

Institut de droit des affaires internationales
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire

DROIT ADMINISTRATIF – S2
2023-2024

Cours magistral de Béatrice GUILLAUMIN
Maître de conférences

FICHE 7 :

LES RÉFÉRÉS LIBERTÉ ET SUSPENSION

I. Généralités

DOCUMENT 1 : Articles L. 521-1 et L. 521-2 du Code de justice administrative.

DOCUMENT 2 : Conseil d'État, 1^{er} février 2022, n° 457121.

II. Les libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA

DOCUMENT 3 : Conseil d'État, Ord. réf., 3 mai 2002, *Association de réinsertion du Limousin*.

DOCUMENT 4 : Conseil d'État, Ord. réf., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*.

DOCUMENT 5 : Tribunal administratif de Bordeaux, Ord. réf., 4 septembre 2021, n° 2104539.

DOCUMENT 6 : Conseil d'État, Ord. réf., 20 septembre 2022, *M. et Mme C.*

DOCUMENT 7 : Caroline LANTERO, « Les libertés fondamentales au sens de l'art. L. 521-1 CJA », *Le Blog Droit administratif*.

III. Les référés et la crise sanitaire

DOCUMENT 8 : Xavier DUPRÉ DE BOULOIS, « On nous change notre... référé-liberté » (obs. sous CE ord., 22 mars 2020, n°439674) », *RDLF*, 2020 chron. n° 12.

DOCUMENT 9 : Bernard STIRN, « Le référé et le virus », *RFDA*, 2020, p. 634.

DOCUMENT 10 : Conseil d'État, Ord. réf., 1^{er} mars 2022, n° 461686.

IV. Perspectives

DOCUMENT 11 : Florent BLANCO, « Pour un « référé-exécution » devant les juridictions administratives », *AJDA*, 2023, p. 2137.

Exercice

Dissertation : « L'effectivité des référés en droit administratif ».

I. Généralités

DOCUMENT 1 : Articles L. 521-1 et L. 521-2 du Code de justice administrative.

Article L. 521-1

Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision.

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 d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.

DOCUMENT 2 : Conseil d'État, 1^{er} février 2022, n° 457121.

[...]

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 822-1 du code de justice administrative : " Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux ".

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par une décision du 13 septembre 2021, le directeur général du centre hospitalier universitaire de La Réunion a suspendu de ses fonctions M. C..., ingénieur hospitalier en fonction dans cet établissement, à compter du 15 septembre et jusqu'à ce qu'il satisfasse à l'obligation de vaccination contre le covid-19. M. C... a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Versailles, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de suspendre l'exécution de cette décision. Au soutien de sa demande, il a demandé au juge des référés de transmettre au Conseil d'Etat, sur le fondement

de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions des articles 12 à 20 de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, excepté celles du A du I de son article 14.

3. Par une ordonnance du 15 septembre 2021, prise sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, le juge des référés a rejeté la demande de M. C... en se fondant sur ce que la condition d'urgence prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'était pas remplie. Il a, ainsi, décidé de ne pas transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat.

4. M. C... se pourvoit en cassation contre cette ordonnance du 15 septembre 2021. Par un mémoire distinct, présenté sur le fondement de l'article R. 771-16 du code de justice administrative, il conteste le refus opposé par le juge des référés à sa demande de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité.

5. Pour demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque en tant qu'elle rejette sa demande de suspension de la décision litigieuse, M. C... soutient qu'elle est entachée :

- d'irrégularité en ce que sa minute n'est pas signée ;
- de dénaturation des pièces du dossier en ce qu'elle estime que la condition d'urgence prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'est pas remplie.

6. Aucun de ces moyens n'est sérieux et de nature à permettre l'admission du pourvoi. Par suite, sans qu'il puisse utilement soutenir que les dispositions législatives qu'il conteste méconnaissent les droits et libertés garantis par la Constitution, M. C... n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle refuse de transmettre au Conseil d'Etat la question de la conformité à la Constitution des articles 12 à 20 de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, excepté le A du I de son article 14.

[...]

II. Les libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA

DOCUMENT 3 : Conseil d'État, Ord. réf., 3 mai 2002, *Association de réinsertion du Limousin*.

[...]

Considérant, d'une part, que, si, dans une décision du 29 juillet 1998, le Conseil constitutionnel a qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle la « possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent », il n'a pas consacré l'existence d'un droit au logement ayant rang de principe constitutionnel ; que les stipulations relatives à l'accès des particuliers au logement qui sont contenues dans certaines conventions internationales ratifiées par la France ne créent d'obligations qu'entre les Etats parties à ces conventions et ne produisent pas d'effet direct à l'égard des personnes privées ; qu'ainsi, les organisations requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ou lesdites conventions garantiraient l'exercice d'un droit au logement qui présenterait le caractère d'une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ;

[...]

DOCUMENT 4 : Conseil d'État, Ord. réf., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*.

[...]

Considérant que, sous réserve que la condition d'urgence soit remplie, il appartient au juge administratif des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'enjoindre à l'administration de faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété, lequel a le caractère d'une liberté fondamentale, quand bien même cette atteinte aurait le caractère d'une voie de fait ;

Considérant, en premier lieu, que la commune se prévaut, pour justifier sa décision d'engager les travaux litigieux sur ce terrain, d'une délibération du 10 mai 2012 par laquelle la commission permanente du conseil général a décidé de lui céder des parcelles appartenant au Département en vue de permettre la réalisation de ce lotissement ; qu'il est cependant constant, d'une part, que la parcelle AR 50136 ne figure pas parmi celles dont la cession est ainsi prévue à l'article 3 de cette délibération ; que, d'autre part, après avoir rappelé que " le conseil général considère comme propriétaire à part entière " les personnes qui, comme Mme B..., ont bénéficié de l'opération de régularisation foncière, l'article 8 de la même délibération dispose que " ces personnes doivent automatiquement bénéficier de lot(s) dans le lotissement ... en fonction de la valeur et de la superficie de leurs parcelles concernées par le projet " : que toutefois une telle mention ne saurait autoriser la commune de Chirongui, faute d'accord de Mme B...à l'échange ainsi prévu, à entreprendre des travaux sur cette parcelle ; que la circonstance, invoquée par la commune, qu'elle

a fait opposition au bornage de la parcelle en cause ne saurait lui conférer un titre l'autorisant à y réaliser des travaux sans l'accord de l'intéressée ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que le premier juge a estimé que la commune de Chirongui avait porté au droit de propriété de Mme B... une atteinte grave et manifestement illégale ;

[...]

DOCUMENT 5 : Tribunal administratif de Bordeaux, Ord. réf., 4 septembre 2021, n° 2104539.

[...]

Considérant ce qui suit :

1. L'association pour la promotion du naturisme en liberté et le mouvement naturiste ont déclaré, par courrier du 20 août 2021, auprès de la préfecture de la Gironde, la manifestation dite « World Naked Bike Ride » Bordeaux 2021 qu'elles souhaitaient organiser le 5 septembre 2021 à Bordeaux dont le départ était fixé à 14 heures et l'arrivée à 17 heures. Par arrêté du 3 septembre 2021, la préfète de la Gironde a interdit cette manifestation sur le parcours déclaré. L'association pour la promotion du naturisme en liberté et M. C..., administrateur de cette association, et en son nom propre, demandent, par la présente requête, au juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative d'ordonner la suspension de cet arrêté.

2. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « 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 d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. ».

3. La liberté d'expression et de communication, garantie par la Constitution et par les articles 10 et 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dont découle le droit d'expression collective des idées et des opinions, constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Son exercice, notamment par la liberté de manifester ou de se réunir, est une condition de la démocratie.

4. Par l'arrêté contesté du 3 septembre 2021, la préfète de la Gironde a interdit la manifestation déclarée le 20 août 2021 par l'association pour la promotion du naturisme en liberté et le mouvement naturiste. Eu égard à l'imminence de cette manifestation prévue le dimanche 5 septembre 2021 à 14 heures, la condition d'urgence qui s'attache à la liberté de manifester est remplie.

5. Aux termes de l'article 222-32 du code pénal : « L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». L'exhibition sexuelle, qui vise à réprimer le fait de montrer tout ou partie de ses organes sexuels à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public, est susceptible d'entraîner des troubles à l'ordre public.

6. Le respect de la liberté de manifestation qui doit être concilié avec le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle de maintien de l'ordre public ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police interdise une activité si une telle mesure est seule de nature à prévenir un trouble à l'ordre public.

7. Il résulte de l'instruction et des propos tenus à l'audience par les parties, ainsi que des pièces produites, que la déclaration de manifestation adressée par les associations requérantes à la préfète de la Gironde le 20 août 2021, concernait un cheminement en bicyclette d'une distance de 19,7 kilomètres dont le point de départ, dimanche 5 septembre 2021 à 14 heures, était fixé au Parc bordelais. L'itinéraire devait passer place Pey-Berland, devant la mairie et la cathédrale Saint-André, puis quartier Saint-Genès, la gare Saint-Jean, le pont Saint-Jean, quai Deschamps, le pont de Pierre, quai Richelieu, quai Louis XVIII, quai des Chartrons, quai de Bacalan, Cité du vin, cour Balguerie Stuttenberg, pour rejoindre ensuite le Jardin public et les boulevards avant de revenir à son point de départ, à 17 heures, au Parc bordelais. Le port de vêtements était facultatif sur le parcours de la manifestation, permettant aux participants d'exposer leurs organes sexuels à la vue d'autrui compte tenu de leur nudité complète.

8. En interdisant la manifestation « World Naked Bike Ride Bordeaux 2021 », eu égard au but de la manifestation et à ses motifs portés à la connaissance du public par le site Internet du mouvement naturiste qui appelle le public à y participer, « complètement dévêtus ou déguisés à leur guise » au Parc Bordelais dimanche 5 septembre à 14 heures et à « sillonner la ville » ce qui est de nature à troubler l'ordre public, la préfète de la Gironde n'a pas porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de manifestation alors même que le but de celle-ci est de « rouler ensemble pour le climat, la biodiversité et les libertés », aux termes de l'affiche diffusée qui représente au demeurant deux cyclistes nus sur un tandem, compte tenu de l'ampleur du parcours, des lieux traversés, de l'horaire choisi, de l'itinéraire traversant les principaux lieux touristiques du centre-ville de Bordeaux et parcs publics et des moyens de sécurité publique pouvant être alloués.

9. Il résulte de tout ce qui précède que la requête présentée par M. C... et l'association pour la promotion du naturisme en liberté doit être rejetée.

[...]

[...]

5. En outre, le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, tel que proclamé par l'article premier de la Charte de l'environnement, présente le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Toute personne justifiant, au regard de sa situation personnelle, notamment si ses conditions ou son cadre de vie sont gravement et directement affectés, ou des intérêts qu'elle entend défendre, qu'il y est porté une atteinte grave et manifestement illégale du fait de l'action ou de la carence de l'autorité publique, peut saisir le juge des référés sur le fondement de cet article. Il lui appartient alors de faire état de circonstances particulières caractérisant la nécessité pour elle de bénéficier, dans le très bref délai prévu par ces dispositions, d'une mesure de la nature de celles qui peuvent être ordonnées sur le fondement de cet article. Dans tous les cas, l'intervention du juge des référés dans les conditions d'urgence particulière prévues par l'article L. 521-2 précité est subordonnée au constat que la situation litigieuse permette de prendre utilement et à très bref délai les mesures de sauvegarde nécessaires. Compte tenu du cadre temporel dans lequel se prononce le juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-2, les mesures qu'il peut ordonner doivent s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises.

[...]

DOCUMENT 7 : Caroline LANTERO, « Les libertés fondamentales au sens de l'art. L. 521-1 CJA », *Le Blog Droit administratif*.

Le référé liberté est désormais bien adulte. Alors que les autres référés d'urgence ont considérablement, mais seulement, été toilettés, le référé-liberté a été créé ex-nihilo par la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et a connu plusieurs vagues de succès.

Une première vague en 2001 et 2002, juste après sa création, une seconde vague depuis 2014 avec la forte médiatisation des affaires *Diendonné*, *Lambert* ou encore de l'inutile émoi sur l'interdiction du burkini. Il bénéficie aujourd'hui d'une telle aura que, pour le panache du recours, on en oublie parfois d'actionner des référés plus efficaces (mais moins flamboyants) tels que le référé-suspension de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (qui peut être jugé très rapidement si on attire l'attention du juge sur ce point et qui peut être assorti de conclusions à fin d'injonction) ou le référé-conservatoire de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, dit « mesures-utiles », qui porte bien son nom. Des référés dont les conditions d'introduction sont surtout nettement moins draconiennes que celles exigées pour le référé-liberté.

Pour mémoire, le dispositif du référé-liberté permet, aux termes des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative et lorsque l'urgence le justifie, de saisir le juge afin qu'il ordonne

« (...) 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 d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale (...) ». L'article précise que le juge statue en 48h, ce qui contribue peut-être, lorsque la situation est grave et que l'urgence semble absolue, à ce qu'il soit saisi par réflexe.

Dans tous les manuels, et dans tous les cours de contentieux administratif, après avoir évoqué les conditions d'urgence, la notion de gravité et d'illégalité manifeste, le fait que le juge statue en 48h mais pas toujours (quelques heures pour l'affaire *Dieudonné*, six mois pour l'affaire *Lambert*), et que la condition tenant à ce que la personne publique ait agi dans le cadre de ses pouvoirs a été considérablement aménagée (CE, ord., 23 janv. 2013, *Commune de Chirongui*, n° 365262), vient ce moment délicat où il faut définir la notion de liberté fondamentale. Or, il n'y a pas de définition. Le juge administratif s'interdit de prononcer par principe ; il n'a pas défini de règle générale. La notion de liberté fondamentale est définie de manière casuistique et autonome. Et par « juge administratif », il faut comprendre le Conseil d'Etat qui, seul, dispose de la légitimité pour faire émerger une liberté fondamentale. Les libertés fondamentales nouvelles énoncées par les juges des référés des tribunaux administratifs doivent attendre l'onction du juge d'appel.

[...]

Le Conseil d'Etat a fait émerger un grand nombre de libertés fondamentales et a parfois précisé certaines de leurs composantes. La liste réalisée ici tentait de suivre l'actualité jurisprudentielle, et se présentait essentiellement sous forme chronologique. A l'occasion d'une communication sur sa retentissante décision reconnaissant le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé comme une liberté fondamentale (CE, ord., 20 septembre 2022, n° 451129), le Conseil d'Etat a établi sa propre liste, diffusée le 14 octobre 2022. L'occasion de toiletter la nôtre et de la réorganiser (autant que possible) en respectant les libertés fondamentales sources et leurs composantes.

1. La liberté d'aller et venir (CE, ord., 9 janv. 2001 *Desperthes*, n° 228928) et ses extensions/corollaires/implications :
 - la liberté de circulation que « l'ordre juridique de l'Union européenne attache au statut de citoyen de l'Union » (CE, Ord., 9 décembre 2014, *Mme Pouabem*, n°386029);
 - la liberté d'accéder à la plage (CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et a. et Assoc. de défense des droits de l'homme-Collectif contre l'islamophobie en France*, nos 402742, 402777, *Lebon*, p. 390);
 - le droit de se déplacer en utilisant un moyen de locomotion autorisé (CE, Ord., 30 avril 2020, n° 440179)
 - le droit pour un ressortissant français d'entrer sur le territoire français (CE, Ord., 18 août 2020, n°442581).
2. Le droit d'asile ainsi que ses corollaires
 - la possibilité de solliciter le statut de réfugié (CE, ord. 12 janv. 2001, *Mme Hyacinthe et Gisti*, n° 229039),

- le droit de demeurer en France le temps nécessaire à l'examen de la demande (CE, ord., 2 mai 2001, *Dziri*, n°232997),
 - la possibilité de solliciter l'asile territorial territorial (qui n'existe plus) (CE, ord., 12 nov. 2001, *Farboud*, n° 239792);
 - la possibilité de solliciter l'asile à la frontière si la demande n'est pas manifestement irrecevable (CE, 25 mars 2003, M. et Mme *Sulaimanov*, n° 255237, 255238);
 - le droit à des conditions matérielles d'accueil décentes (CE, ord., 23 mars 2009, *Min. de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ Gaghiév et Mme Gaghiéva*, n° 325884, Lebon, p. 789 ; CE, ord., 17 sept. 2009, *Salah*, n° 331950)
3. La libre administration des collectivités locales (CE, sect., 18 janv. 2001, *Cne de Venelles*, n° 229247, Lebon, p. 18)
 4. La liberté d'expression des courants de pensée et d'opinion (CE, ord., 24 févr. 2001, *Tibéri*, n° 230611, Lebon, p. 85 ; CE, ord., 11 janv. 2007, Mme *Lepage*, n° 300428, au tables p. 865; CE, 6 févr. 2015, *Cne de Cournon* d'Auvergne, n° 387726) et sa composante :
 - La liberté de la presse (en tant que composante de la liberté d'expression et de la liberté de communication des idées et des opinions) (CE, ord., 3 février 2021, *J et a.*, n°448721)
 5. Le droit de propriété et la libre disposition des biens qui bénéficie aussi au locataire (CE, ord., 23 mars 2001, *Sté Lidl*, n° 231559, Lebon, p. 154 ; CE, 29 mars 2002, *SCI Stephaur*, n° 243338 ; CE, 1^{er} juin 2017, *SCI La Marne Fourmies*, n° 406103, Lebon T.) et sa composante :
 - Le libre accès des riverains à la voie publique (CE, ord., 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 234226, Lebon, p. 253).
 6. Le droit au respect de la liberté personnelle (CE, ord., 2 avr. 2001, *de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, n° 231965, au Lebon ; CE, ord., 26 avr. 2005, *Min. de l'intérieur c/ M'Lamali*, n°279842: *Lebon T. 1033* ; CE, 26 août 2016, *LDH et autres – association CCIF*, n° 402742, 402777) et sa composante :
 - La liberté de pratiquer un sport (CE, Ord., 16 oct. 2020, *Stés LC Sport, KC Aix, France active FNEAPL et Movin'*, n° 445102)
 7. La liberté individuelle (CE, 15 oct. 2001, *Hamani*, n° 238934, 239022)
 8. Le droit de mener une vie familiale normale (CE, 30 oct. 2001, *de l'intérieur c/ Tliba*, n° 238211, Lebon, p. 523 ; CE, 4 févr. 2005, *Karrer*, n°261029, Lebon T., p. 1033)
 9. La liberté du commerce et d'industrie (CE, ord., 12 nov. 2001, *Cne de Montreuil-Bellay*, n° 239840, Lebon, p. 551)
 10. La possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge (CE , ord., 3 avr. 2002, *de l'intérieur c/ Kurtarici*, n°244686, Lebon T., p. 871, 873 ; CE , ord., 18 sept. 2008, *Benzineb*, n° 320384, Lebon T., p. 861)

11. Le droit du patient à donner son consentement (CE, ord., 16 août 2002, *Mmes Feuillatey*, n° 249552, Lebon, p. 309), et le droit au recueil d'un consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués (CE, ord., 8 sept. 2005, *Garde des Sceaux c/ M. Bunel*, n° 284803, Lebon, p. 388)
12. La liberté de réunion, et son corollaire, le droit pour un parti politique de tenir réunion (CE, ord., 19 août 2002, *Front national, Institut de formation des élus locaux*, n° 249666, Lebon, p. 311)
13. La liberté de se marier (CE, ord., 27 janv. 2003, *Bena*, n°253216, Lebon T., p. 928 (impl.) ; CE, ord., 9 juil. 2014, *A*, n° 382145)
14. Le respect des règles de procédures:
 - relatives à la procédure d'extradition (CE, ord., 29 juil. 2003, *Peqini*, n° 258900, Lebon, p. 344)
 - fixées par le code de procédure pénale pour un détenu (CE, ord., 30 juil. 2015, , 392100)
15. Le droit de grève (CE, 9 déc. 2003, *Mme Aguilon et a.*, n°262186, Lebon, p. 497)
16. La liberté de culte (CE, 7 avr. 2004, *Kilicikesen*, n° 266085)
17. Le secret des correspondances et le libre exercice des mandats par les élus locaux (CE 9 avr. 2004, *Vast*, no 263759, Lebon, p. 173 ; CE, 11 avr. 2006, *Tefaarere*, n° 292029, au Lebon)
18. La liberté du travail (sol.impl) (CE, 4 oct. 2004, *Sté Mona Lisa*, n°264310, Lebon, p.362)
19. La présomption d'innocence (CE, ord., 14 mars 2005, *Gollmisch*, n° 278435, Lebon, p. 103)
20. L'interdiction du travail forcé ou obligatoire (CE, Ord., 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, n° 279999, Lebon T. p. 1034)
21. Le libre exercice d'une profession (CE, ord., 15 déc. 2005, *Marcon*, n°288024, Lebon, p. 565)
22. Le droit à un recours effectif (CE, 13 mars 2006, *Bayrou et a.*, n° 291118 ; CE, ord., 30 juin 2009, *Beghal*, n° 328879; CE, Ord, 4 mars 2010, n° 336700, au sujet d'une décision administrative faisant obstacle à l'exécution d'une décision de justice)
23. La liberté syndicale (CE, ord., 28 mars 2006, *Cne de St-Chély-d'Apcher*, n°291399, Lebon T., p. 1017 ; CE, ord. 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Intervo 28*, n° 298293, Lebon, p. 222) et sa composante : le libre choix d'une formation syndicale (CE, Ord., 21 juin 2019, *SAFPTR*, n°431713)

24. La liberté d'entreprendre (CE, ord., 26 mai 2006, *Sté du Yacht-club international de Marina Baie-des-Anges (SYCIM)*, n° 293501, Lebon, p. 265)
25. La liberté de manifestation (CE, 5 janv. 2007, *M de l'intérieur c/ Solidarité des français*, n° 300311, aux Tables du Lebon)
26. La liberté d'association et de réunion (CE, ord., 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053 ; CE, ord., 2 mai 2008, *Association les Boulogne-Boys*, n° 315724)
27. Le droit au respect de la vie privée (CE 25 oct. 2007, *Mme Y. c/ Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP)*, n° 310125, Lebon T., p. 684) et sa composante :
- Le droit à la protection des données personnelles (CE, Ord., 18 mai 2020, *La quadrature du net et LDH*, n° 440442, 440445)
28. Le droit à la scolarisation d'un enfant handicapé (CE, 15 déc. 2010, *Ministre de l'éducation nationale de la jeunesse et de la vie associative c/ Epoux Peyrilbe*, n° 344729, au Lebon)
29. L'intérêt supérieur de l'enfant (CE 4 mai 2011, *Ministre des affaires étrangères*, n° 348778, T. 1081-1081)
30. Le droit au respect de la vie (CE, sect., 16 nov. 2011, *Ville de Paris et Sté d'économie mixte PariSeine*, n°s 353172, 353173, Lebon, p. 552 ; CE, 13 aout 2013, *Ministre de l'intérieur c/ Cne de St Leu*, n° 370902)
31. Le droit à de ne pas subir de carence caractérisée :
- dans le cadre de l'hébergement d'urgence (CE, 10 févr. 2012, *Fofana*, n°356456);
 - dans l'accès aux traitements et soins les plus appropriés à son état de santé (CE, 13 déc. 2017, *Pica-Picard*, no 415207, Lebon. T.; pp. 737, 740, 811);
 - dans l'aménagement des conditions de passation d'épreuves d'examen ou de concours pour une personne handicapée (CE, ord., 20 sept 2018, *Obargui*, n° 423727)
32. Le droit de ne pas subir une obstination déraisonnable et le droit au respect de la vie (CE, ord., Ass., 14 févr. 2014, *Lambert*, n° 375081, 375090, 375091 ; CE, 8 mars 2017, *Assistance Publique – Hôpitaux de Marseille*, n°408146)
33. Le droit de ne pas être soumis au harcèlement moral dans la fonction publique (CE, ord., 19 juin 2014, *Cne du Castelet*, n° 381061, T.)
34. Le droit des propriétés des personnes publiques (CE, 9 oct. 2015, *Cne de Chambourcy*, n° 393895, au Lebon)
35. Le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants (CE, ord., 23 nov. 2015, *Ministre de l'intérieur et Cne de Calais*, n°394540, 394568)

36. La liberté de conscience (CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et a. et Assoc. de défense des droits de l'homme-Collectif contre l'islamophobie en France* France, n^{os}402742, 402777, Lebon, p. 390)
37. La liberté de l'enseignement (qui est un PFRLR) (CE, Ord., 31 oct. 2019, *de l'éducation nationale*, n° 435435)
38. La liberté de création artistique et la liberté d'accès aux œuvres culturelles (CE, Ord., 23 déc. 2020, *Moreau et a.*, n° 447698)
39. Le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé (CE, ord., 20 septembre 2022, n° 451129)

Mis à jour le 15 octobre 2022

DOCUMENT 8 : Xavier DUPRÉ DE BOULOIS, « On nous change notre... référé-liberté » (obs. sous CE ord., 22 mars 2020, n°439674) », *RDLF*, 2020 chron. n° 12.

La création de la procédure de référé-liberté par la loi du 30 juin 2000 a été présentée comme une nouvelle voie de recours pour assurer la garantie des libertés fondamentales en France. Il s'agissait de doter le juge administratif statuant en urgence d'un outil lui permettant de prescrire les mesures nécessaires pour faire cesser ou prévenir une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale commise par l'administration (art. L. 521-2 CJA). De manière plus circonstancielle, l'objectif a aussi été de contrecarrer la propension des victimes de telles atteintes à se tourner vers le juge civil des référés en se prévalant de la voie de fait (G. Bachelier, « Le référé-liberté », *RFDA* 2002 p. 261). Avec vingt années de recul, force est de constater que cette procédure a rempli son office. Elle a été mobilisée avec plus ou moins de succès dans la plupart des grandes affaires impliquant l'exercice des libertés dont le juge administratif a eu à connaître ces dernières années : scolarisation des enfants handicapés, Dieudonné, Vincent Lambert, burkini, Lande de Calais, état d'urgence, conditions des détenus dans les établissements pénitentiaires, etc. Elle est même victime de son succès en ce que des requérants choisissent parfois d'y recourir en présence d'atteintes émanant de personnes privées alors que la voie du référé civil semblait la plus évidente (ex. : affaire de la pâtisserie « Tête de nègre » : CE ord., 16 avril 2015, CRAN, n°389372). L'ordonnance du 22 mars 2020 (n°439674) offre une nouvelle perspective sur le rôle du juge du référé-liberté : gardien des libertés fondamentales, il en devient possiblement le fossoyeur. Pour autant, cette ordonnance ne doit pas être analysée en termes de rupture mais plutôt comme un aboutissement. Cette nouvelle fonction était en germe dans la jurisprudence du Conseil d'Etat depuis le début des années 2010 (I.). L'ordonnance du 22 mars 2020 en exprime toutes les virtualités (II.).

I. Généalogie d'une mutation

Au tout début : les obligations positives dans la jurisprudence de la CEDH. La jurisprudence de la Cour EDH sur les obligations positives a joué un rôle essentiel dans l'évolution en cours. On se bornera à rappeler ici qu'en droit de la CEDH, deux séries d'obligations pèsent sur les Etats parties à l'égard des différents droits garantis par la Convention : une obligation négative, celle de ne pas entraver l'exercice des droits garantis par la convention ; des obligations positives, celles de prendre les mesures nécessaires pour mettre les personnes en mesure de jouir de leurs droits conventionnels de manière effective. Ces obligations positives sont de nature variable. Elles s'analysent souvent comme de simples obligations matérielles d'agir à la charge de l'État : obligation pour les autorités publiques d'assurer la protection d'une femme contre des violence conjugales connues des autorités (CEDH, 9 juin 2009, Opuz / Turquie, n°33401/02) et de fournir des soins médicaux adaptés à l'état de santé d'un détenu (CEDH, 7 nov. 2006, Holomiov / Moldavie, n°30649/05). La Cour EDH a également dégagé des obligations normatives à la charge de l'État c'est-à-dire des obligations d'édicter les normes nécessaires pour assurer la protection d'un droit. Elle a ainsi

affirmé l'obligation pour les Etats d'adopter des normes garantissant la protection des personnes dans les espaces publics (CEDH, 14 juin 2011, Ciechonska / Pologne, n°19776/04). De même, un Etat peut être condamné devant la Cour au motif que sa législation pénale d'incrimine pas ou incrimine de manière insuffisante, certains comportements qui portent une atteinte grave à un droit garanti par les articles 2 à 4 de la CEDH (ex. : condamnation de la France en ce que sa législation pénale ne comporte pas d'incriminations spécifiques de l'esclavage, de la servitude, du travail forcé ou obligatoire : CEDH, 26 juill. 2005, Siliadin / France, n°73316/01).

...débouchant sur une nouvelle représentation de la fonction de police. La jurisprudence de la Cour EDH sur les obligations positives offre une nouvelle représentation des autorités de police. Leur mission consiste traditionnellement à assurer le maintien de l'ordre public et pour ce faire, elles peuvent prendre des mesures restrictives pour certaines libertés fondamentales. Même s'il a toujours été évident que la prévention des atteintes à l'ordre public participait à la protection des libertés des individus au moins de manière indirecte (en ce sens, Cons. const., n°2010-25 QPC, 16 sept. 2010, §11), cette jurisprudence valorise de manière éclatante ce lien. Elle fait des autorités de police les garantes essentielles des droits proclamés par la CEDH. Dit autrement, la police administrative ne participe pas seulement à la restriction mais aussi à la réalisation des libertés fondamentales. En matière environnementale, plusieurs arrêts de la Cour ont ainsi déduit de l'article 8 de la CEDH une obligation à la charge de l'Etat de mettre en place un véritable régime de police spéciale : « lorsqu'il s'agit pour un État de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, et notamment lorsqu'il s'agit d'activités dangereuses, il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux spécificités de l'activité en jeu notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter. Cette obligation doit déterminer l'autorisation, la mise en fonctionnement, l'exploitation, la sécurité et le contrôle de l'activité en question ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause (CEDH [GC], 30 nov. 2004, Öneriyıldız / Turquie, no48939/99, §90).

...et reprise à son compte par le juge administratif. Le juge administratif s'est approprié cette construction au début des années 2010 dans le cadre du référé-liberté. Il a ainsi été en mesure d'exercer pleinement sa compétence du juge de la CEDH de droit commun. Dans un arrêt Ville de Paris du 16 novembre 2011, il a jugé que « lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence » (CE Sect., 16 nov. 2011, n°353172). Cette appropriation a été partielle à deux égards : ce raisonnement n'a été mobilisé qu'en présence d'atteintes au droit à la vie (art. 2) et au droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants (art. 3) alors que la technique des obligations positives concerne tous les droits conventionnels sans exclusion dans la jurisprudence de la Cour. En droit français, elle est donc réservée aux atteintes à des droits qui assurent la protection de la dignité de la personne humaine et qui, partant, sont souvent considérés comme intangibles. Par ailleurs, et jusque-là, cette

appropriation n'avait concerné que des mesures de portée limitée, matérielles la plupart du temps : interruption de travaux (CE Sect., 16 nov. 2011, préc.), mesures visant à assurer la prise en compte des besoins élémentaires des migrants vivant dans la Lande de Calais (CE ord., 23 nov. 2015, Asso. Médecins du Monde, n°394540) ou encore mesures visant à améliorer les conditions de détention des détenus dans un établissement pénitentiaire (CE ord., 22 déc. 2012, Section française de l'OIP, n°364584). Cette solution a été justifiée par le constat que le juge de référés ne peut prescrire que des mesures susceptibles d'être prises à brève échéance pour mettre fin à l'atteinte. Aussi ne peut-il pas enjoindre à l'administration de prendre « des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique » telles la réalisation de travaux lourds au sein d'une maison d'arrêt, l'allocation aux services judiciaires et pénitentiaires des moyens financiers, humains et matériels supplémentaires et l'adoption de mesures de réorganisation des services ainsi qu'une circulaire de politique pénale (CE, 28 juill. 2017, Section française de l'OIP, n°410677).

II. Une ordonnance entre continuité et rupture

L'ordonnance du 22 mars 2020 s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence décrite ci-dessus. Elle en révèle aussi les virtualités imposées par les circonstances exceptionnelles liées à la crise du Covid-19.

La part de la continuité. A l'occasion de son ordonnance du 22 mars 2020, le Conseil d'Etat a repris les principes issus de sa jurisprudence décrite ci-dessus. Il définit le cadre de son office au §5 de son ordonnance dans des termes qui figuraient déjà dans les ordonnances précédentes. Le raisonnement est donc conforme aux principes en question : il incombe aux autorités de police de prendre les mesures nécessaires pour garantir le respect de la vie dans le contexte de la pandémie du Covid-19 conformément à l'article 2 de la CEDH ; parmi ces mesures figure l'obligation de confinement à domicile de la population ; il incombe alors au juge du référé-liberté de vérifier que lesdites autorités de police ont pris les mesures nécessaires pour garantir le droit à la vie ; il peut enjoindre aux autorités de police de prendre de telles mesures dès lors que « la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale » ; aussi est-il en droit d'imposer au gouvernement qu'il réévalue ses mesures de confinement et en particulier les dérogations à l'obligation de confinement. Il reste que cette ordonnance évoque aussi une nouvelle étape dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Et ce à au moins deux égards.

La part de la nouveauté : l'étendue des mesures prescrites. L'étendue des mesures prescrites au sein de l'ordonnance est sans commune mesure avec ce qu'il en était jusque-là. En général, ce raisonnement n'a été mobilisé que dans des affaires de portée limitée qu'il s'agisse du champ d'application des mesures (la dalle des halles, un établissement pénitentiaire, la Lande de Calais, une plage de la Réunion, etc...), de leurs bénéficiaires (clients et salariés d'un magasin, détenus, migrants) et de la nature de ces mesures (le plus souvent matérielles). En l'espèce, le recours mettait en cause un décret réglementaire ayant vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire national. A travers son ordonnance, le juge du référé-liberté interfère donc dans l'exercice d'une compétence normative au niveau national. Or, il a été vu que jusque-là, le juge ne pouvait enjoindre en référés-

liberté à l'administration de prendre « des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique ». Les décisions prises en matière de confinement sont, elles aussi, des mesures « reposant sur des choix de politiques publiques ». A notre connaissance, il n'est qu'un contentieux qui évoque une situation proche, celui de la fin de l'état d'urgence. On sait qu'en la matière, le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent pour connaître dans le cadre du référé-liberté, des appréciations du chef de l'Etat quant au maintien de l'état d'urgence lorsque la loi de prorogation lui a confié cette compétence (CE, ord., 9 déc. 2005, Allouache, n°287777 ; CE, ord., 27 janv. 2016, LDH, n°396220).

La part de la nouveauté : le juge du référé-liberté, autorité virtuelle de police. Cette jurisprudence avait surtout été mobilisée jusque-là pour imposer des obligations à la seule charge des autorités de police dans le but de préserver la vie de personnes. De ce point de vue, elle s'inscrivait bien dans l'office classique du juge du référé-liberté. Or, en l'espèce, le Conseil d'Etat enjoint au gouvernement de réexaminer et de réévaluer les contours de dérogations à l'obligation de confinement à domicile définie par le décret du 16 mars 2020. L'enjeu n'était donc pas de déterminer si ces dérogations ont été définies de telle sorte qu'elles ne portent pas une atteinte excessive, disproportionnée à telle ou telle liberté, la liberté d'aller et venir en particulier. A l'inverse, le juge devait contrôler si les contours de ces dérogations n'avaient pas été définis de manière trop permissive de telle sorte qu'il serait encore trop aisé d'échapper à l'obligation de confinement. Le juge administratif devient donc une sorte d'auxiliaire de la police administrative dont il s'efforce d'améliorer l'efficacité. Le gouvernement n'a d'ailleurs pas tardé pour tirer les conséquences de l'ordonnance : le décret n°2020-293 du 23 mars 2020 a redéfini les termes des différentes dérogations à l'obligation de confinement dans le sens plus restrictif prescrit par le juge des référés du Conseil d'Etat. Il n'est pas impossible qu'à l'avenir, le juge soit amené plus directement encore à prescrire des mesures de contraintes pour l'ensemble de la population dès lors qu'il aurait identifié une carence dans l'exercice par les autorités administratives de leur pouvoir de police de nature à entraîner des atteintes graves à la vie des personnes. Formellement, il ne s'adresse bien sûr qu'aux personnes publiques mais c'est bien un renforcement des restrictions à l'exercice des libertés de l'ensemble de la population qu'il prescrirait. Il peut être relevé qu'en l'espèce, le juge ne refuse pas d'enjoindre au premier ministre de prendre une mesure de confinement total de la population parce qu'il n'appartiendrait au juge du référé-liberté de prescrire ce type de mesure. Il se borne à constater « qu'il n'apparaît pas que le Premier ministre ait fait preuve d'une carence grave et manifestement illégale en ne décidant pas un confinement total de la population sur l'ensemble du territoire selon les modalités demandées par le syndicat requérant » (§8). Il laisse donc entendre qu'il pourrait en être autrement.

Conclusion : le juge administratif, un juge qui gouverne ? On ne peut conclure ces quelques observations sans revenir sur un débat classique dont Jean Rivero avait résumé les termes (« Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », D. 1951, Chron., p. 21). L'ordonnance commentée évoque un paradoxe : le référé-liberté a été créé pour protéger l'exercice des libertés fondamentales contre les emportements administratifs ; le juge du référé-liberté se retrouve désormais en situation de prescrire aux autorités de police l'adoption de mesures de contrainte qui peuvent constituer des entraves importantes à l'exercice de différentes libertés. Il devient, si l'on

nous permet l'expression, une « meta-autorité de police », en situation de faire la leçon aux autorités compétentes sur la « bonne mesure de police » au sens de son efficacité opérationnelle.

DOCUMENT 9 : Bernard STIRN, « Le référé et le virus », *RFDA*, 2020, p. 634.

Contexte inédit et cadre tracé par la jurisprudence

L'état d'urgence sanitaire s'est traduit par un afflux de requêtes très supérieur à ce que le juge du référé avait connu dans le passé, en particulier de 2015 à 2017. Plus de 200 requêtes ont ainsi été examinées en moins de trois mois par le juge des référés du Conseil d'État tandis que l'action des préfets, des agences régionales de santé et des maires était discutée devant le juge des référés des tribunaux administratifs. Si quelques référés-suspension ont été présentés, les requérants ont pour la plupart emprunté la voie du référé-liberté.

Pour faire face dans de brefs délais à cet afflux de pourvois, des aménagements ont été nécessaires. Sous l'autorité du président de la section du contentieux, une véritable « task force » a été mise en place au Conseil d'État et des contacts réguliers organisés avec les présidents des tribunaux administratifs dans le souci de faciliter l'unité de jurisprudence. Les audiences ont en outre dû être organisées dans le respect des exigences sanitaires.

Si aucune affaire n'a été renvoyée à une formation collégiale de jugement, les diverses voies dont le juge des référés dispose ont été utilisées. La première ordonnance du 22 mars 2020, qui a fixé le cadre général, a été traitée par une formation collégiale de trois juges des référés. Toutes les autres décisions ont été prises par un juge unique. Dans tous les cas, et conformément à l'habitude, le juge des référés, loin d'être isolé dans l'exercice de ses attributions, a échangé avec ses collègues sur les points qui permettaient l'hésitation. Des requêtes sans consistance ont été écartées sans instruction ni audience, par la procédure de tri.

Le juge des référés s'est appuyé sur l'ensemble de l'acquis procédural et jurisprudentiel qui s'était progressivement constitué.

L'importance de l'oralité des débats a été d'autant plus grande qu'en regard à la nature des affaires, l'audience conduisait le plus souvent l'administration à répondre non à des individus mais à de grandes associations, à des organisations professionnelles ou syndicales, porteuses d'intérêts collectifs. Sur le fond, il s'agissait moins pour le juge d'apprécier une situation personnelle que de se prononcer sur des réglementations complexes, édictées dans l'urgence, pour faire face à des dangers épidémiques en partie impossibles à cerner exactement et sur lesquels les opinions des scientifiques, des médecins, des autorités sanitaires faisaient parfois ressortir des incertitudes voire des appréciations divergentes.

À de nombreuses reprises, le juge des référés s'est, dans ce contexte particulier, appuyé sur les équilibres précédemment définis. Il a notamment rappelé qu'il n'appartient pas au juge du référé-

liberté de faire des choix de politique publique mais seulement d'ordonner les mesures susceptibles de produire effet dans des délais brefs et propres à sauvegarder une liberté fondamentale. Nationaliser une entreprise excède ainsi à l'évidence le champ de ce qui peut lui être demandé (34). À maintes reprises, le juge du référé a souligné que le caractère manifestement illégal de l'atteinte à une liberté fondamentale s'apprécie en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises. Parce que le référé s'inscrit dans une logique de l'évidence, les incertitudes scientifiques et les débats médicaux appellent une retenue particulière, en particulier sur des questions comme la mise en oeuvre des tests de dépistage, le port du masque et la prescription de l'hydroxychloroquine.

Dans le cadre ainsi tracé, le débat devant le juge des référés ouvre, en période de crise, un important espace de dialogue.

Le référé en période de crise : un espace de dialogue

[...]

En période de confinement, la discussion devant le juge des référés des mesures générales arrêtées par les autorités administratives pour lutter contre l'épidémie a pris une connotation particulière. A un moment où le pays se trouvait dans la nécessité de vivre à huis clos, l'ouverture d'un espace de dialogue, de discussion, de contrôle a revêtu une portée plus marquante encore qu'au cours de la période de 2015 à 2017. Souvent longues, parfois convoquées à deux reprises sur une même affaire, les audiences ont éclairé en profondeur le débat, permis au juge d'étayer son interprétation et d'exercer une forme de médiation. La presse écrite, les radios, les télévisions, les réseaux sociaux en ont largement rendu compte. Au point que le prétoire du juge du référé a pu apparaître comme le dernier forum d'une vie démocratique en partie suspendue par l'épidémie.

Dans ce contexte si particulier, le juge du référé s'est efforcé d'apporter une garantie effective à l'État de droit.

État d'urgence et État de droit

Chaque décision rendue dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire est naturellement susceptible de discussion. Dans son article, consacré à deux de ces décisions, le professeur Delvolvé émet ainsi des réserves sur l'une d'elles et approuve pleinement l'autre. Au regard de l'ensemble des ordonnances de référé prises durant cette période, trois observations générales peuvent être formulées. Une question importante et inédite relative à la combinaison des pouvoirs de police générale du Premier ministre à l'échelle nationale et des pouvoirs de police du maire dans la commune a été tranchée. Faisant usage de son pouvoir d'interprétation, le juge des référés, éclairé par le débat contradictoire, a précisé la portée de nombreuses mesures. Il a veillé à ce que les contraintes imposées n'aillent pas au-delà ce qui était nécessaire pour lutter efficacement contre

l'épidémie. Compte tenu de ces trois constats, il est permis de conclure qu'il a pleinement rempli son office sans excéder le cadre de sa mission.

[...]

Dans de nombreuses requêtes, le juge du référé-liberté a apprécié avec un grand réalisme les mesures prises, compte tenu de l'urgence de la situation et des moyens dont dispose l'administration. Les débats au cours de l'audience publique ont souvent permis à cette dernière de préciser et d'amplifier son action. Tout en rejetant des demandes d'injonction complémentaire, le juge des référés explicite alors la portée des obligations qui incombent aux autorités publiques et constate qu'elles n'ont pas manifestement manqué à celles-ci. Particulièrement caractéristique de cette démarche d'une interprétation confortée par l'oralité des échanges est l'ordonnance relative aux mesures d'hygiène et de prévention dans les établissements pénitentiaires, dans laquelle le juge des référés observe que des mesures annoncées lors de l'audience ont été effectivement prises et qu'une note rédigée après celle-ci formalise les engagements de l'administration. Une même démarche constructive se retrouve dans l'ordonnance qui concerne les mesures de protection dans les locaux de garde à vue et les enceintes des juridictions. Le juge des référés y relève, en particulier, que, si l'État doit d'abord veiller à la sécurité de ses propres agents, il lui incombe aussi d'« aider les avocats qui, en leur qualité d'auxiliaires de justice, concourent au service public de la justice » à disposer de masques et de gel hydroalcoolique. Une approche comparable se retrouve dans les ordonnances qui se prononcent sur les campagnes de dépistage et les matériels de protection et d'oxygénation dans les établissements d'accueil des personnes âgées dépendantes, sur la situation dans les entreprises de la métallurgie et sur le matériel de protection, surblouses, lunettes, masques, dont dispose le personnel soignant.

Le juge des référés a régulièrement rappelé que, dans la période d'état d'urgence sanitaire, « il appartient aux différentes autorités compétentes de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou limiter les effets de l'épidémie » et que ces mesures, « qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ou encore la liberté d'exercice d'une profession, doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent ». Dans l'exercice de l'entier contrôle de proportionnalité qu'il lui revient d'exercer, le juge, qui a largement pris en compte les nécessités découlant de circonstances sanitaires exceptionnelles, a aussi veillé à ce que les contraintes imposées soient justifiées par les exigences de la lutte contre l'épidémie.

Le juge du référé-liberté a été particulièrement attentif à éviter toute imprécision ou ambiguïté. C'est ce qui l'a conduit, avant même la déclaration de l'état d'urgence sanitaire, à enjoindre au gouvernement de préciser la nature des dérogations pour déplacement bref à proximité du domicile et de mieux évaluer les risques du maintien des marchés ouverts compte tenu de leur taille et du niveau de leur fréquentation. Comme le relève, de manière critique, le professeur Delvolvé, une telle injonction, formulée de surplus au tout début de la crise épidémique et avant même la déclaration de l'état d'urgence sanitaire, allait certes loin dans le contrôle des mesures de police. Mais, immédiatement mise en œuvre par le gouvernement, elle a conduit à davantage de clarté et

elle montre que, tout en demeurant dans des limites raisonnables, l'intervention du juge du référé-liberté aide aussi à mieux administrer. Le même souci de clarté se trouve dans l'ordonnance qui, afin de dissiper des malentendus suscités par des déclarations contradictoires, a enjoint au gouvernement de rappeler que, si certains déplacements sont interdits, ceux qui sont autorisés peuvent se faire en utilisant les divers moyens disponibles, en particulier la bicyclette.

À plusieurs reprises, des atteintes excessives aux droits et libertés fondamentaux ont été constatés. Faute d'application de mesures précédemment annoncées, le défaut d'enregistrement des demandes d'asile en Île-de-France portait une atteinte disproportionnée au droit d'asile. Injonction a, en conséquence, été faite de reprendre l'enregistrement dans les cinq jours, avec les conditions sanitaires appropriées. Le juge des référés a également enjoint à l'État de mettre fin sans délai à une surveillance par drones qui, faute d'être assortie de garanties assurant le respect des règles de protection des données personnelles, portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée. Par l'ordonnance que commente, en l'approuvant, le professeur Delvolvé, le juge des référés a ordonné au gouvernement de lever l'interdiction générale et absolue de réunion dans les lieux de culte qui présentait, après le début du déconfinement, un caractère disproportionné. En référé-suspension, un doute sérieux, conduisant à suspendre l'exécution de cette mesure, a été éprouvé sur la légalité de la disposition d'une ordonnance adoptée après le début du déconfinement et qui permettait de manière générale et systématique à la Cour nationale du droit d'asile de déroger à la collégialité pour statuer sur toutes les affaires, jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, par la voie d'un juge unique. Au fur et à mesure que le contrôle de l'épidémie s'est renforcé, le niveau de contraintes admissibles s'est réduit. Particulièrement significative à cet égard est la suspension, en référé-liberté, de l'interdiction générale de toute manifestation sur la voie publique, prolongée par un décret du 31 mai 2020, à un moment où la situation sanitaire, telle qu'appréciée notamment par les recommandations du Haut conseil de la santé publique et les avis du Conseil scientifique, ne justifiait plus une restriction aussi absolue aux libertés d'expression et de communication, qui s'exercent au travers des libertés de manifester et de se réunir.

Par la rapidité de son intervention, le juge du référé se trouve souvent le premier à réagir, spécialement en période d'état d'urgence. Avec la crise sanitaire, son office a pris un relief particulier. D'autres relais de l'État de droit se sont heureusement eux aussi manifestés. Par sa décision du 11 mai 2020 relative à la loi de prorogation de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel a rappelé les exigences en matière de mesures privatives de liberté. Tout comme pour l'état d'urgence appliqué de 2015 à 2017, il est appelé à trancher d'intéressantes questions prioritaires de constitutionnalité. Saisi par le Conseil d'État de deux questions relatives aux impératifs de libre expression du suffrage dans le contexte du report du second tour des élections municipales, il a confirmé que le report en juin de ce second tour était justifié par un motif impérieux d'intérêt général et que les modalités d'organisation des élections ne méconnaissaient ni le droit de suffrage, ni le principe de sincérité du scrutin ni celui d'égalité devant le suffrage. Deux autres questions renvoyées par la Cour de cassation, qui portent sur certains aspects de la répression pénale durant le confinement, sont en cours d'examen. Par ses importants arrêts du 26 mai 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation a fixé les limites des prolongations automatiques de garde à vue, sans intervention d'un juge, que la loi du 23 mars 2020 avait permises et auxquelles la loi du 11 mai de prolongation de l'état d'urgence a mis fin. La Commission nationale de l'informatique et des

libertés (CNIL) et les formations consultatives du Conseil d'État ont veillé à ce que les traitements informatiques nécessaires à la lutte contre l'épidémie comportent les garanties nécessaires en matière de protection des données personnelles. L'Assemblée nationale et le Sénat font enfin preuve d'une grande vigilance, comme ils l'avaient fait durant l'application de l'état d'urgence en vue de lutter contre le terrorisme. Les interventions des uns et des autres montrent que l'état d'urgence n'efface en rien l'État de droit. Dans le combat contre le virus, le droit joue aussi son rôle. Souvent le référé est comme son avant-garde.

DOCUMENT 10 : Conseil d'État, Ord. réf., 1^{er} mars 2022, n° 461686.

Vu la procédure suivante :

Par une requête, un nouveau mémoire et un mémoire en réplique, enregistrés les 18, 21 et 23 février 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, M. B... G..., M. H... K..., Mme D... A..., M. E... F..., M. L... J..., Mme C... I..., l'Association française des espaces de loisirs indoor (SPACE) et l'association ADELICO demandent au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1^o) à titre principal, de suspendre l'exécution du I de l'article 47-1 du décret n° 2021-669 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire tel que modifié par le a) du 5^o de l'article 1^{er} du décret n° 2022-51 du 22 janvier 2022 ;

2^o) à titre subsidiaire, d'enjoindre au Premier ministre de réexaminer le périmètre matériel et géographique du passe vaccinal au regard de l'évolution de la situation sanitaire.

Ils soutiennent que :

- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que l'instauration du passe vaccinal leur cause un préjudice moral et contraint les établissements recevant du public à contrôler le statut vaccinal de leurs clients, alors que la situation sanitaire ne justifie plus l'exigence de ce passe vaccinal ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité de la mesure contestée ;
- le passe vaccinal n'est plus nécessaire et proportionné à la situation sanitaire actuelle, le gouvernement ayant au demeurant décidé un allègement des contraintes ;
- il porte une atteinte non nécessaire à la liberté d'aller et de venir, à la liberté de se réunir et au droit d'expression collective des idées et des opinions eu égard à la situation sanitaire actuelle.

Par un mémoire en défense, enregistré le 22 février 2022, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

La requête a été communiquée au Premier ministre, qui n'a pas produit de mémoire en défense.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 ;
- la loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 ;
- le décret n° 2021-669 du 1er juin 2021 ;
- la décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, M. B... G..., M. H... K..., Mme D... A..., M. E... F..., M. L... J..., Mme C... I..., l'Association française des espaces de loisirs indoor (SPACE) et l'association ADELICO et, d'autre part, le Premier ministre et le ministre des solidarités et de la santé ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 24 février 2022, à 14 heures :

- les représentants de M. B... G..., M. H... K..., Mme D... A..., M. E... F..., M. L... J..., Mme C... I..., l'Association française des espaces de loisirs indoor (SPACE) et l'association ADELICO ;
- les représentants du ministre des solidarités et de la santé ;

à l'issue de laquelle le juge des référés a clôt l'instruction ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : "Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision".

2. L'article 1er de la loi du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique a modifié le paragraphe II de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire afin notamment de permettre au Premier ministre, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19, de subordonner l'accès à certains lieux à la présentation d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, dit " passe vaccinal ". Ces dispositions prévoient que le Premier ministre peut subordonner à la présentation d'un justificatif de statut vaccinal l'accès des personnes âgées d'au moins seize ans à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées des activités de loisir et des activités de restauration ou de débit de boissons ainsi qu'aux foires, séminaires et salons professionnels, aux transports publics interrégionaux pour des déplacements de longue distance et à certains grands magasins et centres commerciaux. Cette règle s'applique également aux déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, sauf motif impérieux d'ordre familial ou de santé ou en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis, sous réserve de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19. Enfin, Le IV de l'article 1er de la loi 31 mai 2021 dispose que : " Les mesures prescrites en application du présent article sont strictement

proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. "

3. Sur le fondement de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021, le décret du 22 janvier 2022 a modifié le décret du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de la crise sanitaire pour fixer les conditions d'application de ce dispositif. Notamment, le 5° de son article 1er a modifié le I de l'article 47-1 du décret du 1er juin 2021 pour prévoir que les personnes âgées d'au moins 16 ans doivent, pour être accueillies dans les établissements, lieux, services et événements mentionnés aux II et III de l'article, présenter un justificatif de leur statut vaccinal attestant d'un schéma vaccinal complet dans les conditions définies au 2° de l'article 2-2 du même décret. A défaut de présentation d'un tel justificatif, l'accès à l'établissement, au lieu, au service ou à l'évènement est refusé, sauf pour les personnes bénéficiant d'un certificat de rétablissement délivré dans les conditions mentionnées au 3° de l'article 2-2 ou justifiant d'une contre-indication médicale à la vaccination dans les conditions prévues à l'article 2-4. Par dérogation, les personnes justifiant de l'injection depuis au plus quatre semaines d'une première dose de l'un des vaccins mentionnés au troisième alinéa du a du 2° de l'article 2-2 du même décret peuvent accéder aux établissements, lieux, services et événements concernés sur présentation du justificatif de l'administration de leur première dose et du résultat d'un test ou d'un examen de dépistage réalisé dans certaines conditions.

4. M. G... et autres demandent la suspension de l'exécution des dispositions citées au point précédent. Ils soutiennent que ces dernières ne sont plus nécessaires et proportionnées au regard de la situation sanitaire actuelle, qu'il s'agisse du niveau de circulation virale ou de ses conséquences sur le système de santé. Selon eux, les niveaux des principaux indicateurs, comme le taux de vaccination de la population, le taux de positivité des tests de dépistage, le taux d'incidence ou le taux de saturation des lits en hospitalisation ou en réanimation, sont tels qu'ils ne permettent plus de justifier, au regard des exigences du IV de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021, le maintien d'un " passe vaccinal ", alors qu'en outre le variant omicron, désormais dominant, provoque des formes moins graves de maladie.

5. Il résulte de l'instruction, notamment des éléments produits lors de l'audience publique, que si le variant omicron provoque des formes moins graves que les variants précédents, il présente une transmissibilité plus élevée. Au 20 février 2022, le taux d'incidence était de 832, 80 000 nouveaux cas ayant été en moyenne relevés par jour pour la semaine du 14 au 20 février 2022. Par ailleurs, 69% des admissions à l'hôpital sont dues au covid-19 ainsi que 79% des admissions en soins critiques à l'hôpital, l'admission en hospitalisation conventionnelle approchant le nombre de patients atteint lors des pics des trois premières vagues épidémiques et dépassant ceux de la quatrième vague. Au niveau national, plus de la moitié de la capacité hospitalière est dédiée au traitement de patients atteints du covid-19, l'activité hospitalière hors traitement épidémique étant de 20% inférieure à la moyenne d'avant la crise sanitaire. Dans certaines régions, comme la Provence-Alpes-Côte d'Azur ou l'Ile-de-France, les taux d'occupation des services de soins critiques sont toujours proches de la saturation. Ainsi, malgré un net ralentissement de l'épidémie, la circulation du covid-19 reste toujours à un niveau élevé et les conséquences sur le système de santé demeurent fortes. Enfin, même s'il existe des disparités régionales, la situation touche tout le

territoire national et les établissements, lieux, services et événements visés par les dispositions attaquées.

6. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il ne résulte pas de l'instruction que, à la date de la présente ordonnance, ne soient plus justifiées ou proportionnées les dispositions citées au point 3 au regard de l'intérêt de la santé publique et de la lutte contre la propagation de l'épidémie de covid-19, critères au regard desquels le Premier ministre est habilité à intervenir par l'article 1er de la loi du 31 mai 2021. Par suite, en l'état de l'instruction, les moyens tirés de ce que le maintien par le pouvoir réglementaire de ces dispositions méconnaîtrait les exigences du IV de ce même article ne sont pas de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité des dispositions contestées.

7. Il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de prononcer sur la condition d'urgence, les conclusions de la requête doivent être rejetées.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de M. G... et autres est rejetée.

DOCUMENT 11 : Florent BLANCO, « Pour un « référé-exécution » devant les juridictions administratives », *AJDA*, 2023, p. 2137.

Et si le contentieux pénitentiaire était en train de devenir, à la faveur des diverses actions contentieuses engagées par la section française de l'Observatoire international des prisons, le nouveau laboratoire des procédures d'exécution des décisions de la juridiction administrative ?

Alors que le retentissant arrêt J. M. B. c/ France (CEDH 30 janv. 2020, n° 9671/15, *AJDA* 2020. 1064, note H. Avvenire) avait déjà mis en lumière l'efficacité limitée de nos procédures de référés sur le terrain de l'exécution, la plus célèbre des associations de défense des droits des détenus a déjà provoqué deux prononcés d'astreintes par le Conseil d'Etat (dont l'une ayant donné lieu à liquidation) dans le cadre de procédures d'exécution a posteriori, ainsi que plusieurs nouvelles saisines du juge des référés à la suite de contentieux déjà engagés. Cette activité contentieuse révèle ainsi au grand jour des difficultés dans la mise en oeuvre d'ordonnances rendues en urgence dans un contentieux particulièrement sensible, qui touche à la préservation des conditions dignes de détention de personnes privées de liberté.

De telles actions mettent en lumière le caractère inadapté des procédures et techniques à la disposition du juge et des justiciables pour combattre les difficultés d'exécution des décisions rendues en référé. Il aura, par exemple, fallu plus de trois ans à l'administration pénitentiaire, à la suite d'une procédure d'exécution a posteriori (CJA, art. L. 911-4 et L. 911-5) étalée sur près de deux ans et demi (nov. 2020-mars 2023) pour poser des moustiquaires aux fenêtres des salles de cours du centre pénitentiaire de Nouméa (CE 27 mars 2023, n° 452354, Section française de

l'Observatoire international des prisons, Lebon 83, concl. E. de Moustier ; AJDA 2023. 884, chron. A. Goin). La voie du référé-réexamen tirée de l'article L. 521-4 du code de justice administrative, qui permet au juge des référés d'assurer l'exécution des mesures préalablement ordonnées par de nouvelles injonctions et astreintes, se heurte par ailleurs à la question de la preuve de l'inexécution, particulièrement difficile à établir en contentieux pénitentiaire (du fait de l'absence d'accès aux établissements concernés des organisations de défense des détenus et de la difficulté à obtenir une attestation ou un témoignage de ces derniers).

Même si le législateur est réputé sur ce sujet, selon le bon mot d'Hauriou, avoir « la main lourde » (Sirey 1911. III. 121), on pourrait espérer, faute d'aménagement prétorien d'un « article L. 521-4 bis », l'avènement à l'avenir d'une authentique procédure de « référé-exécution », destinée à régler une question qui n'avait visiblement guère préoccupé au moment de l'adoption de la loi du 30 juin 2000, mais qui a sans doute vocation à prendre de l'ampleur à l'avenir, au-delà du seul contentieux pénitentiaire.

Dans des délais contraints par l'urgence, le dispositif envisagé pourrait reposer sur un système de preuve inversée, qui contraindrait alors l'administration, face à une situation présumée d'inexécution (par exemple, à la suite de démarches du justiciable restées sans réponse), à apporter la preuve de sa diligence, tout en permettant au juge des référés de mettre en œuvre à cette occasion des pouvoirs dont il dispose déjà (injonction, astreinte, faculté de segmenter son office en statuant à nouveau à la suite d'un supplément d'instruction).

A l'heure du 60e anniversaire du décret du 30 juillet 1963, le dispositif d'exécution des décisions juridictionnelles comporte encore des angles morts. Il convient de s'en préoccuper alors qu'une nouvelle saisine de la Cour européenne des droits de l'homme, puisant à nouveau ses origines dans le contentieux pénitentiaire, est annoncée.