administratif des pouvoirs équivalents à ceux dont dispose le juge judiciaire en cas de voie de fait pour faire disparaître et l'utilité de cette théorie, et les complications pratiques que son utilisation entraîne »²²⁸⁸.

552. L'idée d'une suppression de la voie de fait par le juge répartiteur a été envisagée ou évoquée par des membres de la juridiction administrative à la faveur de la discussion et de l'adoption de la loi du 30 juin 2000. Alors que le texte était encore à l'état de projet, le président Stirn déclarait : « Peut-être sonnera-t-il même le glas de la voie de fait, dont un traitement efficace de l'urgence devant le juge administratif pourrait un jour permettre de faire l'économie »²²⁸⁹. A la veille de la mise en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, des membres de la juridiction administrative se sont montrés nettement plus catégoriques, à l'image du président du Tribunal administratif de Dijon, déclarant que la création du référé-liberté signait « la mort de la voie de fait »²²⁹⁰. Une telle suppression comblerait d'aise de nombreux auteurs et

2285 J-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative*, 10^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 1996, p. 214.

2286 J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, n° 16.

2287 R. ABRAHAM, *op. cit.*, p. 13.

2288 M. ROUSSET, *Droit administratif*, tome I, L'action administrative, PUG, 1994, p. 76.

2289 B. STIRN, « La juridiction administrative : problèmes actuels et réformes », *RA* 1999, n° spéc.7, p. 138.

2290 J.-M. LE GARS, Intervention lors des *Journées d'études sur La mise en œuvre des procédures d'urgence devant les juridictions administratives*, Lyon, 11 décembre 2001 (Association Justice et administration dir.), Université de Lille 2, 2001, p. 6.

membres de la juridiction administrative qui, bien avant la réforme du 30 juin 2000, appelaient de leurs vœux une disparition de ce chef de compétence judiciaire²²⁹¹. La question de la suppression de la voie de fait était dans tous les esprits après l'entrée en vigueur de ce texte. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Mohamed*, rendue lors de la première année d'application de la nouvelle loi, M. Bachelier affirmait que dans cette espèce, la question de compétence soumise au Tribunal des conflits pouvait être réglée « sans qu'il soit besoin de se prononcer *aujourd'hui* sur l'abandon de la théorie jurisprudentielle de la voie de fait »²²⁹². Par cette incise, le commissaire du gouvernement indiquait implicitement que la question de la suppression de la voie de fait se poserait immanquablement à l'avenir.

L'abandon de ce chef de compétence judiciaire réglerait l'ensemble des difficultés générées par son existence, notamment les perturbations observées dans la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Rien ne semble pouvoir véritablement s'opposer à cette suppression, sinon le poids de la tradition qui, dans le domaine de la protection des libertés, se révèle particulièrement important.

SECTION 2. L'ABSENCE DE RÉELS OBSTACLES À LA SUPPRESSION DE LA VOIE DE FAIT

553. Pour l'heure, le Tribunal des conflits a confirmé le maintien de la voie de fait postérieurement à la loi du 30 juin 2000. Après la mise en application de ce texte, le Tribunal des conflits voulait montrer le plus rapidement possible son attachement à la voie de fait et le maintien de ce chef de compétence judiciaire. La volonté de réaffirmer solennellement et le plus tôt possible son existence a conduit le juge répartiteur

2291 M. Chapus estime que la « situation de dérapages désordonnés » liés à sa mise en œuvre « devrait suffire à justifier que ce grand premier rôle de la scène juridique soit admis à la retraite » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, n° 1087 ; voir également P. COUZINET, La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière, thèse Paris, 1928 ; P. LAROQUE, note au *S.* 1935, 3, 97 ; P. WEIL, note sous CE, 15 février 1961, *Werquin*, *RD* 1961, p. 657 et s. ; C. LECLERCQ, « Le déclin de la voie de fait », *RD* 1961, pp. 657-713 ; J.-C. RICCI, « Feu sur la voie de fait ? », *RRJ* 1998/1, pp. 9-11). Cette opinion n'est pas limitée à la communauté universitaire. L'idée d'une suppression de la voie de fait est régulièrement exprimée par les commissaires du gouvernement (voir notamment concl. G. BRAIBANT sur CE, 15 février 1961, *Werquin*, *AJDA* 1961, p. 197 et s. ; concl. J. FOURNIER préc. ; concl. N. QUESTIAUX sur CE, 4 novembre 1966, *Société le Témoignage chrétien*, *AJDA* 1967, p. 40 et s). Plus près de nous, et dans la lignée des commissaires du gouvernement précités, M. Arrighi de Casanova déclarait dans ses conclusions sur l'arrêt *Préfet de Police de Paris c/ TGI de Paris* « que la notion même de voie de fait n'est plus aujourd'hui qu'une anomalie à laquelle il serait souhaitable de renoncer » (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur TC, 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris*, *RFDA* 1997, p. 522. Souligné).

2292 G. BACHELIER, concl. sur TC, 19 novembre 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, *D.* 2002, p. 1449. Non souligné.

à développer un raisonnement discutable dans la décision *Mohamed* du 19 novembre 2001, rendue contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement et vertement critiquée par les commentateurs²²⁹³. Dans cette affaire, le Tribunal des conflits devait déterminer si la rétention d'un passeport par la police de l'air et des frontières au-delà du temps strictement nécessaire à la vérification de l'identité de l'intéressé présentait le caractère d'une voie de fait alors que les textes lui reconnaissent expressément le pouvoir de procéder à cette rétention en vue de s'assurer de la nationalité de son titulaire²²⁹⁴. Le commissaire du gouvernement avait proposé une solution simple et logique : dès lors que la mesure initiale de confiscation du passeport entre bien dans les pouvoirs de l'administration, la conservation de ce document au-delà de ce qui est strictement nécessaire traduit simplement la poursuite de l'exercice de ses pouvoirs²²⁹⁵. A l'inverse, le Tribunal des conflits a jugé que si la durée de la rétention est manifestement excessive, la mesure cesse de se rattacher aux pouvoirs de l'administration, et entre dans le domaine de la voie de fait²²⁹⁶. Cette solution impose de déterminer, pour chaque situation, si la durée de la rétention présente ou non un caractère manifestement excessif²²⁹⁷. Le Tribunal des conflits a retenu cette solution non pas parce qu'elle

2293 TC, 19 novembre 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur, Lebon* p. 755, D. 2002, pp. 1446-1450, concl. G. BACHELIER ; *LPA* 23 juillet 2002, n° 146, pp. 23-31, note A. BORIES, « Le baroud d'honneur de la voie de fait » ; *AJDA* 2002, pp. 234-236, note S. PETIT.

2294 Le juge civil des référés avait reconnu une voie de fait et enjoint à l'administration de restituer le passeport dans les 48 heures de la notification de son ordonnance (TGI Paris, ord. 7 février 2001, *GP* 2001, 2, pp. 481-483, note S. PETIT).

2295 Concl. préc., spé pp. 1447-1448.

2296 Scindant artificiellement l'action administrative en deux trois phases distinctes, il établit une distinction temporelle compliquée entre le moment où la rétention du passeport est simplement illégale et celui où, à cause d'une durée manifestement excessive, elle devient une voie de fait. La rétention des documents d'identité, qui entre dans la compétence de la police de l'air et des frontières, ne peut excéder le temps « strictement » nécessaire à la vérification de la nationalité, sauf à engager des poursuites pénales « pour usage de faux documents et usurpation d'identité ». En l'absence de poursuites pénales, « l'autorité administrative fait *un usage illégal de ses pouvoirs* en s'abstenant de restituer son passeport à la personne qui a fait l'objet du contrôle ». Toutefois, l'illégalité va connaître une novation et se muter en inexistance juridique si elle se prolonge dans le temps : « dans le cas où la durée de la rétention de ce document est manifestement excessive, un tel comportement *cesse alors de se rattacher à l'exercice par l'administration de ses pouvoirs* et est constitutif, en raison de l'atteinte délibérée portée sans justification à la liberté fondamentale d'aller et venir, d'une voie de fait ».

2297 En l'absence de critères, il n'est pas certain que les deux ordres de juridiction auront une appréciation identique de cette durée. Aussi peut-on regretter que les conclusions de M. Bachelier n'aient pas été suivies par le Tribunal des conflits. Les commentateurs de cette décision ont critiqué la solution donnée par le juge répartiteur. M. Petit, tout d'abord, n'a pas caché son étonnement face à cette décision : « Compte tenu des nouveaux moyens d'action autonomes conférés au juge des référés administratifs en matière d'atteinte à une liberté fondamentale par l'autorité publique, par l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative, il nous semblait que l'arrêté de conflit serait confirmé par le Tribunal des conflits dont la jurisprudence n'est guère favorable à une application extensive de la théorie de la voie de fait » (S. PETIT, *op. cit.*, p. 235). Il relève que « paradoxalement, c'est à l'heure où le juge administratif, ayant revendiqué la connaissance des atteintes aux libertés, s'est vu doter de pouvoirs lui donnant les moyens de les faire cesser que renaît de ses cendres la théorie de la voie de fait » (S. PETIT, *op. cit.*, p. 236). Le juge du référé-liberté aurait pu intervenir dans cette hypothèse et sanctionner efficacement l'égaré de l'administration. « Las, le Tribunal des conflits n'a pas suivi les conclusions de son commissaire et a écouté les sirènes de ceux qui voient encore la voie de fait comme une garantie contre les dérapages de l'administration » (A. BORIES, *op. cit.* p. 29).

lui apparaissait la plus cohérente ou la plus logique mais parce que cette décision était l'occasion, après la loi du 30 juin 2000, d'écarter clairement l'idée d'une suppression de la voie de fait immédiatement après l'entrée en vigueur de ce texte.

554. Il est vrai que trois considérations peuvent conduire à hésiter sur l'opportunité de sa suppression. Tout d'abord, son effet perturbateur s'est considérablement atténué depuis la mise en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Ensuite, son abandon paraît priver le justiciable de tout recours rapide et efficace lorsque l'administration porte atteinte aux libertés fondamentales en dehors de l'exercice de ses pouvoirs. Enfin, la voie de fait présenterait un caractère exemplaire que n'aurait pas le recours au référé-liberté.

I. LE RETOUR À L'ORTHODOXIE DANS L'APPLICATION DE LA VOIE DE FAIT

555. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, la voie de fait ne présente plus l'effet perturbateur qui était le sien autrefois ou, du moins, un effet perturbateur de la même ampleur. Les applications de la voie de fait se sont logiquement restreintes sous l'effet de deux facteurs.

La première cause de raréfaction est venue du comportement des justiciables. Les plaideurs se tournent vers le juge administratif des référés dans les cas où ils étaient traditionnellement enclins à s'adresser au juge judiciaire. Il n'est plus dans leur intérêt de saisir le juge civil des référés sur le fondement de la voie de fait et, plus encore, d'alléguer l'existence de voies de fait improbables²²⁹⁸. D'une part, le juge du référé-liberté intervient dans des conditions de rapidité et d'efficacité comparables à son homologue judiciaire et peut connaître d'agissements traditionnellement considérés comme des voies de fait sans opposer son incompétence²²⁹⁹. D'autre part, la saisine du juge civil des référés expose le justiciable à des difficultés et allongement de procédure qu'il ne rencontre pas en cas de saisine du juge administratif. Le premier risque est celui d'une déclaration d'incompétence si l'acte ou le comportement contesté ne répond pas aux conditions de la voie de fait. Le second est celui d'une élévation du conflit par l'autorité

2298 L'objectif des rédacteurs du texte était précisément, en s'attaquant aux racines de la fuite du contentieux vers le juge judiciaire, de limiter la tentation des justiciables de solliciter abusivement le juge civil des référés sur ce fondement. M. Garrec soulignait qu'« En donnant au juge administratif des référés des pouvoirs équivalents à ceux du juge civil des référés, le présent projet de loi limiterait la tentation des requérants de saisir le juge judiciaire pour des litiges relevant de la compétence de la juridiction administrative » (R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 52). L'instauration de ce recours serait ainsi de nature à « limiter le recours abusif à cette théorie » (*op. cit.*, p. 53). Comme l'affirmait M. Pacteau au lendemain de la réforme, le référé-liberté est « destiné à offrir aux victimes d'agissements administratifs et atteints dans leurs droits essentiels, un recours équivalent en vigueur et en rigueur au référé judiciaire, au point même que la théorie de la voie de fait en perdrait pour eux tout attrait comme toute raison d'être » (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 278).

2299 Cf *supra*, §§ 326-333.

préfectorale et, par conséquent, d'un allongement de la durée de la procédure²³⁰⁰. Pareil risque est exclu en cas de saisine du juge administratif²³⁰¹. Le justiciable qui s'adresse au juge du référé-liberté a l'assurance que sa demande sera, quoi qu'il arrive, examinée dans un délai très bref de quelques jours. La loi rend inutile le recours – abusif ou non – à la voie de fait. Cette procédure a perdu de son attrait depuis la réforme du 30 juin 2000. La saisine du juge judiciaire étant semée d'embûches, la question qui se pose au justiciable n'est pas de choisir entre le juge administratif et le juge judiciaire mais plutôt entre la procédure du référé-liberté et celle du référé-suspension.

Le second facteur de raréfaction de la voie de fait résulte du changement de comportement observé chez le juge civil des référés quant à l'accueil des plaintes présentées par les justiciables. Les tribunaux judiciaires retenaient, avant la réforme du 30 juin 2000, une acception extensive du champ de la voie de fait. Cette interprétation, qui méconnaissait la jurisprudence du Tribunal des conflits, s'expliquait uniquement par les insuffisances du juge administratif et la volonté d'offrir aux justiciables une protection rapide et efficace en cas d'atteinte aux libertés fondamentales. La loi du 30 juin 2000 ayant remédié aux insuffisances de la juridiction administrative en ce domaine, les interprétations extensives de ce chef de compétence judiciaire n'ont plus lieu d'être. Pour que les justiciables soient véritablement protégés, il n'est plus nécessaire que les tribunaux civils accueillent complaisamment les plaintes présentées par ces derniers au titre de la voie de fait. Par la mise en place du référé-liberté, la loi du 30 juin 2000 « impose implicitement une lecture plus orthodoxe de la notion jurisprudentielle de voie de fait »²³⁰². Le refus de constater une voie de fait n'est plus synonyme d'absence de toute garantie juridictionnelle pour la victime d'agissements administratifs liberticides. L'heure n'est plus aux interprétations extensives ou dénaturées de la voie de fait. Le juge civil des référés se montre plus exigeant que par le passé pour la constatation de voies de fait. Les tribunaux judiciaires sont revenus à une interprétation plus stricte de

2300 Lorsque l'autorité préfectorale oppose à l'autorité judiciaire un déclinatoire de compétence, celle-ci a l'obligation de surseoir à statuer en attendant que le Tribunal des conflits se soit prononcé sur la compétence juridictionnelle, ce qui a pour effet de prolonger de plusieurs mois la solution du litige. Bien souvent, le juge répatiteur ne respecte pas le délai de trois mois qui lui est imparti pour se prononcer à compter de la réception des pièces au ministère de la Justice (article 7 al. 1^{er} de l'ordonnance du 12 mars 1831, article 15 du décret du 26 octobre 1849). Tout dépassement du délai de plus d'un mois autorise le juge judiciaire à reprendre l'instance et à procéder au jugement de l'affaire (article 7 al. 2 de l'ordonnance du 12 mars 1831) mais cette possibilité de court-circuiter les lenteurs du juge des conflits n'est que rarement utilisée. Il en résulte une perte de temps considérable pour le justiciable, qui retarde en toute hypothèse une éventuelle censure de l'action administrative. Si le déclinatoire était fondé, le justiciable doit recommencer la procédure en saisissant le juge administratif. Si le conflit a été élevé à tort, l'intervention du juge judiciaire ne donne bien souvent au demandeur qu'une satisfaction tardive, donc purement platonique.

2301 La procédure de « revendication » permet certes au ministre concerné de faire dessaisir le Conseil d'Etat par le Tribunal des conflits s'il estime la juridiction administrative incompétente (article 26 de la loi du 24 mai 1872), mais elle n'a jamais été mise en œuvre.

2302 S. TRAORE, « Référé-injonction et voie de fait – Vers un retour à l'orthodoxie en matière de voie de fait », *Dr. adm.* 2001, chron. n° 9, p. 14. Cette volonté de cantonner la voie de fait dans ses limites traditionnelles était l'un des objectifs poursuivis par les rédacteurs de la réforme. M. Soutour avait notamment affirmé que la création du référé-liberté « réduira certainement l'usage de la voie de fait. En tout cas, ses interprétations extensives devraient cesser » (S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3749).

ce chef de compétence, comme en témoigne la diminution de cas de « fausses » voies de fait dont a eu à connaître le juge répartiteur depuis l'entrée en vigueur de la réforme du 30 juin 2000.

Comme l'a affirmé M. Bachelier, « la loi du 30 juin 2000 constitue l'outil qui manquait pour reconduire la voie de fait dans le lit étroit qu'elle n'aurait jamais dû quitter »²³⁰³. Le contentieux administratif des libertés a retrouvé le prétoire du juge administratif grâce à l'efficacité de ses procédures d'urgence. La situation du contentieux des étrangers, qui était particulièrement concerné par la fuite du contentieux avant la réforme est sur ce point révélatrice²³⁰⁴. Comme l'a observé M. Pugeault, « dès l'entrée en vigueur de la loi 30 juin 2000, le contentieux des étrangers, qui jusque là constituait une part importante du contentieux dont avait à connaître le Tribunal des conflits pour trancher sur l'existence d'une voie de fait, s'est presque instantanément reporté sur le juge administratif des référés (...) »²³⁰⁵. Cette réforme « a fait à peu près disparaître l'élévation de conflit dans le cas de procédures relatives à la situation d'étrangers »²³⁰⁶.

556. Les utilisations de la voie de fait sont-elles pour autant devenues marginales, comme on pouvait le penser après l'adoption de la loi du 30 juin 2000²³⁰⁷ ? L'effet perturbateur de ce chef de compétence judiciaire a-t-il totalement cessé au point de rendre sans objet la question de sa suppression ?

En pratique, on observe que si le contentieux de la voie de fait s'est restreint, il n'a pas pour autant disparu. Il ne s'est pas tari ; il n'y a pas eu d'extinction de la voie de fait²³⁰⁸.

2303 G. BACHELIER, concl. préc. p. 1449.

2304 Sur l'efficacité du référé administratif en ce domaine, M. FOUQUET-ARMAND, « Le juge administratif, gardien effectif des droits et libertés des étrangers grâce à la loi du 30 juin 2000 », *RRJ* 2002/2, pp. 861-894 ; C. POULY, « Le référé administratif à l'épreuve du droit des étrangers », *GP* 2005, 1, pp. 2470-2476.

2305 S. PUGEAULT, « Le juge administratif des référés, gardien des libertés », in *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, p. 414.

2306 Y. ROBINEAU, « Regard sur dix années d'activité du Tribunal des conflits (1994-2003) », *RFDA* 2004, p. 1169. Le président Robineau relève que le juge répartiteur a connu d'une seule affaire de voie de fait concernant un étranger entre 2001 et 2003 alors que l'on en comptait quatre pour la seule année 1994.

2307 Des auteurs ont pronostiqué le déclin de la voie de fait après l'adoption de la réforme du 30 juin 2000, telle Mme Fouletier, annonçant « l'atrophie » ou la « marginalisation » de cette notion (M. FOLETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* 2000, p. 973). Voir dans le même sens S. TRAORE, *op. cit.*, pp. 10-14.

2308 La Cour de cassation sanctionne les juges du fond qui ne retiennent pas leur compétence en présence d'un acte administratif « entaché d'une irrégularité grossière » (Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, *M. Picard et autres*, *Dr. adm.* 2005, comm. n° 52, note M. LOMBARD). Dans cette espèce, les propriétaires d'une cour close par un portail avaient été illégalement dépossédés de ce bien immobilier par une commune. L'administration n'avait certes pas agi en l'absence de tout titre, puisque le conseil municipal avait cru pouvoir prendre une délibération classant cette parcelle dans la voirie communale, avant même toute procédure d'expropriation. La cour d'appel avait « prudemment » (M. LOMBARD, *op. cit.*, p. 23) déclaré les juridictions judiciaires incompétentes, « les titres dont se prévaut cette collectivité étant des actes administratifs dont le contrôle de légalité échappe au juge judiciaire ». La Cour de cassation casse cet arrêt, au motif que « le classement dans la voirie communale d'une cour privée, qui n'a fait que postérieurement l'objet d'une expropriation, est entaché d'une irrégularité grossière ». On relèvera que si la voie de fait est caractérisée dans une telle hypothèse, son existence ne fait *a fortiori* pas de

Par conséquent, les difficultés liées à son existence et à son application subsistent toujours. Les incursions intempestives du juge judiciaire dans la sphère d'attribution du juge administratif n'ont pas totalement disparues²³⁰⁹. Le maintien de ce chef de com-

doute lorsque l'administration entend exercer un « droit de reprise » en se fondant sur un texte qui n'existe pas (Voir *supra*, § 332, l'arrêt *Abdallah* du 2 février 2004). La Cour de cassation entend que le juge judiciaire exerce la plénitude de ses pouvoirs en présence d'une voie de fait. Ainsi, une commune ayant fait construire une station d'épuration, doit être cassé l'arrêt qui, pour refuser d'ordonner la démolition du bâtiment empiétant sur la parcelle et pour allouer des dommages-intérêts, retient que le juge judiciaire ne peut ordonner la destruction d'un ouvrage public mais a le pouvoir d'allouer des dommages-intérêts à celui qui suit un préjudice à la suite d'une voie de fait (Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, *Consorts Dabedain et autre c/ Commune de Cayenne*, n° 03.14.165, *GP* 3-4 août 2005, p. 2721 ; voir déjà, dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 30 avril 2003, *Mourareau c/ Commune de Verdun-sur-Ariège*, *D.* 2003, pp. 1932-1934, note S. PETIT). Viole la loi des 16-24 août 1790 la Cour d'appel qui, pour écarter la voie de fait, retient que l'époux, avant de faire donation de la nue-propriété à ses enfants, avait tacitement accepté l'ouverture à la circulation publique du chemin litigieux, alors qu'une telle autorisation n'était pas de nature à permettre l'aménagement d'une route sur la parcelle litigieuse (Civ. 1^{ère}, 3 février 2004, *Epoux Pellisier et autres c/ Commune de Saint-Paul le Froid*, *Bull. civ. I*, n° 39). Voir également CA Nîmes, 1^{ère} ch. B, 28 janvier 2003, *SA Société immobilière de Caumont c/ SA Grands travaux de Marseille*, juris-data n° 2003-211247, *JCP G* 2003, IV, 1540 : la Cour considère que c'est par des motifs pertinents qu'elle adopte, que le tribunal de grande instance a déclaré recevable l'action intentée par l'appelante contre la SNCF tendant à voir constater la voie de fait dont elle était victime lors de la construction d'un tunnel sur sa propriété pour le TGV SUD-EST et retenu sa compétence pour en connaître.

- 2309 Voir par exemple TGI Evry, ord. 26 juin 2002, *GP* 26 juin 2002, p. 10. Sur cette décision, voir le commentaire critique de Serge Petit, *GP* 2002, 1, pp. 1474-1475, et la défense de la solution par le conseil du demandeur : N. BARBIER, « L'administration pénitentiaire prise au piège de la voie de fait », *D.* 2002, pp. 2614-2616. Malgré une décision du juge de l'application des peines accordant à un détenu un régime de semi-liberté, l'administration pénitentiaire avait maintenu ce dernier en détention faute de places dans un centre de semi-liberté. Saisi par l'intéressé, le juge civil des référés se reconnaît compétent et constate l'existence d'une voie de fait. Il estime que l'administration a agi hors de sa sphère de compétence dans la mesure où elle ne détient pas le pouvoir de faire obstacle à une décision de justice. Cette solution contrevient à une jurisprudence constante du Tribunal des conflits. En effet, depuis un arrêt de principe de 1960, les actes relatifs au fonctionnement administratif du service pénitentiaire sont considérés comme détachables de l'exercice de la fonction juridictionnelle, et, à ce titre, soumis au contrôle de légalité (TC, 22 février 1960, *Lebon* p. 855). Cette volonté de reconnaître une voie de fait qui n'existe visiblement pas a été vertement critiquée par Serge Petit. L'auteur affirme qu'« A vouloir retenir à toutes fins sa compétence et écarter les fins de non recevoir spécifique au principe de séparation des juridictions, le juge des référés civil fragilise la crédibilité de sa jurisprudence dans les litiges mettant en cause l'administration ; à l'heure où la compétence concurrente peut être exercée devant le juge administratif, il y va de la lisibilité même de ses décisions » (S. PETIT, *op. cit.*, p. 1475).

La Cour de cassation et le Tribunal des conflits sont, comme avant la loi du 30 juin 2000, contraints de rappeler au juge judiciaire les limites qui sont les siennes en la matière. Voir Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, *Agent judiciaire du Trésor c/ Marcelin*, *Bull. civ. I*, n° 124, *JCP G* 2005, IV, 1890 (cassation de l'arrêt d'une cour d'appel relevant l'existence d'une voie de fait sans constater aucun acte matériel de destruction de l'habitation imputable à des agents de l'Etat) ; Civ. 1^{ère}, 17 février 2004, *CHU de Fort de France c/ Gacon*, *Bull. civ. I*, n° 54, *JCP A* 2004, 1217, note O. RENARD-PAYEN (viole la loi des 16-24 août 1790 l'arrêt constatant l'existence d'une voie de fait dans les mesures prises par le directeur d'un Centre hospitalier universitaire empêchant un praticien hospitalier de reprendre ses fonctions, alors qu'une telle décision se rattache aux pouvoirs généraux d'administration conféré par la loi au directeur général de l'établissement). Le Tribunal des conflits continue de confirmer des arrêtés de conflit en matière de voie de fait (voir ainsi TC, 19 janvier 2004, *Société SLPK Aircraft funding c/ Aéroport de Paris*, *Lebon* p. 634 ; TC, 15 novembre 2004, *Préfet des Hauts-de-Seine*, *Bull. civ. confl.*, n° 27 ; TC, 23 mai 2005, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, *Lebon* p. 659).

pétence expose toujours au risque d'une utilisation dévoyée de celui-ci par les juges du premier degré.

En outre, la question centrale aujourd'hui n'est pas tant celle de l'utilisation orthodoxe ou dévoyée de la voie de fait mais plutôt celle de son existence même dans la mesure où rien ne la justifie plus en droit positif. Le retour à la normalité s'avère très relatif car le juge judiciaire continue d'intervenir sans titre légitime dans une matière que la loi et la Constitution réservent au juge administratif. Une jurisprudence ordinaire ne peut prévaloir sur un principe qui a un fondement législatif et des assises constitutionnelles. Enfin, comme l'ont souligné MM. Ricci et Debbasch, la voie de fait est contestable dans son principe même. Comme le relève ces auteurs, « n'y a t il pas une certaine inconvenance à faire traiter une affaire par le juge judiciaire en raison de sa trop grave irrégularité ? Comme si le droit privé n'était qu'un droit répressif, que le bras séculier du juge administratif ; ce dernier jouant les Ponce-Pilate devant ces monstres que seraient les actes administratifs argués de voie de fait »²³¹⁰. Il convient toutefois de se demander si la rédaction de l'article L. 521-2 du code de justice administrative et le caractère « exemplaire » de la voie de fait ne représentent pas des obstacles à la suppression de cette procédure.

II. UN JUSTICIABLE DÉMUNI DANS LES HYPOTHÈSES DE VOIE DE FAIT

557. On pouvait penser que la voie de fait avait recouvré une nouvelle utilité à la faveur de la loi du 30 juin 2000 en devenant la seule procédure permettant de réprimer l'atteinte portée aux libertés fondamentales par l'administration en dehors de l'exercice de ses pouvoirs. Au lieu de tuer la voie de fait, la loi lui aurait donné un nouvel intérêt dans les matières soustraites par ce texte à la compétence du juge du référé-liberté. De manière assez paradoxale, la naissance du référé-liberté paraissait empêcher la disparition de la voie de fait.

La loi formule en effet une réserve qui interdit au juge du référé-liberté de connaître des agissements commis par l'administration en dehors de l'exercice de ses pouvoirs, hypothèse dans laquelle le juge judiciaire semblait être le seul à pouvoir intervenir. Dans ces conditions, supprimer la voie de fait paraissait être une solution inopportune, privant le justiciable de l'accès à un juge rapide et efficace auquel s'adresser en extrême urgence pour les atteintes commises par l'administration en dehors de l'exercice de ses pouvoirs. La voie du juge du référé-liberté lui semblait fermée par la loi. Si celle du juge judiciaire lui était retirée, le demandeur ne semblait pouvoir s'adresser qu'au juge du référé-suspension dans les hypothèses où l'administration porte atteinte aux libertés fondamentales en dehors de l'exercice de ses pouvoirs, c'est-à-dire dans des conditions d'efficacité moindre du fait de l'exigence d'une décision préalable et de ses prérogatives plus limitées. Par hypothèse, le juge civil des référés n'aurait plus de titre

2310 C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 254.

de compétence pour intervenir. Le juge du référé-liberté ne paraissait pas pouvoir en connaître, la loi semblant lui défendre d'intervenir dans un tel cas de figure. Le législateur ayant paru exclure que le juge du référé-liberté puisse connaître des agissements correspondant traditionnellement aux voies de fait par manque de droit, on pouvait penser qu'il restait une place irréductible pour la compétence du juge judiciaire lorsque l'acte litigieux est manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice de pouvoirs appartenant à l'administration.

558. Mais en pratique, l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat de la formule de l'article L. 521-2 fait que cet obstacle à la suppression de la voie de fait a totalement disparu. Pour le juge administratif, toute atteinte peut être considérée comme se rattachant de près ou de loin à un pouvoir régulier de l'autorité administrative. Le juge du référé-liberté peut donc parfaitement intervenir dans l'hypothèse d'une voie de fait par manque de droit²³¹¹. La réserve d'incompétence formulée à l'encontre du juge du référé-liberté est dépourvue de consistance. Cette formule ne constitue en rien un obstacle à une suppression de la voie de fait. Le juge administratif peut utilement intervenir dans les domaines traditionnellement attribués au juge judiciaire au titre de la voie de fait. Supprimer ce chef de compétence judiciaire ne priverait donc pas le justiciable d'une voie de droit rapide et efficace lorsque l'administration agit en dehors de l'exercice de ses pouvoirs car le juge administratif se reconnaît compétent dans de telles hypothèses. La voie de fait peut donc être supprimée sans que se trouvent affaiblies les garanties offertes au justiciable. La simplification apportée quant à la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels serait conforme à l'intérêt du justiciable comme à celui d'une bonne administration de la justice²³¹².

III. LE CARACTÈRE « EXEMPLAIRE » DE LA VOIE DE FAIT

559. Des auteurs ont soutenu que malgré la création du référé-liberté, la voie de fait devait être maintenue en droit français en raison de la force exemplaire qui s'attache à une condamnation prononcée sur ce fondement. Cette sanction exemplaire justifierait à elle seule le maintien de ce chef de compétence judiciaire.

560. La doctrine a souligné de longue date une certaine exemplarité de la condamnation de l'autorité administrative au titre de la voie de fait. Charles Eisemann affirmait que la voie de fait « est un moyen de stigmatiser certains actes qui ont eu des conséquences vraiment trop graves »²³¹³. Selon Marcel Waline, « La seule circonstance

2311 Voir *supra*, §§ 331-332.

2312 Sur ce thème, voir O. GABARDA, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice ». Etude de droit du contentieux administratif », *RDJ* 2006, pp. 153-184, spé. pp. 163-165 sur la prévention des difficultés de compétence juridictionnelle.

2313 C. EISENMANN, Préface de la thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. 12.

que l'acte a été, par une juridiction, qualifié voie de fait, n'est pas en soi sans intérêt. Il s'attache en effet à ce terme un sens péjoratif, de sorte que son emploi dans un jugement est déjà une sanction morale »²³¹⁴. Dans le même sens, M. Auby avait rappelé « un caractère trop souvent oublié de la théorie de la voie de fait, celui qui se rattache à l'idée d'une sanction infligée à l'administration à la suite d'une irrégularité particulièrement grave »²³¹⁵. Aujourd'hui encore, la voie de fait est présentée comme une « théorie juridique qui, même dans les cas limités où elle est susceptible de recevoir application, conserve sa force exemplaire vis-à-vis de l'Administration »²³¹⁶. Selon M. Moutouh, sa véritable fonction est de « condamner l'administration seulement lorsque celle-ci a agi de façon scandaleuse (...) »²³¹⁷.

Cette thèse peut se résumer en deux propositions : d'une part l'intervention d'un juge administratif constitue pour la puissance publique un privilège ; d'autre part la condamnation pour voie de fait déchoit l'administration de ses privilèges et présente de ce fait un caractère exemplaire. C'est, il est vrai, un avantage pour l'administration que d'être jugée par un juge spécialisé. Un juge qui connaît ses méthodes, le particularisme de sa mission et les difficultés auxquelles elle est exposée pour concilier les impératifs de l'intérêt général avec la protection des droits des particuliers. En cela, « l'existence d'une juridiction administrative constitue une garantie pour conserver un régime de droit public comme cadre à l'action administrative, dont la situation spécifique, et légitimement spécifique, justifie qu'elle soit soumise à un régime juridique distinct de celui qui prévaut pour les rapports des particuliers entre eux »²³¹⁸. Toutefois, les garanties dont bénéficie l'administration ne lui sont reconnues qu'en raison de la nature de ses missions. Dès lors qu'elle se rend coupable d'une voie de fait, elle n'a plus à conserver un régime de droit public adapté et doit subir une sanction plus sévère. Selon M. Jéol, « à partir du moment où elle commet une voie de fait, l'Administration ne peut plus invoquer les dispositions d'exception que lui réserve le droit public ; elle est soumise à tous égards au droit commun, qu'il s'agisse de la compétence du juge, de la procédure applicable ou des règles de fond dont dépend la solution du litige »²³¹⁹. Le président Odent affirmait qu'« En commettant une voie de fait, l'administration se place en dehors de l'application des règles de droit public ; elle perd le bénéfice des prérogatives reconnues aux activités de service public »²³²⁰. Elle va comparaître devant les tribunaux civils tel un plaideur ordinaire, et se verra appliquer les règles du droit

2314 M. WALINE, note sous CE, Sect., 19 octobre 1969, *Consorts Muselier*, in Notes d'arrêts de Marcel Waline, vol. 1, arrêt n° 89, Dalloz, 2004, p. 475.

2315 J.-M. AUBY, « Emprise et voie de fait », *JCP G* 1955, I, 1259, n° 8.

2316 J. SAINTE-ROSE, concl. sur TC, 23 octobre 2000, *D.* 2001, *Boussadar*, p. 2334.

2317 H. MOUTOUH, « La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la « folle du logis » enfin domestiquée ? », *D.* 1999, n° 25, dernière act., p. 1.

2318 J.-H. STAHL, « Le juge administratif, garantie de l'administration ? », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique ?, p. 60.

2319 Concl. sur Com., 25 février 1992, *D.* 1992, p. 266, cité par S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, p. 261.

2320 R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. I, IEP Paris, 1981, p. 554.

privé²³²¹. Selon cette présentation, c'est de la soumission de l'administration aux règles du droit privé que la voie de fait tirerait son caractère exemplaire²³²².

561. Aujourd'hui, ce caractère exemplaire est présenté par certains auteurs comme la justification et même l'unique justification de la voie de fait. M. Serrand relève que « Les justifications pratiques de la voie de fait étant désormais sans fondement, son existence ne repose plus que sur la tradition jurisprudentielle, le juge souhaitant peut-être maintenir une notion susceptible d'avoir, en raison de ses conséquences juridiques, un rôle « éducatif » à l'égard de l'administration »²³²³. De même, Mme Guillon-Coudray déclare que « La portée d'une condamnation pour voie de fait demeure incomparable et supprimer de notre ordre juridique une telle théorie viendrait largement limiter l'éventail des moyens assurant un respect de la légalité »²³²⁴.

Si ce raisonnement n'est pas dénué d'intérêt, on peut toutefois douter qu'il puisse à lui seul justifier le maintien de la voie de fait, et cela pour deux principales raisons. Tout d'abord, il est contestable et pour le moins anachronique de soutenir aujourd'hui que l'existence d'une justice administrative constitue un « privilège » pour l'administration. Comme le souligne M. Melleray, « l'existence même du juge administratif ne constitue pas pour l'administration une sorte de privilège de juridiction, autrement dit de prérogative de protection, une garantie pour l'administration »²³²⁵. Le juge administratif ne témoigne pas de la moindre complaisance vis-à-vis de l'administration. Ensuite, il convient de relativiser le caractère exemplaire de la sanction pour voie de fait ou, en tous cas, plus exemplaire qu'une condamnation prononcée par le juge sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Une censure prononcée par le juge du référé-liberté revêt une dimension symbolique, voire morale qui n'est pas à négliger, et qui a autant de force, sinon davantage qu'une condamnation prononcée

2321 C. GUETTIER, « Injonction et astreinte », *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), n° 22 : « Dès lors que l'administration a commis une voie de fait, son action se trouve « dénaturée », et elle est déchu de tous les privilèges qui lui sont accordés dans l'intérêt général. Alors, le juge judiciaire peut s'arroger le droit de lui infliger le même traitement qu'à un plaideur ordinaire dans un litige de droit commun ».

2322 Pour Mme Guillon-Coudray, « Le jugement par une juridiction de droit commun, non spécialiste des questions administratives, alors même que l'administration n'a pas entendu agir dans le cadre du droit privé, ne peut à notre sens qu'être analysée en une sanction, largement renforcée par l'application du droit commun » (S. GUILLON-COUDRAY, *op. cit.*, p. 253). L'idée, également exprimée par le doyen Vedel, est qu'« il existe certains abus que le juge ne peut pas et ne doit pas tolérer, qu'il faut sanctionner par la déchéance du privilège de juridiction dont jouit normalement l'Administration » (G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851, n° 7. Souligné). Le commissaire du gouvernement Guionin avait déclaré, dans le même sens, que la conséquence de la constatation d'une voie de fait « est de soustraire l'administration à son juge naturel, de dépouiller le service public de son privilège de juridiction » (concl. GUIONIN sur TC, 10 décembre 1956, *Sieurs Randon et autres c/ Sieurs Brunel et autres*, *Le-bon*. p. 596).

2323 P. SERRAND, « Voie de fait », in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND et S. RIALS dir.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 1523.

2324 S. GUILLON-COUDRAY, *op. cit.*, p. 260.

2325 F. MELLERAY, « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloque des 11 et 12 décembre 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, p. 300.

par le juge judiciaire. Dans ces conditions, il apparaît que la force exemplaire de la voie de fait représente un motif bien mince pour fonder, à lui seul, le maintien de la voie de fait au égard des difficultés générées par son existence et surtout en considération de son absence de justification juridique. « Si la voie de fait reste une condamnation morale de l'administration, cela ne suffit plus à la justifier juridiquement et à rendre son utilisation judiciaire »²³²⁶.

562. Ainsi, rien ne semble réellement faire obstacle à la suppression de la voie de fait. Si le Tribunal des conflits en a pour l'heure décidé le maintien, rien n'indique que cette solution soit définitive. Il reste néanmoins pour le Tribunal des conflits à s'affranchir du poids de la tradition, lequel est particulièrement important en ce domaine²³²⁷. La voie de fait a fait la preuve de son efficacité à garantir la protection des libertés²³²⁸ – à une époque certes où le juge administratif n'était pas en mesure de le faire. On conçoit, dès lors, que le juge répartiteur puisse éprouver quelque hésitation avant de réaliser un revirement de jurisprudence d'une telle ampleur. Tout commande néanmoins la suppression de ce chef de compétence judiciaire dans la mesure où ses justifications ont disparu et où son effet perturbateur demeure. La situation serait alors simple pour le justiciable : toutes les atteintes administratives aux libertés fondamentales relèveraient de la compétence du juge administratif, sans avoir à se perdre dans un cheminement complexe pour déterminer l'ordre de juridiction compétent. La seule question qui se poserait au justiciable serait de choisir le référé adapté à sa situation : soit la procédure d'urgence de droit commun de l'article L. 521-1, soit la procédure d'urgence particulière de l'article L. 521-2.

2326 A. BORIES, « Le baroud d'honneur de la voie de fait », *op. cit.*, p. 31.

2327 Dans ses conclusions sur l'arrêt *Voskresensky*, le commissaire du gouvernement Fournier n'expliquait la perdurance de la voie de fait « que par le seul poids de la tradition, poids respectable certes, mais dont vous estimerez sans doute un jour ou l'autre devoir vous décharger (...) » (concl. J. FOURNIER sur CE, Sect., 9 juillet 1965, *Sieur Voskresensky*, *AJDA* 1965, II, p. 607).

2328 Elle a été présentée comme « l'une des plus précieuses garanties pour les libertés publiques et le droit de propriété mobilière et immobilière » (G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, 11^{ème} éd., PUF, 1990, t. II, p. 147).



CONCLUSION DU TITRE II

563. Lorsqu'il est établi que l'autorité administrative a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, le juge dispose d'un pouvoir de réaction efficace pour mettre fin à la situation qui a justifié sa saisine. Bénéficiant d'une palette de prérogatives étendue, il retient la solution idoine et s'en assure le respect auprès de l'administration par l'explication et l'autorité. Lorsque cela est possible, il règle le différend qui oppose les parties par la persuasion ou la conciliation. Ces deux modalités d'intervention garantissent l'efficacité de son intervention. Celle-ci se trouve encore accrue par la force en pratique définitive des mesures prescrites par le juge du référé-liberté. Ce caractère, joint à la circonstance que le juge statue au principal, rapproche la procédure de l'article L. 521-2 de la catégorie des référés au fond. Toutefois, elle ne peut être assimilée purement et simplement à une action en justice en raison du caractère juridiquement provisoire de ses décisions. Au surplus, l'originalité de cette procédure se trouve renforcée par le fait que le juge du référé-liberté intervient dans une logique d'excès de pouvoir mais avec une coloration subjective nettement affirmée. Au final, l'efficacité remarquable de sa réaction pourrait, voire devrait conduire à remettre en cause l'existence de la voie de fait, chef de compétence judiciaire désormais dépourvue de toute justification.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

LE RÉFÉRÉ-LIBERTÉ EST-IL UN RECOURS D'*AMPARO* ?

564. L'article L. 521-2 du code de justice administrative constitue un mécanisme original de protection des libertés. Par ses caractéristiques, cette procédure bouleverse à bien des égards les canons de la procédure administrative contentieuse. Ses particularités affirmées conduisent à une difficulté, éprouvée à plusieurs reprises, pour *qualifier* cette procédure et déterminer à quel *type* de voie de droit elle se rattache. De quelle catégorie juridique ce recours relève-t-il par delà ses emprunts à différentes procédures ? Eu égard aux pouvoirs qui sont dévolus au juge et aux modalités de son intervention, comment classer le référé-liberté en droit processuel et, notamment, au regard des autres mécanismes de protection des libertés des personnes physiques et morales à l'égard des actes et agissements de la puissance publique ?

La difficulté d'inscrire le référé-liberté dans la structure classique du contentieux administratif et le fait qu'il transcende les catégories traditionnelles s'expliquent par la particularité de son objet, qui est de protéger en urgence les libertés fondamentales gravement méconnues par l'administration. Néanmoins, on observe que toutes les procédures ayant cet objet présentent les mêmes caractéristiques. En effet, si le référé-liberté est une procédure qui échappe aux classifications traditionnelles, il présente des caractéristiques identiques aux voies de droit ayant le même objet. Aussi cette situation conduit-elle à envisager le rattachement à une catégorie juridique échappant aux classifications traditionnelles mais présentant une réelle unité car composée de procédures présentant certaines caractéristiques propres et constantes. En portant un regard sur l'étranger, un rapprochement avec l'*amparo* latino-américain s'impose naturellement.

565. Le rapprochement entre le référé-liberté fondamentale et le recours d'*amparo* a été rapidement réalisé par la doctrine²³²⁹. Toutefois, et contrairement à ce qui est parfois affirmé, le référé-liberté n'a rien de comparable à un *amparo* tel qu'il existe en Europe, à savoir un recours subsidiaire, dirigé principalement contre des actes juridictionnels et relevant de la compétence du juge constitutionnel²³³⁰. Si le référé-liberté peut être assimilé à un recours d'*amparo*, ce n'est pas dans sa variante européenne, mais dans sa variante latino-américaine. Il convient en effet de nettement distinguer ces deux formes d'*amparo*²³³¹. Entre l'*amparo* constitutionnel européen et l'*amparo* ordinaire latino-américain, les différences sont fondamentales : « Ces instruments de protection n'ont en commun que leur appellation »²³³². Eu égard à ses caractéristiques, le référé-liberté s'apparente non pas à un *amparo* constitutionnel mais à un *amparo* ordinaire.

Le référé-liberté ne s'apparente pas à un *amparo* européen

566. Le référé-liberté fondamentale ne répond à aucun des caractères du recours direct. Il ne permet pas davantage de mettre en cause la constitutionnalité d'une loi devant le juge constitutionnel. Par conséquent, il ne saurait être assimilé, directement ou indirectement, à un recours constitutionnel.

Le référé-liberté n'est pas un recours direct

567. Le recours direct²³³³ a été défini par M. Pfersmann comme « un acte de procédure par lequel une personne (physique ou morale) saisi, sans intermédiaire, le juge

2329 Ainsi, peu de temps après la mise en application de l'article L. 521-2, le professeur Ghévontian déclarait qu'avec cette procédure, pourrait « se mettre en place un embryon de recours d'*amparo* à l'espagnole, ce qui serait une grande innovation dans le système juridique français, même si, à la différence du modèle espagnol, le juge n'intervient ici qu'en référé » (R. GHEVONTIAN, note sous CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri*, D. 2001, p. 1751).

2330 En Europe, l'*amparo* est synonyme de recours direct ou recours constitutionnel. De manière significative, la Constitution espagnole distingue très nettement d'une part la protection des droits et libertés constitutionnels par le juge ordinaire, d'autre part la protection des mêmes droits et libertés par le juge constitutionnel, pour ne réserver qu'au second le qualificatif d'*amparo*. L'article 53.2 dispose que « Tout citoyen pourra invoquer la protection des libertés et droits reconnus par l'article 14 et la section 1 du chapitre deuxième devant les tribunaux ordinaires par une procédure basée sur les principes de priorité et d'urgence et à travers le recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel ». La doctrine qualifie parfois le premier d'*amparo* judiciaire ou ordinaire mais la Constitution réserve le terme *amparo* au seul recours constitutionnel.

2331 La distinction entre ces deux formes d'*amparo* est consacrée dans la doctrine. Voir par exemple : R.A. BREWER CARIAS, « La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire », in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, pp. 935-1167 ; A.-C. SEPULVEDA, « La protection des droits fondamentaux en Amérique latine », V *Congrès de l'AFDC*, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002, Atelier n° 6, 5 p.

2332 A.-C. SEPULVEDA, *op. cit.*, p. 5. Signalons que les deux formes d'*amparo* ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, et peuvent coexister dans un même ordre juridique. Voir *supra* la rédaction de l'article 53.2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978.

2333 Sur ce thème, voir notamment : *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel* (F. DELPEREE dir.), Journées d'études du 9 février 2000, Louvain, Economica PUAM, coll. DPP, 1991, 221

constitutionnel en vue de contrôler la constitutionnalité d'un acte »²³³⁴. Né dans les pays de tradition germanique²³³⁵, ce type de recours est aujourd'hui largement diffusé dans les pays européens comme technique de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*²³³⁶. Dans des cas très exceptionnels et en raison de l'urgence, il peut être mis en œuvre selon une procédure accélérée²³³⁷. Le recours direct présente pour principales caractéristiques d'être un recours subsidiaire, exercé devant un juge constitutionnel.

568. *L'amparo* européen est, tout d'abord, un recours exercé devant un juge constitutionnel, c'est-à-dire un organe juridictionnel qui doit compter parmi ses compé-

p. ; *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé* (F. DELPEREE et P. FOUCHER dir.), Bruylant, 1998, 201 p. ; *L'accès au juge constitutionnel : modalités et procédures*, 2^{ème} Congrès des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Libreville, septembre 2000, ACCPUF, 2000, 823 p. ; Dossier des CCC n° 10, 2001, *L'accès des personnes à la justice constitutionnelle. Droit, pratique, politique* (O. PFERSMANN dir.).

- 2334 O. PFERSMANN, « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective », CCC n° 10, 2001, p. 66. En Allemagne, le recours constitutionnel peut être exercé contre les actes législatif, administratif et juridictionnel. En Espagne, le recours d'*amparo* peut être formé contre les actes administratifs et les actes juridictionnels. En Autriche, le droit constitutionnel fédéral permet la contestation d'actes administratifs et législatifs, mais non d'actes juridictionnels. En Belgique, le recours ne peut être mis en œuvre qu'à l'encontre des normes ayant force de loi.
- 2335 Introduit en droit constitutionnel autrichien en 1920 (voir G. KUSKO-STADLMAYER, « Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien », CCC n° 10, 2001, pp. 82-89), le procédé a été mis en place dans la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne en 1949.
- 2336 Il a été introduit en Espagne dans la Constitution de 1978. Les constitutions les plus récentes d'Europe centrale et orientale ont également instituées un tel mécanisme (voir K. STERN, « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles Constitutions d'Europe centrale et orientale », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, pp. 415-442, spé pp. 437-438). Mention doit également être faite du recours de droit public suisse. Existant depuis 1874, il présente la particularité de s'exercer devant la cour suprême (le Tribunal fédéral suisse) et non pas devant une cour constitutionnelle. Il peut être dirigé contre des lois, arrêtés et décisions juridictionnelles et administratives d'autorités cantonales (voir P. SALADIN, « Rapport suisse », *AJJC* 1991/VII, *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*. Colloque Aix-en-Provence, 12-13 juillet 1991, pp. 149-151 ; C. ROUILLER, « Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi en droit constitutionnel suisse », in *Droit constitutionnel suisse* (D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J.-P. MÜLLER dir.), Schulthess, 2001, pp. 677-690).
- 2337 En Allemagne, la Cour constitutionnelle est habilitée à rendre une ordonnance provisoire par laquelle elle préjuge au principal lorsque les délais d'épuisement des voies de droit risquent d'être trop longs et de rendre impossible une protection effective des droits fondamentaux du requérant. La procédure de l'ordonnance trouve ainsi application pendant une campagne électorale lorsqu'un parti politique est écarté d'un débat organisé par un service public audiovisuel quelques jours avant le scrutin. L'ordonnance sera prise par la Cour constitutionnelle en raison de l'urgence sur la base du droit à la protection juridictionnelle effective de ses droits fondamentaux et du principe de l'égalité des partis durant la campagne électorale (cf. B. PETER, « Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand », *RDJ* 1993, pp. 185-214, spé pp. 208-209). De même, le Tribunal constitutionnel espagnol peut, d'office ou à la demande du requérant, suspendre « l'exécution de l'acte des pouvoirs publics à propos duquel l'*amparo* constitutionnel est réclamé » (article 56.1 de la loi organique du Tribunal constitutionnel n° 2/1979). Voir P. BON, « Le pouvoir de suspension du juge constitutionnel : l'exemple du Tribunal constitutionnel espagnol », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 65-79, spé pp. 73-76.

tences l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois²³³⁸. L'*amparo* européen est, ensuite, une voie de droit subsidiaire. L'exercice de ce recours n'est en effet que subsidiaire par rapport à la protection octroyée par les tribunaux ordinaires²³³⁹. Il ne peut être utilisé qu'en guise d'ultime recours, uniquement si le requérant n'a pas pu obtenir satisfaction en utilisant les autres moyens à sa disposition. Par conséquent, le demandeur qui entend introduire un tel recours contre un acte administratif doit au préalable en avoir contesté les effets devant les juridictions ordinaires. Du fait de cette exigence de subsidiarité et en dehors des rares cas dans lesquels le demandeur conteste un acte législatif, le recours d'*amparo* est en réalité dirigé contre la décision du tribunal qui a dû juger en dernier ressort les mesures contestées. En cela, « le recours d'*amparo* se présente comme un pourvoi en révision des jugements des tribunaux du contentieux administratifs »²³⁴⁰.

569. Le référé-liberté ne répond à aucun des deux critères du recours direct. Il représente non pas un recours subsidiaire introduit devant un juge constitutionnel, mais un recours autonome formé auprès d'un juge ordinaire. Il constitue, tout d'abord, un recours autonome. Pour qu'une demande introduite sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative soit recevable, il n'est pas exigé du requérant qu'il emprunte au préalable les autres voies de droit mises à sa disposition. Par ailleurs,

2338 Comme le souligne M. de Béchillon, « une seule donnée va se vérifier totalement incontestable » pour identifier la justice constitutionnelle : « le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois » (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 180). La doctrine contemporaine adhère majoritairement à cette définition centrée sur la norme objet du contrôle (voir notamment L. FAVOREU, et T.-S. RENOUX, « Contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1992, p. 4 ; K. BUTERI, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, thèse Aix-en-Provence, 2000, p. 126 et s.). La définition classique, défendue notamment par Francine Batailler, fondeur juge constitutionnel et juge d'application de la Constitution sous une même catégorie. Selon cet auteur, « est juge constitutionnel celui qui applique et interprète les lois constitutionnelles, selon les nécessités des espèces jurisprudentielles ». Ainsi, « ce n'est pas l'objet du contrôle qui importe – c'est-à-dire la loi – mais bien la règle de référence, – c'est-à-dire la Constitution » (F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, LGDJ, coll. BDP, t. 68, 1966, p. 18). Comme le relevait l'auteur, la définition retenue permet de considérer que « tous les juges sont juges constitutionnels » (*op. cit.*, p. 17). Cette conception large, fondée sur la nature de la règle appliquée, a été abandonnée par la majorité des auteurs contemporains. Ainsi que l'a souligné M. Favoreu, « il serait naïf (...) de considérer que tout juge appliquant les normes constitutionnelles est un juge constitutionnel » (L. FAVOREU, « La notion de Cour constitutionnelle », *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Helbing et Lichtenhahn, 1996, p. 19).

2339 En Allemagne, la Cour de Karlsruhe a rappelé que c'est en premier lieu aux tribunaux ordinaires que revient le soin « de protéger les fondamentaux et d'assurer leur efficacité » (BVerfGE 49, p. 252, sqs. (258), cité par A. DITTMANN, « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC n° 10, 2001, p. 76). En Espagne, le Tribunal constitutionnel a affirmé que « Le recours d'*amparo* se présente comme un remède strictement subsidiaire (...). La protection des droits et intérêts légitimes des citoyens, ce qui inclut les droits et libertés fondamentaux, se présente comme une protection juridictionnelle, expressément assignée aux tribunaux de justice » (Sentence du 12 mai 1994, n° 147/1994, extrait reproduit in L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 39).

2340 R.A BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1072. Il constitue en pratique un recours contre un acte juridictionnel, ce qui transforme pour ainsi dire la cour constitutionnelle en un « quatrième niveau » de juridiction. Comme l'affirme M. Pfersmann, « La justice constitutionnelle est ici justice administrative ou justice judiciaire extraordinaire » (O. PFERSMANN, *op. cit.*, p. 69).

le juge du référé-liberté n'est pas juge constitutionnel. Il ne se reconnaît pas compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une loi ni, par extension, la constitutionnalité d'un acte administratif qui en constitue l'application directe²³⁴¹. On précisera que si le juge du référé-liberté n'est pas un juge constitutionnel, il n'est pas davantage un juge d'application de la Constitution, comme cela a pu être envisagé²³⁴². En effet, non seulement les libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 ne sont pas toutes des normes d'origine constitutionnelle mais, en outre, même les normes constitutionnelles qui constituent le fondement de libertés fondamentales ne sont pas à proprement parler *appliquées* en tant que telles par le juge des référés²³⁴³.

Ainsi, le référé-liberté ne constitue pas un recours direct. En outre, et dans la mesure où il ne permet pas d'être à l'origine d'un déclenchement du contrôle de constitutionnalité des lois par le juge constitutionnel, le référé-liberté ne saurait jouer le rôle d'un recours direct indirect²³⁴⁴.

Le référé-liberté n'est pas un recours direct indirect

570. En France, la saisine du Conseil constitutionnel est dite « fermée » en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des lois. En vertu de l'article 61 al. 2 de la Constitution, ce contrôle ne peut être déclenché que par des autorités politiques, qui sont le Président de la République, le premier ministre, le Président du Sénat, le Président de l'Assemblée nationale et un groupe de 60 députés ou de 60 sénateurs. Les

2341 Le juge des référés du Conseil d'Etat a affirmé que « le moyen tiré, par voie d'exception, du caractère inconstitutionnel de la loi du 27 février 2004, ne saurait être utilement invoqué devant le juge administratif » (CE, ord. 21 mai 2004, *Hoffer*, n° 267792), qu'« il n'appartient pas au juge administratif de contrôler la conformité d'un texte ayant force de loi à la Constitution » (CE, ord. 20 décembre 2004, *Gaiffe*, n° 275076 ; CE, ord. 23 juin 2005, *Laurent X*, n° 281774) ou que la décision du législateur de proroger l'état d'urgence « s'impose au juge administratif, auquel il n'appartient pas d'apprécier la conformité de la loi à la Constitution » (CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres, Lebon* p. 562). Cette solution constitue l'application de la jurisprudence traditionnelle dite de la loi-écran. Voir l'arrêt de principe CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, Lebon* p. 966. Pour une analyse récente, voir notamment B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, pp. 715-724.

2342 Des auteurs ont vu dans le référé-liberté un contrôle de constitutionnalité concret et *a posteriori* des actes et comportements administratifs, susceptibles d'être assimilés, pour reprendre la célèbre formule de F. Werner, à une hypothèse de *droit constitutionnel concrétisé* (F. WERNER, « Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht », *DVBl* 1959, p. 527 et s., cité par S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Montchrestien, coll. Clefs, 2000, p. 11).

2343 Elles servent de support à la liberté fondamentale mais s'effacent après sa consécration. Le juge du référé-liberté ne confronte pas immédiatement un acte administratif à une norme constitutionnelle. Il n'exerce pas *stricto sensu* un contrôle de constitutionnalité. La protection d'une liberté fondamentale par le juge des référés peut être comparée à l'application d'un principe général du droit par le juge de l'excès de pouvoir. La liberté fondamentale, comme le principe général du droit, peuvent trouver matériellement leur source dans la Constitution. Néanmoins, le juge administratif ne confronte pas immédiatement l'acte administratif à la Constitution mais, dans un cas au principe général du droit, dans l'autre à la liberté fondamentale.

2344 Ne constituant ni un recours direct, ni un substitut à un recours direct dans le domaine du contrôle de la constitutionnalité des lois, le référé-liberté laisse inchangé les termes du débat concernant la mise en place d'un tel recours en droit constitutionnel français. Sur cette question, voir L. FAVOREU, « Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel », *CCC* n° 1, 2001, pp. 99-102.

particuliers n'ont pas accès au juge constitutionnel en ce domaine²³⁴⁵. Le constituant n'ayant pas mis en place de recours direct devant le Conseil constitutionnel, les personnes physiques et morales ne bénéficient d'aucun accès au juge constitutionnel qui leur permettrait de contester *a priori* ou *a posteriori* la constitutionnalité d'une loi. La Constitution ayant limitativement énuméré les autorités habilitées à saisir le Conseil, ce dernier écarte logiquement les recours déposés par les particuliers²³⁴⁶. Les personnes physiques et morales n'ayant pas directement accès au juge constitutionnel par la rue de Montpensier, un requérant a songé, de manière fort ingénieuse, à se frayer un accès indirect à celui-ci par la voie du Palais-Royal. L'idée consistait, ni plus ni moins, à faire du référé-liberté un recours direct indirect, donnant accès au juge constitutionnel par l'intermédiaire d'une autorité de saisine qualifiée. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-2, le juge administratif ordonnerait à l'autorité compétente de déférer au Conseil la loi contenant des dispositions portant atteinte à certaines libertés fondamentales constitutionnelles. En cas d'absence de saisine constitutive d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, une injonction pourrait être prononcée.

L'atteinte aux libertés fondamentales serait indirecte. L'autorité de saisine qui s'abstient de déférer la loi permet, en ne s'y opposant pas, l'entrée en vigueur d'un texte contenant des dispositions méconnaissant les libertés fondamentales. Elle rend possible, par son abstention, la survenance d'une atteinte. Pour que son abstention puisse être regardée comme manifestement illégale, il était nécessaire que pèse sur elle une obligation d'agir et, plus précisément, une obligation de déférer la loi inconstitutionnelle. Aucune obligation de la sorte ne peut être identifiée à l'égard du Premier ministre, du

2345 Le prétoire du Conseil constitutionnel ne leur est ouvert qu'en matière électorale. Voir T.-S. RENOUX, « Le recours des particuliers devant le Conseil constitutionnel », in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 79-99.

2346 CC, n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, cons. 1, *Rec.* p. 66 ; n° 84-178 DC, 30 août 1984, cons 1, *Rec.* p. 69. Le Conseil constitutionnel affirme que les particuliers ne sont pas, aux termes de l'article 61 al. 2 de la Constitution, habilités à lui soumettre l'examen de la conformité à la Constitution du texte d'une loi adoptée par le Parlement avant sa promulgation. Il affirme « que cette désignation des autorités habilitées à soumettre au Conseil l'examen de la conformité à la Constitution du texte d'une loi adoptée par le Parlement avant sa promulgation, interdit cette saisine à toute autre personne ». Tout au plus sont-elles autorisées à intervenir de manière informelle lorsqu'une saisine a été déclenchée par une autorité qualifiée, soit pour appuyer les conclusions de cette requête, soit pour défendre la constitutionnalité de la loi contrôlée. Cette pratique, dite de la « porte étroite », selon l'expression du doyen Vedel (G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La vie Judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991, p. 1 et pp. 13-14) s'est développée en marge du texte constitutionnel à partir de 1991, après la tentative avortée d'instituer une question préjudicielle de constitutionnalité. Elle se définit comme « la voie ouverte empiriquement par le juge constitutionnel, permettant à toute personne de produire par écrit des observations juridiques soutenant la constitutionnalité de la norme déférée au Conseil ou au contraire – et plus généralement – en la mettant en cause au moyen de griefs d'inconstitutionnalité » (P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. BSCP, t. 93, 1999, p. 255). Ces notes sont enregistrées au secrétariat du Conseil constitutionnel et communiquées au rapporteur ainsi qu'aux autres conseillers. Ces écrits représentent des mémoires informatifs qui invitent le juge à user de son pouvoir d'invocation d'office pour censurer la ou les dispositions critiquées.

Président du Sénat ou du Président de l'Assemblée nationale²³⁴⁷. Leur refus ou abstention d'agir ne peut donc pas être critiqué d'un point de vue strictement juridique. En revanche, l'article 5 de la Constitution énonce que « le Président de la République veille au respect de la Constitution ». En conférant au Chef de l'Etat cette mission de veille constitutionnelle, « La Constitution lui fait obligation de s'opposer à tout acte qui serait contraire à la loi fondamentale. (...) ». L'article n'envisage aucun moyen juridique pour la mise en œuvre de ses missions. Mais toutes trouvent un écho, notamment dans la procédure de déclenchement du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et des lois ordinaires »²³⁴⁸. Avec une telle interprétation de l'article 5, on pouvait envisager que l'abstention du Président de la République puisse satisfaire à l'exigence d'illégalité manifeste. Quant à l'urgence, elle pouvait résulter de l'imminence de la mise en application de la loi.

571. L'effectivité du mécanisme a été mise à l'épreuve au mois de novembre 2001 à la suite du vote de la loi sur la sécurité quotidienne²³⁴⁹. Par une requête enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 6 novembre 2001, M. Tabaka demande au juge des référés d'enjoindre au Président de la République de déférer cette loi au Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 al. 2 de la Constitution. Sa demande est rejetée, dès le lendemain, en application de la procédure de tri de l'article L. 522-3, comme ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative²³⁵⁰. Appliquant sa jurisprudence sur les « actes de gouvernement »²³⁵¹, le juge des référés affirme que la décision de déférer une loi au Conseil constitutionnel

2347 La question ne se posait pas pour la catégorie des 60 députés ou 60 sénateurs dans la mesure où un recours est par hypothèse impossible contre cette autorité de saisine. En effet, ce groupement se compose et se recompose à l'occasion de chaque saisine et n'a pas, en tant que telle, la personnalité juridique.

2348 P. JAN, La saisine du Conseil constitutionnel, *op. cit.*, p. 192-193.

2349 Le texte, adopté en dernière lecture par l'Assemblée nationale le 31 octobre 2001, contenait certaines dispositions dont la constitutionnalité était sujette à discussion. Pour des raisons politiques, l'opposition parlementaire avait publiquement renoncé à toute action devant le Conseil constitutionnel. Aucune initiative ne pouvait raisonnablement être attendue de la coalition gouvernementale, du Premier ministre ni des présidents d'assemblée. Quant au Chef de l'Etat, il ne faisait pas de doute qu'il s'abstiendrait de soumettre l'examen de la constitutionnalité de cette loi au Conseil constitutionnel. On doit à cet égard observer que sous la V^e République, jamais le Président de la République n'a fait usage de sa prérogative à l'égard des lois.

2350 CE, ord. 7 novembre 2001, *Tabaka, Lebon T.* p. 789, p. 1125, *RDP* 2001, pp. 1645-1657, note P. JAN ; *LPA* 22 mars 2002, n° 59, pp. 15-19, note O. CURTIL.

2351 Le concept d'acte de gouvernement a été forgé par le Conseil d'Etat de façon purement prétorienne. Il est constitué d'une liste d'actes du pouvoir exécutif dont le juge administratif considère qu'ils doivent bénéficier d'une immunité juridictionnelle. Dès l'instant où les autorités exécutives exercent une compétence constitutionnelle qui les met directement ou non en rapport avec elles ou au contact d'autres institutions, peuple (CE, 29 avril 1970, *Comité des chômeurs de la Marne, Lebon* p. 279) ou Parlement (CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand, Lebon* p. 607), le juge administratif décline sa compétence pour apprécier la légalité d'actes qui s'y rapportent. Sans utiliser l'expression « acte de gouvernement », dont l'emploi est l'apanage de la doctrine et des commissaires du gouvernement, le Conseil d'Etat relève, à travers diverses périphrases, que l'acte « échappe à tout contrôle juridictionnel » (CE, 30 juin 1999, *Guichard, Lebon* p. 218), « qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître de la décision par laquelle... » (CE, 9 avril 1999, *Dame Ba*) ; que l'acte est insusceptible de « faire l'objet d'une action contentieuse » (CE, 30 juillet 2003, *Société Crédit industriel et commercial*) ; etc. Voir, parmi les travaux les plus récents, l'étude de P. SERRAND, *L'acte de gouvernement*, thèse Paris

« touche (...) aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe par là-même à la compétence de la juridiction administrative ». Le requérant pressentait qu'il avait entendu se prémunir contre l'application de cette jurisprudence en faisant valoir que la décision de saisine du Conseil « ne revêt (...) pas un caractère discrétionnaire et totalement politique ; qu'elle est dictée par la Constitution et revêt une nature purement juridique (...) ». Cette argumentation devait être écartée dès lors que la saisine du Conseil est une simple faculté, et qu'elle est indissociable de la procédure législative.

Le juge des référés affirme, tout d'abord, que la saisine du Conseil constitutionnel représente, pour le Chef de l'Etat, une « faculté ». Le deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, complété par les dispositions de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, ne consacre en effet qu'un droit et non pas une obligation de saisir le juge constitutionnel. En utilisant le verbe « pouvoir », cette disposition n'a jamais entendu instituer qu'une prérogative d'usage totalement discrétionnaire au profit du Président de la République. Le juge des référés affirme ensuite que la décision de déférer une loi au Conseil constitutionnel est « indissociable de l'ensemble de la procédure législative ». La procédure législative comporte quatre étapes : l'initiative, la délibération, le contrôle (éventuel pour les lois ordinaires) et la promulgation. Le contrôle de la constitutionnalité d'une loi intervient avant l'acte de promulgation qui clôt définitivement la procédure législative. Par conséquent, le contrôle de constitutionnalité fait partie intégrante du processus législatif²³⁵². La décision de déclencher ou de ne pas déclencher ce contrôle interfère nécessairement dans le processus d'élaboration de la loi. La décision de saisir ou de ne pas saisir le Conseil intéresse les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels à l'avant dernier stade du processus législatif²³⁵³. Elle constitue ainsi un acte de gouvernement²³⁵⁴.

II, 1996, 772 p., et F. MELLERAY, « L'immunité juridictionnelle des actes gouvernementaux en question », *RFDA* 2001, p. 1086 et s.

2352 L'assimilation du contrôle de constitutionnalité comme une étape à part entière du processus législatif est également consacrée par la jurisprudence constitutionnelle. La demande présidentielle de nouvelle lecture d'une loi afin de substituer à des dispositions jugées contraires à la Constitution des dispositions nouvelles faisant droit à sa décision, n'implique « pas le vote d'une loi nouvelle, mais l'intervention, dans la procédure législative en cours, d'une phase complémentaire résultant du contrôle de constitutionnalité » (CC, n° 85-197 DC, 23 août 1985, cons. 23, *Rec.* p. 70). Le Conseil constitutionnel a également jugé que « l'effet d'une saisine est de mettre en œuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déferée... » (CC, n° 96-386 DC, 30 décembre 1996, cons. 4, *Rec.* p. 154).

2353 Voir P. JAN, note préc., spé p. 1650.

2354 En vertu d'une jurisprudence constante, doivent être qualifiés d'acte de gouvernement les mesures de l'exécutif qui affectent l'exercice de la fonction législative du Parlement. Relèvent ainsi de cette catégorie le refus de présenter au Parlement un projet de loi (CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand, Lebon* p. 607), la décision de déposer un projet de loi (CE, 9 mai 1951, *Mutuelle nationale des étudiants de France, Lebon* p. 253), le retrait d'un projet de loi (CE, Ass., 19 janvier 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet, Lebon* p. 98), le refus de faire les diligences nécessaires pour l'adoption rapide d'un projet de loi (CE, Sect., 25 juillet 1947, *Société l'Alfa, Lebon* p. 344), la décision de soumettre un projet de loi à référendum (CE, Ass., 19 octobre 1962, *Brocas, Lebon* p. 553) ou encore le décret de promulgation d'une loi (CE, Sect., 3 novembre 1933, *Desreumeaux, Lebon* p. 993). Le point commun de ces actes est qu'ils constituent autant d'étapes du processus législatif qui, pour relever du gouvernement, n'en sont pas moins indétachables de l'élaboration de la loi. C'est parce qu'ils

572. Le référé-liberté ne peut être assimilé à un *amparo* constitutionnel ni directement, ni indirectement. Si les normes protégées par le recours sont très largement semblables, des différences fondamentales les opposent au niveau des actes susceptibles d'être contestés, de la juridiction compétente pour en connaître et de la procédure applicable. Si le référé-liberté ne s'apparente pas à l'*amparo* européen, il est revanche possible de le rattacher à la famille des *amparo* latino-américain.

Le référé-liberté s'apparente à un *amparo* latino-américain

573. En Amérique latine, le terme générique, pour désigner l'action spécialement instituée pour la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis est *amparo*, que l'on peut traduire par « protection » ou « sauvegarde ». Cette action connaît une dénomination différente dans trois pays : *accion de tutela* pour la Colombie, *accion de proteccion* pour le Chili (où l'appellation d'*amparo* est réservé à l'action d'*habeas corpus*) et *mandado de segurança* pour le Brésil²³⁵⁵. Il est ici question des procédures créées spécialement et exclusivement pour la protection, en urgence, des libertés contre l'autorité administrative. Certaines de ses actions peuvent également, selon des modalités variables, être exercées contre des actes législatifs ou juridictionnels, voire contre les actes de particuliers. Ces voies de droit nous intéressent ici uniquement en tant qu'elles s'exercent contre les actes et comportements administratifs. La procédure d'*amparo* est née au Mexique²³⁵⁶ ; elle a par la suite été adoptée dans la plupart des pays latino-américains : Salvador (1886), Honduras (1894), Nicaragua (1894), Guatemala (1921), Brésil (1934), Panama (1941), Costa Rica (1949), Argentine (1957), Venezuela (1961), Bolivie (1967), Chili (1976), Pérou (1979), Uruguay (1988), Colombie (1991), Paraguay (1992) et Equateur (1998).

La procédure d'*amparo* présente des caractéristiques proches du référé-liberté. « C'est une procédure extraordinaire caractérisée par l'urgence »²³⁵⁷. En Argentine notamment, « L'idée directrice de la célérité s'incarne d'elle-même dans l'objectif primordial

contribuent à cet objectif qu'ils constituent des actes de gouvernement » (chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *AJDA* 2000, p. 120). L'absence du Président de la République de déférer une loi au Conseil constitutionnel n'est pas détachable de la procédure législative et constitue dès lors un acte de gouvernement.

2355 A travers ce recours, le requérant pourra obtenir une ordonnance judiciaire (un « *mandado* ») qui garantira son droit. Ce recours représente l'assurance (en portugais, la « *segurança* ») que le bénéficiaire d'un droit pourra en exiger le respect de la part de l'autorité publique. Sur le régime juridique de cette procédure, voir T. MORAIS-DA-COSTA, « Le droit constitutionnel : la protection des droits fondamentaux », in *Introduction au droit brésilien* (D. PAIVA DE ALMEIDA dir.) L'Harmattan, 2006, pp. 56-60.

2356 D'abord, dans la Constitution de l'Etat de Yucatan de 1841 (articles, 8, 9 et 62), ensuite dans la Constitution fédérale du 5 février 1857 (articles 101 et 102). La première sentence d'*amparo* fut rendue le 13 août 1848 : le juge admit la plainte déposée par M. Manuel Verastegui contre une ordonnance d'exil émanant du gouverneur d'un des Etats de l'Union. Voir A.-C. SEPULVEDA, *op. cit.*, p. 3.

2357 A.-C. SEPULVEDA, *op. cit.*, p. 4.

de l'amparo : rétablir *immédiatement* l'intégrité du droit constitutionnel lésé »²³⁵⁸. La formulation des dispositions constitutionnelles consacrant l'existence de ces procédures révèle la proximité du mécanisme avec celui du référé-liberté fondamentale. Au Venezuela, l'article 49 de la Constitution dispose que « Les tribunaux protégeront tout habitant de la République, dans la jouissance et l'exercice des droits et garanties constitutionnels que la Constitution établit, en conformité avec la loi. La procédure sera brève et sommaire, et le juge compétent aura le pouvoir de rétablir immédiatement la situation juridique enfreinte »²³⁵⁹. En Colombie, l'article 86 de la Constitution dispose que « Toute personne disposera de l'action de tutelle afin de réclamer devant le juge, à tout moment et en tout lieu, au moyen d'une procédure privilégiée et sommaire, par elle-même ou par qui intervient en son nom, la protection immédiate de ses droits constitutionnels et fondamentaux, dans toute circonstance où ceux-ci seraient lésés ou menacés par l'action ou par l'omission d'une autorité publique quelconque (...) »²³⁶⁰. Au Chili, le recours en protection figure à l'article 20 de la Constitution : « Celui qui en raison d'actes ou omissions arbitraires ou illégaux, subit privation, perturbation ou menace dans le légitime exercice des droits et garanties (...) pourra concourir personnellement ou par ses représentants, à la Cour d'appel respective, laquelle adoptera immédiatement les dispositions qu'elle jugera nécessaires pour rétablir l'empire du droit et assurer la légitime protection de l'affecté, sans préjudice pour tout autre droit qu'il pourrait faire valoir devant l'autorité ou les tribunaux correspondants »²³⁶¹. Au Pérou, l'article 295 de la Constitution prévoit que « L'action ou omission provenant d'une autorité, un fonctionnaire ou une personne quelconque, qui porte atteinte à la liberté individuelle ou la menace, donne lieu à l'action d'*habeas corpus*. L'action d'*amparo* sauvegarde les autres droits reconnus par la Constitution, qui seraient atteints ou menacés par une autorité, un fonctionnaire ou une personne quelconque »²³⁶². Ces dispositions sont précisées par les textes infraconstitutionnels organisant les modalités pratiques de la procédure. En Argentine, l'article 1^{er} de la loi 16986 dispose que « L'action d'*amparo* sera admissible contre tout acte ou omission de l'autorité publique qui, en forme actuelle ou imminente, lèse, restreint, altère ou menace, de façon manifestement arbitraire ou illégale, les droits ou garanties, explicitement ou implicitement reconnus par les Constitutions nationales, à l'exception de la liberté individuelle protégée par l'*habeas corpus* »²³⁶³. En Uruguay, l'article 1^{er} de la loi n° 16011 prévoit que « Toute personne

2358 P.M.E. SAMMARTINO, Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente, Lexis Nexis, coll. Derecho administrativo, 2003, p. 434. Souligné.

2359 Dans ce pays, et en vertu de l'article 1^{er} de la loi organique d'*amparo* sur les droits et garanties constitutionnels, « Toute personne naturelle habitant sur le territoire de la République, ou personne juridique qui y est domiciliée, pourra demander auprès des tribunaux compétents l'*amparo* prévu dans l'article 49 de la Constitution, pour la jouissance et l'exercice des droits et garanties constitutionnels, y compris ceux des droits fondamentaux qui ne figurent pas expressément dans la Constitution, afin que la situation juridique enfreinte soit remise en état ou rétablie dans la mesure du possible » (voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, pp. 1062-1063).

2360 Voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1073.

2361 Voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1081.

2362 Voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1068.

2363 Voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1067.

physique ou juridique, publique ou privée, pourra alléguer l'action d'*amparo* pour se défendre de tout acte, omission ou fait des autorités de l'Etat ou collatérales à celui-ci, ainsi que de particuliers, qui, en forme actuelle et imminente, à son critère, lèse, restreint, altère ou menace, avec illégitimité manifeste, l'un quelconque de ses droits et libertés reconnus explicitement ou implicitement par la Constitution, à l'exception des cas où est admise l'interjection du recours d'*habeas corpus* »²³⁶⁴.

En dehors du Chili et du Costa Rica, où l'*amparo* opère comme une procédure parallèle aux autres voies de droit, pouvant être exercées sans préjudice des autres recours ouverts au demandeur, ce mécanisme présente un caractère subsidiaire, ne pouvant être mis en œuvre que s'il n'existe pas d'autre mécanisme effectif de protection ou que les instances juridictionnelles de droit commun ont été épuisées. Les textes qui les régissent prévoient néanmoins que la condition de subsidiarité est écartée en cas d'urgence et de gravité et si les procédures de droit commun ne permettent pas d'atteindre un résultat aussi satisfaisant²³⁶⁵. En ce qui concerne les mesures susceptibles de recours, il a été observé que « D'une manière générale, tous les systèmes constitutionnels qui établissent l'institution de l'*amparo* admettent l'action d'*amparo* contre des actes et faits administratifs et contre les omissions de l'administration »²³⁶⁶. Le champ des justiciables est largement ouvert : « en général, toutes les personnes naturelles ou juridiques peuvent se servir des recours ou actions d'*amparo* établis dans les ordres constitutionnels pour la protection des droits et libertés »²³⁶⁷. L'action est en principe autonome et s'intente devant le juge de première instance territorialement compétent, à l'exception du Chili et du Costa Rica : dans le premier de ces pays, l'*amparo* est porté directement devant la cour d'appel, dans le second devant la Cour suprême. Les textes constitutionnels et les lois de procédure prévoient que le juge doit instruire l'affaire d'extrême urgence et statuer très rapidement. En Colombie, le juge dispose d'un délai de cinq jours pour statuer à partir du moment où l'affaire est en état d'être jugé. Ce délai est réduit à deux jours pour le droit à la vie et à l'intégrité de la personne, le droit d'être jugé par

2364 Voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1069.

2365 En Argentine, pour intenter l'action d'*amparo*, il est nécessaire d'avoir épuisé tous les recours judiciaires ou administratifs permettant d'obtenir la protection du droit constitutionnel ou de la garantie constitutionnelle dont il est question. Si ceux-ci existent, l'*amparo* est inadmissible, sauf au cas où ils ne seraient pas aptes à réparer le dommage et où le processus qu'ils requièrent pourrait causer un préjudice grave et irréparable (voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, pp. 1067-1068). Au Pérou, l'action d'*amparo* n'est recevable que si les voies préexistantes ont été épuisées, de sorte que, lorsqu'il s'agit d'une activité administrative lésant le droit constitutionnel, il faut tout d'abord épuiser les procédures administratives correspondantes. Cependant, si le fait d'épuiser la voie préexistante risque de rendre l'agression irréparable, cette condition d'épuisement des voies préexistantes n'est pas exigible (voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1068). En Uruguay, l'action d'*amparo* est admissible uniquement lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen judiciaire ou administratif permettant d'atteindre le même résultat de protection ou d'*amparo* ou, s'il en existe, lorsqu'il s'avère nettement inefficace dans les circonstances données pour la protection du droit enfreint (voir R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1069). Le référé-liberté n'est pas soumis à cette exigence de subsidiarité. Néanmoins, la situation est très proche de l'*amparo* ordinaire car, pour pouvoir valablement être mis en œuvre, le demandeur doit faire état de l'urgence de la situation et de la gravité de l'atteinte – conditions qui, dans l'*amparo*, permettent de lever l'exigence de subsidiarité.

2366 R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1093.

2367 R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1083.

le juge naturel, la liberté d'expression et le droit de réunion²³⁶⁸. Les pouvoirs du juge sont formulés de façon très large et lui permettent de neutraliser l'acte à l'origine de l'atteinte ou d'adresser des injonctions à l'autorité publique. Par exemple, au Mexique, pays dans lequel est apparu cette procédure, « L'octroi de l'*amparo* emporte inapplication de la norme (particulière ou générale) mais ses effets sont simplement *inter partes*. Les décisions d'octroi de l'*amparo* non seulement annulent (pour le requérant) l'acte ou la norme préjudiciable, mais encore elles ont force de condamnation, en effet, si la lésion a pour origine une action positive, elles peuvent constituer une injonction à l'adresse de l'autorité défenderesse afin que les choses reviennent en leur état antérieur, et si la lésion a pour origine une omission, les autorités défenderesses doivent satisfaire aux dispositions législatives ou constitutionnelles »²³⁶⁹.

574. Des procédures comparables ont été instaurées en Europe. La Constitution espagnole reconnaît au plaignant le droit de demander la protection au juge ordinaire en utilisant une procédure spéciale fondée sur les principes de priorité et d'urgence – *preferencia y sumariidad* lorsqu'est en cause un droit dit de premier rang. S'appliquant à titre transitoire, la loi 62/1978 du 26 décembre 1978 sur la protection juridictionnelle des droits fondamentaux de la personne prévoyait, en ses articles 6 à 10, des règles dérogeant assez sensiblement aux règles habituelles du contentieux administratif²³⁷⁰. La loi 29/1998 du 13 juillet 1998 relative à la juridiction administrative contentieuse s'inscrit dans la continuité de ce dispositif en confirmant la nécessité de soustraire le contentieux des atteintes graves aux libertés aux règles du droit commun²³⁷¹. Au Portugal, la loi n° 15/2002 du 22 février 2002 portant code de procédure des tribunaux administratifs a instauré un mécanisme autonome permettant d'imposer à l'administration une conduite positive ou négative destinée à garantir l'exercice des droits, libertés

2368 Numéro 6 de l'*autoacordado* du 24 juin 1992.

2369 C. RUIZ MIGUEL, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », CCC n° 10, 2001, p. 91.

2370 Voir P. BON, « Les droits et libertés en Espagne. Éléments pour une théorie générale », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, pp. 35-67, spé pp. 66-67. En premier lieu, alors que dans le contentieux administratif de droit commun, un recours juridictionnel ne peut être intenté qu'après qu'un recours administratif l'ait été, cette exigence est écartée et le recours juridictionnel peut être exercé directement. En deuxième lieu, « alors que, en principe, les recours juridictionnels contre les actes administratifs n'ont pas d'effets suspensifs, cette règle est écartée lorsqu'un droit de premier rang est en cause : elle est automatiquement écartée – c'est-à-dire que le recours juridictionnel suspend *de plano* l'application de l'acte administratif – lorsque l'acte attaqué est une sanction pécuniaire prise en application de la loi d'ordre public ; elle est écartée par décision du juge dans les autres cas étant entendu que ce dernier a l'obligation d'accorder les sursis à exécution sauf si ceci est susceptible de compromettre gravement l'intérêt général » (P. BON, *op. cit.*, p. 67). En troisième lieu, la loi écourte un certain nombre de délais de procédure afin d'accélérer l'instruction et le jugement des recours dont elle proclame le caractère urgent.

2371 Voir J.G. PEREZ, *Commentarios a la ley de la jurisdiccion contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, 1998 ; P.P. TREMP, *El recurso de amparo*, Tirant lo blanch, 2004, 430 p. ; L. ORTEGA et alii., « Espagne », *Towards a unified judicial protection of citizens in Europe (?)*. *Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en Europe (?)* (E. SPILIOPOULOS dir.), Bruylant, European public Law series. Bibliothèque de droit public européen, vol. XIII, 2000, pp. 647-666, spé p. 657 ; C. MIALOT, *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en France et en Espagne*, thèse Paris I, 2003, p. 99, pp. 222-223.

et garanties fondamentales²³⁷². En cas d'extrême urgence, c'est-à-dire de violation imminente et irréversible d'un droit, liberté ou garantie, les délais de procédure peuvent être réduits ou bien une audience orale peut être demandée afin d'obtenir un jugement dans un délai de 48 heures²³⁷³. L'audition du demandeur peut même être faite par tout autre moyen de communication lorsque les circonstances particulières l'exigent²³⁷⁴. Le référé-liberté présente des caractéristiques similaires à ces voies de droit. Par son objet, son originalité procédurale et la singularité de son mécanisme, il s'insère incontestablement dans la famille des *amparo* ordinaires.

2372 Voir J. de CAMPOS AMORIM, « La nouvelle réforme du contentieux administratif portugais », *RFDA* 2005, pp. 1159-1171, spé p. 1168.

2373 Article 111, n° 1 du code de procédure des tribunaux administratifs.

2374 Article 111, n° 2 du code de procédure des tribunaux administratifs.



CONCLUSION GÉNÉRALE

*La possibilité pour le citoyen de trouver un juge
est la première des libertés
parce qu'elle est la garantie de toutes les autres*²³⁷⁵

575. Au terme de cette étude, l'apport du référé-liberté fondamentale peut s'apprécier tant du point de vue du justiciable que de celui du juge administratif.

576. Le référé-liberté fondamentale est un succès. Un succès contentieux tout d'abord, puisqu'en moyenne, un référé d'urgence sur dix introduit devant la juridiction administrative est un référé-liberté. D'un point de vue statistique, la procédure de l'article L. 521-2 représente 1 % du contentieux annuellement soumis aux tribunaux administratifs²³⁷⁶. Ce taux a vocation à sensiblement diminuer dans la mesure où un nombre encore élevé de demandes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 ne relèvent visiblement pas de cette procédure. Le référé-liberté est un succès, ensuite, au niveau de l'efficacité du mécanisme de protection institué. Dans un délai de l'ordre de quelques jours, la personne victime d'une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales obtient la cessation immédiate et définitive des agissements incriminés.

Son efficacité à remédier à des situations inacceptables est rendue possible par le caractère à bien des égards exorbitant et atypique de la procédure mise en place. L'article L. 521-2 du code de justice administrative est conçu pour répondre à des situations graves, celles dans lesquelles l'administration se rend coupable d'une atteinte grave et

2375 J. DONNEDIEU DE VABRES, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE* 1949, p. 43.

2376 Voir P. FOMBEUR, « Les Tribunaux administratifs dans la société française », *AJDA* 2004, p. 628.

manifestement illégale à une liberté fondamentale nécessitant l'intervention d'un juge en 48 heures. Son champ d'application strict – limité aux libertés fondamentales – et ses conditions d'octroi draconiennes caractérisent une situation exceptionnelle. L'accès à cette voie de droit doit être réservé aux justiciables légitimement en quête d'une mesure de sauvegarde. Pour répondre rapidement et efficacement à la situation particulière que caractérise l'article L. 521-2, et lui apporter la réponse juridictionnelle qui lui convient, le référé-liberté est organisé selon une procédure particulière dérogeant très largement au droit commun du procès administratif.

Toutefois, ce caractère doublement exceptionnel n'a rien que de très normal. En France comme à l'étranger, les procédures de ce type présentent toutes les mêmes caractéristiques : souplesse procédurale pour une plus grande célérité, pouvoirs du juge étendus pour une plus grande efficacité, conditions et champ d'application restrictifs comme garde-fou à une banalisation. Toutes les procédures appartenant à la famille des *amparo* latino-américain ou *amparo* ordinaire – dont relève le référé-liberté – présentent de semblables caractéristiques.

Le référé-liberté fondamentale sert peu, dans la mesure où les situations particulières pour lesquelles il a été conçu se produisent rarement. Néanmoins, lorsqu'elles se présentent, l'existence de ce recours constitue une garantie précieuse et irremplaçable pour la sauvegarde effective des libertés fondamentales. La procédure réclamée par Maurice Hauriou il y a plus d'un siècle existe désormais et rend inutile le recours à la voie de fait, sinon l'existence même de cette dérogation au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire.

577. Au sein de la procédure administrative contentieuse, le référé-liberté est devenu, pour ainsi dire, un *modèle*. Non pas au sens où il représenterait une procédure idéale vers laquelle devrait tendre toutes les autres mais – le mot modèle étant ici entendu au sens premier – en ce qu'il constitue un genre à part entière de voie de droit, dont les caractéristiques procédurales sont susceptibles d'être utilisées comme référence pour la définition d'autres procédures. Ce caractère de modèle s'est exprimé, en 2005, lors de la définition par le pouvoir réglementaire du régime procédural du « référé en matière d'informatique et de libertés ». L'existence de cette procédure est prévue, dans son principe, par l'article 45 de la loi modifiée n° 78-17 du 6 juillet 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, issue de l'article 7 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004. Cette loi a été adoptée dans un double objectif : d'une part transposer en droit interne la directive communautaire 95/46 du 24 octobre 1995 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, d'autre part adapter la loi « informatique et libertés » aux bouleversements très importants qu'a connus depuis 1978 la place tenue par l'informatique dans la société contemporaine. A cet effet, l'article 45 nouveau de la loi de 1978 renforce les pouvoirs de sanction dont dispose la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) dans le cadre de ses missions de contrôle *a posteriori* des traitements²³⁷⁷. Surtout, et c'est ce point qui nous intéresse, la CNIL peut,

2377 L'échelle des prérogatives reconnues à l'autorité administrative indépendante se voit considérablement renforcée. La Commission peut infliger des avertissements aux contrevenants, comme sous l'empire

en cas d'atteinte grave et immédiate aux droits et libertés garantis par la loi, saisir le juge des référés compétent (juge civil s'il s'agit d'un traitement mis en œuvre par une personne privée, juge administratif pour les traitements mis en œuvre par les services publics) pour qu'il prenne, au besoin sous astreinte, les mesures de sécurité nécessaires à la sauvegarde des droits des personnes²³⁷⁸.

La loi ne précisant pas davantage le régime de cette voie de droit, c'est au pouvoir réglementaire qu'il revenait d'en fixer dans le détail la procédure, tant devant les juridictions administratives que devant les tribunaux civils. Lors de la définition de son régime procédural, le Gouvernement entendait conférer certains caractères à la voie de droit instituée, en particulier – étant donné l'importance des intérêts en jeu – une extrême célérité de l'intervention juridictionnelle et une capacité à mettre fin immédiatement aux agissements en cause. Plutôt que d'instituer de toute pièce une nouvelle procédure, dotée des caractéristiques adéquates pour atteindre ces objectifs, le pouvoir réglementaire a privilégié la législation par référence en décidant de calquer purement et simplement ce nouveau recours sur celui – déjà éprouvé et ayant fait la preuve de son aptitude à garantir une intervention rapide et efficace du juge administratif – du référé-liberté. Aussi, l'article 81 du décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 a créé au titre cinquième du code de justice administrative (partie réglementaire) un chapitre V intitulé « Le référé en matière d'informatique et libertés » et comportant un article R. 555-1 rédigé comme suit : « Lorsque le juge administratif est saisi par le président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, sur le fondement du III de l'article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, d'une demande en référé concernant la mise en œuvre d'un traitement ou l'exploitation de données à caractère personnel par l'État, une collectivité territoriale, toute autre personne publique ainsi que toute personne privée chargée d'une mission de service public, il est statué suivant la procédure de référé instituée par les dispositions de l'article L. 521-2 » – c'est-à-dire, en particulier, que le juge statue dans un délai de 48 heures et peut ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde des droits et libertés protégés²³⁷⁹. Les deux principales caractéristiques de la procédure du référé-liberté résident dans la rapidité d'intervention du juge et, grâce à l'étendue et à la souplesse de ses pouvoirs, l'efficacité de la réaction juridictionnelle. En reprenant trait

de la loi de 1978. Mais elle peut également, après une procédure contradictoire et lorsqu'une mise en demeure préalable sera restée sans effet, prononcer des sanctions pécuniaires ou retirer les autorisations qu'elle aura précédemment accordées. En cas d'urgence, la commission pourra, si la mise en œuvre d'un traitement entraîne une violation des droits et libertés garantis par la loi, prononcer des mesures provisoires d'interruption du traitement ou de verrouillage de certaines données ou, s'agissant des traitements liés à des activités de souveraineté, saisir le Premier ministre afin qu'il prenne les mesures appropriées.

2378 Article 45-III de la loi du 6 juillet 1978 modifiée : « En cas d'atteinte grave et immédiate aux droits et libertés mentionnés à l'article 1er [c'est-à-dire le respect de l'identité humaine, les droits de l'homme, la vie privée ainsi que les libertés individuelles ou publiques], le président de la commission peut demander, par la voie du référé, à la juridiction compétente d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, toute mesure de sécurité nécessaire à la sauvegarde de ces droits et libertés ».

2379 S'agissant du référé ouvert contre les atteintes imputables à des personnes privées non chargées de la gestion d'un service public, l'article 82 du décret prévoit que « Le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui statue dans les conditions des articles 484 et suivants du Nouveau code de procédure civile » (article R. 312-4 du code de l'organisation judiciaire).

pour trait la procédure applicable à l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le texte s'assure que le juge du référé « informatique et libertés » interviendra dans des conditions de rapidité et d'efficacité comparables.

578. Pourtant, n'y a-t-il pas un certain paradoxe à ériger le référé-liberté en modèle à l'heure où, à en croire certains commentateurs, la Cour européenne des droits de l'homme aurait condamné ce recours et, plus précisément, mis en cause son effectivité dans la décision *Gebremedhin* du 26 avril 2007²³⁸⁰. Si une lecture un peu hâtive de cette décision peut incliner à un tel jugement, une analyse affinée de celle-ci montre qu'elle concerne en réalité non pas spécialement le référé-liberté mais plutôt une lacune du droit processuel français dans son ensemble, à savoir l'absence d'effet suspensif des recours ouverts au demandeur d'asile à la frontière dont la demande est jugée manifestement mal fondée par l'administration alors que l'intéressé estime courir dans le pays de renvoi un risque de la nature de ceux couverts par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Rappelons que pour déposer une demande d'asile devant l'OFPRA, un étranger doit se trouver sur le territoire français. En conséquence, s'il se présente à la frontière, il ne peut déposer une telle demande que s'il lui est préalablement donné accès au territoire. S'il est démuné des documents requis à cet effet, il lui faut déposer une demande d'accès au territoire au titre de l'asile ; il est alors maintenu en « zone d'attente » durant le temps nécessaire à l'examen, par le ministère de l'Intérieur, du caractère « manifestement infondé » ou non de la demande d'asile qu'il entend déposer. Si l'administration juge la demande d'asile « manifestement infondée », elle rejette la demande d'accès au territoire de l'intéressé lequel est d'office « réacheminable » sans avoir eu la possibilité de saisir l'OFPRA de sa demande d'asile.

La question centrale soumise à la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Gebremedhin* était de savoir si les voies de droit offertes au demandeur d'asile à la frontière débouté présentent un caractère effectif lorsque l'Etat décide de renvoyer l'intéressé vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il court un risque qualifiable sous l'angle de l'article 3 de la Convention. Dans une telle hypothèse, la Cour européenne exige que les recours ouverts au demandeur revêtent un caractère de plein droit suspensif²³⁸¹.

La Cour affirme que le droit processuel français ne satisfait pas à cette exigence pour le demandeur d'asile à la frontière débouté qui conteste la décision ministérielle de non-admission. Aucun des recours ouverts au requérant, qu'il s'agisse du recours pour excès de pouvoir, du référé-suspension ou du référé-liberté, ne présente un effet suspensif de plein droit. Même si, avec le référé-liberté, le demandeur d'asile à la frontière a « à

2380 CEDH, 26 avr. 2007, n° 25389/05, *Gebremedhin c/ France, Procédures* 2007, comm. n° 150, note S. DEYGAS ; *Les cahiers juridiques* n° 112, juin-juillet 2007, pp. 24-26, note D. PIETTE.

2381 § 58 de la décision. Telle est également la position du Comité des Nations Unies contre la torture (voir la Recommandation CAT/C/FRA/CO/3 du 3 avril 2006, § 7 ; accessible sur <http://www.unhcr.ch>). De même, en France, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a adopté une recommandation selon laquelle « Tout refus d'entrée sur le territoire entraînant une mesure de refoulement du demandeur d'asile doit être susceptible de recours suspensif devant la juridiction administrative dans un délai raisonnable » (« Avis sur les conditions d'exercice du droit d'asile en France », 29 juin 2006, § 6 ; accessible sur <http://www.commission-droits-homme.fr>).

sa disposition une procédure qui présente a priori des garanties sérieuses », la Cour « constate cependant que la saisine du juge des référés n'a pas d'effet suspensif de plein droit, de sorte que l'intéressé peut, en toute légalité, être réacheminé avant que le juge ait statué (...) » (§ 65). Par conséquent, la Cour conclut à l'inconventionnalité du droit français sur ce point : « n'ayant pas eu accès en « zone d'attente » à un recours de plein droit suspensif, le requérant n'a pas disposé d'un « recours effectif » pour faire valoir son grief tiré de l'article 3 de la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec cette disposition ».

Quel enseignement tirer de cet arrêt ? Non pas, comme le laisse entendre certains commentateurs, que le référé-liberté serait, de manière générale, un recours ne présentant pas un caractère effectif²³⁸². Si l'on peut conclure à l'ineffectivité du recours ouvert par l'article L. 521-2 du code de justice administrative, c'est uniquement lorsque non seulement ledit recours est formé par un demandeur d'asile à la frontière débouté mais où, de surcroît, l'intéressé justifie courir un risque de la nature de ceux couverts par l'article 3 de la Convention. La Cour ne condamne pas le référé-liberté en dehors de ce domaine particulier ; en outre, et même dans cette hypothèse très précise, elle ne condamne pas spécialement ni spécifiquement cette procédure mais, de manière générale, l'absence d'effet suspensif *des* recours ouverts contre une décision ministérielle de non-admission. Par conséquent, cet arrêt n'appelle pas par lui-même une réforme de cette procédure mais, soit la mise en place d'une voie spécifique en ce domaine dotée d'un effet suspensif, soit, plus simplement, la reconnaissance d'un effet suspensif à tout recours introduit en ce domaine, qu'il s'agisse d'un recours pour excès de pouvoir, d'un référé-suspension ou d'un référé-liberté.

579. Cette procédure est et demeure un symbole. A l'occasion d'un colloque précédent l'entrée en vigueur de la réforme, le professeur Moderne a déclaré : « De tous les référés institués par la loi du 30 juin 2000, le référé-liberté était sans doute le plus attendu. C'est lui, très vraisemblablement, qui marquera le plus nettement, aux yeux de l'opinion publique, le réel aggiornamento des procédures de référé administratif et sanctionnera leur aptitude à répondre comme il convient aux aspirations de la société contemporaine à une justice administrative protectrice des libertés, rapide et efficace »²³⁸³. Ainsi était présenté le référé-liberté à la veille de sa mise en application : l'emblème d'une justice administrative rénovée et en phase avec les aspirations des justiciables²³⁸⁴. Symbole de cette rénovation de la justice administrative dont les procé-

2382 Ainsi, selon Dorian Piette, c'est le « régime » lui-même du référé-liberté qui « est remis en cause par l'arrêt du 26 avril 2007 » (*op. cit.*, p. 26).

2383 F. MODERNE, « Le référé-liberté devant le juge administratif », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 131.

2384 La modernisation du contentieux administratif a débuté à la fin des années 1980 en vue de remédier à la grave crise frappant la justice administrative, que l'afflux des recours ne cessait d'encombrer et dont les justiciables toléraient de moins en moins la lenteur. Elle s'est traduite par diverses innovations très importantes : restructuration de l'ordre juridictionnel administratif par la création des cours administratives d'appel et le renforcement du rôle régulateur du Conseil d'Etat ; extension et banalisation des procédures sommaires ; développement des pouvoirs du juge par l'emploi du procédé de l'injonction et de la substitution. Sur cette métamorphose de la justice administrative, voir R. DRAGO, « Un

dures d'urgence constituaient « le dernier et nécessaire volet »²³⁸⁵, le référé-liberté fondamentale a permis au juge administratif de recouvrer une légitimité érodée par la crise consécutive à l'arrêt du Tribunal des conflits du 12 mai 1997. Cette décision avait, en effet, réveillé les velléités unificatrices des pourfandeurs du dualisme juridictionnel²³⁸⁶. L'insuffisance des pouvoirs conférés au juge administratif à l'égard de l'administration constituait l'un des arguments majeurs de cette attaque contre la perdurance d'une justice administrative séparée²³⁸⁷. Aussi, comme elle l'avait fait lors des précédentes crises, la juridiction administrative devait se réformer, sous peine de faire l'objet d'une contestation croissante et de voir finalement son existence même menacée. Comme le soulignait Mme Bechtel après l'arrêt du 12 mai 1997, « l'avenir de la juridiction administrative se jouera non sur le terrain de la controverse théorique mais sur celui de la preuve même de ses mérites »²³⁸⁸.

Créer le référé-liberté et, plus généralement, améliorer le traitement de l'urgence devant la juridiction administrative était la meilleure réponse à apporter aux détracteurs du dualisme juridictionnel. En ce sens, Mme Lepage avait fait remarquer que « Devant la contestation croissante de l'existence même de la juridiction administrative, il va de soi que celle-ci ne peut se justifier que pour autant qu'elle est appelée à donner les

nouveau juge administratif », in *Jean Foyer, auteur et législateur. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, pp. 451-462.

2385 B. STIRN, « La juridiction administrative : problèmes actuels et réformes », *RA* 1999, numéro spécial 7, p. 138.

2386 Cf. *supra*, § 26. Pour une présentation de ce thème récurrent, voir, parmi une littérature abondante, A. VAN LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 183, 1996, p. 310 et s. ; G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, LGDJ, 1999, 516 p. ; B. PACTEAU, « Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif », *RA* 2000, numéro spécial 3, pp. 91-105 ; *AJDA* 2005, p. 1760 et s., dossier spécial « l'avenir du dualisme juridictionnel ».

2387 Les autres arguments développés à l'encontre du dualisme juridictionnel ne présentaient pas de réelle portée. L'argument le plus souvent invoqué est que l'existence d'un ordre juridictionnel administratif distinct soulèverait, pour le justiciable, des difficultés insolubles pour déterminer l'ordre de juridiction compétent. Toutefois, comme le souligne le président Woehrling, « Il s'agit là en réalité d'un faux problème : si les manuels de droit administratif consacrent des développements interminables à cette question, elle n'a pas, d'un point de vue statistique, une importance considérable. Dans la pratique quotidienne du contentieux les recours qui soulèvent un problème difficile de compétence sont rares. Au demeurant, supprimer la justice administrative aboutirait à transférer les difficultés de répartition de compétence au sein de la juridiction judiciaire, avec les mêmes inconvénients ou presque pour les justiciables, puisque ce transfert n'irait pas sans création de structures spéciales au sein de cette juridiction » (J.-M. WOEHRLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 350-351). En second lieu, la justice administrative est présentée comme une justice d'exception, dont l'existence n'obéirait à d'autre finalité que de préserver les intérêts de l'administration. Si cette présentation a pu correspondre à une réalité à l'époque de la fondation de la justice administrative, elle est aujourd'hui parfaitement anachronique. Comme le relève M. Pacteau, la juridiction administrative a « perdu les caractères qui l'ont fait naguère rejeter et repousser. D'instrument et protecteur du Pouvoir, elle est devenue le premier de nos contre-pouvoirs. Née pour rassurer l'Etat, elle le fait aujourd'hui trembler, trembler ses institutions, trembler ses hommes, trembler ses actes, trembler ses finances » (B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 93).

2388 M.-F. BECHTEL, « Le juge administratif, protecteur des droits et libertés », *RFAP* juillet-septembre 1997, n° 83, p. 530.

mêmes garanties aux administrés que celles qui leur seraient conférées par la procédure judiciaire »²³⁸⁹. Le professeur Chapus avait lui-même affirmé, bien avant cette crise, qu'une meilleure réponse face à l'urgence « se répercuterait sur l'institution même de la justice administrative, dont elle accroîtrait l'importance, en même temps qu'elle en conforterait la crédibilité et la légitimité »²³⁹⁰. Grâce à la réforme du référé, la juridiction administrative a fait la preuve de son efficacité et démontré sa capacité à protéger les libertés fondamentales dans des conditions de très grande efficacité. Comme l'affirmait M. Wachsmann, « En donnant au juge administratif statuant en référé des pouvoirs d'intervention rapide en cas d'illégalité d'un acte administratif et *a fortiori* en cas d'atteinte à une liberté fondamentale, le législateur désarme ceux qui combattent la juridiction administrative en dénonçant l'insuffisance des garanties qu'elle offre aux justiciables »²³⁹¹. Eu égard aux pouvoirs dont il dispose et aux conditions procédurales dans lesquels il les exerce, le juge administratif est désormais en phase avec les attentes de la société.

580. « Par nature fragiles, les libertés méritent une attention constante »²³⁹². Le juge administratif, qui ne peut s'autosaisir, n'a pas pour mission d'assurer lui-même cette tâche de vigilance. Ce rôle incombe au premier chef aux citoyens et, plus généralement, aux personnes physiques et morales s'estimant victimes d'atteintes de la part de l'administration. Néanmoins, lorsque ces dernières sollicitent le juge des référés en justifiant d'une atteinte réellement grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales, elles trouvent auprès de lui un défenseur remarquablement efficace de leurs libertés. Tous les ingrédients sont réunis pour que cette procédure s'inscrive dans la durée. D'une part, le référé-liberté est un instrument de souplesse. Grâce à une rédaction particulièrement large des dispositions qui le régissent et à une formulation étendue des pouvoirs du juge, la procédure de l'article L. 521-2 peut et pourra s'adapter à la diversité des situations susceptibles de se présenter. Ses potentialités sont considérables et demeurent pour une part inexplorées. D'autre part, le référé-liberté est devenu un outil irremplaçable, qui a fait la preuve de son utilité et de son efficacité pour répondre aux situations particulières pour lesquelles il a été conçu. Il a trouvé sa place dans l'architecture des voies de droit ouvertes aux personnes physiques et morales à l'encontre des actes et agissements de la puissance publique : celle d'une procédure souple, rapide et efficace, permettant de remédier immédiatement aux situations les plus inacceptables.

2389 C. LEPAGE, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *Coll. ter.* 2000, chron. n° 7, p. 5.

2390 R. CHAPUS, « Le juge administratif face à l'urgence », in *L'administration et son juge*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, p. 292. Voir, dans le même sens : F. THIRIEZ et A. LYON-CAEN, « Pour un vrai « référé » administratif », *Le Monde* 26 février 1998, p. 13 ; J.-P. COSTA, « L'image du Conseil d'Etat dans la société de demain », *RA* 1998, n° 301, pp. 54-60 ; J.-P. COSTA, « L'effectivité de la justice administrative », *RA* 1999, numéro spécial 8, p. 137 ; M. GENTOT, « La réforme du contentieux administratif », *RFAP* n° 84, 1997, pp. 609-617.

2391 P. WACHSMANN, « Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration ? », *op. cit.*, p. 103.

2392 B. STIRN, « L'état des libertés : bilan critique », *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 99.

581. Georges Burdeau écrivait que « c'est au degré de perfection des procédures qui l'assurent que l'on peut mesurer l'efficacité de l'État de droit »²³⁹³. En mettant, comme elle le fait, la technique juridique au service des libertés, la procédure de l'article L. 521-2 apporte une contribution significative à la consolidation de l'État de droit.

²³⁹³ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1972, p. 78, cité par S. TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, p. 1.



ANNEXES

APPENDICES

LISTE DES LIBERTÉS FONDAMENTALES AU SENS DE L'ARTICLE L. 521-2 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE

Normes incluses	
Liberté de réunion	CE, ord. 19 août 2002, <i>Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)</i> , <i>Lebon</i> p. 311
Droit pour un parti politique légalement constitué de tenir des réunions	CE, ord. 19 août 2002, <i>Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)</i> , <i>Lebon</i> p. 311
Liberté de manifestation	CE, ord. 5 janvier 2007, <i>Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Association « Solidarité des Français »</i> , n° 300311, mentionnée au recueil <i>Lebon</i>
Liberté d'expression	CE, ord. 3 mai 2007, <i>Commune de Saint-Leu</i> , n° 305203
Liberté d'opinion	CE, Sect., 28 février 2001, <i>Casanovas</i> , <i>Lebon</i> p. 108.
Principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion	CE, ord. 24 février 2001, <i>Tibéri</i> , <i>Lebon</i> p. 85
Principe de libre expression du suffrage	CE, ord. 7 février 2001, <i>Commune de Pointe-à-Pitre</i> , <i>Lebon T.</i> p. 1129
Exercice du droit de suffrage	CE, ord. 29 avril 2005, <i>Ferrari</i> , n° 280078
Principe de libre administration des collectivités territoriales	CE, Sect., 18 janvier 2001, <i>Morbelli, maire de la Commune de Venelles</i> , <i>Lebon</i> p. 18

Normes incluses	
Liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux	CE, 9 avril 2004, <i>Vast, Lebon</i> p. 173 ; CE, ord. 11 avril 2006, <i>Téfaarere, Lebon</i> p. 197
Liberté personnelle	CE, ord. 2 avril 2001, <i>Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon</i> p. 167
Liberté individuelle	CE, ord. 15 octobre 2001, <i>Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon</i> p. 466
Liberté d'aller et venir	CE, ord. 9 janvier 2001, <i>Depertthes, Lebon</i> p. 1
Liberté de circulation	CE, ord. 3 mai 2007, <i>Commune de Saint-Leu</i> , n° 305203
Droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en l'état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical	CE, ord. 16 juillet 2001, <i>Feuillatey, Lebon</i> p. 309
Consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués	CE, ord. 8 septembre 2005, <i>Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon</i> p. 388
Liberté de communication de la personne hospitalisée	CE, 15 mai 2002, <i>Baudoin</i> , n° 239487
Secret des correspondances	CE, 9 avril 2004, <i>Vast, Lebon</i> p. 173
Droit d'asile	CE, ord. 12 janvier 2001, <i>Hyacinthe, Lebon</i> p. 12
Droit de mener une vie familiale normale	CE, Sect., 30 octobre 2001, <i>Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon</i> p. 523
Droit de tout individu à une vie familiale	CE, ord. 19 janvier 2005, <i>M. Laurent X., Lebon</i> p. 23
Droit au respect de la vie familiale	CE, ord. 25 novembre 2003, <i>Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon T.</i> p. 927
Liberté du culte	CE, ord. 16 février 2004, <i>Benaissa, Lebon T.</i> p. 826
Possibilité d'exprimer dans des formes appropriées ses convictions religieuses	CE, ord. 7 avril 2004, <i>Kilicikesen, Lebon</i> p. 164
Possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge	CE, ord. 3 avril 2002, <i>Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici, Lebon T.</i> p. 871
Droit de tout individu d'assurer sa défense	CE, ord. 19 janvier 2005, <i>M. Laurent X., Lebon</i> p. 23
Possibilité d'exercer un recours effectif devant un juge	CE, ord. 13 mars 2006, <i>Bayrou et Association de défense des usagers des autoroutes publiques de France</i> , mentionnée au recueil <i>Lebon</i>
Présomption d'innocence	CE, ord. 14 mars 2005, <i>Gollnisch, Lebon</i> p. 103
Droit de propriété	CE, ord. 31 mai 2001, <i>Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon</i> p. 253
Liberté d'entreprendre	CE, ord. 12 novembre 2001, <i>Commune de Montreuil-Bellay, Lebon</i> p. 551
Exercice d'une activité professionnelle	CE, ord. 11 juin 2002, <i>Aït Oubba, Lebon T.</i> p. 869
Liberté syndicale	CE, 25 octobre 2002, <i>Bongiovanni, Syndicat CFDT Interco de l'Herault</i> , n° 244289
Droit de grève	CE, 9 décembre 2003, <i>Aguillon et autres, Lebon</i> p. 497
Liberté du salarié de ne pas être astreint à accomplir un travail forcé	CE, ord. 3 mai 2005, <i>Confédération française des travailleurs chrétiens, Lebon T.</i> p. 1034

Normes exclues	
Droit de pratiquer un sport	CE, ord. 22 octobre 2001, <i>Caillat et autres, Lebon</i> p. 479
Droit de participer à des compétitions sportives	CE, ord. 22 octobre 2001, <i>Caillat et autres, Lebon</i> p. 479
Droit à un congé de formation-mobilité	CE, 28 mai 2001, <i>Raut, Lebon T.</i> p. 1126
Accès à une formation de 3 ^{ème} cycle de l'enseignement supérieur	CE, ord. 24 janvier 2001, <i>Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon</i> p. 37
Principe d'égalité	CE, ord. 26 juin 2003, <i>Conseil départemental de parents d'élève de Meurthe-et-Moselle</i> , n° 257938
Principe général d'égalité devant la justice	CE, ord. 14 mars 2005, <i>Gollnisch, Lebon</i> p. 103
Egalité des usagers devant le service public	CE, ord. 31 janvier 2001, <i>Commune de Saint-Laurent-du-Var, Lebon T.</i> p. 1129
Droit au logement	CE, ord. 3 mai 2002, <i>Association de réinsertion sociale du Limousin et autres, Lebon</i> p. 168
Droit à la santé	CE, ord. 8 septembre 2005, <i>Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon</i> p. 388
Objectif de politique criminelle suivant lequel l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle ou criminelle a pour objet non seulement de punir le condamné mais également de favoriser son amendement et de préparer son éventuelle réinsertion	CE, 19 janvier 2005, <i>M. Laurent X., Lebon</i> p. 23
Libre accès du public aux parcelles situées sur une dépendance du domaine public maritime	CE, 4 juin 2004, <i>Association La Londe-environnement et Association Union départementale pour la sauvegarde de la vie, de la nature et de l'environnement</i> 83, n° 260956
Continuité du service public	CE, ord. 31 janvier 2001, <i>Commune de Saint-Laurent-du-Var, Lebon T.</i> p. 1129

DONNÉES STATISTIQUES RELATIVES À L'ARTICLE L. 521-2 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE¹

Tribunaux administratifs

Année	2001	2002	2003	2004	2005
Affaires enregistrées	769	1 199	1 140	1 278	1 324
Désistement	18	36	21	19	21
Non lieu	16	31	37	32	62
Rejet	663	1 030	972	1 079	1 127
dont par ordonnance de tri	374	657	621	689	773
Renvoi	5	4	4	7	3
Satisfaction partielle	8	19	16	28	13
Satisfaction totale	57	77	91	107	106
Total	767	1 197	1 141	1 272	1 332

Juge des référés du Conseil d'Etat

Décisions rendues par le juge des référés

Salaires	2001	2002	2003	2004	2005
Premier ressort	25	66	75	76	97
Appel	82	78	81	78	56
Total	107	144	156	154	153

Sens des décisions rendues par le juge des référés

Sens des décisions	2001	2002	2003	2004	2005
Rejet	83	130	139	130	124
Satisfaction totale	18	6	11	12	9
Satisfaction partielle		2	1	2	3
Désistement	2	4	1	5	3
Non-lieu	4	2	4	3	12
Total	107	144	156	152	151

¹ Source : Conseil d'Etat.

Répartition par matière des décisions rendues de 2001 à 2005

Matières	Nombre
Agriculture	6
Aide sociale	2
Armées	2
Collectivités territoriales	23
Contentieux fiscal	5
Culture	1
Domaine-voirie	15
Droits des personnes et libertés publiques	120
Economie	4
Education-recherche	36
Election	33
Environnement	6
Etablissements publics	1
Etrangers	164
Fonctionnaires et agents publics	44
Juridictions	95
Logement	1
Marchés et contrats	2
Police	82
Professions	20
Radiodiffusion et télévision	6
Santé publique	5
Sécurité sociale et mutuelles	8
Sports	4
Transports	4
Travail	9
Urbanisme et aménagements	8
Divers	6



BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne prétend pas être exhaustive. Certaines références citées dans les notes de bas de page de cette étude n'y sont pas reprises.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE LA RÉFORME DU 30 JUIN 2000

- STAHL (J.-H.) et FOMBEUR (P.), Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence, RFDA 2000, pp. 941-958.
Service des affaires étrangères du Sénat, *Le référé*, 11 p. (www.senat.fr).
Projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives n° 269, Sénat, 17 mars 1999, Annexe au procès-verbal de la séance du 17 mars 1999.
- GARREC (R.), *Rapport sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, n° 380, annexe au procès-verbal du 26 mai 1999, 126 p.
Discussion en séance publique : *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, pp. 3736-3760.
- COLCOMBET (E.), *Rapport sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 décembre 1999, 111 p.
Discussion en séance publique : *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, pp. 10929-10948.
- GARREC (R.), *Rapport sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, n° 210, annexe au procès-verbal du 9 février 2000, 39 p.
Discussion en séance publique : *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, pp. 862-873.
- COLCOMBET (E.), *Rapport sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 mars 2000, 30 p.
Discussion en séance publique : *JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, pp. 3156-3165.

COLCOMBET (F.) et GARREC (R.), *Rapport sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, n° 2460 Assemblée nationale (enregistrée à la Présidence le 7 juin 2000), n° 396 Sénat, (annexe au procès-verbal du 7 juin 2000), 19 p.
 Discussion en séance publique et adoption : *JO déb. Sénat*, CR séance 21 juin 2000, pp. 4221-4226 ; *JO déb. AN*, CR séance 22 juin 2000, pp. 5803-5808.

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, Lamy, 2003, 1649 p.
- AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1984, 2 volumes, 1732 p.
- BENOIT (F.-P.), *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, 897 p.
- BOURREL (A.) et GOURDOU (J.), *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, 112 p.
- BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, 6^{ème} éd., Presses de sciences po et Dalloz, 2002, 640 p.
- BURGORGUE-LARSEN (L.), *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, 347 p.
- CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (T.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2006, 863 p.
- CASSIA (P.), *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. systèmes Droit, 2003, 198 p.
- CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat (1920-1922)*, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2003, 1525 p.
- CHABANOL (D.), *Le juge administratif*, LGDJ, coll. Systèmes, 1993, 120 p.
- CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif*, 4^{ème} éd., Litec Jurisclasseur, 2002, 556 p.
- CHARVIN (R.) et SUEUR (J.-J.), *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 4^{ème} éd., Litec, 2002, 446 p.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, 1489 p.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, 1399 p.
- COLLIARD (C.-A.), *Libertés publiques*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 1989, 915 p.
- Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, 259 p.
- CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant, 7^{ème} éd., PUF, 2005, 970 p.
- CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 1996, 800 p.
- COSTA (J.-P.), *Les libertés publiques en France et dans le monde*, STH, 1986, 271 p.
- DARCY (G.) et PAILLET (M.), *Contentieux administratif*, Armand Colin, 2000, 318 p.
- DEBBASCH (C.) et RICCI (J.-C.), *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, 1018 p.
- DELMAS-MARTY (M.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 1996, 397 p.
- DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, 1164 p.

- ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd., 1914, rééd. Editions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2001, 1246 p.
- ESTOUP (P.), *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} éd., Litec, 1998, 469 p.
- FRIER (P.-L.), *Précis de droit administratif*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2003, 533 p.
- GUINCHARD (S.) et alii., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, 1289 p.
- HEYMANN-DOAT (A.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7^{ème} éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2002, 318 p.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2003, 1058 p.
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2006, 968 p.
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, 576 p.
- GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Litec, coll. Manuels, 2002, 479 p.
- HUGLO (C.), *La pratique des référés administratifs devant le tribunal administratif, la Cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat*, Litec, 1993, 349 p.
- ISRAEL (J.-J.), *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, 596 p.
- LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} éd., Armand Collin, 2001, 527 p.
- LECLERCQ (C.), *Libertés publiques*, 5^{ème} éd., Litec, 2003, 363 p.
- LOCHAK (D.), *La justice administrative*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs, 1998, 158 p.
- LOCHAK (D.), *Les droits de l'homme*, La Découverte, 2005, 127 p.
- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2001, 930 p.
- MATHARAN (X.) et PINTAT (P.), « Les procédures d'urgence devant le juge administratif », Voiron, La lettre du cadre territorial, 2001, 81 p.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, 791 p.
- MENY (Y.) et DUHAMEL (O.) (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, 1112 p.
- MOURGEON (J.), *Les droits de l'homme*, PUF, coll. QSJ, 2003, 127 p.
- OBERDORFF (H.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Armand Collin, 2003, 313 p.
- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP Paris, 1981, 6 fasc.
- PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux* (traduit de l'espagnol par I.A. PELE), LGDJ, série Droit, 2004, 497 p.
- PETTITI (L.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, 1999, 1230 p.
- RICHER (L.), *Les droits de l'homme et du citoyen*, Economica, 1982, 406 p.
- RIVERO (J.) et MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, 271 p.
- ROLLAND (P.), *La protection des libertés en France*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, 131 p.
- SAJET (F.), *Le contentieux administratif*, MB formation, coll. Pratique du droit, 2002, 196 p.

- SERIAUX (A.), SERMET (L.), VIRIOT-BARIAL (D.), *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, 224 p.
- TURPIN (D.), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, 622 p.
- PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, 530 p.
- WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2002, 570 p.
- WEIL (P.) et POUYAUD (D.), *Le droit administratif*, 20^{ème} éd., 2003, PUF, QSJ, 2003, 127 p.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS, ACTES DE COLLOQUES

- ABRAHAM (H.J.) et PERRY (B.A.), *Freedom and the Court. Civil rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, 7^{ème} éd., 1998, 498 p.
- ALEXY (R.), *A theory of constitutional rights* (traduit de l'allemand par J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, 462 p.
- Association Henri Capitant (dir.), *L'effectivité des décisions de justice*, Journées d'étude des 17-21 mai 1985, Economica, 1987, 727 p.
- Association Justice et administration (dir.), *La mise en œuvre des procédures d'urgence devant les juridictions administratives*, Lyon, 11 décembre 2000, Université de Lille 2, 2001, 41 p.
- Association internationale des hautes juridictions administratives (dir.), *La protection des droits et libertés de l'individu par le juge administratif*, VII^e Congrès de Dakar, 23-25 avril 2001, *Recueil des décisions des hautes juridictions administratives* n° 3, La documentation française, 2003, 440 p.
- AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, 379 p.
- AVRIL (P.) et VERPEAUX (M.) (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, éd. Panthéon-Assas, 2000, 260 p.
- BARRET-KRIEDEL (B.), *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, 1989, 118 p.
- BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, 408 p.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2003, 374 p.
- BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit* (traduit de l'italien par M. GUERET), LGDJ Bruylant, 1998, 286 p.
- BOLZE (C.) et PEDROT (P.) (dir.), *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Colloque des IEJ, Toulon, 19-20 mai 1995, Dalloz, 1996, 182 p.
- BRAIBANT (G.), QUESTIAUX (N.), WIENER (C.), *Le contrôle de l'Administration et la protection des citoyens*, Cujas, 1973, 325 p.
- BURDEAU (G.), *Les libertés publiques*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1972, 457 p.
- BURDEAU (E.), *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, 494 p.
- CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} éd., Litec, 2004, 822 p.
- CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, Economica PUAM, coll. DPP, 1990, 397 p.
- CAVALLINI (J.), *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruylant, 1995, 527 p.
- CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs, 1999, 160 p.
- CLEMENCEAU (J.), *Les procédures de référé et d'ordonnance sur requête*, EJVS, 1965, 269 p.
- (Coll.), *Le contrôle juridictionnel des actes administratifs*, éd. Conseil de l'Europe, Thémis Démo-droit, 1998, 223 p.

BIBLIOGRAPHIE

- COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.) (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruylant Némésis, coll. Droit et justice, 2005, 311 p.
- CONAC (G.), PRETOT (X.), TEBOUL (G.) (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse, commentaires*, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2001, 467 p.
- Conférence nationale des présidents de juridictions administratives (dir.), *L'urgence, mode d'emploi*, Poitiers, 15 septembre 2000, *LPA* 14 mars 2001, n° 52, 40 p.
- CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, 412 p.
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, 313 p.
- DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, 424 p.
- DEL VECCHIO (G.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, 463 p.
- DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, 1997, 302 p.
- DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. Thémis droit public, 1998, 580 p.
- ERSTEIN (L.) et SIMON (O.), *L'exécution des décisions de la juridiction administrative*, Berger-Levrault, 2000, 236 p.
- FANACHI (P.), *Manuel de contrôle de légalité des actes des collectivités locales et de leurs établissements publics*, 2^{ème} éd., éd. du Ministère de l'Intérieur, 1991, 172 p.
- FANACHI (P.), *Recueil de jurisprudence du contrôle de légalité des actes des collectivités locales*, Dalloz, 1996, 294 p.
- FAVOREU (L.) (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, 19-21 février 1981, *Economica PUAM*, coll. DPP, 1982, rééd. 1987, 540 p.
- FAVOREU (L.) et RENOUX (T.-S.), *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, coll. Droit public, 1992, 206 p.
- FERRY (L.) et RENAUT (A.), *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, 3^{ème} éd., PUF, 1992, 189 p.
- E. GARSONNET et C. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1912-1925, 9 volumes.
- E. GARSONNET et C. CEZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, 9^{ème} éd., Recueil Sirey, 1923, 803 p.
- GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, STH, 1988, 406 p.
- GERARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Faculté universitaire de Saint-Louis, 2000, 931 p.
- GERJC (dir.), *VIII^e Conférence des cours constitutionnelles européennes*, Ankara 7-10 mai 1990, *AIJC* 1990/VI, pp. 15-217.
- GERJC (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux (nouveau bilan 1981-1991)*, Table ronde internationale Aix-en-Provence, 12-13 juillet 1991, *AIJC* 1991/VII, pp. 69-353.
- GERJC (dir.), *Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ?*, Table ronde internationale Aix-en-Provence, 17-18 septembre 2004, *AIJC* 2004, pp. 141-422.
- GRZEGORCZYK (C.), MICHAUT (F.), TROPER (M.) (dir.), *Le positivisme juridique*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1992, 523 p.
- GOYARD-FABRE (S.), *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, coll. Thémis philosophie, 1992, 425 p.
- GREWE (C.) et RUIZ FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, 661 p.
- HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Bibliothèque Dalloz, 2002, 1150 p.
- HERON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2006, 964 p.

- KELSEN (H.), *Théorie générale des normes* (traduit de l'allemand par O. BEAUD et F. MALKANI), PUF, coll. Léviathan, 1996, 616 p.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit* (1960), 2^{me} éd. (traduit de l'allemand par C. EISENMANN), LGDJ Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, 367 p.
- KONVITZ (R.-M.), *Fundamental rights. History of a constitutional doctrine*, Transaction publishers/Rutgers University, 2001, 182 p.
- LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 5^{me} éd., 1947, PUF Quadrige, 1999, 1323 p.
- LATOUR (B.), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2002, 319 p.
- LEBRETON (G.) (dir.), *Interrogation sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 2001 et 2002*, L'Harmattan, 2004, 249 p.
- LEBRETON (G.) (dir.), *Valeurs républicaines et droits fondamentaux de la personne humaine en 2003 et 2004*, L'Harmattan, 2006, 198 p.
- LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant Némésis, 2006, 455 p.
- LUCHAIRE (F.), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, 501 p.
- LUCHAIRE (F.) et CONAC (Y.) (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 2^{me} éd., Economica, 1987, 1402 p.
- MADIOT (Y.), *Droits de l'homme*, 2^{me} éd., Masson, 1991, 230 p.
- MADIOT (Y.), *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998, 264 p.
- MAURER (H.), *Droit administratif allemand. Allgemeines Verwaltungsrecht* (traduit de l'allemand par M. Fromont), LGDJ, coll. Manuels, 1992, 422 p.
- MARCOU (G.) (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, 351 p.
- MARTIN (S.), *Contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger-Levrault, 1990, 366 p.
- MARTINEZ (I.R.), *La accion de amparo. Derecho publico*, Ciudad Juarez, 2003, 155 p.
- MERTENS (P.), *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, 161 p.
- MOSSE-BASTIDE (R.-M.), *La liberté*, 4^{me} éd., PUF, coll. Le philosophe, 1984, 143 p.
- MULLER (J.-P.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Staempfli, 1983, 207 p.
- MULLER (F.), *Discours de la méthode juridique* (traduit de l'allemand par O. JOUANJAN), PUF, coll. Léviathan, 1996, 438 p.
- NEGRIN (J.-P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction : de la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Travaux et mémoires de la Faculté de droit d'Aix-Marseille, 1976, 208 p.
- OLLERO-TASSARA (A.), *Droit « positif » et droits de l'homme*, Editions Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 1997, 203 p.
- Ordre des avocats au Barreau de Marseille (dir.), *L'actualité des procédures d'urgence : nouveaux pouvoirs du juge des référés, nouvelles stratégies*, colloque du 21 novembre 2003, *RRJ* 2003/5, pp. 3041-3155.
- OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1999, 156 p.
- OST (F.), *Le temps et le droit*, Odile Jacob, 1999, 376 p.
- PELLOUX (R.), *Le citoyen devant l'Etat*, 4^{me} éd., PUF, coll. QSJ, 1972, 126 p.
- PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, 12^{me} éd., Montchrestien, 2006, 541 p.
- PETIT (S.), *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, 127 p.

- PHILIPPE (X.), *Droit administratif des libertés*, Economica, 1998, 111 p.
- PLANTEY (A.) et BERNARD (F.-C.), *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, 382 p.
- PICARD (E.) (dir.), *Le juge de l'administration et les droits fondamentaux dans l'espace francophone*, Bruylant, 1999, 840 p.
- REGLADE (M.), *Valeurs sociales et concepts juridiques (norme et technique)*, Sirey, 1950, 118 p.
- RENOUX (T. S.) et DE VILLIERS (M.), *Code constitutionnel*, 3^{ème} éd., Litec, 2005, 1613 p.
- REYDELLET (M.), *Le nouveau contrôle des actes des collectivités locales*, Economica PUAM, 1985, 172 p.
- RIALS (S.), *La Déclaration de 1789*, Hachette, 1988, 771 p.
- RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, 431 p.
- RIVERO (J.), *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica PUAM, coll. DPP, 2^{ème} éd., 1987, 192 p.
- ROUGEVIN-BAVILLE (M.), DENOIX DE SAINT MARC (R.), LABETOUILLE (D.), *Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989, 639 p.
- SAMMARTINO (P.M.E.), *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, Lexis Nexis, coll. Derecho administrativo, 2003, 465 p.
- SCARPELLI (U.), *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?* (traduit de l'italien par C. CLAVREUL), Bruylant LGDJ, 1996, 107 p.
- SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 1994, 2 volumes, 1631 p.
- SPILIOPOPOULOS (E.) (dir.), *Towards a unified judicial protection of citizens in Europe (?). Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en Europe (?)*, Bruylant, European public Law series. Bibliothèque de droit public européen, vol. XIII, 2000, 842 p.
- STARCK (C.), *La Constitution cadre et mesure du droit*, Economica PUAM, coll. DPP, 1994, 195 p.
- SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit, 2005, 770 p.
- STIRN (B.), *Les libertés en question*, 6^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs, 2006, 160 p.
- STIRN (B.), FAIRGRIEVE (D.), GUYOMAR (M.), *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, 2006, Odile Jacob, 300 p.
- SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} éd., PUF, 2006, 786 p.
- TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 5^{ème} éd, Dalloz, 2000, 681 p.
- TREMPES (P.P.), *El recurso de amparo*, Tirant lo blanch, 2004, 430 p.
- TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994, 358 p.
- TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 2001, 334 p.
- VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, 1991, 280 p.
- VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. Questions, 1990, 169 p.
- VIRALY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, 225 p.
- VIZIOZ (H.), *Etudes de procédure*, Editions Bière, 1956, 667 p.
- P. WACHSMANN (dir.), *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque du 6 décembre 2000, Strasbourg, PUS, 2002, 282 p.
- WEISSBRODT (D.), *The right to a fair trial under the Universal declaration of human rights and the international covenant on civil and political rights*, Martinus Nijhoff publishers, 2001, 167 p.
- WOEHLING (J.-M.) (dir.), *Les transformations de la justice administrative*, Economica, 1995, 253 p.

- ZAGREBELSKY (G.), *Le droit en douceur* (traduit de l'italien par M. LEROY), Economica PUAM, 2000, 153 p.
- ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, 1999, 642 p.
- ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, coll. Droit fondamental, 2000, 1328 p.

THÈSES

- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, coll. BDP, t. 192, 1998, 663 p.
- ATAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégorie d'individus*, LGDJ, coll. BCSP, 2003, 638 p.
- BALDOUS (B.), *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2000, 383 p.
- BARALLE (P.-J.), *Les sursis à exécution devant les juridictions administratives*, thèse Lille 2, 1993, 411 p.
- BARTHELEMY (J.), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1899, 204 p.
- BATAILLER (F.), *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, LGDJ, coll. BDP, t. 68, 1966, 675 p.
- BELAID (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, t. 17, 1974, 360 p.
- G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, LGDJ, 1999, 516 p.
- BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public (Recherches sur le sujet des droits fondamentaux)*, Dalloz, NBT, 2003, 913 p.
- BLERY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, BDPrivé, t. 328, 2000, 397 p.
- BRACONNIER (S.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, 590 p.
- BRAHIC-LAMBREY (C.), *L'injonction, étude de la dynamique d'un processus*, PUAM, 2003, 2 volumes, 946 p.
- BRAUD (P.), *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, 476 p.
- BRETTON (P.), *L'autorité judiciaire, gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, LGDJ, 1964, 293 p.
- BRILL (I.), *Le Conseil d'Etat et le temps. Contribution à l'étude de la fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat*, thèse Grenoble II, 1999, 521 p.
- BROSSIER (V.), *La suspension des décisions d'urbanisme par la voie du référé administratif*, thèse Poitiers, 2003, 505 p.
- BUTERI (K.), *L'application de la Constitution par le juge administratif*, thèse Aix-en-Provence, 2000, 460 p.
- CAZO (M.), *Le juge des référés dans le contentieux administratif*, thèse Rennes I, 1998, 477 p.
- CHABERT (D.), *Contribution à l'étude de l'action en justice devant le juge administratif français*, thèse Montpellier I, 2003, 399 p.
- CHANTAL (P.), *Les sursis à exécution en droit administratif*, thèse Paris I, 1981, 859 p.
- CHARLES (C.), *Le juge administratif, juge administrateur*, thèse Toulouse I, 2003, 632 p.

BIBLIOGRAPHIE

- COURIVAUD (F.), *Des référés. Principes de compétence et de procédure*, Imprimerie Blais et Roy, 1900, 173 p.
- CRUET (J.), *Etude juridique de l'arbitraire administratif*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1906, 467 p.
- CRUCIS (H.-M.), *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, LGDJ, coll. BDP, t. 161, 1991, 377 p.
- CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, 348 p.
- CATRICE (R.), *L'Allemagne et la théorie des droits publics individuels*, Imprimerie E. Planquart, 1943, 206 p.
- CHAUDET (J.-P.), *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, coll. BDP, t. 74, 1967, 528 p.
- CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, coll. BDP, t. 97, 1970, 319 p.
- CHOUMENKOVITCH (I.), *Les droits subjectifs publics des particuliers*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1912, 206 p.
- CLAPIE (M.), *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Etude de droit public*, thèse Montpellier, 1992, 542 p.
- D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 236, 1994, 339 p.
- D'HAEM (R.), *Le juge unique administratif*, thèse Paris II, 2001, 841 p.
- DEBARY (M.), *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, 178 p.
- DEBBASCH (C.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 38, 1962, 467 p.
- DEFIX (S.), *Le concept de droits fondamentaux. Contribution à la détermination d'un droit constitutionnel européen des droits fondamentaux*, thèse Clermont-Ferrand I, 1999, 464 p.
- DELAUNEY (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. BDP, t. 172, 1993, 1003 p.
- DEFONDS (L.), *Langage et conceptualisation du contentieux provisoire des décisions administratives*, thèse Aix-en-Provence, 2005, 469 p.
- DESGRANGES (E.), *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937, 323 p.
- DE BECHILLON (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, 577 p.
- DUFAU (J.), *La compétence juridictionnelle en matière de voie de fait administrative*, thèse Paris, 1951.
- DUGRIP (O.), *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, 411 p.
- DRAN (M.), *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, LGDJ, 1968, 655 p.
- EINAUDI (T.), *L'obligation d'informer dans le procès administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 226, 2002, 465 p.
- FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, coll. BDP, t. 61, 1965, 582 p.
- FEVRIER (J.-M.), *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, L'Harmattan, 2000, 592 p.
- FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 152, 1987, 542 p.

- FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, 805 p.
- FRANCES (M.), *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé*, Librairie du recueil Sirey, 1935, 271 p.
- FRAYSSE-DRUESNE (G.), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, thèse Paris II, 1977, 490 p.
- FRIER (P.-L.), *L'urgence*, LGDJ, coll. BDP, t. 150, 1987, 599 p.
- GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 108, 1972, 321 p.
- GAY (L.), *Les « droits-créances » constitutionnels*, thèse Aix-en-Provence, 2001, 562 p.
- GERARD (O.), *Des origines des référés et des principes de compétence en cas d'urgence en droit français*, thèse Paris, 1886, 232 p.
- GRACH (H.), *De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs à l'égard des actes de l'administration*, Sirey, 1912, 159 p.
- GUERIN-LAPORTE (E.), *Le commandement dans l'office du juge administratif*, thèse Montpellier I, 2002, 491 p.
- GUILLON-COUDRAY (S.), *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thèse Paris II, 2002, 445 p.
- HEUSCHLING (L.), *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, coll. NBT, 2002, 739 p.
- JEANNEAU (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, 287 p.
- JOLIOT (M.), *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thèse Paris II, 1975, 232 p.
- JOUANJAN (O.), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *Economica PUAM*, coll. DPP, 1992, 449 p.
- KLOEPFER (W.), *Contribution à l'étude des rapports inter-juridictionnels dans le domaine des droits fondamentaux. Le Conseil d'Etat dans ses rapports au Conseil constitutionnel et aux Cours européennes*, thèse Toulouse I, 2002, 430 p.
- LARZUL (T.), *Les mutations des sources du droit administratif*, L'Hermère, 1994, 445 p.
- LE STRAT (G.), *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, thèse Rennes I, 2001, 543 p.
- LOCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, 349 p.
- RIGAUD (M.), *Le juge unique en droit administratif au regard des garanties de bonne justice*, thèse Toulon, 2002, 369 p.
- MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, 766 p.
- MARTIN (G.), *Le due process of law aux Etats-Unis*, thèse Paris II, 1997, 565 p.
- MBONGO (P.), *La gauche au pouvoir et les libertés publiques (1981-1995)*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, 502 p.
- MEINDL (T.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. BSCP, t. 112, 2003, 514 p.
- MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, coll. BDP, t. 212, 2001, 466 p.
- MENDES CONSTANCE (J.), *Les droits fondamentaux du justiciable*, thèse Aix-en-Provence, 2002, 423 p.
- MEKHANTAR (J.), *Le principe de proportionnalité*, thèse Paris II, 1990.
- MESTRE (A.), *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, coll. BDP, t. 116, 1974, 312 p.

BIBLIOGRAPHIE

- MIALOT (C.), *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en France et en Espagne*, thèse Paris I, 2003, 383 p.
- MORANGE (G.), *Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, Imprimerie Alfred Tollard, 1940, 160 p.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, 183 p.
- MOUZOURAKI (P.), *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, LGDJ, coll. BDP, t. 205, 1999, 509 p.
- NAUDET-SENECHAL (M.), *Le juge unique. Essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2000, 774 p.
- OBERDORFF (H.), *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, thèse Paris II, 1981, 554 p.
- OGIER-BERNAUD (V.), *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, coll. DPP, 2003, 427 p.
- OULD-BOUBOUTT (A.-S.), *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica PUAM, 1987, 590 p.
- PERDU (S.), *Le déroulement du procès administratif à l'épreuve des droits européen, constitutionnel et judiciaire*, thèse Pau, 2002, 615 p.
- PETER (B.), *Les droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne. Limitations et protection*, thèse Lille II, 1989, 670 p.
- PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, coll. Science et droit administratifs, 1990, 541 p.
- POISSON (J.-M.), *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridiction*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, 458 p.
- POTVIN-SOLIS (L.), *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, 799 p.
- RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. BDP, t. 135, 1980, 564 p.
- RIBES (D.), *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse Aix-en-Provence, 2005, 500 p.
- ROBERT (J.), *Les violations de la liberté individuelle commise par l'administration (le problème des responsabilités)*, LGDJ, coll. BDP, t. 1, 1956, 328 p.
- ROUX (A.), *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers*, Economica, coll. DPP, 1980, 279 p.
- SABETE GHOBRIAL (W.), *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, thèse Bordeaux I, 1994, 537 p.
- SAINT-JAMES (V.), *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, PUF, 1995, 476 p.
- SASSO (L.), *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, thèse Caen, 1999, 384 p.
- SCHMITTER (G.), *La Constitutionnalisation du droit processuel*, thèse Aix-en-Provence, 1994, 389 p.
- SERMET (L.), *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Bruylant, 1996, 450 p.
- STRICKLER (Y.), *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, 2 volumes, 951 p.
- SUEUR (J.-J.), *Recherches sur le concept de droit subjectif. Essai de méthodologie juridique*, thèse Nice 1980, 603 p.
- TERCINET (M.-R.), *L'acte conservatoire en droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 132, 1979, 226 p.
- TOURDIAS (M.), *Le sursis à exécution des décisions administratives*, LGDJ, coll. BDP, t. 10, 1957, 230 p.

- TREMEAU (J.), *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Economica PUAM, coll. DPP, 1997, 414 p.
- TSIKLITIRAS (S.), *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, 386 p.
- VIGNEUX (M.-C.), *Recherches sur la jurisprudence relative au contrôle de légalité des actes des autorités décentralisées*, thèse Poitiers, 1990, 275 p.
- XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, coll. BDP, t. 179, 1996, 463 p.

ARTICLES

- ABRAHAM (R.), « L'avenir de la voie de fait et le référé administratif », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, pp. 1-13.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de « fondamentalité » », *RFDA* 2002, pp. 124-138.
- AUTIN (J.-L.), PAVIA (M.-L.) et MIGOULLE (T.), « Le rapprochement du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *RA* 1987, pp. 230-236.
- ARDANT (P.), « Les Constitutions et les libertés », *Pouvoirs* n° 84, 1998, pp. 61-74.
- ARGYRIADIS-KERVEGAN (C.), « Rudolf Gneist. La justice administrative, institution nécessaire de l'Etat de droit », in *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN dir.), PUS, 2001, pp. 235-252.
- ARMAND (G.), « Juge administratif et autorité judiciaire : quelles fonctions dans la sauvegarde de la liberté individuelle après la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *CRDF* n° 1, 2002, pp. 7-31.
- ARNOLD (R.), « Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne », *AJDA* 1999, pp. 658-667.
- ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Le code de justice administrative », *AJDA* 2000, pp. 639-643.
- AUER (A.), « Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés », in *Le nouveau droit constitutionnel*, 2^{ème} Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Editions universitaires Fribourg Suisse, 1991, pp. 151-170.
- AUER (A.), « Les droits fondamentaux et leur protection », *Pouvoirs* n° 43, 1987, pp. 87-100.
- AUVRET-FINCK (J.), « Réflexions sur la revalorisation de la fonction contentieuse du juge », *LPA* 29 mai 1997, n° 64, pp. 12-17.
- AUVRET (P) et AUVRET-FINCK (J.), « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, pp. 403-429.
- BACHELIER (G.), « Le référé-liberté », *RFDA* 2002, pp. 261-268
- BACCOUCHE (N.), « La justice comme nécessaire garant des libertés », in *Justice et démocratie. Entretiens d'Agnesseau*, colloque Limoges, 21-22 novembre 2002, Pulim, 2003, pp. 171-188.
- BADINTER (R.) et GENEVOIS (B.), « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *Rapport présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, Ankara, 7-10 mai 1990, *RFDA* 1990, pp. 317-335.
- BAILLEUL (D.), « Les référés « suspension » et « liberté » au secours du référé précontractuel ? », *Contrats et marchés publics* 2002, chron. n° 8.

- BAILLEUL (D.), « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA* 2004, pp. 1626-1630.
- BARANES (W.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, chron., pp. 301-303.
- BEMBA (J.), « Le juge administratif et le temps dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *RDP* 1996, pp. 501-523.
- BECHTEL (M.-F.), « Le juge administratif, protecteur des droits et libertés », *RFAP* juillet-septembre 1997, n° 83, pp. 524-530.
- BENOIT (F.-P.), « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, PUG, 1995, pp. 23-38.
- BERGEAL (C.), « Référé en matière de passation des contrats et marchés », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 55 (11, 2001), 13 p.
- BERTIN (P.), « Référé civil », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 1980, 35 p.
- BOCKENFORDE (E.-W.), « Théorie et interprétation des droits fondamentaux », in *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000, pp. 253-277.
- BOITEAU (C.), « Le juge unique en droit administratif », *RFDA* 1996, pp. 10-28.
- BOKOR-SZEGO (H.), « L'affirmation des droits de l'homme dans les constitutions et les traités internationaux (convergence-complémentarité et intégration) », in *Le nouveau droit constitutionnel*, 2^{ème} Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Editions universitaires Fribourg Suisse, 1991, pp. 85-100.
- BON (P.), « La protection juridictionnelle des droits de l'homme (au niveau interne et international) », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica PUAM, coll. DPP, 1987, pp. 269-319.
- BON (P.), « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, pp. 35-69.
- BON (P.), « Constitution de 1958 et droit administratif », *LPA* 1^{er} décembre 1993, n° 144, pp. 4-8.
- BONICHOT (J.-C.), « Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique, pp. 86-88.
- BONNARD (R.), « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP* 1932, pp. 695-728.
- BRAIBANT (G.), « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE* 1961, pp. 53-65.
- BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. 2, LGDJ, 1974, pp. 297-306.
- BRAIBANT (G.), « L'avenir de l'Etat », in *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997 pp. 39-46.
- BRAIBANT (G.), « Perspectives », *RA* 2000, numéro spécial 3, pp. 198-206.
- BRANDAC (M.), « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, pp. 1-17.
- BRAUD (X.), « Commentaire partiel de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RJE* 2000, pp. 575-594.
- BREILLAT (D.), « Les droits de l'homme déclarés solennellement », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, pp. 111-128.
- BRENET (F.), « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDP* 2003, pp. 1535-1579.
- BREWER CARIAS (R.A.), « La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire », in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, pp. 935-1167.

- BROUANT (J.-P.), « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *LPA* 15 juillet 1994, n° 84, pp. 21-25.
- BROYELLE (C.), « Les mesures ordonnées en référé », *RFDA* 2007, pp. 73-76.
- BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le juge des référés au regard des principes procéduraires », *D.* 1995, pp. 67-74.
- BOCKEL (A.), « La voie de fait : Mort et résurrection d'une notion discutable », *D.* 1970, chron. n° VIII, pp. 29-32.
- CADIET (L.), « Le spectre de la société contentieuse », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, pp. 29-50.
- CASADEI-JUNG (M.-F.), « Etude critique et comparative du référé administratif », *GP* 1985, 2, communication au colloque *Le juge administratif face à l'urgence*, Sénat, 9 mars 1984, pp. 279-282.
- BOITEAU (C.), « Le référé devant les juridictions administratives », *JCP G* 2001, Act. n° 2, pp. 53-55.
- BOTOKO-CLAYSEN (C.), « Le référé-liberté vu par les juges du fond », *AJDA* 2002, pp. 1046-1055.
- BUSSON (B.), « L'urgence en matière de protection de l'environnement : avancées et limites du référé administratif », *Droit de l'environnement* 2001, comm. n° 88.
- CASSIA (P.) et BEAL (A.), « La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier-28 février 2001) », *JCP G* 2001, I, 317.
- CASSIA (P.) et BEAL (A.), « Les nouveaux référés administratifs. Bilan de jurisprudence (1^{er} mars-31 août 2001) », *JCP G* 2001, I, 365.
- CASSIA (P.) et BEAL (A.), « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier 2001-28 février 2001) », *JCP G* 2001, I, 319.
- CASSIA (P.), « Le contrôle de cassation sur les référés administratifs. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier-11 juillet 2001) », *Dr. adm.* 2001, chron. n° 19.
- CASSIA (P.), « Le référé-réexamen devant le juge administratif. Premières applications et difficultés d'interprétation de l'article L. 521-4 du Code de justice administrative », *JCP G* 2003, I, 151.
- CASSIA (P.), « L'autorité de la chose ordonnée en référé », *JCP G* 2004, I, 164.
- CASSIA (P.), « Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité », *D.* 2005, pp. 1182-1191 (1^{ère} partie) et pp. 1252-1256 (2^{ème} partie).
- CASSIA (P.), « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *RFDA* 2007, pp. 45-57.
- CASSIN (R.), « Droits de l'homme et méthode comparative », *RIDC* 1968/3, pp. 449-492.
- CAVIGLIOLI (B.), « Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », *AJDA* 2003, pp. 642-652.
- CAYLA (O.), « Le coup d'Etat de droit », *Le débat*, 1998, n° 100, pp. 108-133.
- CHAHID-NOURAI (N.) et LAHAMI-DEPINAY (C.), « L'urgence devant le juge administratif : premières applications des articles L. 521-1 et L. 521-2 nouveaux du Code de justice administrative », *LPA* 12 février 2001, n° 30, pp. 10-17.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, pp. 323-329.
- CHAMPEIL-DEPLATS (V.), « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in *Droits fondamentaux et droit social* (A. LYON-CAEN et P. LOKIEC dir.), Dalloz, 2005, pp. 11-37.
- CHAPUS (R.), « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, chron. n° XX, pp. 99-106.
- CHAPUS (R.), « L'administration et son juge. Ce qui change », in *L'administration et son juge*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, pp. 9-26.

- CHAPUS (R.), « Le juge administratif face à l'urgence », in *L'administration et son juge*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, pp. 283-292.
- CHAPUS (R.), « Lecture du code de justice administrative », *RFDA* 2000, pp. 929-939.
- CHEVALLIER (J.), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA* 1972, pp. 67-89.
- CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP* 1990, pp. 1651-1677.
- CHEVALLIER (J.), « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », in *Le droit administratif en mutation* (CURAPP dir.), PUF, 1993, pp. 11-40.
- CHEVALLIER (J.), « L'Etat de droit », *RDP* 1988, pp. 313-380.
- CHEVALLIER-GOVERS (C.), « Le président du tribunal administratif au secours de la célérité de la justice administrative », *GP* 2000, 1, pp. 1030-1047.
- CHRETIEN (P.), « La notion d'urgence », *RFDA* 2007, pp. 38-45.
- CHUCHILLO FOX (M.), « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans l'ordre juridique espagnol », *AJDA* 1999, pp. 757-766.
- CLAISSE (Y.) et CANO (J.-A.), « Une loi peut faire le printemps ! (premier bilan de l'application de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives) », *LPA* 9 avril 2001, n° 70, pp. 5-12.
- CLEMENT (C.), « Le juge administratif des référés : un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000 », *LPA* 10 août 2000, n° 159, pp. 6-11.
- COHEN-TANUGI (L.), « L'avenir de la justice administrative », *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 13-20.
- COMBARNOUS (M.), « Progrès récents du contrôle juridictionnel de l'administration en France », *RA* 1999, numéro spécial 9, pp. 167-176.
- COURTIN (M.), « Référé en urgence », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 1093 (8, 2003), 40 p.
- COSTA (J.-P.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *AJDA* 1988, pp. 434-437.
- COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *Pouvoirs* n° 84, 1998, pp. 75-87.
- COSTA (J.-P.), « L'effectivité de la justice administrative », *RA* 1999, numéro spécial 8, pp. 132-138.
- DARDALHON (L.), « L'usage des référés à l'encontre des décisions d'exercice du droit de préemption », *AJDA* 2005, pp. 2277-2284.
- D'HERVE (J.-L.), « L'urgence devant le juge administratif : premiers jalons », *Les cahiers juridiques* avril 2001, pp. 22-24.
- DEBOUY (C.), « Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français », *JCP G* 1992, I, 3616.
- DEBOUY (C.), « Le droit administratif : tendances récentes », *LPA* 5 décembre 1997, n° 146, pp. 4-12.
- DEBOUY (C.), « La suspension des décisions en matière d'urbanisme par la procédure du référé administratif », *CJEG* n° 584, 2002, pp. 65-83.
- DECAUX (E.), « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA* 1998 numéro spécial, pp. 66-74.
- DELMAS-MARTY (M.) et COSTE (J.-F.), « Les droits de l'homme : logique non standard », *Le genre humain* 1998, « Interdisciplinarité », pp. 135-154.
- DELVOLVE (G.), « Chose jugée », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1989, 21 p.
- GUETTIER (C.), « Chose jugée », *Jcl. administratif*, fasc. 1110 (8, 2003), 21 p.
- DENIS-LINTON (M.) et GUYOMAR (M.), « Contentieux des étrangers. Reconduite à la frontière », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 1156 (8, 2003), 25 p.

- DENOIX DE SAINT MARC (R.), « Les procédures d'urgence : premier bilan », *AJDA* 2002, p. 1.
- DENOIX DE SAINT MARC (R.), « Les tribunaux administratifs : bilan et perspectives », *Gazette des communes* 3 novembre 2003, n° 41-1715, pp. 58-62.
- DESWARTE (M.-P.), « Droits sociaux et Etat de droit », *RDP* 1995, pp. 951-985.
- DEYGAS (S.), « La loi sur les référés administratifs. Une réforme attendue et redoutée », *Procédures* 1999, chron. n° 8.
- DEYGAS (S.), « De nouveaux pouvoirs pour le juge des référés administratifs », *Procédures* 2000, comm. n° 193.
- DEYGAS (S.), « Publication du décret d'application sur les référés administratifs », *Procédures* 2001, chron. n° 1.
- DUEZ (P.), « Esquisse d'une théorie réaliste des droits publics individuels », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Librairie du recueil Sirey, 1933, pp. 111-133.
- DE BECHILLON (D.), « Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *RDP* 1994, pp. 1793-1824.
- DE LA SIERRA (S.), « La protection provisoire dans le contentieux administratif en Europe. Le statut constitutionnel des mesures provisoires et sa dérivation du droit à une protection juridique effective. Une approche comparée », in *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui ?*, Bruylant, 2003, 293 p.
- DITTMANN (A.), « Le recours constitutionnel en droit allemand », *CCC* n° 10, 2001, pp. 72-81.
- DONNAT (F) et CASAS (D.), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *Dr. adm.* 2004, études n° 9.
- DORD (O.), « La notion de libertés publique. Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », *Cahiers français* n° 296 *Les libertés publiques*, 2000, pp. 11-16.
- DONNEDIEU DE VABRES (J.), « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE* 1949, pp. 30-49.
- DORSNER-DOLIVET (A.), « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », *RFDA* 2003, pp. 528-535.
- DREYER (D.), « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, pp. 748-753.
- DREYER (D.), « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ* 2006/2, pp. 551-580.
- DUGRIP (O.), « Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : la réforme des procédures d'urgence », *JCP G* 1999, Act., pp. 2281-2283.
- DUGRIP (O.), « Les procédures d'urgence : l'économie générale de la réforme », *RFDA* 2002, pp. 245-249.
- DRAGO (G.), « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *Dr. adm.* 2004, Etude n° 11.
- DRAGO (R.), « La procédure de référé devant le Conseil d'Etat », *RDP* 1953, pp. 297-316.
- DRAGO (R.), « Un nouveau juge administratif », in *Jean Foyer, auteur et législateur. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, pp. 451-462.
- DRAGO (R.), « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 130-135.
- EISENMANN (C.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966, t. XI, pp. 25-43, reproduit in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2002, pp. 289-305
- EISENMANN (C.), « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 477-506.

- EISENMANN (C.), « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », *RDP* 1972, pp. 1345-1441.
- ERSTEIN (L.) et GOTHIER (M.), « Procédures d'urgence en contentieux administratif », *Coll. ter.* 2001, chron. n° 6.
- ERSTEIN (L.), « Pragmatisme de la notion d'urgence », *Coll. ter.* 2002, chron. n° 4.
- ERSTEIN (L.), « Instruction des référés », *RFDA* 2007, pp. 64-68.
- ETCHEGARAY (J.-R.), « Les limites du sursis à exécution », *GP* 1985, 2, communication au colloque *Le juge administratif face à l'urgence*, Sénat, 9 mars 1984, pp. 87-91.
- ETCHEGARAY (J.-R.), « La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ? », *Constr. urb.* 2001, chron. n° 1.
- ETIEN (R.), « Le sursis de quarante-huit heures », *RDP* 1988, pp. 743-761.
- FAURE (B.), « Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), 13 p.
- FAVARD (J.), « Le labyrinthe des droits fondamentaux », *Dr. soc.* 1999, pp. 215-219.
- FAVOREU (L.), « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* n° 13, 1980, pp. 17-26.
- FAVOREU (L.), « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 235-244.
- FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, pp. 25-42.
- FAVOREU (L.), « Quelques considérations sur les droits de l'homme », in *Separata del libro. Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 667-683.
- FAVOREU (L.), « Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel », *CCC* n° 1, 2001, pp. 99-102.
- FAVOREU (L.), « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, pp. 1739-1744.
- FAVOREU (L.) et ROUX (A.), « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *CCC* n° 12, 2002, pp. 88-92.
- FAURE (B.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* 1995, pp. 47-77.
- FAVRE (J.) et TARDIVEL (B.), « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle des « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » », *RDP* 2000, pp. 1412-1440.
- FERULLA (G.), « Le tri », *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, pp. 3063-3065.
- FEVRIER (J.-M.), « Un projet de loi sur les procédures d'urgence », *Dr. adm.* 1999, comm. n° 203.
- FLAUSS (J.-F.), « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français », *LPA* 9 janvier 1995, n° 4, pp. 4-16 (1^{ère} partie), et 16 janvier 1995, n° 7, pp. 4-17 (2nde partie).
- FLEINER (T.), « Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, pp. 235-254.
- FOMBEUR (P.), « Les Tribunaux administratifs dans la société française », *AJDA* 2004, pp. 625-634.
- FOULETIER (M.), « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFDA* 2000, pp. 963-983.
- FOUQUET-ARMAND (M.), « Le juge administratif, gardien effectif des droits et libertés des étrangers grâce à la loi du 30 juin 2000 », *RRJ* 2002/2, pp. 861-894.
- FRIER (P.-L.), « Un inconnu : le vrai référé administratif », *AJDA* 1980, pp. 67-76.

- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in *Le temps dans la procédure* (J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE dir.), Dalloz, 1996, pp. 11-23.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in *Procédure(s) et effectivité des droits* (D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER et C. GREWE dir.), Bruylant Nemesis, coll. Droit et justice, n° 49, 2003, pp. 1-23.
- FROMONT (M.), « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, pp. 49-64.
- FROMONT (M.), « République fédérale d'Allemagne : l'Etat de droit », *RDP* 1984, pp. 1203-1226.
- FROMONT (M.), « La justice administrative en Europe : Convergences », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 197-208.
- FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 numéro spécial, pp. 156-166.
- FROMONT (M.), « La protection juridictionnelle des libertés garanties par la Constitution française », in *Recht und Gesetz im deutsch-französischen Dialog (Loi et Droit dans le dialogue franco-allemand)*, Carl-Heymanns Verlag, 1997, pp. 65-79.
- FROMONT (M.), « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie et France. Convergences », *RFDA* 2002, pp. 551-560.
- GABOLDE (C.), « Pour un véritable référé administratif », *D.* 1949, chron., pp. 172-174.
- GABOLDE (C.), « Les nouveaux pouvoirs d'urgence du juge administratif et le sursis à exécution », *D.* 1953, chron., pp. 189-192.
- GAL (H.), « La juridiction compétente pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux de la personne qu'il y ait ou non voie de fait administrative », *JCP G* 1951, I, 927.
- GARCIA DE ENTERRIA (E.), « Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du XX^e siècle : analyse historique et comparative », *RA* 2000, numéro spécial 3, pp. 125-131.
- GAUDEMET (Y.), « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », in *Le pouvoir. Mélanges offerts Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, pp. 805-824.
- GAUDEMET (Y.), « Crise du juge et contentieux administratif en droit français », in *La crise du juge* (J. LENOBLE dir.), LGDJ, coll. La pensée juridique, 1990, pp. 87-105.
- GAUTRON (J.-C.), « Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le patrimoine constitutionnel européen*, colloque Montpellier, 22-23 novembre 1996, éditions du Conseil de l'Europe, 1997, pp. 148-179.
- GAY (L.), « Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté », *RFDC* 2003, pp. 309-333 (1^{ère} partie) et 527-546 (2^{nde} partie).
- GENEVOIS (B.), « Le préambule et les droits fondamentaux », in *L'écriture de la Constitution de 1958*, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence (L. FAVOREU, D. MAUS et J.-L. PARODI dir.), Economica, 1992, pp. 483-499.
- GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, pp. 715-724.
- GENTILI (C.), « L'utilisation des écrits dans la procédure civile orale », *LPA* 7 septembre 2001, n° 179, pp. 4-11.
- GENTOT (M.), « La réforme du contentieux administratif », *RFAP* n° 84, 1997, pp. 609-617.
- GENTOT (M.), « Le Conseil d'Etat régulateur du contentieux administratif », *RA* 1999, numéro spécial, pp. 4-9.
- GENY (B.), « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celle du droit administratif », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, pp. 277-293.

- GEORGEL (J.), « Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP* 1960, pp. 85-101
- GEORGEL (J.), « Le juge et la montre », in *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997 pp. 115-124.
- GIRARDOT (T.-X.), « Le retour de la loi écran devant le juge des référés. La jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA* 2006, pp. 1875-1880.
- GLENARD (G.), « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », *AJDA* 2003, pp. 2008-2017.
- GOERLICH (H.), « Les droits constitutionnels fondamentaux : essence, signification et doctrines générales », in *La Constitution de la République fédérale d'Allemagne*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp. 49-69.
- GOUDOUIN (G.), « L'oralité dans la procédure de référé », *RFDA* 2007, pp. 68-72.
- GOULARD (G.), « Les transformations de la juridiction administrative en France et en Espagne », *RA* 1999, numéro spécial 7, pp. 56-59.
- GOURDOU (J.), « Juge des référés. Organisation. Dispositions générales », *Jcl. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), 16 p.
- GOYARD (C.), « Unité et plénitude de juridiction », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, pp. 597-606.
- GOYARD-FABRE (S.), « L'Etat de droit. Problématiques et problèmes », *Cahiers de philosophie politique et juridique* 1993, n° 24, L'Etat de droit (M. TROPER dir.), pp. 9-21.
- GRIDEL (J.-P.), « Le refus de soins au risque de la mort », *GP* 19-20 juin 2002 spécial Droit de la santé, pp. 997-1003.
- GROS (M.), « Le juge administratif, la procédure et le temps », *RDP* 1999, pp. 1707-1722.
- GUASTINI (R.), « Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation », *RDP* 1991, pp. 1079-1087.
- GUETTIER (C.), « Injonction et astreinte », *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), 50 p.
- GUYON (Y.), « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 136-142.
- GUINCHARD (S.), « Vers une démocratie procédurale », *Justices* 1999, pp. 91-130.
- GUINCHARD (S.), « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp. 1135-1211.
- HAIM (V.), « L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse », *AJDA* 1996, pp. 715-720.
- HAÏM (V.), « Référé liberté et administration des collectivités territoriales », *AJDA* 2005, pp. 810-813.
- HAMON (F.) et MAISL (H.), « L'urgence et la protection des libertés contre l'administration », *D.* 1982, chron. n° VII, pp. 49-54.
- HAMON (L.), « La définition constitutionnelle des droits et libertés en France », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica PUAM, coll. DPP, 1987, pp. 41-62.
- HAURIOU (A.), « Réflexions sur les statuts épistémologiques respectifs du pouvoir et de la liberté », *RDP* 1974, pp. 642-662.
- HELIN (J.-C.), « La protection du citoyen contre l'administration. Réflexions sur l'évolution contemporaine des voies de la protection », *LPA* 23 novembre 1990, n° 141, pp. 9-17.
- HOCREITERE (P.), « Les nouvelles règles applicables au contentieux administratif de l'urbanisme », *BJDU* 2001/1, pp. 2-9.

- HOFMANN (R.), « Du titulaire des droits fondamentaux : l'individu et/ou les groupes ? », in *Le patrimoine constitutionnel européen*, colloque Montpellier, 22-23 novembre 1996, éditions du Conseil de l'Europe, 1997, pp. 180-209.
- HUBAC (S.) et ROBINEAU (Y.), « Droit administratif : vues de l'intérieur », *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 113-126.
- HUET (P.), « L'évolution cyclique de la compétence administrative en matière de protection de la liberté individuelle », *RA* 1972, pp. 19-24.
- JACQUELIN (R.), « L'évolution de la procédure administrative », *RDP* 1903, pp. 373-447 (1^{ère} partie) et pp. 5-22 (2^{ème} partie).
- JACQUINOT (N.), « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA* 2003, pp. 658-666.
- JANIS (M.), « La notion de droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 52-55.
- JEAN-PIERRE (D.), « Les référés suspension et liberté dans le contentieux de la fonction publique », *JCP A* 2004, 1312.
- JEANNEAU (B.), « Juridicisation et actualisation de la Déclaration de 1789 », *RDP* 1989, pp. 635-663.
- JEGOUZO (Y.), « Procédures d'urgence et libertés fondamentales », *AJDA* 2003, p. 633.
- JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 44-51.
- JULIEN-LAFERRIERE (F.), « L'Etat de droit et les libertés », in *Pouvoir et libertés. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, pp. 153-176.
- KARPEN (U.), « L'Etat de droit », in *La Constitution de la République fédérale d'Allemagne. Essai sur les droits fondamentaux et les principes de la Loi fondamentale avec une traduction de la Loi fondamentale* (U. KARPEN dir.), Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp. 173-191.
- KUSKO-STADLMAYER (G.), « Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien », *CCC* n° 10, 2001, pp. 82-89.
- LABAYLE (H.), « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 75-91.
- LABETOULLE (D.), « Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique ?, pp. 79-80.
- LABETOULLE (D.), « Le référé nouveau est arrivé », *AJDA* 2001, p. 211.
- LABETOULLE (D.), « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque du 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, pp. 15-26.
- LABETOULLE (D.), Conclusion du colloque *Le juge administratif et les libertés publiques*, *RFDA* 2003, pp. 1120-1122.
- LABETOULLE (D.), « L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003 », *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1.
- LACABARATS (A.), « Le référé », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, pp. 213-224.
- LACHAUME (J.-F.), « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 92-105.
- LAFARGE (F.), « Le contrôle des décisions de l'administration en Italie », *AJDA* 1999, pp. 678-688.
- LAVIALLE (C.), « Voie de fait et domaine public », *RFDA* 2000, pp. 1041-1049.
- LATOURNERIE (R.), « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, pp. 179-275.

- LATOURNERIE (M.-A.), « Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française », *RFDA* 2000, pp. 921-928.
- LECLERCQ (C.), « Le déclin de la voie de fait », *RDP* 1961, pp. 657-713.
- LENOBLE (J.), « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in *La crise du juge* (J. LENOBLE dir.), LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, pp. 139-156.
- LEVADE (A.), « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 687-702.
- LEMOYNE DE FORGES (J.-M.), « La lenteur de la justice administrative et les droits de l'homme », *Administration* 1990, n° 46, pp. 120-122.
- LEPAGE (C.), « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *Coll. ter.* 2000, chron. n° 7.
- LEWALLE (P.), « Le contrôle de l'administration : l'effectivité du contrôle de la légalité », *RA* 2000, numéro spécial 3, pp. 132-176.
- LE BAUT-FERRARESE (B.), « Les procédures d'urgence et le langage du droit », *RFDA* 2002, pp. 296-314.
- LE BAUT-FERRARESE (B.), « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA* 25 février 2004, n° 40, pp. 4-11.
- LE BERRE (J.-M.), « Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration », *AJDA* 1979, pp. 14-18.
- LE FOYER DE COSTIL (H.), « Le vol d'aigle du juge des référés », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 341-378.
- LIET-VEAUX (G.), « La justice administrative au ralenti », *D.* 1948, chron., p. 133-136.
- LOCHAK (D.), « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA* 1981, pp. 387-392.
- LOCHAK (D.), « L'étranger et les droits de l'homme », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 615-633.
- LOCHAK (D.), « L'agencement des catégories juridiques : la structure du droit administratif », in *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, 1985, pp. 89-106.
- LOCHAK (D.), « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », in *Droit et politique* (CURAPP dir.), PUF, 1993, pp. 141-151.
- LOCHAK (D.), « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs* n° 84, 1998, pp. 15-30.
- LOCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 43-55.
- LOMBARD (M.), « Eloge de la « folle du logis » : la dialectique de la théorie de la voie de fait et du référé-liberté », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, vol. 2, pp. 1125-1141.
- MADIOT (Y.), « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, pp. 353-365.
- MARCHAND (Y.), « Le nouveau référé administratif : un danger pour l'intérêt général », *RGCT* 2000, pp. 89-91.
- MARCOUX (L.), « Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne », *RIDC* 1983, pp. 691-733.
- MARCOU (G.), « Le référé administratif et les collectivités territoriales », *LPA* 14 mai 2001, n° 95, pp. 43-47.

- MARCOU (G.), « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », *RFDA* 2006, pp. 84-95.
- MARION (A.) (pseudonyme), « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 21-34.
- MARTENS (P.), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 1, Bruylant, 1992, pp. 49-68.
- MARTIN (R.), « Les nouveaux référés administratifs », *Annales des loyers* 2002, pp. 1108-1116.
- MARTY (G.), « Droits de l'homme et droit comparé », in *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*, t. 4 *Méthodologie des droits de l'homme*, Pédone, 1972, pp. 259-270.
- MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de droits fondamentaux », *D.* 1995, pp. 211-212.
- MATHIEU (B.), « Les droits des personnes malades », *LPA* 19 juin 2002, n° 122, numéro spécial La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système français (A. LAUDE dir.), pp. 10-18.
- MBONGO (P.), « Constitution française et libertés. Dits, non-dits, clairs-obscurs et idées reçues », *RA* 2002, pp. 594-610.
- MELLERAY (F.), « L'exorbitance du droit du contentieux administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloque des 11 et 12 décembre 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, pp. 277-310.
- MERZUCOT (B.), « L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative », in *Le droit administratif en mutation* (CURAPP dir.), PUF, 1993, pp. 177-199.
- MODERNE (F.), « Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et libertés en France », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica PUAM, coll. DPP, 1987, pp. 63-106.
- MODERNE (F.), « « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *RFDA* 1990, pp. 798-821.
- MODERNE (F.), « Y a-t-il des sources complémentaires de la Constitution dans la jurisprudence constitutionnelle ? », *LPA* 7 octobre 1992, n° 121, pp. 7-15.
- MODERNE (F.), « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA* 1996, pp. 43-57.
- MODERNE (F.), « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne », in *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux* (F. SUDRE et H. LABAYLE dir.), journée d'étude des 4 et 5 novembre 1999, Bruylant, coll. Droit et justice, 2000, pp. 35-84.
- MODERNE (F.), « Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif ? », *D.* 2001, pp. 3283-3285.
- MODERNE (F.), « Le référé-liberté devant le juge administratif », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, pp. 131-149.
- MODERNE (F.), « Rapport de synthèse. Vers la banalisation des procédures d'urgence », *RFDA* 2007, pp. 91-99.
- MONTEILLET (I.), « La réforme des pouvoirs du juge administratif face à l'urgence », *GP* 2000, 1, pp. 1517-1521.
- MORAND-DEVILLER (J.), « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.), Economica, 1991, pp. 183-201.
- MOREL (A.), « Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, éd. AUPÉLF-UREF, 1994, pp. 317-328.
- MOUTOUH (H.), « La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la « folle du logis » enfin domestiquée ? », *D.* 1999, dernière act., pp. 1-2.

- MISTRETTA (P.), « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation », *JCP G* 2002, I, 141.
- MOOR (P.), « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, pp. 319-341.
- MORANGE (J.), « Vers une codification des libertés en France ? », *RDP* 1977, pp. 259-281.
- MORANGE (J.), « La crise de la notion de liberté publique », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, pp. 91-117.
- MORANGE (J.), « Le droit français des libertés publiques a-t-il un avenir ? », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp. 1315-1329.
- MOREAU (J.), « Voie de fait », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1993, 9 p.
- MORLOT-DEHAN (C.), « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *LPA* 4 septembre 2000, n° 176, pp. 4-11.
- MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 85-100.
- MUSO (J.-P.), « L'administration face à la justice de l'urgence », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique ?, pp. 77-78.
- NAHMIA (N.), « Référé administratifs. Réforme ou révolution ? », *Les cahiers juridiques* mars 2001, pp. 18-20.
- NORMAND, « Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle », *RTDciv* 1996, pp. 181-191.
- NORMAND (J.), « Le juge judiciaire, gardien non exclusif des libertés. Le cas des étrangers », *RTDciv* 1998, pp. 235-247.
- OBERDORFF (H.), « Le justiciable, le juge administratif et le temps », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, PUG, 1995, pp. 281-296.
- RENOUX (T.-S.), « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G* 2003, I, 3675.
- RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDP* 1984, pp. 587-606.
- ROUAULT (M.-C.), « La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif », *D.* 2001, pp. 398-403.
- PACTEAU (B.), « Dualité de juridictions et dualité de procédures », *RFDA* 1990, pp. 66-70.
- PACTEAU (B.), « Le juge unique dans les juridictions administratives. Le point de vue de la doctrine », *GP* 1998, 1, pp. 177-182.
- PACTEAU (B.), « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction », *RA* 1999, numéro spécial, pp. 51-65.
- PACTEAU (B.), « Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif », *RA* 2000, numéro spécial 3, pp. 91-105.
- PACTEAU (B.), « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFDA* 2000, pp. 959-962.
- PACTET (P.), « Quelques réflexions sur les principes relatifs aux libertés et aux droits sous la V^e République », in *Etudes offertes à C.-A. COLLIARD. Droits et libertés à la fin du XX^e siècle : influence des données économiques et technologiques*, Pedone, 1984, pp. 575-588.
- PANIGEL-NENNOUCHE (M.), « Le juge administratif de l'urgence », *Le Droit ouvrier* 2004, pp. 256-264.
- PARIENTE (A.), « Le refus de soins : réflexions sur un droit en construction », *RDP* 2003, pp. 1419-1447.

- PASTOR (B.) et VAN GINDERACHTER (E.), « La procédure en référé », *RTDE* 1989, pp. 561-621.
- PAVIA (M.-L.), « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA* 6 mai 1994, n° 54, pp. 6-13.
- PELLOUX (R.), « Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », *RDP* 1981, pp. 53-68.
- PERROT (R.), « L'évolution du référé », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 645-663.
- PERROT (R.), « Du « provisoire » au « définitif » », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 447-461.
- PETER (B.), « Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand », *RDP* 1993, pp. 185-214.
- PEZ (T.), « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA* 2003, pp. 370-385.
- PFERSMANN (O.), « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'« Etat de droit » », in *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN dir.), PUS, 2001, pp. 53-78.
- PFERSMANN (O.), « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective », *CCC* n° 10, 2001, pp. 65-71.
- PHILIPPE (X.), « Le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux dans les pays européens », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, éd. AUPELF-UREF, 1994, pp. 405-424.
- PICARD (E.), « Dualisme juridictionnel et liberté individuelle. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.), Economica, 1991, pp. 165-180.
- PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 6-42.
- PICARD (E.), « Les rapports entre le Droit international public et la Constitution selon la jurisprudence du Conseil d'Etat », *RA* 1999, numéro spécial *Evolutions et révolutions du contentieux administratif*, pp. 15-46.
- PISSALOUX (J.-L.), « Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures de référé administratif », *Dr. adm.* 2001, chron. n° 18 (1^{ère} partie) et 21 (2^{ème} partie).
- PLESSIX (B.), « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », *RFDA* 2007, pp. 76-80.
- PLOUVIN (J.-Y.), « Au secours, le juge civil des référés arrive ! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés) », *GP* 4 mars 1989, 1, pp. 102-106.
- PONTIER (J.-M.), « Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en France », *AEAP* 1983/VI, *Contrôle juridictionnel et nouvelles protections*, pp. 43-60.
- POULY (C.), « Le référé administratif à l'épreuve du droit des étrangers », *GP* 2005, 1, pp. 2470-2476.
- PRETOT (X.), « Bloc de constitutionnalité », *Jcl. administratif*, fasc. 1418 (11, 2002), 30 p.
- PUGEAULT (S.), « Le juge administratif des référés, gardien des libertés », in *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, pp. 401-414.
- QUENEUDEC (J.-P.), « Les systèmes juridictionnels, approche comparée », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.), Economica 1991, pp. 15-23.
- REDOR (M.-J.), « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *CRDF* n° 1, 2002, pp. 91-101.
- RENAULD (J.), « Réflexions sur la nature des droits de l'homme », *RIDC* 1968, pp. 149-167.
- RENOUX (T.-S.), « Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, colloque des 9 et 10 décembre 1994 (GERJC dir.), PUAM La documentation française, 1995, pp. 77-116.

- REY (J.-L.), « Cours administratives d'appel et réforme du référé », *Dr. adm.* 2001, comm. n° 196 ; *AJDA* 2001, pp. 526-528.
- ROBERT (J.), « La protection des libertés publiques par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ Montchrestien, 1988, pp. 421-433.
- RUIZ MIGUEL (C.), « *L'amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », *CCC* n° 10, 2001, pp. 90-98.
- RICHER (L.), « Des droits du juge à ceux du justiciable », *AJDA* 1986, pp. 278-283.
- RICHER (L.), « L'instance de référé d'urgence », *RFDA* 2002, pp. 269-271.
- RIDEAU (J.), « Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit », in *Le droit au juge dans l'Union européenne* (J. RIDEAU dir.), LGDJ, 1998, pp. 3-7.
- RICCI (J.-C.), « Feu sur la voie de fait ? », *RRJ* 1998/1, pp. 9-11
- RICCI (J.-C.), « La justice administrative, une justice enfin rapide ? », *RRJ* 2000/2, pp. 437-439.
- RICCI (J.-C.), « Quels référés pour quels pouvoirs ? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension », *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, pp. 3089-3097.
- RIVERO (J.), « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron., pp. 37-40.
- RIVERO (J.), « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, t. II, pp. 813-836.
- RIVERO (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *Etudes offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, pp. 457-469.
- RIVERO (J.), « Les droits de l'homme, catégorie juridique ? », in *Perpectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, t. III, Instituto de estudios de Administración local, 1969, pp. 23-40.
- RIVERO (J.), « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Etudes offertes à Jean-Jacques Chevallier*, éd. Cujas, 1977, pp. 247-258.
- RIVERO (J.), « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », *EDCE* 1979-1980, pp. 27-30.
- RIVERO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 675-685.
- RIVERO (J.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, pp. 75-96.
- RIVERO (J.), « Dualité de juridictions et protection des libertés », *RFDA* 1990, pp. 734-738
- RIVERO (J.), « Rapport de synthèse », *AEAP* 1993/XVI, *Constitution et administration en Europe*, pp. 279-287.
- RIVERO (J.), « Les limites de la liberté », in *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, pp. 189-194.
- RIVERO (J.), « L'administré face au contrôle contentieux de l'administration », *RA* 1999, numéro spécial 9, pp. 218-220.
- ROBERT (J.), « La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et réformes », *RDJ* 1989, pp. 1255-1285.
- ROUAULT (M.-C.), « Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence », *LPA* 3 août 1999, n° 153, pp. 9-18.
- ROUSSEAU (D.), « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDJ* 1990, pp. 5-22.
- SALES (E.), « Le juge et les libertés », *Cahiers français* n° 296 *Les libertés publiques*, 2000, pp. 34-42.

- SALES (E.), « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDP* 2004, pp. 207-241.
- SASSO (L.), « Les fonctions des droits fondamentaux en Europe », in *Questions sur le droit européen*, colloque Caen, 23 février 1996 (C. GREWE dir.), Presses universitaires de Caen, 1996, pp. 161-187.
- SAUVE (J.-M.), « Etat de droit et efficacité », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique ?, pp. 119-128.
- SCHEUING (D.-H.), « La protection des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne », in *Perpectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, t. III, Instituto de estudios de Administracion local, 1969, pp. 309-359.
- SCHRAMMECK (O.), « Droit administratif et droit constitutionnel », *AJDA* 1995, numéro spécial Le droit administratif, pp. 34-42.
- SCHWARZE (J.), « Le juge, regard étranger », *AJDA* 1995, numéro spécial Le droit administratif, pp. 233-240.
- SEPULVEDA (A.-C.), « La protection des droits fondamentaux en Amérique latine », *V Congrès de l'AFDC*, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002, Atelier n° 6, 5 p.
- SESTIER (J.-F.), « La pratique du référé : la perception par le barreau », *RFDA* 2007, pp. 80-86.
- SIMON (M.), « Droits de l'homme et pouvoir exécutif », in *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*, t. 4 *Méthodologie des droits de l'homme*, Pédone, 1972, pp. 185-190.
- SOMMERMANN (K.-P.), « Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand », *RFDA* 1995, pp. 1145-1171.
- STAHL (J.-H.), « Le juge administratif, garantie de l'administration ? », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique ?, pp. 58-60.
- STARCK (C.), « La protection des droits de l'homme : quelles procédures ? », *REDP* 2001, pp. 121-137.
- STERN (K.), « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles Constitutions d'Europe centrale et orientale », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, pp. 415-442.
- STILLMUNKES (P) et (J.), « Distinction des contentieux », *Jcl. administratif*, fasc. 1120 (11, 1999), 14 p.
- STIRN (B.), « L'état des libertés : bilan critique », *Pouvoirs* n° 84, 1998, pp. 99-110.
- STIRN (B.), « Le Conseil d'Etat et les libertés », in *La liberté dans tous ses états. Liber amicorum en l'honneur de Jacques Georget*, éd. Apogée, 1998, pp. 221-230.
- STIRN (B.), « Les libertés et les étrangers », *Cahiers français* n° 296 *Les libertés publiques*, 2000, pp. 85-94.
- STIRN (B.), « La juridiction administrative : problèmes actuels et réformes », *RA* 1999, numéro spécial 7, pp. 134-138.
- STIRN (B.), « Permanences et évolutions du juge administratif », *Cahiers de la Fonction publique et de l'Administration*, n° 183, octobre 1999, pp. 3-5.
- STIRN (B.), « Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat : concurrence ou complémentarité ? », in *Mélanges Paul Sabourin*, Bruylant, 2001, pp. 367-382.
- STIRN (B.), « Juridiction et jurisprudence administratives : le temps du mouvement », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper, Economica*, 2006, pp. 939-950.
- STIRN (B.), « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 795-801.
- STRICKLER (Y.), « Réflexions sur le référé judiciaire. « Retour sur le provisoire » », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, pp. 73-82.
- STRICKLER (Y.), « Regard d'un privatiste sur le référé administratif », *RFDA* 2007, pp. 86-90.

- SZABO (I.), « Le droit comparé et les droits de l'homme », in *Miscellanea W.J Ganshof Van der Meersch*, t. 2, LGDJ, 1972, pp. 925-941.
- TCHEN (V.), « Recherches sur les droits fondamentaux de l'étranger », *LPA* 22 mai 1995, n° 61, pp. 4-13.
- TCHEN (V.), « Questions sur un silence : les droits fondamentaux dans l'élaboration de la cinquième République », *Revue juridique d'Auvergne*, vol. 97-98/3, numéro spécial colloques, pp. 119-140.
- TCHEN (V.), « Protection des droits fondamentaux », *Jcl. administratif*, fasc. 1440 (11, 2002), 29 p.
- TERRE (F.), « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », *Droit des libertés fondamentales* (R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET dir.), 9^{ème} éd., Dalloz, 2003, pp. 3-6.
- THIRIEZ (F.), « La justice administrative », *LPA* 26 juin 1998, n° 76, numéro spécial *Pour une autre justice* (association Droit et démocratie dir.), pp. 41-46.
- PAMPOU TCHIVOUNDA (G.), « Recherches sur l'urgence en droit administratif français », *RDP* 1983, pp. 81-133.
- TERNEYRE (P.), « Le droit constitutionnel au juge et ses limites », *LPA* 4 décembre 1991, n° 145, pp. 4-14.
- THIERRY (D.), « La jurisprudence Eucat dix ans après : sa portée sur la théorie de la voie de fait », *RFDA* 1997, pp. 524-537.
- THIRIEZ (F.), « Le projet de loi relatif aux procédures d'urgence devant le juge administratif des référés », *LPA* 21 avril 1999, n° 79, pp. 4-7.
- THIRIEZ (F.), « La justice administrative », *LPA* 26 juin 1998, n° 76, numéro spécial *Pour une autre justice*, colloque de l'association Droit et démocratie, 21 janvier 1998, pp. 41-46.
- TRAORE (S.), « Référé-injonction et voie de fait – Vers un retour à l'orthodoxie en matière de voie de fait », *Dr. adm.* 2001, chron. n° 9.
- TREMEAU (J.), « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *AJDA* 2003, pp. 653-658.
- TROUILLY (P.), « L'environnement et les nouvelles procédures d'urgence devant le juge administratif », *Environnement* 2002, chron. n° 15.
- TURPIN (D.), « Les libertés publiques sous la V^e République », *RDP* 1998, pp. 1831-1852.
- VALADOU (P.), « Le pouvoir de commandement du juge à l'administration », *LPA* 29 mai 1995, n° 64, pp. 4-10.
- VALLET (O.), « La fin du droit public ? », *RA* 1992, n° 265, pp. 5-8.
- VANDERMEEREN (R.), « Les espoirs et les interrogations du juge », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, PUG, 1995, pp. 229-246.
- VANDERMEEREN (R.), « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 2000, pp. 706-721.
- VANDERMEEREN (R.), « Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 », *BJDCP* n° 13, 2000, pp. 390-398.
- VANDERMEEREN (R.), « La réforme du référé administratif », in *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000* (G. LEBRETON dir.), L'Harmattan, 2002, pp. 143-160.
- VANDERMEEREN (R.), « Le référé-suspension », *RFDA* 2002, pp. 250-260.
- VAN DER VEN (J.J.M.), « Vers une philosophie des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin* vol. 1, Bruylant Sirey, 1963, pp. 341-357.
- VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682.

- VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851.
- VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1954, pp. 21-53.
- VEDEL (G.), « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. II, LGDJ, 1974, pp. 777-793.
- VERPEAUX (M.), « La liberté », *AJDA* 1998 numéro spécial, pp. 144-151.
- VERPEAUX (M.), « Tribunaux administratifs : un anniversaire et des réponses (partielles) », *AJDA* 2003, p. 1953.
- VIALA (A.), « La notion d'Etat de droit : l'histoire d'un défi à la science juridique », *REDP* printemps 2000, vol. 13, n° 1, pp. 673-693
- VON OERTZEN (H.-J.), « Le contrôle de l'administration par les juridictions administratives », *RFAP* 1996/78, pp. 345-356.
- WACHSMANN (P.), « Déclaration ou constitution des droits ? », in *1789 et l'invention de la Constitution* (M. TROPER et L. JAUME dir.), colloque des 2, 3 et 4 mars 1989, LGDJ Bruylant, 1994, pp. 44-54.
- WACHSMANN (P.), « Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration ? », in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, pp. 95-109.
- WACHSMANN (P.), « L'importation en France de la notion de « droits fondamentaux » », *RUDH* 2004, pp. 40-49.
- WACHSMANN (P.), « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA* 2007, pp. 58-63.
- WALINE (J.), « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *RDP* 1984, pp. 1327-1349
- WALINE (M.), « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE* 1956, pp. 25-33.
- WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin* vol. 1, Bruylant Sirey, 1963, pp. 359-371.
- WEIL (P.), « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence*, 1959, pp. 281-290.
- WEIL (P.), « Les techniques de protection des libertés publiques en droit français », in *Mélanges Marcel Bridel*, Imprimeries réunies S.A., 1968, pp. 609-629.
- WEIL (P.), « Droits de l'homme et droit administratif », in *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*, t. 4 *Méthodologie des droits de l'homme*, Pédone, 1972, pp. 245-258.
- WOEHLING (J.-M.), « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 341-368.
- WOEHLING (J.-M.), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en droit français », *RFAP* n° 30, 1984, pp. 197-221.
- WOEHLING (J.-M.), « Procédure et pouvoirs du juge en contentieux administratif », Trentième anniversaire des tribunaux administratifs, Grenoble, 15-16 mars 1984, éd. CNRS, 1986, pp. 73-88.
- WOEHLING (J.-M.), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest. Particularismes et convergences », *REDP* hiver 1994, vol. 6, n° 2, pp. 353-389.
- WOEHLING (J.-M.), « Le référé-liberté en droit français », in *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS dir.), Bruylant Némésis, coll. Droit et justice, 2005, pp. 23-28.
- YOLKA (P.), « Vers une exception de référé parallèle ? », *AJDA* 2004, p. 57.

- ZOLLER (E.), « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaines et française », *RIDC* 2001/3, pp. 559-574.
- ZOLLER (E.), « *Due process of law* et principes généraux du droit », in *Mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, pp. 235-247.

COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT EN MATIÈRE DE RÉFÉRÉ-LIBERTÉ

Conseil d'Etat

- CE, ord. 9 août 2001, *Aït-Taleb, Lebon T.* p. 1128 : *Dr. adm.* 2001, comm. n° 240, obs. X. ; *Droit pénal* 2002, comm. n° 24, note A. MARON.
- CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes, Lebon p. 1* : *JCP G* 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU.
- CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon p. 12* : *JCP G* 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU ; *AJDA* 2001, pp. 589-593, note J. MORRI et S. SLAMA.
- CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon p. 18* : *D.* 2002, SC, pp. 2227-2229, obs. R. VANDERMEEREN ; *RFDA* 2001, pp. 378-388, concl. L. TOUVET ; *RGCT* 2001, pp. 783-794, concl. L. TOUVET ; *CJEG* 2001, pp. 161-173, concl. L. TOUVET ; *RFDA* 2001, pp. 681-687, note M. VERPEAUX ; *JCP G* 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU ; *LPA* 12 février 2001, n° 30, note N. CHAHID-NOURAI et C. LAHAMI-DEPINAY ; *Procédures* 2001, comm. n° 73, obs. S. DEYGAS ; *RDP* 2002, pp. 752-756, chron. C. GUETTIER ; *AJDA* 2001, pp. 153-157, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *Dr. adm.* 2001, comm. n° 155, obs. L.T. ; *Coll. ter.* 2001, comm. n° 85, pp. 20-21, note J. MOREAU ; *JCP G* 2001, IV, 2976, chron. M.-C. ROUAULT.
- CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri, Lebon p. 85* : *JCP G* 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU ; *D.* 2001, pp. 1748-1751, note R. GHEVONTIAN ; *RFDA* 2001, pp. 629-649, note B. MALIGNER ; *Com. com. électr.* 2001, comm. n° 51, obs. G. DECOCQ et A. LEPAGE.
- CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas, Lebon p. 108* : *D.* 2002, SC, pp. 2229-2230, obs. R. VANDERMEEREN ; *RFDA* 2001, pp. 399-406, concl. P. FOMBEUR ; *RDP* 2001, pp. 761-762, chron. C. GUETTIER ; *JCP G* 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU ; *AJDA* 2001, pp. 971-978, note I. LEGRAND et L. JANICOT ; *Coll. ter.* 2001, comm. n° 134, note J. MOREAU ; *Les informations administratives et juridiques* 2001/3, pp. 15-18, note X ; *JCP G*, 2001, IV, 3014, obs. M.-C. ROUAULT.
- CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage, Lebon p. 112* : *RFDA* 2001, pp. 390-398, concl. D. CHAUVAU.
- CE, ord. 22 mars 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T.* p. 1134 : *RGCT* 2001/18, pp. 965-966, chron. J.-C. RICCI.
- CE, ord. 22 mars 2001, *Meyet, Lebon T.* p. 1130 : *Coll. ter.* 2001, comm. 167, note J. MOREAU ; *RGCT* 2001/18, pp. 967-968, chron. J.-C. RICCI.
- CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon p. 154* : *RDI* 2001, pp. 275-277, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *RGCT* 2001/18, pp. 967-968, chron. J.-C. RICCI ; *BJDU* 2001/2, pp. 111-114, obs. J.-C. BONICHOT.
- CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur cf Djalout, Lebon p. 158* : *JCP G* 2002, II, 10003, note F. LICHÈRE.

- CE, ord. 2 mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri, Lebon* p. 227 : D. 2001, pp. 3478-3481, note F. JULIEN-LAFERRIERE.
- CE, ord. 9 août 2001, *Medrinal, Lebon T.* p. 1127 : *Procédures* 2001, comm. n° 239, note S. DEYGAS.
- CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385 : *Procédures* 2001, comm. n° 241, p. 20, note S. DEYGAS.
- CE, ord. 15 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* p. 466 : *LPA* 15 février 2002, n° 34, pp. 15-20, note J. JUVENAL.
- CE, ord. 18 octobre 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071 : *Revue juridique personnes et famille* 2002, n° 2, p. 14, obs. E. PUTMAN.
- CE, ord. 22 octobre 2001, *Caillat et autres, Lebon* p. 479 : D. 2002, SC, pp. 2709-2710, note J.-F. LA-CHAUME.
- CE, 29 octobre 2001, *Raust, Lebon T.* p. 1090 : *Revue de droit fiscal* 2002, n° 284, pp. 570-571, concl. G. GOULARD.
- CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523 : *RFDA* 2002, pp. 324-335, concl. I. DE SILVA ; *AJDA* 2001, pp. 1054-1059, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN.
- CE, ord. 7 novembre 2001, *Tabaka, Lebon T.* p. 789, 1125 : *RDP* 2001, pp. 1645-1657, note P. JAN ; *LPA* 22 mars 2002, n° 59, pp. 15-19, note O. CURTIL.
- CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* p. 551 : *Dr. adm.* 2002, comm. n° 41, note M. LOMBARD.
- CE, ord. 24 janvier 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer, Lebon T.* p. 873 : *LPA* 14 mars 2002, n° 53, pp. 17-18, note N. KATTINEH.
- CE, ord. 20 février 2002, *Plouquin*, n° 243234 : *Environnement* 2002, comm. n° 74, obs. P. TROUILLY.
- CE, ord. 1^{er} mars 2002, *Bonfils, Lebon* p. 69 : *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 2002, n° 4, p. 669, obs. G. ORSONI.
- CE, 6 mars 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T.* p. 852 : *AJDI* 2002, pp. 270-271, note L. D. ; *Constr. urb.*, 2002, comm. n° 261, note N. ROUSSEAU.
- CE, ord. 18 mars 2002, *GIE Sport libre et autre, Lebon* p. 106 : *Contrats et marchés publics*, juin 2002, pp. 27-28, note J.-P. PIETRI ; *JCP G* 2002, I, 142, obs. C. BOITEAU ; D. 2002, pp. 2292-2293, note J.-C. ZARKA ; D. 2002, IR, pp. 1240-1241, obs. X ; *JCP G* 2002, IV-2852, obs. M.-C. ROUAULT.
- CE, ord. 26 mars 2002, *Société Route Logistique Transports, Lebon* p. 114 : *Bulletin des transports et de la logistique* 2002, n° 2935, pp. 255-256, note X.
- CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon* p. 117 : *BJCL* 2002, pp. 93-95, concl. T. OLSON ; D. 2003, pp. 1115-1116, note R. MARTIN ; *AJDA* 2003, pp. 345-349, note P. GROSIEUX ; *RFDA* 2003, p. 386, note Y. LEQUETTE ; D. 2002, pp. 2080-2082, note J.-C. ZARKA ; *Annales des loyers* 2002, pp. 2197-2205, note P. BOULISSET.
- CE, ord. 25 avril 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155 : *Droit de l'environnement* 2002, comm. n° 99, note B. BUSSON ; *Environnement* 2002, comm. n° 109, note A. FARO.
- CE, ord. 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres, Lebon* p. 168 : *AJDA* 2002, pp. 818-821, note E. DESCHAMPS.
- CE, 11 juin 2002, *M. Aït Oubba, Lebon T.* p. 869 ; *AJDA* 2002, pp. 764-766, note L. TAVERNIER.
- CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215 : *AJDA* 2002, pp. 590-592, chron. F. DONNAT et D. CASAS.
- CE, ord. 27 juin 2002, *Centre hospitalier général de Troyes, Lebon* p. 228 : *AJFP* 2002, p. 50, obs. J.M. ; *AJDA* 2002, pp. 965-966, note E. ROYER.
- CE, ord. 16 juillet 2002, *Feuillatey, Lebon* p. 309 : *Droit, déontologie et soin* septembre 2002, vol. 2, n° 3, pp. 416-425, note L. OUATAH ; *LPA* 26 mars 2003, n° 61, pp. 4-10, note C. CLEMENT ; *JCP*

- G* 2002, II, 10184, note P. MISTRETTA ; *GP* 2002, 2, p. 1345, note F.-J. PANSIER ; *GP* 2002, I, pp. 1729-1731, note Y. LACHAUD ; *JCP A* 2002, 1022, note A. MERSCH ; *Resp. civ. et ass.* 2002, chron. n° 21, note S. PORCHY-SIMON ; *Dr. adm.* 2002, comm. n° 188, note E. AUBIN ; *RGDM* 2003/9, pp. 97-104, note B. MATHIEU ; *RGDM* 2003/10, pp. 143-155, note A. GARAY ; *GP* 23 mars 2003, pp. 2-5, note O. YACOUB ; *Droit de la famille* 2003, comm. n° 11, note S. MOUTON.
- CE, ord. 22 juillet 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRI)*, n° 248734 : *Contrats et marchés publics* novembre 2002, pp. 23-25, note J.-P. PIETRI.
- CE, ord. 8 août 2002, *da Costa*, n° 249409 : *Constr. urb.* 2002, comm. n° 305, note P. BENOIT-CATTIN ; *Contrats et marchés publics* 2002, comm. 236, note P. SOLER-COUTEAUX ; *AJDI* 2002, pp. 555-556, note P. SOLER-COUTEAUX.
- CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311 : *AJDA* 2002, pp. 1017-1023, note X. BRAUD.
- CE, ord. 16 septembre 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T.* p. 314 : *JCP G* 2003, 10037, note J. SOULIE ; *D.* 2002, IR, p. 2718, obs. X.
- CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* p. 874 : *RFDA* 2003, p. 386, note Y. LEQUETTE.
- CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranant*, *Lebon T.* p. 875 : *LPA* 25 août 2003, n° 169, note J. MASSIP, pp. 10-13.
- CE, ord. 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Société Kerry*, *Lebon T.* p. 928, 931 : *AJDA* 2003, pp. 342-345, note J.-P. GILLI.
- CE, ord. 3 janvier 2003, *Belminar et autres*, n° 253045 : *AJDA* 2003, pp. 953-954, note J.-P. MARKUS.
- CE, ord. 5 février 2003, *Matelly*, n° 253871 : *LPA* 3 novembre 2003, n° 219, pp. 4-5, chron. D. ROMAN.
- CE, ord. 21 février 2003, *Maillot*, *Lebon T.* p. 914 : *Revue juridique personnes et famille* 2003, n° 7/8, pp. 20-21, note E. PUTMAN.
- CE, ord. 28 février 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* p. 68 : *AJDA* 2003, pp. 1171-1178, note P. CASSIA et A. BEAL ; *JCP A* 2003, 1584, note J.-P. QUILLIEN.
- CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931 : *LPA* 3 novembre 2003, n° 219, pp. 10-11, chron. D. ROMAN.
- CE, ord. 19 mars 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, n° 255191 : *LPA* 3 novembre 2003, n° 219, p. 8, chron. D. ROMAN.
- CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov*, *Lebon* p. 146 : *AJDA* 2003, pp. 1662-1664, note O. LECUCQ.
- CE, 16 juin 2003, *Hug-Kalinkova et autres*, *Lebon T.* p. 931 : *BJCL* 2003/8, p. 607 et s., concl. S. AUSTRY ; *Coll. ter.* 2003, comm. n° 193, obs. J. MOREAU.
- CE, ord. 1^{er} juillet 2003, *Association Zalea TV*, n° 258105 : *JCP G* 2003, I, 182, obs. G. CARAYRE.
- CE, 2 juillet 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon* p. 306 : *AJDA* 2003, pp. 1780-1785, concl. G. BACHELIER ; *JCP A* 2003, 1384, note J.M ; *JCP G* 2004, I, 125, note H. PERINET-MARQUET ; *JCP G* 2003, II, 10180, note J. MARTIN et P.-Y. NAULEAU ; *RTDciv* 2004, p. 324, obs. P. CROCQ.
- CE, ord. 2 juillet 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p. 930 : *AJDA* 2003, pp. 2218-2221, note J.-P. MARKUS.
- CE, ord. 25 juillet 2003, *Ministre de la Jeunesse, de l'Education et de la Recherche c/ Syndicat unifié des directeurs, instituteurs et professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO)*, n° 258677 : *AJDA* 2004, pp. 447-451, note O. GRIMALDI.

- CE, ord. 5 août 2003, *Association des fonctionnaires reclassés de France Télécom*, n° 259184 : *JCP A* 2003, 1835, obs. J. MOREAU.
- CE, 29 octobre 2003, *Société Resimmo, Lebon* p. 911 : *JCP A* 2003, 2131, note J. MOREAU.
- CE, 29 octobre 2003, *Van Bentum Plasse et Plasse, Lebon T.* p. 719, p. 721, p. 943, p. 956 : *JCP A* 2001, 2130, note J. MOREAU.
- CE, ord. 25 novembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghoyan, Lebon T.* p. 927 : *AJDA* 2004, pp. 1198-1202, note S. GLOKOWSKI.
- CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497 : *RFDA* 2004, pp. 306-310, concl. J.-H. STAHL ; pp. 311-321, note P. CASSIA ; *Dr. soc.* 2004, pp. 172-176, concl. J.-H. STAHL ; *AJDA* 2004, pp. 1138-1140, note O. LE BOT ; *AJFP* 2004, pp. 148-150, note C. MONIOLLE ; *JCP G* 2004, II, 10076, note X. PRETOT ; *JCP A* 2004, 1096, note D. MAILLARD DESGREES DU LOÛ ; *Le Droit ouvrier* 2004, pp. 184-188, note M. PANIGEL-NENNOUCHE ; *RDSS* 2004/2, pp. 298-309, note D. BOULMIER ; *JCP A* 2004, 1054, obs. J. MOREAU.
- CE, 2 février 2004, *Abdallah, Lebon* p. 16 : *RFDA* 2004, pp.772-777, concl. S. BOISSARD.
- CE, ord. 6 février 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169 : *Droit maritime français* 2004, n° 650, pp. 661-665.
- CE, ord. 10 février 2004, *Ministre de la Justice c/ Soltani*, n° 264182 : *JCP G* 2004, 10125, note E. MASSAT.
- CE, 16 février 2004, *Mme Rkia Bousbaa, épouse Chetioui, Lebon T.* p. 826 : *AJDA* 2004, pp. 891-893, concl. F. LAMY.
- CE, ord. 16 février 2004, *Benaissa, Lebon T.* p. 826 : *AJFP* 2004, p. 150 ; *JCP A*, 1357, note E. TAWIL ; *AJDA* 2004, pp. 822-824, note G. GUGLIEMI et G. KOUBI.
- CE, ord. 20 février 2004, *Le Pen*, n° 264774 : *JCP A* 2004, 1215, note F. ROBBE ; *JCP A* 2004, 1215, note S. HUL.
- CE, ord. 7 avril 2004, *Kilicikesen, Lebon* p. 164 : *JCP A* 2004, 1554, note E. TAWIL.
- CE, 9 avril 2004, *Vast, Lebon* p. 173 : *Dr. adm.* 2004, comm. n° 98, note M. LOMBARD ; *RFDA* 2004, pp. 778-781, concl. S. BOISSARD ; *Procédures* 2004, comm. n° 138, p. 29, note X. ; *JCP G* 2004, IV, 2282, obs. M.-C. ROUAULT ; *JCP A* 2004, 1318, note M.-C. ROUAULT ; *JCP A* 2004, 1319, note J. MOREAU ; *GP* 2005, 2, pp. 391-393, note D. LINOTTE et J.-L. PISSALOUX ; *Com. com. électr.* 2004, Etude n° 38, note J. FRAYSINNET ; *Coll. ter.* 2004, comm. n° 120, note L. DERRIDJ ; *Procédures* 2004, comm. n° 138, obs. S. DEYGAS.
- CE, Sect., 12 mai 2004, *Hakkar, Lebon* p. 224 : *RFDA* 2004, pp. 713-722, concl. I de SILVA, pp. 723-731, note E. GLASER ; *AJDA* 2005, pp. 1354-1357, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RDP* 2005, pp. 543-547, note C. GUETTIER.
- CE, 28 juillet 2004, *Société Outremer Finance Limited.*, n° 254536, *JCP A* 2004, 1743, obs. J. MOREAU.
- CE, 4 octobre 2004, *Société Mona Lisa investissements et autres, Lebon* p. 362 : *AJDA* 2004, pp. 2457-2459, note B. FAVIER ; *Dr. adm.* 2004, comm. n° 179, note M. LOMBARD ; *JCP A* 2004, 1744, note P. WAQUET ; *Dr. soc.* 2005, pp. 608-613 ; *Procédures* 2004, comm. n° 269, obs. S. DEYGAS ; *Le Droit ouvrier* 2005, n° 678, pp. 36-37, note P.M ; *Revue de jurisprudence sociale* 2005, n° 4, pp. 290-292, note X.
- CE, ord. 8 octobre 2004, *Mme X.*, n° 272926 : *JCP A* 2004, 1849, note E. TAWIL.
- CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo, Lebon T.* p. 915 : *AJDA* 2005, pp. 1360-1363, note. O. LECUCQ ; *Dr. adm.* 2005, comm. n° 68, note V. TCHEN.
- CE, 9 mars 2005, *Moinuddin, Lebon T.* p. 805, p. 921 : *AJDA* 2005, pp. 1302-1306, concl. F. DONNAT.
- CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103 : *AJFP* 2005, pp. 222-223 ; *AJDA* 2005, pp. 1633-1635, note L. BURGORGUE-LARSEN.
- CE, ord. 29 avril 2005, *Ferrari*, n° 280078 : *AJDA* 2005, pp. 1355-1357, note B. DAUGERON.

- CE, ord. 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens, Lebon T.* p. 1034 : *D.* 2005, pp. 1465-1468, note T. GUILLEMIN.
- CE, ord. 27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres, Lebon* p. 232 : *AJDA* 2005, pp. 1579-1582, note A. RAINAUD.
- CE, ord. 3 juin 2005, *Olziibat, Lebon T.* p. 776, p. 920 : *Dr. adm.* 2005, comm. n° 143, note P. CASSIA.
- CE, ord. 8 juin 2005, *Commune de Houilles, Lebon T.* p. 1036 : *AJDA* 2005, p. 1851, note S. HUL ; *GP* 12 mars 2006, pp. 34-37, note J.-L. PISALLOUX ; *Coll. ter.* 2005, comm. n° 163, note J. MO-REAU.
- CE, 11 août 2005, *M. A. G.*, n° 282590 : *AJDA* 2005, pp. 2134-2138.
- CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat, Lebon* p. 386 : *AJDA* 2006, pp. 91-98, note P. SUBRA DE BIEUSSES ; *JCP G* 2006, II, 10024, note B. QUIRNY.
- CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388 : *Dr. adm.* 2005, comm. n° 159 ; *AJDA* 2006, pp. 376-380, note M. LAUDIJOIS ; *LPA* 16 novembre 2005, n° 228, pp. 6-14, note C. CLEMENT ; *D.* 2006, pp. 124-128, note X. BIOY ; *Revue juridique personne et famille* 2006, n° 1, pp. 12-13, note E. PUTMAN ; *GP* 12 mars 2006, pp. 37-40, note J.-L. PISALLOUX ; *Actualité juridique Pénal* 2005, pp. 377-378, note M. HERZOG-EVANS ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2006, pp. 423-427, chron. P. PONCELA.
- CE, ord. 24 octobre 2005, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c/ MBIZI MPASSI*, n° 286247 : *AJDA* 2006, pp. 496-499, note S. SLAMA.
- CE, ord. 5 janvier 2006, *Moreau*, n° 288758 : *JCP G* 2006, 10101, note S. SAUNIER.
- CE, ord. 5 octobre 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Abalo, Lebon T.* p. 1036 : *AJDA* 2006, pp. 204-206, note D. RIBES.
- CE, ord. 8 novembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491 : *Constr. urb.* 2006, comm. n° 51, note G. GODFRIN.
- CE, ord. 13 mars 2006, *Bayrou et Association de défense des usagers des autoroutes publiques de France*, mentionnée au recueil *Lebon : Contrats-concurrence-consommation* 2006, comm. n° 108, note M. BAZEX et D. PHAM.
- CE, ord. 6 septembre 2006, *Commune d'Ota*, n° 296912, *Contrats-concurrence-consommation* 2007, chron. n° 4, p. 13, obs. G. D'ALBOY.
- CE, ord. 18 octobre 2006, *Djabrailova, Lebon* p. 431 : *AJDA* 2006, pp. 2352-2356, note M. GAUTIER.
- CE, ord. 5 janvier 2007, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Association « Solidarité des Français »*, n° 300311, mentionnée au recueil *Lebon : AJDA* 2007, pp. 601-604, note B. PAUVERT ; *Procédures* 2007, comm. n° 3, note S. DEYGAS.
- CE, ord. 9 mars 2007, *Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, mentionnée au recueil *Lebon : Act. jur. pénal* 2007, p. 191, obs. E. PECHILLON.
- CE, ord. 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053, publiée au recueil *Lebon : Dr. adm.* 2007, comm. n° 90, note F. MELLERAY ; *LPA* 6 août 2007, n° 156, pp. 22-30, note O. LE BOT.

Tribunaux administratifs

- TA Orléans, ord. 19 février 2001, *Galteau : AJDA* 2001, pp. 780-783, note R. HOSTIOU ; *AJDI* 2002, pp. 20-21, obs. S. GILBERT et E. SIMONET.
- TA Nantes, ord. 2 avril 2001, *Syndicat SUD-CRC services santé-sociaux Loire Atlantique : Dr. adm.* 2001, comm. n° 155, note T.-M. DAVID.
- TA Melun, ord. 5 mars 2001, *Brun : Dr. adm.* 2001, comm. n° 103, note R. ROUQUETTE.

-
- TA Orléans, ord. 11 décembre 2001 : *Bennis et autres* : *AJFP* 2002, p. 39.
- TA Lille, ord. 25 août 2002, *M. et Mme G. c/ CHR de Valenciennes* : *JCP G* 2003, II, 10098, note A. FLASQUIER, L. LAMBERT-GARREL, B. PITCHO, F. VIALLA ; *GP* 2003, 2, pp. 486-489, note A. GARAY.
- TA Paris, ord. 3 février 2003, *SCI OBK* : *RFDA* 2003, pp. 576-578, note T. PEZ.
- TA Montpellier, ord. 17 février 2003, *Miodet et autres* ; ord. 28 mai 2003, *SAS Pool investissement et Hasenfratz* : *LPA* 6 avril 2004, n° 69, pp. 4-7, note M. NDIAYE.
- TA Montpellier, ord. 25 avril 2003, *Préfet des Pyrénées-Orientales* : *LPA* 5 avril 2004, n° 68, pp. 3-5, note J.-M. MAILLOT.
- TA Nice, ord. 22 janvier 2004, *PESCE* : *AJDA* 2004, pp. 1833-1836, note S. PERIGNON ; *Constr. urb.* 2004, comm. n° 113, note P. BENOIT-CATTIN.
- TA Châlons-en-Champagne, ord. 28 janvier 2004 : *Benaissa c/ OPHLM Saint-Didier* : *JCP A* 2004, 1145, note E. TAWIL.
- TA Paris, ord. 13 mai 2004, *Association culturelle des témoins de Jéhovah de France et autres* : *AJDA* 2004, pp. 1597-1599, note G. GONZALEZ ; *D.* 2004, pp. 2398-2400, note A. GARAY.
- TA Cergy-Pontoise, ord. 21 octobre 2004, *M. Singh* : *Procédures*, 2005, comm. n° 79, p. 28, note S. DEYGAS.
- TA Montpellier, ord. 27 janvier 2005, *Gal* : *AJDA* 2005, pp. 1409-1412, note J. GATE.
- TA Toulouse, ord. 31 janvier 2005, *Chang* : *Dr. adm.* 2005, comm. n° 49, note V. TCHEN.
- TA Marseille, ord. 6 juillet 2005, *Association Adimad* : *AJDA* 2005, pp. 2012-2014.
- TA Toulouse, ord. 13 avril 2006, *Wenger et autres* : *AJDA* 2006, pp. 1281-1286, note X. BIOY ; *GP* 13 octobre 2006, pp. 15-21.
- TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 avril 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres* : *AJDA* 2005, pp. 1357-1360, note H. GROUD et S. PUGEAULT ; *JCP A* 2005, 1216, note P. BILLET ; *Environnement* 2005, comm. n° 61, note C. NOUZHA ; *Droit de l'environnement* 2005, comm. n° 133, note P. SAVIN et L. VERDIER ; *Environnement* 2006, chron. n° 1, obs. L. FONBAUSTIER.
- TA Cergy-Pontoise, ord. 5 mai 2006, *Mathias Ott et autres* : *JCP A* 2006, 1118, note J. MOREAU.
- TA Pau, ord. 24 mai 2006, *Ledain* : *JCP A* 2006, 1278, note S. NIQUEGE.

INDEX THÉMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

– A –

Amparo

- *amparo* constitutionnel : 338, 348, 567-569
- *amparo* ordinaire : 573-574
- champ d'application : 44

Appel : 504-510

Article 6-1 (convention européenne des droits de l'homme) : 340

Astreinte : 500

Atteinte (à une liberté fondamentale)

- matérielle : 226-234
- origine (de) : 240-241
- personnelle : 235-236
- temporelle : 237-239

Audience publique : 431-434

– B –

Bénéficiaire des libertés fondamentales

- personne physique : 163-164
- personne morale
 - personne morale de droit privé : 166
 - personne morale de droit public : 167
 -
 -

– C –

Caractères du recours

- attractif : 35
- exceptionnel : 38, 576
- subsidiaire : 40, 337

Cassation : 411-418

Champ d'application : *voir* « Liberté fondamentale »

Compétence (du juge du référé-liberté)

- compétence matérielle : 349-350, 406
- compétence territoriale : 353-354
- voie de fait par manque de droit : 328-330
- voie de fait par manque de procédure : 331-333

Conciliation : 472-475

Conditions d'octroi

- caractère cumulatif : 221
- ordre d'examen : 221
- rigueur : 39-40, 220, 336, 338

Corollaire (technique du) : 200, 202

– D –

Décision préalable (dispense) : 382

Déféré-liberté : 8, 109, 336, 535

Délai de jugement : 421-423

Délai pour agir : 367-370

Dénomination du recours : 34

Droit fondamental

- Allemagne : 65, 170
- Amérique-latine : voir « *amparo* »
- Espagne : 65
- Etats-Unis : voir « Liberté fondamentale »
- conceptions doctrinales : voir « *fondamentalité* »
- instruments internationaux : 69
- liste ouverte : 69
- par détermination de la loi : 59
- Union européenne : 65

Droit à l'aide sociale : 142

Droit à l'éducation : 142

Droit à l'emploi : 129, 139

Droit à l'environnement : 139

Droit à la santé : 139

Droit au consentement médical : 205-217

Droit au logement : 129

Droit d'asile : 141, 196, 201, 272

Droit de grève : 270

Droit de mener une vie familiale normale : 198, 249

Droit de propriété : 151, 202, 230, 238, 247

Droits-créances : 142, 156-157

Droits de l'homme et droits et libertés individuels : 107-109

— E —

Effet dissuasif du recours : 468-470

Effet horizontal indirect (des libertés fondamentales) : 385-387

Egalité (principe d') : 146

Etat de droit : 17-18

Etrangers : 163, 164, 235

Exercice de ses pouvoirs (administration agissant dans l') : 319-333

— F —

Fondamentalité :

- approche formelle : 92-93
- approche matérielle : 94-96
- au sens de l'article L. 521-2 : voir « *liberté fondamentale* »

— G —

Gravité (de l'atteinte) : 243-258

— I —

Injonction (pouvoir de) : 484-492

Illégalité manifeste de l'atteinte : 259-284

- appréciation de l'illégalité
- illégalité de l'action : 266-270
- illégalité du refus ou de l'abstention : 271-274
- caractères de l'illégalité : 263-265
- évidence de l'illégalité : 276-284
- gravité de l'illégalité : 259
- origine de l'illégalité : 262

Instruction : 427-438

Intérêt à agir : 362-363

Interprétation : 81-83

— J —

Juge des référés

- juge unique : 391-395
- impartialité : 397-399

Jurisprudence

- *Casanovas* : 241
- *Commune de Montreuil-Bellay* : 256-258
- *Commune de Pertuis* : 293-298
- *Stéphaur* : 273, 387

— L —

Liberté(s) : 87-89

Liberté d'aller et venir : 248, 270

Liberté d'entreprendre : 248, 270

Liberté essentielle : 111

Liberté fondamentale

- au sens de l'article L. 521-2
 - critères jurisprudentiels
 - * Droit public subjectif : 120-168
 - * Fondamentalité : 169-183
- conception large et autonome : 115-116
- formules de consécration : 118
- liste : annexe 1
- moyen d'ordre public : 42
- notion conceptuelle : 102-104
- notion non définie : 71-78
- en dehors de l'article L. 521-2
 - Amérique latine : voir « *amparo* »
 - Etats-Unis : 66
 - extradition : 55
 - instruments internationaux : voir « *droit fondamental* »
 - loi ordinaire : voir « *droit fondamental* »
 - juge constitutionnel : 61
 - juge ordinaire : 60
 - notion floue (indéfinie) : 47-70
 - voie de fait : 54

Liberté personnelle : 203, 230

Liberté publique

- Espagne : 65
- Grèce : 68
- France : 110

Libre administration des collectivités territoriales :
134, 152, 194, 230, 247

Libre disposition des biens : *voir* « droit de propriété »

– N –

Nature du recours

- *amparo* : 573-574
- excès de pouvoir : 454
- référé au fond : 528-530

– O –

Objectifs de valeur constitutionnelle : 139, 141-142

Office du juge du référé-liberté

- juge du principal : 279, 463
- pouvoir de décision : 453-455

Ordonnance de référé

- caractères obligatoire et exécutoire : 499
- contenu : 441-444,
- prise d'effet : 445

Origine du recours : 1-31

– P –

Pédagogie du juge : 494-497

Pluralisme : 141, 386

Pouvoirs du juge : 449 et s.

Présomption d'innocence : 199,

Procédure de tri : 401-418

Provisoire (caractère des mesures ordonnées) : 456-464, 502-503, 518-519, 531-532

Proportionnalité : 265

– R –

Recevabilité : 355 et s.

Reconduite à la frontière : 374-375

Recours (combinaison des) : 371-379

Recours administratif préalable obligatoire (dispense de) : 359

Réexamen (procédure de) : 520-525

Référé-suspension : 463, 516

- conditions
 - doute sérieux sur la légalité : 278-279
 - urgence : 289-291
- procédure d'urgence de droit commun : 38, 337

Rejet sous réserve : 481-483

Requête : 356-358

Représentation des personnes morales : 365

– S –

Situations juridiques : 380-384

Source des libertés fondamentales : *voir* « liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 / fondamentalité »

Sursis à exécution : 7, 352

Suspension provisoire (article L. 10 CTACAA) : 8

Suspension d'exécution : 479-480

– T –

Tri : *voir* « procédure de tri »

– U –

Urgence (condition d') : 285-317, 406

- appréciation globale : 215-317
- exigence de circonstances particulières : 293-298
- gravité et immédiateté du préjudice : 289-291
- présomptions d'urgence : 307
- preuve : 286

– V –

Voie de fait

- attrait initial : 9-15
- obsolescence : 534-562
- origine : 324
- variantes : 325

Voies de recours : *voir* « appel », « cassation », « réexamen »

TABLE DES MATIÈRES

DÉDICACE - REMERCIEMENTS	VII
SOMMAIRE	XI
PRÉFACE	XIII
AVANT-PROPOS	XIX
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	1

INTRODUCTION GÉNÉRALE

I. Les raisons de son adoption.....	7
A. Un besoin de protection juridictionnelle non satisfait.....	10
1. L'impuissance de la justice administrative.....	10
2. L'attrait du référé judiciaire	16
3. Un problème ancien.....	18
B. Des conditions réunies pour sa création.....	20
1. Un contexte favorable	21
2. Une création possible	25
II. Les étapes de son adoption.....	27
A. L'évènement déclencheur : l'arrêt du 12 mai 1997	27
B. La proposition du groupe de travail : l'alternative entre deux variantes de référé-injonction	31
C. La décision du Gouvernement : le choix du référé-liberté	35
D. Les améliorations parlementaires	35

III. Les axes de la recherche	37
A. La formule retenue et l'appellation de la procédure.....	37
B. Une procédure plébiscitée.....	41
C. La philosophie du référé-liberté fondamentale	43

PARTIE I. UNE PROCÉDURE CONÇUE POUR DES SITUATIONS EXCEPTIONNELLES

TITRE I. LA MISE EN CAUSE D'UNE « LIBERTÉ FONDAMENTALE » 53

Chapitre 1. Un champ d'application non défini *a priori* : le caractère ouvert et malléable de la notion de liberté fondamentale 59

Section 1. Une notion juridique indéfinie..... 59

I. Un coefficient d'indétermination élevé.....	61
A. Dans l'ordre juridique français.....	64
1. L'utilisation contentieuse de la notion	65
2. L'utilisation symbolique de la notion.....	66
B. En dehors de l'ordre juridique français.....	70
1. Correspondance entre constitutionnalité et fondamentale.....	71
2. Absence de correspondance entre constitutionnalité et fondamentale.....	75
II. Une notion non définie par le législateur.....	77
A. Un législateur absent	78
B. Des indications parcellaires.....	79
C. Une notion confiée au juge.....	83

Section 2. Une notion juridique entre les mains du juge 84

I. Les termes de la loi.....	89
A. Le qualificatif « liberté ».....	91
B. L'adjectif « fondamental »	94
1. Des libertés indisponibles.....	95
2. Des libertés essentielles.....	98
II. L'indifférence des qualifications juridiques et doctrinales	101
III. L'exigence d'une cohérence conceptuelle	104
IV. Un sens différent des notions proches.....	106
A. Droits de l'homme et droits et libertés individuels.....	107
B. Libertés publiques	111
C. Libertés essentielles.....	116
Conclusion du chapitre 1.....	117

Chapitre 2. Une définition large de la notion de liberté fondamentale	119
Une approche large, autonome et casuistique.....	119
Essai de systématisation	124
Section 1. La liberté : un droit public subjectif	128
I. Une obligation juridique à la charge de l'administration.....	130
A. Une norme juridique	130
B. Une norme juridique directement opposable à l'administration	137
1. L'exigence d'un effet direct	137
2. Trois situations.....	141
a. <i>Effet direct</i>	141
b. <i>Absence d'effet direct</i>	142
c. <i>Absence d'effet direct, mise en œuvre législative</i>	146
II. Un intérêt individuel préorienté	152
A. Un intérêt abstraitement identifié	152
1. L'existence d'un intérêt individuel	154
2. Le dépassement des schémas classiques.....	157
B. L'objet protégé.....	157
1. Une activité (faire)	157
2. Une qualité ou une position du sujet (être)	161
3. Une prestation (avoir)	162
C. Le mode de réalisation des libertés.....	164
III. Un bénéficiaire identifié	166
A. Personne physique.....	166
B. Personne morale	168
Section 2. Le critère de la fundamentalité	171
I. La fundamentalité n'est pas liée à une source	171
A. La diversité des sources	171
B. Des sources matérielles	174
II. La fundamentalité est une propriété	176
A. Les normes constitutionnelles sont nécessairement fondamentales (la fundamentalité formelle et matérielle).....	178
B. Des libertés infraconstitutionnelles peuvent être fondamentale (la fundamentalité exclusivement matérielle ou substantielle).....	182
Conclusion du chapitre 2.....	187

Chapitre 3. La définition du contenu des différentes libertés fondamentales : une démarche d'enrichissement	189
Section 1. L'opération définitoire : nécessité et contraintes	189
Section 2. Une définition large	195
I. Une définition conforme au droit applicable	195
II. Une définition large, concrète et extensive.....	199
Section 3. Le contre-exemple du consentement aux soins médicaux.....	207
I. Un principe absolu pour le législateur	207
A. Les incertitudes de la réglementation classique.....	208
B. La consécration d'un principe absolu en 2002	210
II. Un principe relatif pour le juge	214
Conclusion du Titre I.....	221
TITRE II. DES CONDITIONS D'OCTROI DRACONIENNES	223
Chapitre 1. L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale	229
Section 1. Une atteinte	231
I. Les caractères de l'atteinte	231
A. La mise en cause de l'objet protégé par la liberté fondamentale (<i>rationae materiae</i>)	231
1. Une interférence dans le domaine protégé par une liberté fondamentale	232
2. Les mesures insusceptibles de porter atteinte à une liberté fondamentale.....	235
B. La mise en cause du bénéficiaire de la liberté fondamentale (<i>rationae personae</i>).....	240
C. Une atteinte constituée (<i>rationae temporis</i>).....	241
II. L'origine de l'atteinte.....	243
Section 2. Une atteinte grave	246
I. L'exigence de gravité : une condition à part entière.....	247
II. Les éléments de nature à caractériser la gravité	248
A. Les effets de la mesure	248
B. L'attitude de l'administration.....	254
III. Les éléments de nature à tempérer la gravité.....	256
A. Le comportement du requérant	256
B. L'environnement législatif.....	257

Section 3. Une atteinte manifestement illégale	261
I. L'illégalité de l'atteinte.....	261
A. Les conditions de l'illégalité.....	261
1. L'illégalité d'une atteinte.....	262
2. Une atteinte injustifiée et/ou disproportionnée	263
B. L'illégalité de l'action	267
C. L'illégalité du refus ou de l'abstention	274
II. Le caractère manifeste de l'illégalité.....	282
A. Une illégalité évidente	282
B. Une exigence difficile à satisfaire.....	288
Chapitre 2. Une urgence extrême	295
Section 1. La nécessité d'une intervention à 48 heures.....	297
I. L'absence initiale de singularité de la notion	297
II. L'affirmation d'une urgence particulière	301
III. L'exigence d'une urgence imminente.....	306
Section 2. Les éléments de nature à établir l'urgence.....	311
I. L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.....	311
II. La possibilité de qualifier l'urgence en l'absence d'atteinte à une liberté.....	318
Section 3. Les éléments de nature à exclure l'urgence.....	321
I. Le comportement du demandeur	321
II. L'intérêt général poursuivi par le défendeur	325
Chapitre 3. Une administration agissant dans l'exercice de ses pouvoirs	331
Section 1. Une condition destinée à sauvegarder la voie de fait administrative	332
I. Une volonté de préserver la voie de fait	332
II. Le domaine de la voie de fait administrative.....	334
Section 2. Une condition dépourvue de consistance.....	336
I. L'intervention du juge des référés dans les hypothèses de voie de fait par manque de procédure.....	337
II. L'intervention du juge des référés dans les hypothèses de voie de fait par manque de droit.....	339

Conclusion du Titre II	345
-------------------------------------	------------

CONCLUSION DE LA PARTIE I	347
--	------------

PARTIE II. UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE RAPIDE ET EFFICACE

TITRE I. UNE POSSIBILITÉ D'INTERVENTION IMMÉDIATE....	361
--	------------

Chapitre 1. Un juge accessible	365
---	------------

Section 1. Un juge proche du requérant.....	365
--	------------

I. Un juge administratif.....	366
A. L'intérêt d'un juge administratif.....	366
B. Détermination de la compétence matérielle.....	369
II. Un juge de terrain	372

Section 2. Une introduction de la demande facilitée	376
--	------------

I. Une simplification du formalisme dans la présentation de la requête	376
II. Les règles de recevabilité concernant le requérant et le délai pour agir	380
A. Une appréciation classique de l'intérêt à agir.....	381
B. Une appréciation libérale des règles de représentation	384
C. Une appréciation souple du délai pour agir.....	385
III. Une articulation cohérente avec les autres procédures juridictionnelles	388
A. Le jeu limité de l'exception de recours parallèle.....	389
1. Le principe : la faculté de cumul	390
2. L'exception : l'obligation d'emprunter le recours à caractère suspensif	391
B. La faculté de cumul d'action : l'exigence de requêtes distinctes	393
IV. Le champ étendu des actes et comportements attaquables	398
A. Le juge du référé-liberté, juge des situations juridiques	398
B. La possibilité de contester des agissements négatifs, levier d'un effet horizontal indirect des libertés fondamentales.....	407

Chapitre 2. Un juge rapide	413
---	------------

Section 1. Le juge unique, instrument indispensable de la célérité	414
---	------------

I. La nécessité du magistrat statuant seul	414
II. La qualité de juge des référés	416
A. Un juge unique et expérimenté.....	417
B. L'impartialité du juge des référés et la question du cumul des fonctions.....	420

Section 2. Le rejet sans instruction des demandes vouées à l'échec	422
I. L'existence d'un filtre préalable : la procédure de tri des requêtes	422
II. La mise en œuvre du tri	425
III. Le recours contre les ordonnances de tri	432
A. La procédure du pourvoi	432
B. L'objet et l'étendue du contrôle de cassation	434
1. La régularité externe de l'ordonnance	434
2. La régularité interne de l'ordonnance	435
C. L'arrêt du juge de cassation	439
Section 3. Le jugement en 48 heures des demandes présentant un intérêt sérieux	440
I. Un délai de jugement de 48 heures	441
A. Une brièveté dictée par la gravité de la situation	441
B. Les adaptations commandées par l'exigence d'extrême célérité	446
II. Une instruction expresse	447
A. La phase liminaire de l'instruction	447
B. La phase orale de l'instruction	451
C. La clôture de l'instruction	455
III. Le jugement	458
A. Le contenu de la décision	458
B. La prise d'effet de la décision	462
Conclusion du Titre I.	465
TITRE II. UN POUVOIR DE RÉACTION EFFICACE	467
Chapitre 1. Une efficacité due à la possibilité de choisir la mesure adéquate.	471
Section 1. Une définition très large des pouvoirs du juge des référés	472
I. Un pouvoir caractérisé par son absence de limites apparentes	472
A. Un pouvoir simplement finalisé	472
B. Un pouvoir de décision	474
II. L'exigence du caractère provisoire des mesures ordonnées	479
A. Une exigence érigée en principe	480
B. Une exigence écartée en cas de nécessité	484

Section 2. Deux modalités d'intervention	490
I. L'intervention persuasive ou dissuasive du juge des référés	492
A. Satisfaction avant l'audience : le rôle dissuasif du juge	492
B. Satisfaction au cours de l'audience : le rôle persuasif et conciliateur du juge.....	495
II. Le prononcé d'une mesure contraignante	502
A. La sélection de la mesure de sauvegarde adéquate	503
1. La suspension d'exécution	503
2. Le rejet sous réserve.....	505
3. L'injonction à titre principal.....	509
a. <i>Un pouvoir profondément nouveau</i>	509
b. <i>L'exercice du pouvoir d'injonction</i>	515
B. L'accompagnement de la mesure de sauvegarde.....	521
1. L'explication.....	521
2. L'autorité.....	528
Conclusion du chapitre 1.....	534
Chapitre 2. Une efficacité due au caractère pérenne des mesures prises	535
Section 1. La possibilité d'une remise en cause par le juge d'appel	536
I. Le principe de l'appel : une initiative parlementaire.....	537
II. Le régime de l'appel	540
Section 2. La remise en cause improbable par un autre juge.....	544
I. L'impossibilité d'une remise en cause par le juge du fond	546
A. Une saisine possible mais rarissime	546
B. Un résultat connu d'avance	548
II. Une remise en cause improbable par le juge des référés.....	550
A. La procédure de réexamen	550
B. L'inadaptation du réexamen à la procédure du référé-liberté	554
Section 3. L'incidence de la pérennité des mesures sur la nature de la procédure.....	558
I. Une procédure proche des référés au fond	558
II. L'autorité renforcée des mesures de sauvegarde	561

Chapitre 3. Une efficacité qui soulève la question du maintien de la voie de fait	567
Section 1. Une suppression rendue possible par la disparition des justifications traditionnelles de la voie de fait	569
I. L'absence totale de justification juridique	569
A. La théorie de la dénaturation	570
B. Le principe de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés et du droit de propriété.....	572
II. La disparition des justifications pratiques	574
A. L'absence d'indépendance de la justice administrative.....	574
B. L'impuissance à défendre rapidement et efficacement les libertés.....	576
III. Une suppression envisageable.....	577
Section 2. L'absence de réels obstacles à la suppression de la voie de fait	579
I. Le retour à l'orthodoxie dans l'application de la voie de fait	581
II. Un justiciable démuné dans les hypothèses de voie de fait.....	585
III. Le caractère « exemplaire » de la voie de fait	586
Conclusion du Titre II	591
 CONCLUSION DE LA PARTIE II	
Le référé-liberté est-il un recours d' <i>amparo</i> ?.....	593
 CONCLUSION GÉNÉRALE	607
 ANNEXES	
APPENDICES	619
Liste des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative	619
Données statistiques relatives à l'article L. 521-2 du code de justice administrative	622

BIBLIOGRAPHIE	625
Travaux préparatoires de la réforme du 30 juin 2000	625
Ouvrages généraux.....	626
Ouvrages spécialisés, Actes de colloques.....	628
Thèses.....	632
Articles	636
Commentaires de jurisprudence et conclusions des commissaires du gouvernement en matière de référé-liberté	653
 INDEX THÉMATIQUE.....	 659
 TABLE DES MATIÈRES.....	 663

Promouvoir et encourager

Une exigence morale et éthique

L'influence et la forte implication d'Alexandre Varenne dans le monde de la presse et son évolution, son combat permanent pour la tolérance et les droits de l'homme, son aspiration à toujours plus de démocratie et de justice sociale, sont toujours au cœur des exigences de ceux qui, autour de son épouse, ont participé à la création de la Fondation Alexandre Varenne et Marguerite Varenne pour la presse et la communication, reconnue d'utilité publique depuis 1988. Au nombre des actions de la fondation, deux axes s'inscrivent parfaitement dans les préoccupations actuelles :

- Promouvoir la communication pour favoriser l'émergence et l'échange des idées, des connaissances, des avancées culturelles et intellectuelles,
- Contribuer à la formation de la jeunesse aux métiers et aux disciplines de la communication.

Aide à la publication des thèses

La Fondation Alexandre Varenne pour la presse et la communication a décidé de soutenir la publication de thèses universitaires. Dans ce but, elle organise un concours annuel ouvert à tous les docteurs dont les thèses se rattachent à l'action et à l'œuvre d'Alexandre Varenne.

Ce concours est doté d'une subvention destinée à permettre la publication chaque année de cinq thèses sélectionnées par un jury composé d'universitaires et de représentants de la Fondation Varenne, dans les domaines suivants :

- Sciences de l'information et de la communication
- Droit comparé de la démocratisation
- Droit constitutionnel et Droits fondamentaux
- Droit privé
- Histoire du droit, histoire des idées et réflexion sur le droit et la justice.

Qui peut participer ?

Le concours est ouvert à tout docteur dont les thèses se rattachent à l'action et à l'œuvre d'Alexandre Varenne ayant soutenu leur thèse dans un délai maximal de deux ans à compter de la date d'ouverture du concours.

Comment participer ?

Chaque candidat doit remplir un dossier comportant :

- Un formulaire de candidature
- Un résumé de la thèse en 10 pages
- Une copie du rapport de soutenance
- Une lettre de recommandation du directeur de thèse
- Un C.V.



Où s'adresser ?

Fonds Universitaire
Alexandre Varenne

Soutien à la publication
de thèses

Philippe PAGE

Fondation Varenne
28, rue Morel-Ladeuil
63000 Clermont-Fd
Tél. 04 73 17 18 30

« Collection des Thèses »

Dans la même collection

- Vol. 1. **Albert SALGUEIRO**, *Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur*, préface de Jean STOUFFLET, avant-propos de Pierre LECLERCQ, 2006.
- Vol. 2. **Charlotte FAURE-GAUSSSEL**, *Droit pénal des affaires : étude comparative franco-espagnole de l'infraction*, préface de Jacques LE CALVEZ, 2006.
- Vol. 3. **Pierre-Alain COLLOT**, *Le principe de non-discrimination au regard de l'appartenance nationale dans le droit constitutionnel des états tchèque, slovène et hongrois*, préface de Péter KOVÁCS, avant-propos de Stéphane PIERRÉ-CAPS, 2006.
- Vol. 4. **Jean-Christophe PAGNUCCO**, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, préface de Florence DEBOISSY, 2006.
- Vol. 5. **Élise CARPENTIER**, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, préface d'André ROUX, avant-propos de Gustavo ZAGREBELSKY, 2006.
- Vol. 6. **Séverine NICOT**, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis)*, préface de Pierre BON, avant-propos d'André ROUX, 2006.
- Vol. 7. **Jacques PÉRICARD**, *Ecclesia Bituricensis. Le diocèse de Bourges des origines à la Réforme grégorienne*, préface de Christian LAURANSON-ROSAZ, 2006.
- Vol. 8. **Aurélié DUFFY**, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, préface de Guy SCOFFONI, avant-propos de Jeffrey JOWELL, 2007.
- Vol. 9. **Olivier LE BOT**, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, préface de Bernard STIRN, avant-propos d'André Roux, 2007.
- Vol. 10. **Odile PERROT**, *Les équivoques de la démocratisation sous contrôle international. Le cas du Kosovo (1999-2007)*, préface de Slobodan MILAČIĆ, avant-propos de Christian BIDÉGARAY, 2007.
- Vol. 11. **Sandrine GODELAIN**, *La capacité dans les contrats*, préface de Muriel FABRE-MAGNAN et Alain SUPIOT, 2007.
- Vol. 12. **Loïc EYRIGNAC**, *La protection pénale du patrimoine de la société*, préface de Bernard BOULOC, 2007.
- Vol. 13. **Jérôme PORTA**, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, préface d'Antoine LYON-CAEN, 2007.
- Vol. 14. **Charles PAPON**, *Le système financier bourguignon dans la première moitié du XVIII^e siècle (1710-1752)*, préface d'Albert RIGAUDIÈRE, 2007.
- Vol. 15. **Inna SHVEDA**, *La liberté de la presse dans la jurisprudence des cours constitutionnelles de la CEI*, préface de Jean-Pierre MASSIAS, 2007.

La Fondation Varenne n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cet ouvrage. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Achévé d'imprimer
S.A. DIAZO

Diffusion
L.G.D.J

