

UNE INNOVATION EN CONTENTIEUX ADMINISTRATIF FRANÇAIS : LA PROTECTION DES LIBERTÉS FONDAMENTALES PAR LA PROCÉDURE DU RÉFÉRÉ-LIBERTÉ¹

*Olivier Le Bot*²

INTRODUCTION

I. Les raisons de son adoption

A. Une raison structurelle : un besoin de protection juridictionnelle non satisfait

B. Les raisons conjoncturelles : des conditions réunies pour sa création

II. La philosophie du référé-liberté fondamentale

PREMIÈRE PARTIE : UNE PROCÉDURE CONÇUE POUR DES SITUATIONS EXCEPTIONNELLES

Section I - La mise en cause d'une « liberté fondamentale »

I. La liberté : un droit public subjectif

A. Une obligation juridique à la charge de l'administration

B. Un intérêt individuel préorienté

C. Un bénéficiaire identifié

II. Le critère de la fondamentalité

A. La fondamentalité n'est pas liée à une source

B. La fondamentalité est une propriété

Section II - Des conditions d'octroi draconiennes

I. L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

A. Une atteinte

B. Une atteinte grave

C. Une atteinte manifestement illégale

II. Une urgence extrême

A. La nécessité d'une intervention à 48 heures

B. Les éléments de nature à établir ou à exclure l'urgence

¹ No direito português, cfr. arts. 109º, 111º e 131º do CPTA. [N.E.]

² Assistente na Faculdade de Direito da Universidade Paul Cézanne – Aix-Marseille III, França.

SECONDE PARTIE : UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE RAPIDE ET EFFICACE

Section I. Une possibilité d'intervention immédiate

I. Un juge accessible

A. Un juge proche du requérant

B. Une introduction de la demande facilitée

1. Une simplification du formalisme dans la présentation de la requête

2. Le champ étendu des actes et comportements attaquables

II. Un juge rapide

A. Le juge unique, instrument indispensable de la célérité

B. Le rejet sans instruction des demandes vouées à l'échec

C. Le jugement en 48 heures des demandes présentant un intérêt sérieux

Section II. Un pouvoir de réaction efficace

I. Une efficacité due à la possibilité de choisir la mesure adéquate

A. Une définition très large des pouvoirs du juge des référés

B. Deux modalités d'intervention

1. L'intervention persuasive ou dissuasive du juge des référés

2. Le prononcé d'une mesure contraignante

II. Une efficacité due au caractère pérenne des mesures prises

A. La possibilité d'une remise en cause par le juge d'appel

B. La remise en cause improbable par un autre juge

CONCLUSION

« 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 (...) »³. L'idée d'une césure historique ainsi évoquée par le président Vandermeeren, trouve son origine dans l'article 6 de la loi du 30 juin 2000⁴, qui a introduit dans le code de justice administrative une

³ 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.

⁴ 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. Les dispositions citées dans le présent article, ainsi que les décisions du Conseil d'Etat (CE) et du Conseil constitutionnel (CC), peuvent être consultées en libre accès sur le site www.legifrance.gouv.fr. Les décisions les plus importantes du Conseil d'Etat sont publiées dans un recueil officiel en texte intégral (*Lebon*) ou en résumé (*Lebon T.*, pour Tables du recueil *Lebon*). Les autres décisions sont signalées par leur numéro de requête.

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 désigne 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 2000.

I - Les raisons de son adoption

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 ?

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 »⁶. Aussi les raisons qui ont conduit

⁵ L'expression « référé-liberté » a été employée, pour la première fois, par le juge des référés du Conseil d'Etat dans une ordonnance du 18 octobre 2006, *Djabrailova* (n° 298101, publiée au recueil *Lebon*).

⁶ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" », *RFDA* 2002, p. 133.

à la mise en place de cette procédure ne sont-elles pas strictement ni même principalement juridiques. 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 jusqu'alors. Des évolutions 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.

A - Une raison structurelle : un besoin de protection juridictionnelle non satisfait

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 suspensif mais, en outre, les règles procédurales régissant l'instruction et le jugement des demandes rendent impossible l'intervention d'un tribunal statuant au fond dans des délais inférieurs à une année.

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 administrative⁷, celle-ci devait s'effectuer au moyen des

⁷ Il existait certes depuis 1982 une procédure dite du « déferé-liberté », dans laquelle le président du tribunal administratif statuant dans un délai de 48 heures pouvait suspendre les actes des collectivités territoriales « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ». Toutefois, cette procédure ne pouvait être exercée que par le préfet (à l'exclusion des simples particuliers) et uniquement à l'encontre des actes des collectivités territoriales (et non à l'encontre des décisions prises par les organes de l'Etat). De fait, le déferé-liberté était une procédure fort peu utilisée puisque l'on

mécanismes classiques du sursis à exécution et du référé. Or, ces deux procédures 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 de refus et les agissements matériels de l'administration. 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 ». 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 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. 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. Au regard de cette triple insuffisance, le sursis n'était pas à même de permettre une protection efficace des libertés face à l'administration.

Quant au référé, il permettait à un juge unique de prononcer des mesures conservatoires et provisoires au terme d'une procédure simplifiée. 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

comptait en moyenne une dizaine de demandes par an pour l'ensemble des tribunaux administratifs.

restrictives ont limité la portée 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.

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 fait⁸. 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 propriété⁹. Or, relevait M. Benoît, « En pareil hypothèse il n'est pas

⁸ A. MATHIOT, Note sous CE, 28 décembre 1949, *Société des automobiles Berliet, S.* 1951, 3, p. 6.

⁹ Le système juridictionnel français comporte deux ordres de juridiction : la juridiction judiciaire (composée des tribunaux civils et des juridictions pénales), connaît des litiges de droit privé et de droit pénal ; la juridiction administrative des litiges de droit public. Le Tribunal des conflits, composé de magistrats des deux ordres, veille au respect de la répartition des compétences entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires. Depuis la loi des 16 et 24 août 1790, toujours en vigueur, les tribunaux judiciaires ne peuvent en principe connaître du contentieux administratif. Si des exceptions à ce principe existent, elles sont rares et d'interprétation stricte. La « voie de fait » constitue l'une de ces exceptions : les tribunaux civils disposent d'une compétence exclusive pour mettre fin à un tel agissement. Pour caractériser une voie de fait, la jurisprudence exige que deux conditions soient réunies. Tout d'abord, l'administration doit avoir 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. On distingue à cet égard, selon une classification qui remonte à Maurice Hauriou, deux catégories de voie de fait. La première variante, la voie de fait « par manque de procédure » est constituée lorsque l'administration procède à l'exécution forcée

douteux que le recours au juge judiciaire procure aux particuliers des avantages plus grands que le recours au juge administratif »¹⁰. 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 nombreuses, vers le juge civil des référés sur le fondement dévoyé de la voie de fait. Dans le seul objectif que leurs demandes soient jugées rapidement, les plaideurs poursuivaient les personnes publiques sur ce fondement alors même que les conditions requises n'étaient à l'évidence pas réunies. Pour sa part, le juge civil des référés n'hésitait pas à prêter une oreille complaisante à ces récriminations et à se déclarer compétent pour les satisfaire, baptisant pour l'occasion « voies de fait » des comportements relativement éloignés de la définition qu'en donnait le Tribunal de conflits et la Cour de cassation elle-même¹¹.

Les dessaisissements des tribunaux judiciaires prononcés par le Tribunal des conflits n'étaient pas de nature à modifier les comportements tant était important le besoin de protection juridictionnelle. Les invocations abusives de la voie de fait depuis plus d'un siècle¹² apparaissaient comme la conséquence de l'impuissance du juge administratif, et le signe d'une carence de ses procédures en la matière.

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

d'une décision, même régulière, sans que les conditions requises à cette fin ne soient réunies. 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'administration. La première forme de voie de fait concerne l'exécution d'une décision, la seconde son contenu.

¹⁰ F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 432.

¹¹ Par exemple la révocation d'un agent communal (CA Aix-en-Provence, 1^{er} décembre 1987, *Piselli*, *AJDA* 1988, p. 550), une mutation d'un fonctionnaire dans l'intérêt du service (TC, 4 juillet 1991, *Gaudino*, *Lebon* p. 468, *AJDA* 1991, p. 697, chron. C. MAUGÜE ET R. SCHWARTZ), la décision d'abattage d'arbres (TC, 25 janvier 1993, *SCI Oasis*, *Lebon* p. 389) ou la relégation d'un club de football dans la division inférieure (TC, 13 janvier 1992, *Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, *Lebon* p. 473).

¹² Voir par exemple TC, 2 décembre 1902, *Lebon* p. 713, concl. ROMIEU.

série de facteurs qui à des degrés divers, ont justifié, favorisé ou rendu possible sa création.

B - Les raisons conjoncturelles : des conditions réunies pour sa création

La première raison résulte d'une demande accrue d'efficacité du droit et de la sanction juridictionnelle. 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 »¹³. Cette redéfinition des perspectives implique que le juge puisse intervenir en temps utile et dispose des pouvoirs lui permettant de garantir de façon effective la prééminence du droit et la protection des justiciables.

Par ailleurs, 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. 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 1990, d'autre part celle du référé-précontractuel par la loi du 4 janvier 1992. La procédure de la reconduite à la frontière a contribué à l'émergence d'une culture de l'urgence au sein de la juridiction administrative en astreignant les magistrats compétents à se prononcer dans un délai de 48 heures. De son côté, le référé-précontractuel a 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 termes de la loi, le juge peut « ordonner », suspendre », « annuler », « supprimer »¹⁴. Ces deux procédures ont démontré sa capacité

¹³ B. STIRN, « Le Conseil d'Etat et les libertés », in *La liberté dans tous ses états. Liber amicorum en l'honneur de Jacques Georgel*, éd. Apogée, 1998, p. 222.

¹⁴ 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

à assumer dans des délais extrêmement brefs des pouvoirs parfois très importants. 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 »¹⁵. Sans ce texte, a-t-il précisé, « le référé-injonction n'aurait sans doute pas été possible »¹⁶. Avec cette importante innovation s'effondrait le dernier obstacle à la création d'un référé-liberté.

Le déclencheur de la réforme viendra d'un arrêt controversé du Tribunal des conflits qui, appliquant une jurisprudence classique, avait néanmoins mis en lumière une nouvelle fois la faiblesse criante du contentieux administratif en matière de protection urgente des libertés¹⁷. En l'absence de réaction des pouvoirs publics, le Conseil d'Etat prit l'initiative d'une réforme dont il supervisera le déroulement jusqu'à son terme. Un groupe de travail constitué en son sein proposera dans le cadre d'une vaste réforme des procédures d'urgence la création du référé-liberté. La réforme fut approuvée par le gouvernement et votée par le Parlement¹⁸.

le contrat en « supprimant les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat ».

¹⁵ 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.

¹⁶ *Ibid.* L'expression « référé-injonction » est l'autre nom parfois donné au référé-liberté.

¹⁷ Voir TC, 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ Tribunal de grande instance de Paris*, *Lebon* p. 528.

¹⁸ A côté de la création du référé-liberté, la seconde grande innovation de la loi du 30 juin 2000 réside dans la rénovation de la procédure de suspension des décisions administratives. Le référé-suspension, inscrit à l'article L. 521-1 du code de justice administrative, se substitue à la procédure traditionnelle du sursis à exécution. La loi subordonne la suspension de l'exécution d'une décision administrative à deux conditions : d'une part le juge doit éprouver un « doute sérieux » sur la légalité de

II - La philosophie du référé-liberté fondamentale

Le mécanisme mis en place à l'article L. 521-2 du code de justice administrative est particulièrement attractif. 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 certaine ampleur au recours. Pour autant, afin d'éviter un engouement excessif pour le référé-liberté, le Conseil d'Etat a tenu à rappeler aux requérants la philosophie de cette procédure.

Le juge administratif suprême 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, il a entendu marquer la spécificité de la procédure du référé-liberté par rapport à celle du référé-suspension, en consacrant l'idée selon laquelle les deux procédures de référé ont pour objet de répondre à des situations différentes et selon des modalités différentes¹⁹. 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 »²⁰

la décision attaquée ; d'autre part le requérant doit justifier de l'urgence à obtenir la suspension de son exécution.

¹⁹ 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).

²⁰ R. GARREC, Rapport Sénat n° 380 sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, 26 mai 1999, p. 22 (disponible sur le site du Sénat : www.senat.fr).

de l'article L. 521-1 et la procédure « exceptionnelle »²¹ ou « particulière »²² de l'article L. 521-2.

Cette qualification de voie de droit exceptionnelle ou particulière, le référé-liberté la 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 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 la rigueur 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 (1^{ère} partie). A travers un mécanisme procédural dérogatoire, elle garantit à la victime d'une atteinte une protection juridictionnelle rapide et efficace de ses libertés fondamentales (2^{nde} partie).

senat.fr).

²¹ CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105.

²² CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

Première partie : Une procédure conçue pour des situations exceptionnelles

Les conditions de mise en œuvre du référé-liberté sont exigeantes et caractérisent une situation particulière. 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, que l'atteinte portée à la liberté fondamentale soit grave et manifestement illégale.

Section I - La mise en cause d'une « liberté fondamentale »

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 ». Le choix de cette notion 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. En effet, alors qu'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, le droit français ne contient pas de catalogue ordonné de droits et libertés et ne définit pas la notion de liberté fondamentale à laquelle se réfère l'article L. 521-2. 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. La décision *Commune de Venelles*²³, qui érige le principe de libre administration des collectivités territoriales en liberté fondamentale, est généralement présentée comme le symbole de la conception large retenue par le juge administratif.

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

²³ CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18.

toute qualification textuelle et jurisprudentielle. En cela, sa démarche est *autonome* dans la mesure où le juge des référés se donne *sa propre* 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 administrative. 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, d'autre part que la qualification ne prétend pas revêtir une portée générale. Refusant de s'enfermer dans un schéma d'analyse prédéfini, le Conseil d'Etat forge et développe progressivement une conception des libertés fondamentales qui est propre au référé-liberté²⁴.

Positivement, les libertés fondamentales doivent être définies sur

²⁴ A ce jour, il est possible de dresser une liste des normes incluses dans la catégorie des libertés fondamentales et une liste des normes exclues de la catégorie.

Les normes qui suivent ont été incluses par le Conseil d'Etat dans la catégorie des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : liberté de réunion ; droit pour un parti politique légalement constitué de tenir des réunions ; principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion ; principe de libre expression du suffrage ; principe de libre administration des collectivités territoriales ; liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux ; liberté personnelle ; liberté individuelle ; liberté d'aller et venir ; droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en l'état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical ; liberté de communication de la personne hospitalisée ; secret des correspondances ; droit d'asile ; liberté d'opinion ; droit de mener une vie familiale normale ; liberté du culte ; possibilité d'exprimer dans des formes appropriées ses convictions religieuses ; possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge ; possibilité d'exercer un recours effectif devant un juge ; présomption d'innocence ; droit de propriété ; liberté d'entreprendre ; exercice d'une activité professionnelle ; liberté syndicale ; droit de grève ; liberté du salarié de ne pas être astreint à accomplir un travail forcé.

Les normes suivantes ont été exclues de la catégorie des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 : droit de pratiquer un sport ; droit de participer à des compétitions sportives ; droit à un congé de formation-mobilité ; accès à une formation de 3^{ème} cycle de l'enseignement supérieur ; principe d'égalité ; principe général d'égalité devant la justice ; égalité des usagers devant le service public ; droit au logement ; droit à la santé ; 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 ; libre accès du public aux parcelles situées sur une dépendance du domaine public maritime ; continuité du service public.

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.

I - La liberté : un droit public subjectif

La liberté fondamentale est un droit public subjectif, entendu comme une obligation juridique pesant sur l'administration, visant à la protection d'un intérêt particulier et comportant un bénéficiaire abstraitement identifié.

A - Une obligation juridique à la charge de l'administration

La liberté fondamentale, appréhendée ici sous l'angle du droit subjectif, n'a pas d'existence propre ou autonome. Elle n'existe que par le droit objectif et grâce à celui-ci. Dès lors, le juge des référés ne peut découvrir de libertés fondamentales en dehors des sources du droit. La norme doit préexister à son intervention. Ainsi, pour reconnaître une liberté fondamentale, le Conseil d'Etat exige qu'une norme de droit positif existe, qu'il s'agisse d'une norme textuelle ou d'une norme jurisprudentielle. En l'absence d'une telle obligation juridique, aucune liberté fondamentale ne peut être caractérisée. Par exemple, l'accès à une formation de troisième cycle ne peut être regardé comme une liberté fondamentale dans la mesure où cet accès n'est garanti par aucun texte. Aucune source juridique ne consacrant l'existence d'un tel droit, le juge administratif ne pouvait y voir une liberté fondamentale. Toutefois, il ne suffit pas qu'une norme juridique existe pour constituer une liberté au sens de l'article L. 521-2. 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.

L'exigence d'un effet direct de la norme de liberté fondamentale a été explicitement affirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat dans

une ordonnance du 3 mai 2002²⁵. 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 décent²⁶ ; 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 ». Le juge des référés refuse de voir dans ces dispositions la reconnaissance 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 »²⁷. Dans l'un

²⁵ CE, ord. 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, Lebon p. 168.

²⁶ 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).

²⁷ 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). Une interprétation identique prévaut, quant à la portée de cette norme, en contentieux constitutionnel étranger (voir par exemple l'article 47 de la Constitution espagnole ou l'article 65 de la Constitution portugaise). 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 l'autre cas, l'absence d'effet direct de la norme est un obstacle à sa reconnaissance comme liberté fondamentale. Le juge des référés ne délivre cette qualité qu'aux seules normes conférant de véritables droits au profit de leurs bénéficiaires (par exemple la liberté de réunion par la loi du 30 juin 1881 ou le droit de grève par le 7^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946²⁸).

Ce critère conduit à écarter de la catégorie des libertés fondamentales les normes juridiques qui, n'ayant pas pour objet de créer des droits au profit des particuliers, ne sont pas directement applicables devant le juge ordinaire. C'est le cas, par exemple, du « droit » à la santé ou du « droit » à l'emploi. 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 objectif et ne saurait, par conséquent, fonder la reconnaissance d'une liberté fondamentale. 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 »²⁹.

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. En effet, 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. Ainsi, le droit d'asile, consacré par le 4^{ème} alinéa du préambule de la Consti-

et logement. *Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté* » (2^{nde} partie), *RFDC* 2003, p. 544).

²⁸ Le préambule de la Constitution de 1946 est l'un des éléments du « bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire des normes ayant valeur constitutionnelle en droit français. Ce bloc est composé de quatre éléments écrits (la Constitution du 4 octobre 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement) et de principes non écrits dégagés par le juge constitutionnel (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République).

²⁹ G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, 6^{ème} éd., Presses de sciences po et Dalloz, 2002, p. 236. Voir en ce sens CC, n° 83-156 DC, 28 mai 1983, cons. 4, *Rec.* p. 41.

tution de 1946, est par lui-même dépourvu d'effet direct. Néanmoins, ce droit fait l'objet de mesures de mise en œuvre 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. Cette jurisprudence conduit à s'interroger sur la possibilité de reconnaître un plein effet à des droits-créances constitutionnels (c'est-à-dire des droits dont l'objet principal est l'attribution d'une prestation au profit des particuliers) lorsque ceux-ci ont fait l'objet de mesures de mise en œuvre législative. C'est notamment le cas du droit à l'éducation. Proclamé au 13^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946, le droit à l'éducation 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 l'heure, le Conseil d'Etat n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur l'éligibilité de ce droit à la procédure de l'article L. 521-2. Mais, appelé à se prononcer sur la question, les juges du premier degré n'ont pas éprouvé d'hésitations pour le qualifier de liberté fondamentale³⁰.

B - Un intérêt individuel préorienté

La norme de liberté fondamentale vise à la protection d'un intérêt abstraitement identifié. Elle 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 en imposant 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

³⁰ Voir par exemple TA Paris, ord. 30 janvier 2001, *Ben Ayed, Dr. adm.* 2001, n° 102.

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.

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 l'article L. 521-2 du code de justice administrative, dans la mesure où ce principe ne vise pas spécifiquement la protection d'un intérêt du sujet. 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. 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. Il s'analyse en un droit « modal », imposant 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 (discriminatoires).

En ce qui concerne l'objet protégé par la norme de liberté fondamentale, celui-ci peut être une activité, une qualité ou une position du sujet.

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, disposer de ses biens, s'administrer librement. 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 ».

Toutefois, toutes les libertés fondamentales ne se réduisent pas à des permissions d'agir ou d'adopter un comportement déterminé. 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 liberté. 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. 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.

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 référé-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 entre "droits" et "libertés", et pas davantage sur une exclusion par principe des droits qualifiés de "droits-créances" »³¹. Si certains droits-créances ont été expressément exclus de la catégorie des libertés fondamentales, c'est uniquement parce qu'ils ne produisaient pas par eux-mêmes d'effet direct et n'avaient pas fait de mesures législatives de mise en œuvre.

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. Dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, les « libertés » ne peuvent être définies comme appelant unique-

³¹ I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 330.

ment 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 actions. 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.

Envisagées dans leur dimension négative, 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.

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 de même une action de l'autorité administrative.

C - Un bénéficiaire identifié

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 juridique.

C'est tout d'abord le cas des personnes physiques. En principe, tout individu peut invoquer le bénéfice des libertés fondamentales re-

connues dans le cadre de l'article L. 521-2. 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 – sous réserve de certaines exceptions liées à la citoyenneté ou à la régularité du séjour – au profit des ressortissants étrangers présents ou non sur le territoire français. Les libertés fondamentales sont aussi reconnues aux personnes physiques se trouvant dans une situation particulière. Elles sont ainsi 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 »³². Il bénéficie tout autant aux personnes hospitalisées dans un établissement psychiatrique³³ 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 enfant³⁴.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré que toutes les personnes morales, de droit privé comme de droit public, peuvent bénéficier des libertés fondamentales.

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 physiques. Elles peuvent bénéficier des libertés fondamentales qui, à l'image du droit de propriété ou de la liberté de réunion (pour un parti politique), sont compatibles avec leur nature.

En revanche, l'attribution de libertés fondamentales aux person-

³² 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 ».

³³ Voir, par exemple CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

³⁴ CE, ord. 29 septembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

nes morales de droit public (comme la libre administration des collectivités territoriales ou le droit de propriété) a été critiquée par certains auteurs, qui considèrent que l'Etat ne peut être à la fois destinataire et bénéficiaire des libertés. 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 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 ce que, dans notre système juridique, les normes ainsi qualifiées s'imposent à l'autorité publique – l'Etat en tant que concept juridique³⁵.

Si les libertés fondamentales s'analysent en des droits publics subjectifs, elles ne constituent pas un type ordinaire de droit subjectif. Elles représentent, à l'instar des droits fondamentaux allemands, « les droits publics subjectifs les plus importants »³⁶.

II - Le critère de la fundamentalité

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.

A - La fundamentalité n'est pas liée à une source

En Allemagne, la fundamentalité se réduit à un niveau normatif précis : le niveau constitutionnel. Dans l'expression « droit fondamental », le caractère constitutionnel, est exprimé par le mot « fondamental » qui ne signifie rien de plus. Pour le juge des référés en revanche, la fundamentalité n'est pas liée à une source déterminée.

Il résulte de l'analyse des décisions que les libertés fondamenta-

³⁵ Cf. L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 112.

³⁶ R. ARNOLD, « Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne », *AJDA* 1999, p. 659.

les ne sont pas extraites par le juge d'un niveau normatif déterminé. Pour l'heure, celles-ci trouvent leur origine soit dans la Constitution (par exemple le principe de libre administration des collectivités territoriales, le droit d'asile, la liberté personnelle ou le droit de grève), soit dans la loi ordinaire (notamment la liberté de réunion, la liberté de communication du patient hospitalisé ou le droit pour un patient majeur de donner son consentement à un traitement médical)³⁷. La fondamentale ne se réduit pas à un niveau donné de la hiérarchie des normes.

En outre, 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.

Ainsi, il n'existe pas une source précise et formelle de la fondamentale. Si celle-ci n'est pas réductible à une source, c'est, nécessairement, qu'elle est une propriété ou une qualité de la norme.

B - La fondamentale est une propriété

L'essence de la fondamentale 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 fondamentale. Rien de plus. La hiérarchie des normes n'intervient pas en tant que telle dans l'identification de la fondamentale. Ce qui caractérise cette propriété,

³⁷ A ce jour, aucune liberté fondamentale n'a été reconnue à partir d'un traité international ou d'un principe général du droit. Néanmoins, on peut raisonnablement penser que cette situation ne traduit nullement une volonté du juge d'exclure ces sources du champ de la fondamentale.

c'est l'importance ou l'essentialité d'une norme. Ce qui fait le caractère fondamental d'une liberté, c'est son caractère essentiel ou éminent.

Pour apprécier la fundamentalité 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 fondamentales. 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).

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 dans la mesure où les normes constitutionnelles sont à la fois formellement et matériellement fondamentales.

Tout d'abord, les normes constitutionnelles sont formellement fondamentales ; elles sont même les seules normes formellement fondamentales. La Constitution représente en effet le fondement de l'ordre juridique, la base des normes juridiques qui règlent la vie de la collectivité. L'unité et la 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 juridique ; elle en établit les assises. Elle représente le fondement de validité de toutes les autres normes. En tant qu'ils figurent parmi les normes de valeur constitutionnelle, autrement dit qu'ils représen-

tent la base du système juridique, les droits et libertés constitutionnels sont *ipso facto* fondamentaux. Les normes constitutionnelles sont aussi matériellement fondamentales. Norme du consensus, la Constitution représente en effet le siège des valeurs et des libertés essentielles. Son objet même est de définir un système de valeurs commun à un groupe humain. Placée au sommet de la hiérarchie des normes, elle consacre les principes fondateurs d'un ordre social, dont le contenu se réfère à des valeurs politiques ou morales. 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 jugés suffisamment primordiaux ou essentiels pour devoir être mis hors de portée des majorités parlementaires.

Pour ces raisons, la constitutionnalité emporte de plein droit la fondamentale. Cela étant, le juge administratif considère qu'une norme peut également être fondamentale d'un point de vue strictement substantiel. Si la Constitution épuise la fondamentale formelle, elle n'épuise nullement la fondamentale matérielle.

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 matérielle³⁸.

En pratique, il semble possible de mettre en exergue quatre critères d'appréciation de l'essentialité d'une norme infraconstitutionnelle. Le premier critère réside dans le degré de protection de la liberté. L'éten-

³⁸ C'est ainsi que, pour consacrer la liberté de réunion – qui ne figure pas dans la Constitution française –, le juge des référés s'est fondé non pas sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme mais sur un texte de valeur juridique moindre : la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques (voir CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, Lebon p. 311).

due 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. C'est le cas du droit de consentir aux soins médicaux, consacré sans réserves ni restrictions par la loi du 4 mars 2002, et bénéficiant de garanties d'exercice à la fois nombreuses, précises et détaillées. 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. Le troisième critère réside dans le lien existant entre la liberté en cause et des droits et libertés constitutionnellement protégés. 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. Enfin, la consécration par des normes convergentes pourra, le cas échéant, représenter un indice complémentaire de fondamentalité.

Incontestablement, le juge administratif a opté pour une définition large des libertés fondamentales. A cet égard, 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. 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, qui comptent parmi les plus importants de 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.

SECTION II - DES CONDITIONS D'OCTROI DRACONIENNES

Les conditions de mises en œuvre 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, 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 fondamentale³⁹. Il résulte de l'article L. 521-2 que ces conditions revêtent un caractère cumulatif. Elles sont appliquées avec toute la rigueur qu'impose leur formulation.

I - L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

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 illégal.

A - Une atteinte

L'atteinte à une liberté fondamentale est une « violation » de celle-ci⁴⁰. Elle peut se définir comme une interférence actuelle dans le domaine matériellement reconnu au bénéficiaire d'une liberté fondamentale.

D'un point de vue matériel, l'atteinte s'analyse en une interférence dans le domaine protégé par une 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 composantes. L'atteinte n'est pas caractérisée si la mesure contestée n'interfère

³⁹ Précisons que l'exigence d'une atteinte portée par l'administration « dans l'exercice de ses pouvoirs » a été vidée de sa substance par le Conseil d'Etat. Par conséquent, cette condition dépourvue de toute consistance ne nous retiendra pas dans le cadre de la présente étude.

⁴⁰ Voir, utilisant l'expression, CE, ord. 30 décembre 2003, *SARL People*, n° 263135.

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 vote⁴¹. À 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 autorités⁴².

D'un point de vue personnel, 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 réglementant leur entrée et leur séjour en France », ils ne bénéficient pas, « à la différence des nationaux, de la liberté d'entrée sur le territoire »⁴³. Tout aussi logiquement, un étranger en situation irrégulière ne peut invoquer les libertés reconnues aux étrangers en situation régulière. Par ailleurs, l'atteinte alléguée à une liberté fondamentale doit être directe et personnelle : le requérant doit « subir directement et personnellement l'atteinte à la liberté fondamentale dont il se prévaut »⁴⁴.

Enfin, pour être qualifiée d'un point de vue temporel par le juge, l'atteinte doit exister au jour de sa saisine, ce qui suppose que sa surve-

⁴¹ CE, ord. 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre, Lebon T.* p. 1129.

⁴² CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

⁴³ CE, ord. 4 mars 2002, *Tinor*, n° 243653.

⁴⁴ CE, ord. 17 avril 2002, *Meyet, Lebon T.* p. 870. En l'espèce, 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.

nance 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 cessée, l'exigence d'une atteinte au sens de l'article L. 521-2 ne pourra être regardée comme satisfaite. L'atteinte ne saurait donc être qualifiée prématurément, c'est-à-dire avant même que ne surgisse la situation litigieuse. Néanmoins, le juge administratif a admis que l'atteinte pouvait être future si elle concerne une mesure déjà édictée mais non encore exécutée⁴⁵.

Selon le Conseil d'Etat, l'atteinte à une liberté fondamentale peut résulter de l'objet d'une mesure administrative ou des motifs de celle-ci. 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 famille⁴⁶, refuse de mettre une salle municipale à la disposition d'un parti politique⁴⁷ ou ordonne la fermeture d'un établissement commercial⁴⁸.

L'atteinte peut également, de manière plus originale, résulter des *motifs* d'une décision administrative. Ce sera le cas, par exemple, si une mesure défavorable est prise à l'encontre d'un agent public en raison de ses opinions politiques ou syndicales⁴⁹. A ce jour, aucune décision administrative soumise au juge des référés n'a été regardée comme portant, par ses motifs, atteinte à une liberté fondamentale.

Pour pouvoir donner lieu à un référé-liberté, l'atteinte à une liberté fondamentale ne suffit pas. La loi exige également que cette atteinte présente un caractère grave et manifestement illégal.

⁴⁵ Voir par exemple, admettant l'atteinte au droit de propriété dans le cas d'un arrêté prescrivant l'abattage d'un cheptel dans un délai d'un mois : CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin, Lebon T.* p. 1126.

⁴⁶ CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

⁴⁷ CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), Lebon* p. 311.

⁴⁸ CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry, Lebon T.* p. 931.

⁴⁹ Voir, consacrant cette solution : CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108.

B - Une atteinte grave

Le juge évalue la gravité de l'atteinte, c'es-à-dire son intensité au regard de deux principaux éléments. 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 »⁵⁰. Pour apprécier la gravité de l'atteinte, le juge des référés tient compte de ses effets sur la situation personnelle du requérant. L'appréciation de cette exigence est donc 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 lorsque le requérant justifie devoir se rendre vers certaines destinations étrangères pour lesquelles ce document est exigé⁵¹. Dans une telle hypothèse, le refus qui lui est opposé empêche effectivement l'intéressé de se rendre dans le pays de destination. *A contrario*, 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.

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. 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. Dans une affaire jugée en

⁵⁰ CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154. La référence aux effets de la mesure concerne ici 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 du commerce et de l'industrie ».

⁵¹ CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes, Lebon* p. 1.

2002, le requérant avait demandé à l'administration l'inscription de ses deux enfants sur son passeport français. L'administration avait refusé cette inscription en opposant au requérant une condition qui n'existait pas car ne reposant sur aucun texte régissant la délivrance du passeport. Pour conclure à la gravité de l'atteinte à la liberté d'aller et venir, 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 fondamentale⁵².

Deux éléments peuvent être pris en compte pour relativiser ou dénier la gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale. D'une part, le comportement fautif du requérant peut exclure tout caractère de gravité à l'atteinte portée à ses libertés fondamentales. Ainsi, l'établissement commercial contraint à la fermeture pour avoir réalisé des travaux de construction en méconnaissance des prescriptions législatives ne saurait se prévaloir d'une atteinte « grave » à la liberté d'entreprendre⁵³. Le même raisonnement s'applique lorsqu'une entreprise exerce une activité polluante classée en méconnaissance des prescriptions qui lui sont légalement imposées au titre de la protection de l'environnement⁵⁴. D'autre part, le juge intègre l'environnement législatif dans l'appréciation de la gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale. Pour apprécier le degré de gravité que peut revêtir une telle atteinte, « 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 »⁵⁵. Dès lors, la gravité de l'atteinte devient plus difficile à qualifier lorsque la loi reconnaît à l'administration des pouvoirs étendus pour en limiter l'exercice. Les limitations apportées par le législateur ont pour effet d'élever le seuil à partir duquel la gravité est caractérisée. L'atteinte doit apparaître d'autant plus 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.

⁵² CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranant, Lebon T.* p. 875. Voir de même CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103.

⁵³ CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

⁵⁴ CE, ord. 25 avril 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155.

⁵⁵ CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* p. 551.

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 loi⁵⁶.

C - Une atteinte manifestement illégale

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.

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. La loi exige que l'illégalité constatée ait une réelle incidence sur la liberté en cause. 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 ou de procédure peut présenter un caractère illégal, et même manifestement illégal, il paraît par nature insusceptible de porter atteinte à une liberté fondamentale.

Pour le juge des référés, cette illégalité s'analyse en une atteinte injustifiée et disproportionnée à une liberté fondamentale. En droit, toute atteinte à une liberté fondamentale n'est pas illégale. 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 immédia-

⁵⁶ Pour des illustrations, voir, outre l'ordonnance précitée *Commune de Montreuil-Bellay* : CE, 4 octobre 2004, *Société Mona Lisa investissements et autres*, Lebon p. 362 ; CE, ord. 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, Lebon T. p. 1034.

tement. 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. Pour reprendre une formule de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, « L'atteinte ne doit pas avoir une intensité sans relation avec l'importance de la chose et les inconvénients imposés au citoyen »⁵⁷. 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.

L'exigence du caractère manifeste de l'illégalité se justifie par deux séries de considérations. 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. La condition d'une illégalité « manifeste » se justifie, ensuite, par le caractère autonome de la procédure du référé-liberté. 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. En l'absence de

⁵⁷ BVerfGE 63, 88 [115] I. 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 (...) » (CEDH, 13 juin 1979, *Spörrong et Lönnroth c/ Suède*, série A, n° 31).

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.

Pour que le juge du référé-liberté puisse prononcer une mesure de sauvegarde, il faut donc 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. Ainsi, nombre de demandeurs ont été déboutés par le juge du référé-liberté faute de justifier d'une illégalité évidente alors qu'ils auraient pu obtenir satisfaction par la voie du référé-suspension⁵⁸.

La condition relative à l'illégalité manifeste apparaît ainsi particulièrement exigeante. Pour obtenir le prononcé d'une mesure de sauvegarde, 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.

II - Une urgence extrême

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. 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.

⁵⁸ Voir par exemple, pour une mesure d'expulsion : CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

A - La nécessité d'une intervention à 48 heures

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 similaire dans les deux procédures. 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 »⁵⁹. 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.

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*, 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 »⁶⁰.

Dans la très importante ordonnance *Commune de Pertuis* du 28 février 2003⁶¹, le juge des référés du Conseil d'Etat 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. Par cette décision, le juge diffère-

⁵⁹ CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105.

⁶⁰ CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres, Lebon* p. 29. Parmi les rares décisions ayant expressément fait référence à ces critères en matière de référé-liberté, voir CE, 15 février 2002, *Hadda, Lebon* p. 45.

⁶¹ CE, ord. 18 février 2003, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 68.

rencie 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-suspension. 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*, d'un autre une urgence 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. La condition d'urgence est examinée en elle-même puisque ce référé n'est pas joint à une action principale. 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 statuer. 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 »⁶². 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.

Ainsi, 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. Par exemple, alors qu'il est réputé constituer une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-1⁶³, le refus de déli-

⁶² CE, ord. 6 février 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169.

⁶³ CE, Section, 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur, Lebon* p. 123.

vrance⁶⁴ ou de renouvellement⁶⁵ d'un titre de séjour ne caractérise pas, par lui-même, une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2. De même, s'agissant du refus d'autoriser un restaurateur à installer une terrasse sur le domaine public, la condition d'urgence est regardée comme satisfaite en référé-suspension et exclue en référé-liberté. Il y a bien là un préjudice grave et immédiat⁶⁶, mais non l'urgence particulière requise pour la mise en œuvre de l'article L. 521-2⁶⁷.

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.

B - Les éléments de nature à établir ou à exclure l'urgence

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. Dans la pratique du contentieux, on observe que le juge des référés n'a jamais relevé l'urgence sans constater d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Inversement, jamais l'urgence n'a été caractérisée dans une décision excluant l'atteinte grave et manifestement illégale. Certaines formules jurisprudentielles expriment d'ailleurs clairement ce lien, en relevant par exemple que « le dossier ne permet pas (...) de retenir une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale *qui* créerait une situation d'urgence »⁶⁸. De façon plus remarquable encore, il arrive que le juge, après avoir relevé l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, prononce une mesure de sauvegarde en se dispensant purement et simplement de mentionner que l'urgence est satisfaite⁶⁹. Celle-ci est alors regardée comme incluse dans la situation d'atteinte grave et manifestement illégale.

Pour autant, on se saurait déduire que l'urgence ne constitue pas

⁶⁴ CE, 4 février 2005, *Zairi*, n° 267723.

⁶⁵ CE, 23 janvier 2004, *Koffi, Lebon T.* p. 827.

⁶⁶ C'est-à-dire une urgence au sens de l'article L. 521-1 (voir TA Montpellier, ord. 2 juillet 2003, *EURL La Cour des miracles*, *LPA* 8 novembre 2004, n° 223, pp. 8-10, note F. LICHÈRE).

⁶⁷ CE, ord. 19 mars 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, n° 255191.

⁶⁸ CE, ord. 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon p.* 232.

⁶⁹ Voir ainsi CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo, Lebon T.* p. 915.

une condition surabondante en matière de référé-liberté. Tout d'abord, l'urgence est autonome de la condition d'*illégalité* de l'atteinte⁷⁰ et de la condition de *gravité* de l'atteinte⁷¹. Elle ne fait donc pas double emploi avec chacune des autres conditions envisagées individuellement. En outre, elle n'est pas non plus redondante avec les autres conditions envisagées dans leur ensemble. En effet, deux éléments sont susceptibles de s'opposer à la qualification de l'urgence et, par conséquent, de dispenser le juge de l'examen d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, d'une part le comportement du demandeur; d'autre part un objectif d'intérêt général poursuivi par le défendeur.

En matière de référé, 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. Aussi, il refusera de caractériser l'urgence lorsque l'administré a attendu plusieurs mois avant d'accomplir auprès de l'administration consulaire les démarches nécessaires au renouvellement de son passeport⁷². De même, il refusera de qualifier l'urgence lorsque le demandeur 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 plaint⁷³.

L'obstacle à une qualification de l'urgence peut également résulter de l'intérêt général poursuivi par le défendeur. En effet, 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 » car que le juge intègre dans son analyse l'ensemble des intérêts en présence. Dans ce cadre, il lui appartient de réaliser un bilan des urgences 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 général⁷⁴. En pratique, la confrontation des intérêts du requérant et d'un ou plusieurs intérêts

⁷⁰ CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385 ; CE, ord. 10 août 2005, *Diabira*, n° 283444.

⁷¹ CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

⁷² CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes, Lebon* p. 1.

⁷³ Voir par exemple CE, ord. 16 mars 2001, *Association Radio « 2 couleurs », Lebon* T. p. 1134.

⁷⁴ CE, ord. 10 août 2001, *Association « La Mosquée » et autres, Lebon* T. p. 1133.

publics peut déboucher – en cas d’opposition – 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. Tout d’abord, le bilan sera défavorable au demandeur en cas de motif impérieux d’intérêt général. Ainsi, dans l’ordonnance précitée *Association La Mosquée*, 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 association. 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 sauvegarde⁷⁵.

Une procédure exigeante. Du fait de la rigueur de ses conditions d’engagement, 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 cas⁷⁶. 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 ? 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

⁷⁵ Voir, pour une décision de fermeture d’un commerce justifiée par des considérations d’hygiène et de sécurité infondées : CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d’Evry, Lebon T.* p. 931.

⁷⁶ 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 %.

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 répondre à des situations exceptionnelles, le législateur a prévu une procédure elle-même *exceptionnelle*.

Seconde partie : Une protection juridictionnelle rapide et efficace

Dans le domaine des libertés, l'efficacité d'une procédure se mesure à l'immédiateté et à la vigueur de la réaction juridictionnelle. 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-liberté. La finalité de l'article L. 521-2 étant de « faire cesser très rapidement les situations attentatoires aux libertés fondamentales »⁷⁷, son régime est tout entier tourné vers le sauvegarde immédiate des personnes victimes d'agissements liberticides. 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 *faire cesser* 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.

SECTION I - UNE POSSIBILITÉ D'INTERVENTION IMMÉDIATE

Lorsque le demandeur invoque les dispositions de l'article L. 521-2, 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

⁷⁷ R. GARREC, Rapport précité, p. 49. Pour une formule proche, voir CE, ord. 12 novembre 2005, *Association SOS racisme – touche pas à mon pote*, Lebon p. 496.

niveau de l'engagement du recours et une extrême célérité au niveau du prononcé du jugement.

I - Un juge accessible

La personne qui s'estime victime d'une atteinte grave à ses libertés fondamentales dispose d'un accès facilité, et par conséquent accéléré, au juge du référé-liberté. Les règles de compétence et de recevabilité ont 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.

A - Un juge proche du requérant

Le référé-liberté relève de la compétence de la juridiction administrative : tribunaux administratifs et Conseil d'Etat. Cela représente pour le plaideur une garantie appréciable dans la mesure où 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 massif⁷⁸.

Conformément à une règle classique du droit processuel, la compétence en matière de référé est limitée aux matières ressortissant à la compétence au fond du tribunal. Le juge des référés n'étant qu'une émanation du tribunal, sa compétence est toujours tributaire de la juridiction dont il relève. Il ne peut être saisi d'un référé-liberté que si 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 sa juridiction. Précisons que ce litige

⁷⁸ En effet, 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 » (L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1744).

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.

B - Une introduction de la demande facilitée

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.

1 - Une simplification du formalisme dans la présentation de la requête

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 requêtes introduites sur le fondement de l'article L. 521-2 ne sont assujetties à aucun droit de timbre et bénéficient d'une dispense générale de ministère d'avocat.

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'urbanisme⁷⁹. De même, les formalités concernant les recours administratifs préalables obligatoires ont été adaptées à l'urgence. 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 la position première

⁷⁹ CE, 9 mai 2001, *Delivet et Samzun*, concl. S. AUSTRY, obs. L. TOUVET, *BJDU* 2001/4, pp. 287-292.

de l'administration⁸⁰. La dispense est *a fortiori* valable dans le cadre du référé-liberté dans la mesure où cette voie de droit présente un caractère autonome⁸¹.

Ce caractère autonome participe à la souplesse de déclenchement du référé-liberté. En effet, le référé-liberté n'est pas joint à une action principale. Elle ne constitue pas l'accessoire d'une action en justice. Par conséquent, le demandeur sans devoir engager une action principale devant le juge du fond⁸².

Enfin, le référé-liberté ne constitue pas un mécanisme supplétif ou subsidiaire. 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 administrative⁸³. 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 administrative⁸⁴. Pouvant être introduit *à la place* de la procédure habituelle, 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 distinctes⁸⁵. C'est uniquement lorsque le recours spécialement institué par la loi bénéficie d'un effet suspensif que le requérant sera tenu d'emprunter cette voie de droit et, par conséquent, se verra fermé l'accès au référé-liberté⁸⁶.

⁸⁰ CE, Sect., 12 octobre 2001, *Société des Produits Roche, Lebon* p. 463.

⁸¹ CE, ord. 10 février 2004, *Ministre de la Justice c/ Soltani*, n° 264182.

⁸² CE, ord. 29 mars 2002, *Bonny, Lebon* p. 119.

⁸³ CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158.

⁸⁴ CE, ord 8 novembre 2001, *Kaigisiz, Lebon* p. 545.

⁸⁵ CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage, Lebon* p. 112.

⁸⁶ Voir, concernant les arrêtés de reconduite à la frontière : CE, 21 novembre 2001, *Zhary, Lebon T.* p. 1125.

2 - Le champ étendu des actes et comportements attaquables

L'article L. 521-2 vise, de manière générale, sans précision ni limitation, « l'atteinte » à une liberté fondamentale. La loi exige donc 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. Tout ce qui naît de l'activité ou de l'inactivité de l'administration peut faire l'objet d'une demande en référé-liberté. La situation litigieuse peut tout d'abord procéder d'une ou plusieurs décisions administratives. Le requérant peut contester des décisions positives à caractère individuel⁸⁷ ou réglementaire⁸⁸, mais aussi des décisions négatives⁸⁹. La situation litigieuse peut également provenir d'un comportement administratif dès lors 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 »⁹⁰. Le requérant peut contester par ce biais des actions ou agissements, tels le retrait – puis la rétention matérielle – des cartes nationales d'identité et passeports des membres d'une famille ; la rétention matérielle d'un titre de séjour ; le fait, pour un établissement public de coopération intercommunale, d'intervenir dans les compétences des communes membres ; l'exécution de travaux publics ; l'incorporation d'une parcelle privée dans une propriété publique ; la rétention d'un aéronef ou l'accomplissement d'un acte médical. 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 pornographique, prendre les mesures propres à favoriser l'accès au logement, déférer une loi au Conseil constitutionnel⁹¹, mettre fin à l'état

⁸⁷ Par exemple l'arrêté préfectoral prononçant l'immobilisation de véhicules de transports ou l'arrêté ministériel prononçant l'expulsion d'un ressortissant étranger.

⁸⁸ Par exemple l'arrêté municipal réglementant l'accès et la circulation dans une zone industrielle, 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 ou l'arrêté préfectoral interdisant la navigation dans un périmètre délimité.

⁸⁹ Par exemple le refus de mettre une salle communale à la disposition du demandeur, d'inscrire un enfant dans un établissement scolaire ou de convoquer un conseil municipal.

⁹⁰ CE, 21 novembre 2001, *Zhary, Lebon T.* p. 1125.

⁹¹ 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

d'urgence⁹², apporter le concours de la force publique pour exécuter une décision judiciaire presrivant l'expulsion de squatters⁹³, entreprendre les travaux de réfection d'un chemin, garantir le pluralisme sur la chaîne privée Canal +⁹⁴ ou encore convoquer les électeurs afin de procéder à des élections législatives partielles. Pour admettre 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 perdure au jour où le juge des référés est appelé à statuer.

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. En effet, 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 fonda-

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 d'ailleurs « 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 ».

⁹² CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562.

⁹³ CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* p. 117.

⁹⁴ CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri*, *Lebon* p. 85, *D.* 2001, pp. 1748-1751, note R. GHEVONTIAN.

mentales. Enfin, la personne publique s'abstient (ou refuse) d'agir.

L'effet horizontal indirect s'est manifesté, pour la première fois, dans l'ordonnance *Tibéri* du 24 février 2001. 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 télévision. L'argumentation du requérant peut se résumer en deux propositions. D'une part, le respect du pluralisme impose que le CSA 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 CSA 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 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 »⁹⁵. 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,

⁹⁵ L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 1741.

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 »⁹⁶.

Une autre application de l'effet horizontal indirect des libertés fondamentales peut être décelée dans la jurisprudence *Stéphaur*⁹⁷. 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. Ensuite, l'autorité administrative a l'obligation d'agir pour faire cesser l'atteinte : lorsque la juridiction 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 pour faire exécuter cette décision. 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, le juge contraignant l'administration à intervenir pour faire cesser les atteintes au droit de propriété.

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.

II - Un juge rapide

En matière de référé-liberté, la procédure est organisée de telle

⁹⁶ R. GHEVONTIAN, *op. cit.*, p. 1751.

⁹⁷ CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaur et autres*.

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.

A - Le juge unique, instrument indispensable de la célérité

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. Par dérogation au principe de la collégialité, le juge des référés est donc un magistrat statuant seul et sans conclusions d'un commissaire du gouvernement.

Afin de confier cette tâche à un magistrat expérimenté, l'article L. 511-2 du code de justice administrative réserve 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. 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.

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.

B - Le rejet sans instruction des demandes vouées à l'échec

Le juge du référé-liberté rejette immédiatement les demandes qui n'ont visiblement aucune chance de succès. 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 cel-

les qui présentent un intérêt et celles qui sont dépourvues de toute possibilité de réussite.

Selon son intérêt, la demande soumise au juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 peut donc, 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.

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 ».

Lorsque la demande soumise au juge entre dans le champ de la procédure de tri, l'article L. 522-3 organise une « procédure simplifiée »⁹⁸ sans instruction ni audience. Pour autant, 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*. Le recours à cette procédure ne dispense donc pas le juge des référés d'une étude approfondie de la requête. L'examen des arguments du demandeur doit apparaître dans les motifs de la décision.

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'utilisation. 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. Il montre également l'impérieuse nécessité pour

⁹⁸ CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12.

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. 522-1.

Devant les juges du premier degré, une demande en référé-liberté sur deux est rejetée par ce biais. Les ordonnances de tri peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat (l'appel contre une ordonnance de référé-liberté n'est possible que lorsque le juge statue après tenue d'une audience publique)⁹⁹.

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 publique¹⁰⁰.

C - Le jugement en 48 heures des demandes présentant un intérêt sérieux

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 – en pratique, le délai moyen de jugement est de 5 jours –, le juge statue sur le bien-fondé de la demande dans les jours qui suivent son introduction, après instruction contradictoire et tenue d'une audience publique. L'instruction débute par l'échange de mémoires écrits ; elle se prolonge, pour une part parfois très importante, à l'audience.

⁹⁹ L'exercice du pourvoi en cassation est enfermé par l'article L. 523-1 dans un délai de 15 jours à compter de la notification régulière de la décision. Conformément aux règles régissant la procédure de cassation devant le Conseil d'Etat, l'auteur du pourvoi doit prendre un avocat aux Conseils. 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 appel.

¹⁰⁰ 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.

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 des éléments complémentaires, la date et l'heure à laquelle se déroulera l'audience publique.

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. 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 parties s'effectue, en pratique, par télécopie et téléphone. 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, elles peuvent valablement être convoquées pour une audience devant se tenir le lendemain¹⁰¹.

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 défense. Il a néanmoins tout loisir d'aller au-delà de l'exigence minimale de communication de la requête au défendeur et, bien qu'il n'y soit pas tenu, de transmettre à chaque partie les mémoires communiqués par l'autre partie avant l'audience publique. 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. Cette phase écrite 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.

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 l'issue de l'audience. Par conséquent,

¹⁰¹ CE, ord. 22 mars 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon T.* p. 852 ; CE, ord. 10 octobre 2003, *Sagnard*, n° 260867.

les parties ont tout loisir pour y présenter des arguments, produire des pièces et préciser ou reformuler leurs conclusions. Les audiences publiques se déroulent sans formalisme particulier, dans un esprit proche de la procédure civile. 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. Précisons que la communication des pièces et des moyens à l'audience est valable même si la partie adverse n'est pas présente ni représentée. 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 par conséquent au risque que des pièces et des moyens nouveaux soient produits sans pouvoir y répliquer.

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. 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. Tout d'abord, l'article R. 742-6 dispense le juge de prononcer les ordonnances en audience publique. Ensuite, le juge des référés peut décider que l'ordonnance « sera exécutoire aussitôt qu'elle aura été rendue », et donc avant même sa notification (article R. 522-13 al. 2). 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 ». 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.

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.

SECTION II - UN POUVOIR DE RÉACTION EFFICACE

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.

I - Une efficacité due à la possibilité de choisir la mesure adéquate

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. 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 »¹⁰². La définition très large de ses pouvoirs 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

¹⁰² CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12. CE, ord. 27 juin 2002, *Centre hospitalier général de Troyes, Lebon* p. 228.

mesure de sauvegarde adéquate.

A - Une définition très large des pouvoirs du juge des référés

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 ». 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 limites, et « ordonner », qui doit s'entendre au sens large, comme synonyme de « décider ». Les pouvoirs du juge du référé-liberté ne sont pas autrement définis, le 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. En l'absence de prédétermination législative, c'est donc au juge des référés qu'il appartient, au cas par cas, et en adaptant le contenu de sa décision aux circonstances de l'affaire, de déterminer la mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

Pour autant, son pouvoir n'est pas illimité. Le Conseil d'Etat considère qu'en sa qualité de juge des référés, le juge du référé-liberté ne peut prononcer que des mesures provisoires. Cette solution est expressément fondée sur les dispositions de l'article L. 511-1, en vertu desquelles « Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal (...) ». Il s'ensuit que le juge ne peut ni annuler, ni réparer, ni prononcer toute autre mesure présentant un caractère définitif. En premier lieu, il n'entre pas dans ses pouvoirs de prononcer l'annulation d'une décision administrative, par exemple la décision par laquelle un président d'Université refuse l'inscription du requérant à la préparation d'un diplôme¹⁰³ ou la décision refusant la réinscription d'un élève dans un lycée¹⁰⁴. En deuxième lieu, le juge ne saurait réparer le préjudice subi par la victime en raison d'une

¹⁰³ CE, ord. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p. 37.

¹⁰⁴ CE, ord. 11 août 2005, *Millan*, n° 283995.

atteinte à ses libertés fondamentales¹⁰⁵. 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 contentieuse¹⁰⁶. 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 »¹⁰⁷. En pratique, le juge intervient selon deux modalités distinctes pour mettre fin aux agissements qui lui sont soumis sur ce fondement.

B - Deux modalités d'intervention

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 mesure¹⁰⁸. Ces deux modalités d'intervention expriment et traduisent le rôle de décideur du juge du référé-liberté.

1 - L'intervention persuasive ou dissuasive du juge des référés

La saisine du juge des référés et, éventuellement, les échanges qui se déroulent en audience, ont parfois pour effet que l'administration agit sans attendre l'ordonnance de référé et prive ainsi d'objet les conclu-

¹⁰⁵ CE, ord. 29 octobre 2001, *SARL Objectif*, n° 239443.

¹⁰⁶ CE, ord. 10 avril 2001, *Merzouk, Lebon T.* p. 1135.

¹⁰⁷ CE, ord. 18 mars 2005, *M. Ali A., Lebon* p. 122 ; CE, ord. 13 juillet 2005, *Bagachev*, n° 283207.

¹⁰⁸ 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.

sions 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.

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 plutôt que de subir l'opprobre qui s'attache à une condamnation pour atteinte aux libertés fondamentales¹⁰⁹.

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. 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 dia-

¹⁰⁹ Voir par exemple : CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12 ; CE, ord. 17 décembre 2002, *Safi et Geslain*, n° 252520 ; CE, 29 juillet 2002, *Stojanovic*, n° 246835.

logue, à se rapprocher afin de parvenir à un terrain d'entente. 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 requérant¹¹⁰.

Il est ainsi 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.

2 - Le prononcé d'une mesure contraignante

Le juge dispose d'un large éventail de mesures pour faire cesser l'atteinte à une liberté fondamentale. Les mesures décidées par le juge pour mettre fin à une atteinte peuvent épouser la forme d'une suspension d'exécution ou d'une injonction à titre principal¹¹¹.

Le juge des référés peut tout d'abord mettre fin à une atteinte en prononçant une mesure de suspension. Lorsque l'atteinte aux libertés fondamentales provient d'une **décision administrative**, le prononcé d'une mesure de suspension, assortie, le cas échéant, d'une injonction

¹¹⁰ Voir par exemple : CE, ord. 25 juin 2003, *Ahamada et Said Abdallah*, n° 257835 ; CE, ord. 29 septembre 2004, *Préfet de la Marne, Lebon T.* p. 829.

¹¹¹ Une troisième modalité doit également être mentionnée, bien qu'elle n'ait été mise en œuvre qu'à une seule reprise : il s'agit du rejet sous réserve, le juge rejetant le recours présenté par le demandeur « sous réserve » de l'adoption d'un certain comportement par l'administration poursuivie (voir CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85).

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. Lorsque, 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'entreprendre¹¹². 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 culte¹¹³. L'atteinte au droit de propriété est empêchée par la suspension de l'exécution de l'arrêté municipal autorisant l'accès et le stationnement des tiers sur un chemin privé¹¹⁴. De même, la suspension des arrêtés portant réquisition de personnels grévistes suffit à mettre fin à l'atteinte au droit de grève¹¹⁵. Si l'atteinte trouve sa source dans une décision de refus, 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 requérant. 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 satisfaites¹¹⁶.

La mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale peut également épouser la forme d'une injonction à titre principal. Le juge peut tout d'abord condamner l'autorité administrative à une obligation de ne pas faire : différer temporairement l'exécution d'une mesure d'éloignement, ne pas faire obstacle à l'exécution d'un contrat de location d'une salle municipale, ne pas mettre à exécution un décret accor-

¹¹² CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry*, Lebon T. p. 931.

¹¹³ CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat*, Lebon p. 386.

¹¹⁴ CE, ord. 10 septembre 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

¹¹⁵ CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres*, Lebon p. 497.

¹¹⁶ Voir par exemple CE, ord. 26 novembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

dant l'extradition du requérant ou encore ne pas procéder à des coupes ou abattage d'arbres. Le plus souvent, l'injonction prend la forme d'une obligation de faire : procéder à un réexamen du dossier déposé par le requérant tendant au renouvellement de sa carte nationale d'identité et de son passeport, procéder au réexamen de la demande d'admission au séjour du requérant au vu des motifs de son ordonnance, restituer aux membres d'une famille de nationalité française leurs documents d'identité illégalement retirés, « prendre toutes les mesures nécessaires » – c'est-à-dire apporter le concours de la force publique – pour assurer l'exécution d'une ordonnance judiciaire prescrivant l'expulsion d'occupants sans titre, remettre en place la chaîne empêchant l'accès à la voie de desserte d'un port, enlever les potelets installés devant les locaux d'une société de droit privé et procéder aux travaux nécessaires au raccordement de ses locaux à la voie publique, ou encore mettre à la disposition d'une association la salle municipale dont elle demandait la location.

La décision appropriée pour mettre fin à l'atteinte ayant été définie, le juge s'en assure le respect par l'explication et l'autorité.

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 laconiques, les ordonnances du juge du référé-liberté indiquent très précisément à l'administration les obligations qui sont les siennes. 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. Conformément à son rôle de 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 à travers une rédaction particulièrement soignée et directive des motifs de ses ordonnances.

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 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. D'autre part, l'ordonnance de référé est également dotée d'une force obligatoire qui s'impose aux parties. L'administration est tenue de s'y soumettre et de la respecter¹¹⁷. En outre, lorsque la mesure de sauvegarde prend la forme d'une injonction, le juge du référé-liberté peut décider dès son prononcé d'assortir sa décision d'une astreinte. 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. En pratique, il est extrêmement rare que le juge du référé-liberté assortisse ses injonctions du prononcé d'une astreinte. Le montant de celle-ci fait l'objet d'une appréciation au cas par cas, qui tient compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire.

Au final, 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.

II - Une efficacité due au caractère pérenne des mesures prises

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 référé. 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

¹¹⁷ 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.

mettre un terme à la situation liberticide.

Certes, le Conseil d'Etat affirme le caractère provisoire des mesures prises en référé en mettant en avant les dispositions de l'article L. 511-1 du code de justice administrative. 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. *De jure*, ces principes s'appliquent au référé-liberté. D'un point de vue strictement juridique, la décision du juge des référés n'est pas définitive. 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.

A - La possibilité d'une remise en cause par le juge d'appel

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'Etat¹¹⁸.

L'appel peut être formé contre toute décision rendue par le juge des référés d'un tribunal administratif à la suite d'une audience publique. En matière de référé-liberté, l'appel relève de la compétence du juge des référés du Conseil d'Etat et non pas de celle des cours administratives d'appel. La requête d'appel doit être introduite dans les 15 jours qui suivent la notification de la décision attaquée.

L'article R. 523-3 prévoit que les appels sont soumis en tant que de

¹¹⁸ 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.

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.

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.

B - La remise en cause improbable par un autre juge

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 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. Or, le plus souvent, dans un délai de quelques jours ou quelques semaines, il n'y a plus rien à juger ni à contester après le prononcé d'une mesure de sauvegarde par le juge des référés. 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. 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.

Tout d'abord, 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. En

effet, 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, à l'exclusion de l'administration défenderesse. Or, le plus souvent, le demandeur qui a obtenu satisfaction sur ce fondement n'a pas d'intérêt pratique à saisir le juge du fond. Celui-ci n'est susceptible d'intervenir sur la même affaire que si le recours au fond a été formé avant l'introduction du référé-liberté ou simultanément à celui-ci, ou si le demandeur en référé estime ne pas avoir obtenu pleinement satisfaction et souhaite obtenir une annulation au fond ou une réparation du préjudice subi. 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. En effet, le juge des référés ne peut prononcer une mesure de sauvegarde que s'il a au préalable constaté une illégalité manifeste. Or, la décision *manifestement* illégale est, à plus forte raison, *simplement* illégale. Même si le juge du fond est saisi, 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-ci¹¹⁹. Le requérant est assuré que la solution donnée en référé ne sera pas remise en cause par le juge du fond.

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 ? Cette disposition prévoit 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 ». 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. 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 ordonnée – sont strictement encadrées. Il faut tout d'abord que le juge qui a rendu la

¹¹⁹ 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.

décision soit expressément saisi d'une demande de réexamen soit par les parties à l'instance initiale, soit par un tiers. 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. 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 faits que de moyens juridiques. La notion d'élément nouveau est donc large. Pour autant, la procédure de réexamen semble en pratique inadaptée au référé-liberté puisqu'on ne relève qu'une seule application en six ans, laquelle s'explique en outre par la présentation délibérément mensongère des faits par le requérant¹²⁰. 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.

L'intervention du juge du référé-liberté est donc 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 immédiatement et définitivement à la situation d'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale.

¹²⁰ CE, ord. 7 novembre 2003, *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, Lebon T.* p. 911. En l'espèce, la société requérante avait obtenu du juge des référés qu'il soit enjoint à l'autorité publique d'expulser l'unique famille occupant encore un immeuble lui appartenant. Information prise, l'administration constate que le logement demeure occupé non pas par une famille mais par deux familles, soit au total 16 personnes dont 12 enfants. Saisi par l'administration, le juge des référés du Tribunal administratif rend une ordonnance modificative mettant fin à la mesure initialement prononcée. Le juge des référés du Conseil d'Etat confirmera cette décision, la réalité des faits – et non leur présentation altérée par la société requérante – excluant l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Réflexions terminales : la nature du référé-liberté

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 pour *qualifier* cette procédure et déterminer à quel *type* de voie de droit elle se rattache. 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. En portant un regard sur l'étranger, un rapprochement avec l'*amparo* latino-américain s'impose naturellement.

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 Brésil. 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* ordinaire présente des caractéristiques proches du référé-liberté. « C'est une procédure extraordinaire caractérisée par l'urgence »¹²¹. En Argentine notamment, « L'idée directrice de la célérité s'incarne d'elle-même dans l'objectif primordial de l'*amparo* : rétablir *immédiatement* l'intégrité du droit constitutionnel lésé »¹²². La formulation des dispositions constitutionnelles consacrant l'existence

¹²¹ 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.

¹²² P.M.E. SAMMARTINO, *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, Lexis Nexis, coll. Derecho administrativo, 2003, p. 434. Souligné.

de ces procédures révèle la proximité du mécanisme avec celui du référé-liberté. Par exemple, 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 ». De même, 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 (...) ».

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 satisfaisant¹²³. 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 »¹²⁴. 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

¹²³ Si le référé-liberté n'est pas soumis à cette exigence de subsidiarité, la situation est néanmoins 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.

¹²⁴ R.A. BREWER CARIAS, « La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire », in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, p. 1093.

la protection des droits et libertés »¹²⁵. 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 le juge naturel, la liberté d'expression et le droit de réunion¹²⁶. 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.

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 sumaria* – 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 administratif (absence de recours administratif préalable, effet suspensif du recours juridictionnel, délais d'instruction et de jugement raccourcis). 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 commun. 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 et garanties fondamentales¹²⁷. 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'ob-

¹²⁵ R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1083.

¹²⁶ Numéro 6 de l'*autoacordado* du 24 juin 1992.

¹²⁷ Voir J. de CAMPOS AMORIM, « La nouvelle réforme du contentieux administratif portugais », *RFDA* 2005, pp. 1159-1171, spé p. 1168.

tenir un jugement dans un délai de 48 heures (article 111, n° 1 du code de procédure des tribunaux administratifs). L'audition du demandeur peut même être faite par tout autre moyen de communication lorsque les circonstances particulières l'exigent (article 111, n° 2 du code de procédure des tribunaux administratifs).

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 *am-paro* ordinaires.

CONCLUSION

Après six années d'application, quel regard porter sur cette procédure ? Un premier constat s'impose : 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 administratifs. 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 procédure¹²⁸. 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, tant au regard de ses conditions d'engagement qu'à celui des règles procédurales. Toutefois, ce caractère doublement exceptionnel n'a rien que de très normal. En France comme à l'étran-

¹²⁸ 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'amorcer ; 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.

ger, 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 présentent de semblables caractéristiques.

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. 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.

