

LA NOTION DE LIBERTE FONDAMENTALE
DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF DES REFERE EN
FRANCE

Kamal Jawad ALHAMIDAWI

Decteur en droit public

Université Lumière -Lyon 2

Introduction :

La notion de liberté fondamentale est une notion récente en droit français, encore plus en jurisprudence qu'en doctrine. Il tend à se substituer à celui de liberté publique sans que la différenciation soit clairement établie. Alors que les libertés publiques étaient mentionnées dans l'article 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958 et que le Conseil d'Etat en avait énuméré les différentes composantes¹ (sans toutefois en donner la définition), les libertés fondamentales n'ont toujours pas été définies, ni énumérées.

La notion, qui apparaît d'abord dans la sphère internationale² et dans l'ordre interne des autres Etats européens³, est peu à peu transposée en droit français. C'est à partir des années 1980 que le Conseil constitutionnel prépare le terrain de l'évolution terminologique. L'expression « *liberté fondamentale* » apparaît pour la première fois dans sa décision des 10-11 octobre 1984⁴. Mais, le Conseil constitutionnel lui préfère

¹ Par exemple : CE, 29 avril 2002, *Ulmann*, Rec. Lebon, p. 157 ; CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'Intérieur c/ M. X*, Rec. Lebon, p. 297.

² *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales adoptée en 1950.*

³ Par exemple : *Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, Constitution espagnole du 27 décembre 1978.*

⁴ CC, 10-11 octobre 1984, N°84-181 DC, *Entreprises de presse*, Rec. Cons. Const., p. 73.

l'expression de « *droits fondamentaux* » à laquelle il se réfère pour la première fois dans la décision du 22 janvier 1990⁵, expression qui sera reprise dans plusieurs autres décisions⁶, toujours sans qu'en soit donner une définition ou une liste limitative. Cette appropriation du concept de droits fondamentaux par le juge constitutionnel conduit la doctrine constitutionnelle à s'y intéresser au contraire de la doctrine administrative ou judiciaire. Ainsi Marie-Luce Pavia en 1994⁷ et Véronique Champeil-Desplats en 1995⁸ se livrent à un essai de synthèse intéressant sur la notion. Cependant ces études se limitent au champ du droit constitutionnel et leur transposition est difficile en droit administratif ; d'autant plus que même dans cette matière, aucune définition ou énumération n'emporte l'unanimité de la doctrine.

Ainsi, le législateur se trouve à son tour confronté à la notion lors de l'adoption de la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. Il a accordé des pouvoirs importants au juge administratif des référés⁹ : « d'ordonner toutes mesures nécessaires »¹⁰ en cas d'atteinte grave et

⁵ CC, 22 janvier 1990, Décision n°89-269 DC, J.O., 24 janvier 1990.

⁶ CC, 12-13 août 1993, Décision n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. Cons. Const., p. 224 ; GDCC, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n°42, p. 743 ; CC, 22 avril 1997, Décision n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Rec. Cons. Const., p. 45 ; CC, 10 juin 1998, Décision N° 98-401 DC, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec. Cons. Const., p. 258 ; LPA, 2 décembre 1998, n°144, p. 18.

⁷ M.-L. Pavia, *Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental*, LPA, n°54, 1994, p. 13.

⁸ V. Champeil-Desplats, *La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français*, D., n°42, 1995.

⁹ Le législateur français a défini le juge administratif des référés, par l'article L. 511-1 du Code de justice administrative (CJA) : « le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais » et par l'article L. 511-2 du CJA : « sont juges des référés les présidents des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ainsi que les 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, sont juges des référés le président de la section du contentieux ainsi que les conseillers d'Etat qu'il désigne à cet effet ».

¹⁰ L'Article L. 521-2 du CJA qui prévoit que : « 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

manifestement illégale à une liberté fondamentale. Mais, le législateur n'ayant défini ni le contenu, ni la portée du concept de liberté fondamentale, il appartenait au juge administratif de le faire. Celui-ci a saisi cette opportunité en consacrant un grand nombre de libertés au rang des libertés fondamentales. Le juge administratif des référés ne s'appuie pas sur une doctrine prédéfinie, il affirme une volonté d'autonomie dans la construction de la notion de la liberté fondamentale.

Donc, le juge administratif des référés apprécie la notion de liberté fondamentale au travers d'une conception substantielle, c'est-à-dire que la valeur de la liberté fondamentale ne résulte pas de la norme qu'elle a consacrée mais de son contenu intrinsèque (Section 1). Cette conception substantielle participe d'une vision contemporaine des libertés fondamentales, vision qui se caractérise plus particulièrement par une volonté affichée de dépasser différentes catégories et distinctions juridiques existant depuis longtemps. Le juge administratif des référés a donc une conception moderne de la liberté fondamentale (Section 2).

Section 1 : La liberté fondamentale devant le juge administratif des référés : une notion matérielle

Pour une grande partie de la doctrine constitutionnaliste, les libertés fondamentales sont uniquement celles qui bénéficient d'une protection constitutionnelle ou conventionnelle¹¹. Il semble donc naturel que le juge administratif s'appuie sur le bloc de constitutionnalité pour rechercher les libertés fondamentales dans le cadre des procédures d'urgence. D'ailleurs, comme le fait

atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

¹¹ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghévantian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni et J. Trémeau, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd., 1998, p. 780.

justement remarquer le professeur G. Drago, il y a une « *corrélation* » entre les libertés constitutionnelles et les procédures d'urgence : c'est dans la Constitution que le constituant est censé avoir placé les libertés les plus essentielles ; il est donc nécessaire de faire cesser le plus rapidement possible les atteintes à de telles libertés¹². Le juge administratif considère donc les libertés constitutionnellement et conventionnellement garanties comme une source majeure des libertés fondamentales (§1). Mais le juge administratif ne puise pas systématiquement les libertés fondamentales dans les blocs de constitutionnalité et de conventionalité car il prend en considération l'objet de la liberté plutôt que sa protection (§ 2).

§ 1 : Les normes constitutionnelles et conventionnelles : une source majeure des libertés fondamentales

La détermination du concept de liberté fondamentale pose la question de savoir si le Conseil d'Etat est tenu de consacrer l'ensemble des libertés garanties constitutionnellement et conventionnellement comme des libertés fondamentales, le législateur ayant laissé au juge administratif des référés le soin de définir cette notion. Le juge administratif, dans un premier temps, a très souvent rattaché les libertés fondamentales qu'il dégagait à un fondement constitutionnel (et plus rarement conventionnel) (A). Mais au fil de sa jurisprudence, il s'est fréquemment dispensé de toute référence à de tels fondements, signe d'un pas important vers l'autonomie (B).

A- La référence explicite aux sources constitutionnelles et conventionnelles

¹² G. Drago, *Les droits fondamentaux entre juge administratif et juge constitutionnel et européens*, DA, 2004, n°6, p. 8.

La référence au texte constitutionnel est justifiée au regard de la hiérarchie des normes et celle-ci doit être la source de référence tant dans le contenu des notions que dans la pratique juridique. Ce raisonnement est le fruit d'une reconnaissance de la hiérarchie des normes comme organisation du système juridique français. Ainsi les libertés fondamentales édictées par les normes constitutionnelles sont et doivent être, *a priori*, les sources de référence des juridictions inférieures au sens de la hiérarchie des normes. Une autre source de référence des libertés fondamentales réside dans les textes européens de la Convention européenne de sauvegarde des libertés et droits fondamentaux de 4 octobre 1950 et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'application du droit communautaire. Ces sources textuelles constituent une réserve importante de libertés fondamentales.

Le commissaire du gouvernement¹³ P. Fombeur considère que « Les libertés fondamentales ont valeur constitutionnelle, mais tous les principes et les règles de valeur constitutionnelle ne sont pas nécessairement des libertés fondamentales »¹⁴. Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, affirme que « le législateur avait entendu accorder une protection juridictionnelle particulière »¹⁵, ce qui montre bien que le juge administratif des référés accordait une importance majeure aux fondements constitutionnels des libertés fondamentales.

Les références explicites aux normes constitutionnelles sont en général plus discrètes puisque le juge se contente seulement de viser le texte de référence. Le juge administratif des référés s'est fondé sur la Constitution pour qualifier de liberté

¹³ Actuellement nommée « *le rapporteur public* » selon le Décret n°2009-14 du 7 janvier 2009 relative au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, JO, n°0006, 8 janvier 2009, p. 479.

¹⁴ P. Fombeur, Concl. Sur CE, 28 février 2001, *Casanovas*, RFDA, Mars-Avril 2001, p. 402.

¹⁵ CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, Rec. Lebon, p. 18 ; GAJA, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, n°113, p. 836 ; AJDA, 2001, Chron. M. Guyomar et P. Collin, p. 153 ; LPA, 12 février 2001, n°30, p. 10, note N. Chahid-Nourai et C. Lahami-Depinay ; RFDA, 2001, p. 378, Concl. L. Touvet, p. 681, note M. Verpeaux

fondamentale la libre administration des collectivités territoriales¹⁶, le droit d'asile¹⁷ et le droit de mener une vie familiale normale¹⁸. En visant la Constitution et notamment son préambule, le Conseil d'Etat qualifie de libertés fondamentales le droit de grève¹⁹, la liberté de culte²⁰ et la liberté d'entreprendre²¹.

Le juge administratif des référés a inspiré une grande partie de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, par sa propre conception des libertés fondamentales. En reprenant implicitement les termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel²², le Conseil d'Etat dans son ordonnance du 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, a considéré la liberté individuelle comme une liberté fondamentale²³. Dans cette ordonnance, il a précisé que « la fixation du pays de renvoi est susceptible d'affecter gravement la liberté personnelle d'un ressortissant étranger dans le cas où il se trouverait, de ce fait, exposé à des risques de la nature de ceux visés par l'article 3 de la CESDH²⁴ »²⁵.

¹⁶ CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, Req. n°229247, Rec. Lebon, p. 18 ; CE, 24 juin 2002, *Commune de Fauillet*, Rec. Lebon, p. 215 ; AJDA 2002, Chron. F. Donnat et D. Casas ; CE, 7 décembre 2006, *Commune de Chemery*, Req. n° 299251.

¹⁷ CE, Ord., 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, Req. n°229039, Rec. Lebon, p. 12 ; CE, 15 février 2002, *Hadda*, Rec. Lebon, p. 45 ; CE, Ord., 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locale c/ Sulaimanov*, Rec. Lebon, p. 146.

¹⁸ CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, Req. n°238211, Rec. Lebon, p. 523.

¹⁹ CE, Ord., 9 décembre 2003, *Mme Aguillon*, Req. n°262186, Rec. Lebon, p. 497 ; RFDA, Mars-avril 2004, p. 309, Concl. J-H. Stahl et p. 311, note P. Cassia ; AJDA, 7 juin 2004, p. 1138, note O. Le Bot ; JCP, éd. A, 26 janvier 2004, n°5, 1054, p. 118, note J. Moreau.

²⁰ CE, Ord., 16 février 2004, *Ahmed B.*, Req. n°264314 ; CE, Ord., 16 février 2004, *Benaissa*, Tab. Lebon, p. 826 ; 25 août 2005, *Commune de Massat, de rédaction particulièrement ferme*, JCP, éd. G., 2006, II, 10024, note B. Quiriny.

²¹ CE, Ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, Req. n°239840, Rec. Lebon, p. 551 ; CE, Ord., 6 juin 2005, *Commune de Houilles*, Req. n°281084, AJDA, 2005, p. 1851, note S. Hui.

²² CC, 20 juillet 1988, n°88-244 DC, *Loi portant amnistie*, Rec., p. 119 ; CC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec. , p. 14.

²³ CE, Ord., 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dajalout*, Req. n°231735, Rec. Lebon, p. 158 ; JCP, éd. G, 2 janvier 2002, n°1, II-10003, p. 36, note F. Lichère ; DA, mai 2001, n°126, p. 25.

²⁴ CESDH art. 3 : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitement inhumains ou dégradant ».

²⁵ CE, Ord., 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, Req. n°231735, Rec. Lebon, p. 158.

Les normes conventionnelles sont une source d'inspiration « *subsidaire* »²⁶ pour le juge administratif des référés dans la détection de la fundamentalité. Le Conseil d'Etat a affirmé cette influence par son ordonnance du 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, en « 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'obligation qu'entre les Etats parties à ces conventions et ne produisent pas d'effet direct à l'égard des personnes privées »²⁷. Dans un sens contraire, si ces stipulations avaient un effet direct, elles auraient pu être invoquées dans le cadre des procédures d'urgence. Le Conseil d'Etat a considéré le droit des sûretés²⁸ comme une liberté fondamentale en se référant non seulement à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, mais à l'article 5 de la CESDH.

Toutefois, le juge administratif des référés peut se référer uniquement aux sources conventionnelles pour attribuer la fundamentalité à une liberté. Comme c'est le cas dans la décision du Conseil d'Etat du 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC)*. Dans cette affaire, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté la demande de suspension qui visait la mise en œuvre de la « *journée de solidarité* » en faveur de l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées. S'il a admis que la liberté du salarié de ne pas être astreint à accomplir un travail forcé est une liberté fondamentale, il s'est refusé à admettre que

²⁶ P. Cassia, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, 2003, p. 112.

²⁷ CE, Ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du limousin et autres*, Req. n° 245697.

²⁸ CE, Ord., 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-La-Napoule*, Req. n°236196, Rec. Lebon, p. 388.

l'institution d'une journée supplémentaire de travail non rémunéré pour les salariés mensualisés- le lundi de pentecôte, en l'absence d'accords de branche ou d'entreprise- constitue une violation de l'interdiction du travail forcé posé par l'article 4 de la CESDH²⁹.

L'attitude du juge administratif des référés se référer expressément aux normes de valeur constitutionnelle peut trouver une explication dans la volonté du juge de s'appuyer sur des « *valeurs sûres* » dans un premier temps. Car, par la suite, il prêtera moins d'attention aux textes mêmes du bloc de la constitutionnalité et de la conventionalité.

B- La référence implicite aux sources constitutionnelles et conventionnelles

Le Conseil d'Etat a mis en lumière des libertés fondamentales qui ont un solide socle constitutionnel ou conventionnel sans pour autant s'y référer. Tel a été le cas pour le principe de la libre expression du suffrage³⁰ que l'on retrouve à l'article 4 de la Constitution du 4 octobre 1958. A la lecture de la jurisprudence, on remarque néanmoins que la Constitution est très souvent visée par le juge qui se dispensera très rarement d'une telle référence quand la liberté fondamentale est proclamée pour la première fois³¹.

²⁹ CE, 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC)*, Req. n°279999, D., Juin 2005, n°22, p. 1465, note T. Guillemain.

³⁰ CE, Ord., 2 mars 2001, *Dauphine*, Req. n°230798, Gaz. Pal., 8-10 avril 2001, p. 7 ; Collectivité territoriales-intercommunalité, juillet 2001, n°162, p. 22, note J. Moreau.

³¹ CE, 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres*, Req. n°246618, Rec. Lebon, p. 215 : *le juge évoque la libre administration des collectivités locales sans viser l'article 72 de la Constitution mais il avait déjà eu l'occasion de faire une telle référence* (CE, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ Morbelli*, précité).

Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 28 février 2001, *Casanovas*, a estimé que « la décision mettant fin aux fonctions d'un agent public à la suite d'un refus de titularisation n'était pas, par son objet, de nature à porter atteinte à la liberté d'association »³². Le juge des référés a implicitement procédé à la fondamentalisation d'une liberté qu'il avait rangée, bien avant le Conseil constitutionnel³³, dans la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République³⁴.

Les références aux normes constitutionnelles et conventionnelles auraient eu une vertu pédagogique visant à favoriser l'unité de la jurisprudence. Quand le juge administratif des référés est appelé à examiner si une liberté revêt un caractère fondamental, il ne se départit pas des règles de procédure qui s'imposent à lui mais répond aux moyens des parties. Si le requérant prétend qu'on a porté atteinte à une liberté conventionnellement garantie, la décision se fondera sur la stipulation concernée. Si, pour une même liberté, le requérant se fonde sur une norme constitutionnelle et conventionnelle, il arrivera que le juge administratif se fonde sur la norme hiérarchiquement la plus haute afin de résoudre le conflit de normes d'égale valeur matérielle. Ceci explique certaines divergences apparentes de jurisprudence. De plus, le juge administratif n'est pas obligé de se référer à la source constitutionnelle pour consacrer une liberté fondamentale. Mais sa jurisprudence fait apparaître qu'elle privilégie la norme constitutionnelle par rapport à toute autre norme. Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 octobre 2001, *Tliba*³⁵, le commissaire du gouvernement avait insisté sur chacune des ressources garantissant aux étrangers une protection de leur vie familiale sur le territoire français, sans privilégier l'une par rapport aux autres. Le Conseil d'Etat a choisi de retenir la formulation constitutionnelle du droit de mener une vie familiale normale

³² CE, 28 février 2001, *Casanovas*, précité.

³³ CC, 16 juillet 1971, n°71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. Cons. Const., p. 29.

³⁴ CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Req. n°26638, Rec. Lebon, p. 317.

³⁵ CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, Req. n°238211, Rec. Lebon, p. 523.

parce qu'en l'espèce, le requérant avait présenté des observations sur la norme à laquelle ledit droit se rattache.

Par ailleurs, dans le cas où le requérant se contente d'une liberté sans la rattacher formellement à une norme constitutionnelle ou conventionnelle, le juge statuera au vu de la formulation de cette liberté. Si une liberté tire nécessairement sa fundamentalité de sa consécration constitutionnelle ou conventionnelle, le juge devra soulever d'office le moyen. En effet, « la question de la norme de rattachement renvoyant à celle du domaine de l'article L. 521-2, elle porte sur le champ d'application de la loi, lequel est un moyen d'ordre public que le juge n'a d'autre choix que de soulever d'office »³⁶. Ceci montre bien que, davantage que le texte de référence, c'est le contenu même du droit qui prime pour déceler son caractère fondamental. En effet, la valeur constitutionnelle ou conventionnelle d'une liberté est un « indice (de sa fundamentalité) mais pas un critère absolu »³⁷. Aussi le juge traque-t-il cette fundamentalité ailleurs, ce qui lui permet de construire sa propre définition de la liberté fondamentale.

§ 2 : Les normes constitutionnelles et conventionnelles : une source non exclusive des libertés fondamentales

Selon le commissaire du gouvernement I. de Silva, « quelque extension que l'on donne au substrat constitutionnel, le niveau de protection juridique peut évoluer, avec l'état de la société et, face à de nouvelles atteintes- par exemple celles qui mettent en jeu le droit à la vie privée, ou qui concernent le domaine de la bio-éthique-, certaines règles émanant de sources complémentaires pourront être reconnues comme mettant

³⁶ G. Glénard, *Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, AJDA, 2003, p. 2016.

³⁷ T. Pez, *Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté*, RFDA, 2003, n°2, p. 374.

en jeu un droit fondamental »³⁸. Elle insiste sur la nécessité pour le Conseil d'Etat de prendre en considération d'autres normes que les règles supra-législatives pour tenir compte des mutations de la société avec la plus grande des célérités. Celles-ci sont telles qu'il paraît difficile pour le pouvoir constituant ou pour les Etats d'édicter rapidement de nouvelles règles propres à protéger des libertés qui deviennent essentielles. Les blocs de constitutionnalité et de conventionalité ne constituent pas la source unique des libertés fondamentales protégées dans le cadre des procédures d'urgence. Le juge administratif des référés accorde une importance aux lois et aux principes généraux du droit (A). Ainsi, il paraît que, si le Conseil d'Etat peut prendre en compte les interprétations du Conseil constitutionnel, il n'est en aucun cas lié par elles (B).

A- La dissociation de fondamentalité et les normes constitutionnelles et conventionnelles

Même si le juge administratif se réfère souvent aux normes supra-législatives, il n'a cependant jamais admis que ces dernières aient toutes la valeur d'une liberté fondamentale. Le Conseil d'Etat dans son ordonnance du 10 avril 2001, *Merzouk*, a refusé d'indiquer si « la notion de liberté fondamentale (...) vise l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantie »³⁹. Selon le professeur E. Picard, la « fondamentalité ne s'épuise dans aucune norme formelle »⁴⁰ car comme l'indique le commissaire du gouvernement P. Fombeur, le Conseil d'Etat « ne (peut) reprendre purement et simplement à (son) compte la liste des libertés et droits fondamentaux dressée dans sa jurisprudence par le Conseil constitutionnel, car la finalité de (son)

³⁸ I. de Silva, *Référé-liberté et droit à une vie familiale normale*, Concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA, 2000, n°2, p. 329.

³⁹ CE, Ord., 10 avril 2001, *Merzouk*, Req. n°232308, Tab. Lebon, p. 1135 ; Gaz. Pal., 20-21, mars 201, p. 17.

⁴⁰ E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA, Juillet-août 1998, n° spécial, p.15.

contrôle n'est pas la même »⁴¹. Le juge administratif ne fait pas une lecture irréfléchie des règles constitutionnelles ou conventionnelles. Bien au contraire, il va déceler la fondamentalité d'une liberté dans « l'éminence »⁴² de cette dernière, même si pour certains, toutes les normes protégées par la Constitution revêtent ce caractère essentiel⁴³.

La constitutionnalité et la conventionalité ne commandent donc pas la fondamentalité au sens où l'entend le juge des référés. Au contraire, la découverte de certaines libertés fondamentales par le Conseil d'Etat pourrait avoir une influence sur le Conseil constitutionnel. Tel est le cas pour la liberté de réunion⁴⁴. Le Conseil d'Etat a reconnu, en se fondant sur une simple loi, la possibilité pour un parti politique de tenir des réunions publiques comme une liberté fondamentale.

Le commissaire du gouvernement I. de Silva a affirmé que « peut être qualifié de fondamental au sens de l'article L. 521-2 un droit ou une liberté consacré par la Constitution, au premier chef, voire par une convention internationale, une loi ou principe général du droit »⁴⁵. La jurisprudence a admis de telles situations, le juge administratif des référés a considéré qu'une liberté fondamentale pouvait trouver son origine dans une loi. Si les tribunaux administratifs prenaient au départ la précaution de s'assurer que la liberté protégée légalement l'était également

⁴¹ P. Fombeur, *Conclusion sur CE, Sect, 28 février 2001, M. Casanovas, Op. Cit.*, p. 402.

⁴² I. de Silva, *Concl. sur CE, Sect.*, 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieure c/ Mme Tliba*, *Op. Cit.*, p. 330.

⁴³ L. Favoreu, *La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des libertés*, *D.*, 2001, n°22, p. 1741.

⁴⁴ CE, *Ord.*, 19 août 2002, *Front National et Institut de Formation des Elus Locaux*, *Req. n°249666*, *Rec. Lebon*, p. 311 ; *Cf.*, CE, *Ord.*, 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, *Req. n°304053*, *AJDA*, 9 avril 2007, p. 719, *Comm. S. Brondel* ; *DA*, 2007, *Comm. 90*, note F. Melleray ; *AJDA*, 25 juin 2007, p. 1242, note S. Damarey.

⁴⁵ I. de Silva, *Référé-liberté et droit à une vie familiale normale*, *Concl. sur CE, Sect.*, 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieure c/ Tliba*, *Op. Cit.*, p. 329.

constitutionnellement⁴⁶ ou conventionnellement⁴⁷, le Conseil d'Etat, lui, ne s'est pas senti lié par la double protection éventuelle des libertés qu'il entendait protéger. Il a jugé fondamental le principe de libre expression du suffrage qu'il déduisait des articles L. 28 et R. 10 du Code électoral⁴⁸. De même, sur la base de la loi du 30 septembre 1986 sur la communication audiovisuelle⁴⁹, le juge des référés a reconnu la fondamentalité du principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion⁵⁰. Le juge des référés du Conseil d'Etat dans son ordonnance du 8 septembre 2005, *Garde des sceaux, Ministre de la justice, Bunel*, a confirmé le caractère fondamental du droit du patient au refus des soins ayant un simple fondement législatif et a dénié en même temps cette qualification au droit à la santé malgré le solide fondement constitutionnel de ce dernier. « Si en raison du renvoi fait par le Préambule de la Constitution de 1958 au Préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas que le droit à la santé soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ; que toutefois, entrent notamment dans le champ des prévisions de cet article le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux »⁵¹.

⁴⁶ TA Nice, Ord., 6 mars 2001, *Sibillat*, Cité par C. Botoko-Claeysen, *Le référé-liberté vu par les juges du fond*, AJDA, 28 octobre 2002, p. 1051 : « Le juge des référés s'est appuyé sur l'article 4 de la Constitution et sur l'article L. 44 du Code électoral pour sanctionner l'atteinte grave et manifestement illégale qu'avait portée la Commission de propagande de Grimaud à la liberté d'un candidat de se présenter à un suffrage universel égal et secret ».

⁴⁷ TA Besaçon, Ord., 13 avril 2001, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Cité par C. Botoko-Claeysen, p. 1050 : « le juge se fonde tant sur les articles 9 du Code civil et L. 162-4-1 du Code de la sécurité sociale que sur les dispositions de l'article 8 de la CEDH et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour estimer que l'autorité administrative a méconnu le droit au respect de la vie privée ».

⁴⁸ CE, Ord., 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, Req. n°229921 et 229922, Tab. Rec. Lebon, p. 1126 ; Gaz. Pal., 8-10 avril 2001, p. 9.

⁴⁹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O., 1^{er} octobre 1986, p. 11755.

⁵⁰ CE, Ord., 24 février 2001, *Tibéri*, Req. n°230611, Rec. Lebon, p. 85.

⁵¹ CE, Ord., 8 septembre 2005, *Garde des sceaux, Ministre de la justice, Bunel*, Req. n°284803, DA, novembre 2005, n°11, Comm. 159, p. 24 ; D., janvier 2006, n°2, p. 124, note X. Bioy ; RJPF, janvier 2006, n°1, p. 12, analyse de E. Putman ; AJDA, février 2006, p. 376, note M. Laudijois.

De même, il paraît possible de voir une liberté fondamentale dégagée à partir de principes généraux du droit. Cette hypothèse a, manifestement, déjà été appliquée par le Conseil d'Etat⁵² et a l'avantage, d'une part, de permettre au juge administratif de référés de « se différencier des autres juges »⁵³ et, d'autre part, « de tenir compte de l'évolution de la société et de faire en conséquence évoluer le niveau de la protection juridique » puisque « Si la Constitution et les conventions internationales peuvent parfois jouer un rôle précurseur, cela n'est pas toujours le cas. Elles ne font bien souvent que consacrer juridiquement un état de fait qui, en raison de la rigidité des règles d'élaboration ou de révision de ces normes, implique un décalage dans le temps entre la réalité sociale et le droit. »⁵⁴. A ce titre, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de consacrer la liberté d'aller et venir et le droit de mener une vie familiale normale. S'il apparaît ici encore que ces principes sont consacrés constitutionnellement, il semble que le juge des référés se fonde sur la formulation de ces principes en tant que principes généraux du droit. De plus, Le Conseil d'Etat, quand il a été appelé à « *fondamentaliser* » un principe général du droit, n'a pas soulevé d'office le caractère inopérant du moyen. Le juge a seulement rejeté les requêtes, soit parce qu'aucun principe général n'était concerné par les libertés invoquées⁵⁵, soit parce que les autres conditions donnant droit à la mise en œuvre d'une procédure d'urgence n'étaient pas réunies en l'espèce. Il semble donc que le

⁵² V. Pour la possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge : CE, 3 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Kurtarici*, Req. n°244686, Tab. Rec. Lebon, p. 871 ; CE, Ord., 13 mars 2006, *M. F. Bayrou et l'Association de défense des usagers des autoroutes publiques de France*, Req. n°290717, 291138, 291118, 290719, Contrats Concurrence Consommation, n°6, juin 2006, Comm. 108, p. 39, note M. Bazex et D. Pham.

⁵³ E. Sales, *Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ?*, RDP, n°1, 2004, p. 223.

⁵⁴ G. Glenard, *Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-12 du Code de justice administrative*, Op. Cit., p. 2009.

⁵⁵ CE, Ord., 16 avril 2003, *Lycée polyvalent de Taaone*, Req. n°256002 : « Considérant que (...) l'association des parents d'élèves du lycée polyvalent du Taaone (...) ne tenait d'aucune disposition législative ni d'aucun principe le droit de disposer d'un local dans l'emprise du lycée, ni, moins encore, de se maintenir dans une dépendance du domaine public qu'elle n'était plus autorisée à occuper » .

principe général du respect des droits de la défense préalablement au prononcé d'une sanction soit une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA⁵⁶.

Enfin, l'utilisation des principes généraux du droit lui permet également de demeurer aussi autonome que possible dans sa construction de la notion de « *libertés fondamentales* » dans le cadre des procédures d'urgence en restant attaché à son propre système de normes⁵⁷. Mais, si les principes généraux du droit « *marquent la "signature"* »⁵⁸ du Conseil d'Etat, il reste que le contentieux des référés d'urgence est un contentieux suffisamment spécifique en lui-même pour permettre au juge administratif de donner à la notion de liberté fondamentale « sa propre empreinte et son propre style »⁵⁹. Pour le juge administratif des référés, la fundamentalité ne se confond pas avec la constitutionnalité ou la conventionnalité. La valeur constitutionnelle a certes son importance mais elle n'est ni exclusive, ni nécessaire ni suffisante⁶⁰. Cette attitude marque ainsi la volonté de la part du juge administratif des référés de se démarquer de l'autorité jurisprudentielle du Conseil constitutionnel.

B- L'atténuation du principe d'autorité de chose interprétée du Conseil constitutionnel

Le juge constitutionnel et le juge administratif étant tous deux compétents pour consacrer des libertés fondamentales, se pose le problème des relations existant entre

⁵⁶ CE, Ord., 10 avril 2004, *Garde des Sceaux c/ Soltani*, Req. n°264182 : « *Considérant que si le respect des droits de la défense préalablement au prononcé d'une sanction constitue un principe général du droit, sa méconnaissance ne révèle pas nécessairement une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale* ».

⁵⁷ L. Favoreu, *Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ?*, Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, LGDJ, Paris, 1988, Montchrestien, p. 145.

⁵⁸ E. Sales, *Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ?*, RDP, n°1, 2004, p. 224.

⁵⁹ R. Ghevontian, *Le référé-liberté : une procédure prometteuse*, D., 2001, Juris., p. 1748.

⁶⁰ F. Brenet, *La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA*, RDP, 2003, n°6, p. 1562.

ces deux juridictions. L'article 62, alinéa 2, de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Malgré cette disposition, la détermination de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du juge constitutionnel s'avère complexe.

Le Conseil constitutionnel a précisé la portée de l'article 62, alinéa 2 dans sa décision du 20 juillet 1988 « l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions qui lui étaient alors soumises ; (...) elle ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes différents »⁶¹.

Il convient de souligner que l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel s'étend aussi aux réserves d'interprétation. En effet, selon les professeurs Th. S. Renoux et M. de Villiers, les juges ordinaires des deux ordres de juridiction doivent suivre les réserves d'interprétation dégagées par le juge constitutionnel dans leurs décisions car elles conditionnent la conformité de la loi à la Constitution. Ainsi « l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel fait donc corps avec la loi, et le juge d'application violerait la Constitution s'il ne la respectait pas »⁶². L'autorité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a pas de caractère obligatoire, laissant de ce fait aux juges judiciaires et aux juges administratifs la faculté de ne pas suivre les interprétations données par cette autorité.

Selon les professeurs Renoux et de Villiers, « cette autorité de jurisprudence du Conseil constitutionnel ne signifie nullement que le Conseil constitutionnel règle les

⁶¹ CC, 20 juillet 1988, n°88- 244 DC, Rec. Cons. Const., p. 119.

⁶² Th. S. Renoux, M. de Villiers et alii, *Code constitutionnel commenté et annoté*, Litec, 2001, p. 521.

litiges qui lui sont soumis par voie de dispositions générales. Ses décisions ne sont pas des arrêts de règlement. Encre une fois le Conseil d'Etat n'est pas juridiquement « tenu » de suivre la jurisprudence du Conseil constitutionnel »⁶³. Pour le professeur Alexandre Viala, « l'article 62 de la Constitution n'évoque pas explicitement l'autorité des interprétations délivrées par le Conseil constitutionnel dans les considérants des décisions »⁶⁴. Selon cet auteur, le fait que les juridictions judiciaires et administratives suivent les interprétations dégagées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne traduit qu'« une louable volonté de leurs auteurs (les juges) de ne pas encourir le risque d'être désignés comme responsables d'un dysfonctionnement dans l'harmonie jurisprudentielle existant entre eux et le Conseil constitutionnel »⁶⁵.

Par conséquent, l'autorité de chose interprétée du Conseil constitutionnel ne s'impose pas aux autres juridictions. En effet, Conseil constitutionnel n'est pas vis-à-vis des juridictions administratives et judiciaires un juge suprême. Il ne se situe pas au-dessus d'une pyramide juridictionnelle mais au « centre » de ces deux ordres de juridiction. Sa vocation n'est pas de censurer leurs décisions mais de contrôler la constitutionnalité de la loi et de veiller à une application uniforme de ses dispositions. Cependant, même si les juges des deux ordres de juridiction ont la faculté de ne pas suivre la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans la plupart des cas, leurs décisions vont dans ce sens. L'autorité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est en quelque sorte une autorité morale que les juges administratifs suivent au nom d'une unité d'interprétation et au nom de la sécurité juridique des justiciables.

⁶³ Th. S. Renoux, M. de Villiers et alii, *Code constitutionnel commenté et annoté*, Op. Cit., p. 526.

⁶⁴ A. Viala, *De la dualité du sein et du sollen pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée*, RDP, 2001, p. 779.

⁶⁵ A. Viala, *De la dualité du sein et du sollen pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée*, Op. Cit., p. 779.

Par conséquent, Il est possible de se demander si les juges administratifs suivront l'interprétation du Conseil constitutionnel en matière de libertés fondamentales. S'il est établi que les juges constitutionnels ne possèdent pas l'exclusivité dans la détermination de la fundamentalité d'une liberté, « la protection des libertés fondamentales par le juge constitutionnel est, à l'évidence, une idée neuve en France comme le Conseil constitutionnel lui même d'ailleurs. Peut être même plus neuve encore puisqu'il est convenu d'admettre depuis déjà longtemps que la première décision notable rendue par le Conseil constitutionnel dans le domaine de la protection des libertés ne date que de 1971 »⁶⁶. La décision du Conseil constitutionnel « liberté d'association »⁶⁷ est essentielle dans cette construction jurisprudentielle. Elle a contribué à l'introduction et la diffusion en droit français du concept de droits ou libertés fondamentales par l'intégration dans le bloc de la constitutionnalité du préambule de la constitution de 1958.

Pour le juge administratif des référés, la fundamentalité ne se confond pas avec la constitutionnalité ou la conventionnalité. La valeur constitutionnelle a certes son importance, mais elle n'est ni exclusive, ni nécessaire, ni suffisante⁶⁸. Un autre critère est pris en compte pour déceler la fundamentalité, il s'agit de l'essentialité de la liberté. Ce critère a été proposé il y a plus d'un demi-siècle par le commissaire du gouvernement M. Letourneur dans ses conclusions⁶⁹ sur l'affaire Société nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité. Il a essayé de distinguer les « *libertés fondamentales* » des « *libertés simples* »⁷⁰. Pour lui, une liberté ne méritait le qualificatif de « *fondamentale* » qu'à la double condition d'être une liberté essentielle

⁶⁶ J. Robert, *Le juge constitutionnel, juge des libertés*, Montchrestien, 1999, p. 1.

⁶⁷ CC, 16 juillet 1971, n° 71- 44 DC, Rec. Cons. Const., p. 29.

⁶⁸ F. Brenet, *La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA*, RDP, n°6, 2003, p. 1562.

⁶⁹ M. Letourneur, Concl. sur CE, Sect., 23 novembre 1951, *Société nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité*, RDP, 1951, n°6, p. 1101.

⁷⁰ CE, Sect., 23 novembre 1951, *Société nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité*, RDP, 1951, n°6, p. 1101.

et une liberté spécialement protégée par la loi. Le Conseil d'Etat s'est inspiré de ces conclusions pour appréhender un concept qu'il a ensuite adapté aux exigences contemporaines, en utilisant le critère matériel pour l'identification de la fondamentalité des libertés, à savoir qu'une liberté est fondamentale si elle est essentielle.

Section 2 : La liberté fondamentale devant le juge administratif des référés : une notion moderne

Le législateur, dans la réforme des procédures d'urgence du 30 juin 2000, a délibérément laissé à la juridiction administrative le soin de définir les contours de la notion de la liberté fondamentale. Il était loisible au Conseil d'Etat, pour dresser les contours des libertés fondamentales, soit de se reposer sur des concepts connus, soit, au contraire, d'innover. La Haute instance a opté pour la seconde possibilité. Elle a franchi une première étape en faisant de la fondamentalité une donnée indépendante de la hiérarchie des normes. Et une seconde en abordant la nouvelle procédure sans se rattacher à des notions traditionnelles qui n'ont plus lieu d'être, qui semblent dépassées. Ainsi, les libertés publiques apparaissent aujourd'hui au juge administratif des référés comme trop réductrices de la notion de liberté digne d'être protégée dans le cadre des procédures d'urgence (§1). Le Conseil d'Etat a profité de l'opportunité qui lui est laissée pour confirmer définitivement le dépassement d'une autre distinction⁷¹ celle qui opposait les notions de « *droit* » et de « *liberté* » (§ 2).

§ 1 : Le dépassement de la notion de liberté publique

⁷¹ L. Favoreu, *La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des libertés*, D., 2001, n°22, p. 1740.

Selon le professeur L. Favoreu, « le fait même que l'expression "liberté publique" n'ait pas été reprise par le législateur [dans la réforme des procédures d'urgence] signifiait sans doute que l'on voulait aller au-delà de cette notion classique »⁷². Le Conseil d'Etat n'a pas hésité à s'engager dans cette voie. Il a étendu la liste des libertés fondamentales susceptibles d'être protégées dans le cadre des procédures d'urgence. Les libertés publiques se limitaient essentiellement aux droits et libertés invocables par les seuls individus à l'encontre de la puissance publique⁷³. En recevant la signification la plus large possible, la notion de liberté fondamentale va pouvoir notamment englober les grandes libertés publiques (A), mais elle les dépasse aussi (B).

A- Une notion englobant les grandes libertés classiques

Le juge administratif des référés a inclus dans les catégories des libertés fondamentales les grandes libertés publiques classiques. Comme le souligne le rapporteur de l'Assemblée Nationale, F. Colcombet, « il semblerait que la notion de liberté fondamentale englobe la liberté individuelle, mais aussi les libertés publiques, nombre d'entre elles ayant une valeur constitutionnelle selon la jurisprudence dégagée par le Conseil constitutionnel depuis sa décision de principe du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association »⁷⁴. Ainsi, le professeur R. Vandermereen considèrerait-il que relèvent notamment de la catégorie des libertés fondamentales « les libertés publiques au sens de la tradition républicaine et de l'article 34 de la Constitution »⁷⁵. La juridiction administrative a efficacement contribué à consacrer

⁷² *Ibid.*

⁷³ F. Brenet, *La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA.*, Op. Cit., p. 1564.

⁷⁴ F. Colcombet, *Rapport sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, n°2002, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 décembre 1999, JO, Documents parlementaires, Assemblée nationale, p. 33.

⁷⁵ R. Vandermereen, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, AJDA, Septembre 2000, p. 713.

l'existence des libertés publiques et à déterminer leur régime juridique et ce, surtout à travers la construction du droit de la fonction publique et le contrôle des mesures de police⁷⁶. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs été amené, dans son avis du 13 août 1947, a essayé de préciser une liste, non exhaustive, des libertés publiques, en considérant que « le terme libertés publiques comprend, indépendamment de la liberté individuelle, les grandes libertés, qui n'étant pas limitées à l'individu seul, se manifestent au dehors et comportent l'action de coparticipants ou l'appel au public : en conséquence, rentrent notamment dans cette catégorie des libertés publiques la liberté de réunion, la liberté d'association et avec elle la liberté syndicale, la liberté de la presse et d'une manière générale, de diffusion de la pensée, la liberté de conscience et des cultes, la liberté de l'enseignement »⁷⁷.

Les ordonnances et les décisions rendues par le juge administratif des référés montrent que la notion de liberté fondamentale englobe les grandes libertés publiques classiques. Comme nous le montre le Conseil d'Etat dans son ordonnance du 9 janvier 2001, *M. Deperthes*, qui a considéré que « le refus de renouvellement ou de délivrance d'un passeport à un citoyen français porte atteinte à la liberté d'aller et de venir, laquelle comporte le droit de se déplacer hors du territoire français, qui constitue une liberté fondamentale »⁷⁸. Dans cette affaire le juge des référés a considéré pour la première fois la liberté d'aller et de venir comme une liberté fondamentale.

Cette liberté bénéficie, outre aux nationaux, aux ressortissants étrangers en situation régulière. Ainsi, le Conseil d'Etat dans son ordonnance du 8 novembre 2001, *M. Yilmaz Kaigisiz*⁷⁹, a considéré que le refus de l'administration de restituer un titre de séjour en cours de validité, qu'elle retenait à la suite d'une décision

⁷⁶ B. Stirn, *Les libertés en questions*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2000, p. 79.

⁷⁷ CE, Avis, 13 août 1947, EDCE, 1956, p. 64.

⁷⁸ CE, Ord., 9 janvier 2001, *M. Deperthes*, Req. n°228928, Rec. Lebon, p. 1.

⁷⁹ CE, Ord., 8 novembre 2001, *M. Yilmaz Kaigisiz*, Req. n°239734, Rec. Lebon, p. 545.

d'expulsion ayant fait l'objet d'une suspension, porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et de venir du requérant. C'est tout aussi explicitement qu'a été consacrée une autre grande liberté classique que constitue la liberté du commerce et de l'industrie⁸⁰. De même, a été érigée en liberté fondamentale la libre expression du suffrage qui, en tant que composante du droit de vote, est une grande liberté classique⁸¹.

Le juge administratif des référés a consacré de manière implicite la liberté d'opinion comme une liberté fondamentale. Le Conseil d'Etat dans sa décision du 28 février 2001 *Casanovas*⁸², a jugé que la décision de révocation contestée par le requérant ne porte pas atteinte, par ses motifs, à sa liberté d'opinion, sans pour autant préciser si cette liberté constitue une liberté fondamentale. Cependant, il est possible de considérer que le Conseil d'Etat reconnaît ici implicitement que la liberté d'opinion est une liberté fondamentale. D'abord, le commissaire du gouvernement P. Fombeur, dans ses conclusions sur cette décision, range la liberté d'opinion parmi les libertés fondamentales. Ensuite, il paraît certain que la liberté d'opinion, qui est expressément garantie par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ainsi que par le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, trouve sa place parmi les libertés fondamentales protégées par les procédures d'urgence (l'article L. 521-2 du CJA). Un raisonnement similaire peut être transposé à la liberté syndicale. Cette grande liberté classique, garantie par le sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et souvent invoquée par les requérants, n'a pas été expressément rangée dans la catégorie des libertés fondamentales, mais elle en fait sûrement partie. Habitué à ces libertés dans la mesure où il a contribué à leur émergence et qu'il en a précisée les contours, le juge des référés ne pouvait que les

⁸⁰ CE, Ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, Req. n°239840, Rec. Lebon, 2001, p. 551.

⁸¹ CE, 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, Req. n°229921 et 229922, Rec. Lebon, p. 1126.

⁸² CE, Sect., 28 février 2001, *M. Casanovas*, précité.

consacrer comme des libertés fondamentales. Cependant, les libertés fondamentales ne sont pas pour autant cantonnées aux seules grandes libertés classiques.

B- Une notion transcendant les libertés publiques

Il ressort de l'ensemble des décisions relatives au référé-liberté que le juge administratif des référés interprète de façon large la notion de liberté fondamentale. En effet, ces libertés ne bénéficient pas seulement aux individus, mais aussi aux personnes morales (1). Leurs portées sont aussi appréciées de façon extensive puisque le juge leur reconnaît la possibilité d'avoir des effets horizontaux (2).

1- La reconnaissance des personnes morales comme titulaires de libertés fondamentales

Les problèmes majeurs de la reconnaissance des personnes morales comme titulaires des libertés fondamentales proviennent, en premier lieu, de l'interférence des personnes physiques dont elles sont composées. En effet, si les personnes morales sont seulement considérées comme transparentes et qu'elles ne peuvent pas faire écran entre les personnes physiques et les libertés fondamentales qui leurs sont applicables, l'intérêt de reconnaître la personne morale est minimisé. Le Conseil d'Etat a bien compris l'intérêt de reconnaître la personne morale comme une entité à part entière, titulaire de libertés fondamentales.

Dans sa décision du 18 janvier 2001, *commune de Venelles c/ M. Morelli*⁸³, le Conseil d'Etat consacre le principe de libre administration des collectivités territoriales, liberté fondamentale spécifiquement attachée à la commune et non aux personnes physiques qui la représentent. C'est justement le représentant le plus éminent de la commune, le maire, qui semblait, porter atteinte à cette liberté fondamentale, en refusant de convoquer le conseil municipal. La personne morale de droit public qu'est la commune détient des libertés fondamentales différentes de celles que détiennent les personnes physiques appartenant à la personne morale. Cela est d'autant plus perceptible dans cette décision du Conseil d'Etat que justement il ne reconnaît pas qu'il y a, en l'espèce, atteinte au principe de libre administration ; il y a juste atteinte à une modalité d'exercice de ce principe, modalité concernant non pas la Commune mais les conseillers municipaux. Il y a atteinte au droit pour les élus de provoquer une séance en dehors de l'initiative du maire. Le Conseil d'Etat qui consacre et protège seulement le principe de libre administration de la Commune ne sanctionne pas cette atteinte à cette modalité qui concerne uniquement les personnes physiques.

En deuxième lieu, on se demande si les libertés fondamentales, attribuées aux personnes morales de droit public, sont dirigées contre l'Etat. L'analyse de l'attribution des libertés fondamentales aux personnes morales commande de distinguer, pour ces personnes, les libertés qui sont celles de toute personne et qui sont transposées, par un phénomène d'assimilation ou de comparaison commode, des personnes physiques aux personnes morales, et les libertés qui sont spécifiquement celles des personnes publiques.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation 1, a décidé que le principe d'égalité s'appliquait aux personnes morales de droit privé « car les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là

⁸³ CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, précité.

équivaldrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci »⁸⁴. Mais, ce qui est vrai, comme en l'espèce, des personnes morales de droit privé l'est peut être moins des personnes morales de droit public, qui ne sont pas que des groupements de personnes physiques car elles représentent des intérêts distincts qu'il est nécessaire de protéger. En revanche, le principe de libre administration des collectivités territoriales constitue une garantie spécifiquement attachée aux personnes morales.

Le Conseil d'Etat dans son ordonnance du 23 mars 2001, *Société Lidl*⁸⁵, a reconnu une personne morale de droit privé comme titulaire de libertés fondamentales. Même si les conditions de déclenchement du référé-liberté ne sont pas réunies, permettant au juge administratif des référés de prononcer des mesures d'injonction, celui-ci prend la peine de consacrer et d'attribuer à la société Lidl deux libertés fondamentales : la libre disposition des biens et la liberté du commerce.

Le juge des référés dans son ordonnance du 26 mai 2006, *Société du Yacht Club International de Marina Baie des Anges (SYCIM)*, a précisé que les personnes morales de droit privé peuvent bénéficier des libertés fondamentales. Dans cette affaire, le juge des référés du Conseil d'Etat a rappelé les caractères fondamentaux de la liberté d'entreprendre et de la libre disposition de son bien par la société du Yacht Club International de Marina Baie des Anges (SYCIM). En l'espèce, le juge a considéré que les initiatives de la société concessionnaire consistant à enjoindre aux actionnaires de la société requérante, en méconnaissance de ses obligations contractuelles, de s'adresser directement à elle, constituent de sa part, dans l'exercice de ses pouvoirs de concessionnaire de service public à l'égard d'un contractant lié à elle par un contrat administratif, une atteinte grave et manifestement illégale au libre

⁸⁴ CC, 16 janvier 1982, n°81-132 DC, *Loi de nationalisation 1*, Rec. Cons. Const., p. 18 ; GDCC, Dalloz, 13^{ème} éd. 2005, n°28, p. 423.

⁸⁵ CE, 23 mars 2001, *Société Lidl*, Req. n°231559, Rec. Lebon, p. 154.

exercice par la société requérante de son activité. En outre, en empêchant cette dernière d'accéder à ses documents sociaux et d'en disposer, la société concessionnaire a porté une atteinte de même nature au droit pour un propriétaire de disposer librement de ses biens⁸⁶.

Cette reconnaissance du bénéfice de la protection de l'article L. 521-2 du CJA aux personnes morales a été jugée inattendue. Mais le Conseil d'Etat ne va pas en rester là. Il va également innover en admettant que les libertés fondamentales dégagées dans le cadre des procédures d'urgence produisent des effets horizontaux entre les personnes privées.

2- Les effets horizontaux des libertés fondamentales

Alors que les libertés publiques ont pour objet la protection des individus contre les intrusions de la seule puissance publique, les libertés fondamentales sont considérés comme constituant également une source d'obligations pour les personnes privées à l'égard d'autres personnes privées⁸⁷. Les effets horizontaux peuvent se produire entre personnes physiques⁸⁸ ou entre personnes morales privées⁸⁹. Le Conseil d'Etat a adopté une position audacieuse quant à la détermination de la portée et des effets des libertés fondamentales. Il a reconnu, dans son ordonnance du 24 février 2001, *M. Tibéri*, que le respect d'une liberté fondamentale pouvait avoir des effets horizontaux, c'est-à-dire s'imposer entre particuliers. En l'espèce, il s'agissait de M. Tibéri qui avait saisi le juge des référés, sur le fondement du référé-liberté,

⁸⁶ CE, Ord., 26 mai 2006, *Société du Yacht Club International de Marina Baie des Angles (SYCIM)*, Req. n°293501, JCP, éd. G., 21 juin 2006, n°25, IV 2335, p. 1256.

⁸⁷ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghévantian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni et J. Trémeau, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 157.

⁸⁸ TA Toulouse, Ord., 13 avril 2006, *M. Wenger et autres*, Req. n°0601394, AJDA, 2006, p. 1281, note X. Bioy.

⁸⁹ CE, Ord., 26 mai 2006, *Société du Yacht Club International de Marina Baie des Angles (SYCIM)*, précité.

d'une requête tendant à enjoindre au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'imposer à une chaîne de télévision cryptée « d'élargir le débat télévisé projeté à l'encontre des candidats têtes des listes représentées dans tous les arrondissements de Paris, soit de renoncer à tout débat »⁹⁰. Le requérant demandait que le juge fasse respecter les obligations qui incombent au Conseil supérieur de l'audiovisuel, à savoir, faire respecter le principe d'égalité de traitement des candidats ainsi que celui de l'expression du pluralisme des courants de pensée et d'opinion. Dans cette ordonnance, le juge des référés a ainsi reconnu le caractère de liberté fondamentale au principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion. Le professeur R. Ghevontian remarque qu'« implicitement, l'effet horizontal du pluralisme, considéré comme une liberté fondamentale, est donc admis, même si cet effet ne peut se produire qu'à travers la médiation d'une personne publique »⁹¹.

Les effets horizontaux des libertés fondamentales sont généralement les mesures prises par l'administration dans le cadre du pouvoir de police qui peuvent porter atteinte à une liberté fondamentale comme c'est le cas pour la mesure du maire restreignant la circulation des mineurs apparaissant « comme manifestement excessive et inadaptée à l'objet affiché de protection des mineurs »⁹². Il s'agit également des mesures prises par un organisme de droit privé dans le cadre de la gestion du domaine public qui portent atteinte à une liberté fondamentale. Ainsi, le Tribunal administratif de Paris dans son ordonnance du 13 mai 2004, *Association Culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autre*, a considéré que le refus de la ville de Paris de laisser exécuter le contrat entre la société du stade Charléty et l'association culturelle des témoins de Jéhovah - en vue d'y organiser une réunion - au motif que ce regroupement ne serait pas une association culturelle et aurait des

⁹⁰ CE, Ord., 24 février 2001, *M. Tibéri*, Req. n°230611.

⁹¹ R. Ghevontian, Note sur CE, Ord., 24 février 2001, *M. Tibéri*, D., n°22, 2001, p. 1751.

⁹² TA Cergy-Pontoise, Ord., 5 mai 2006, *Mathias Ott et A*, JCP, éd. A., n°21, 2006, p. 683, note J. Moreau.

dérives sectaires, a été jugé comme portant une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de réunion de l'association. Donc, il y a là une atteinte à une liberté fondamentale qui dénote un traitement apparemment discriminatoire à l'encontre de l'association requérante. Or, seuls de solides motifs d'ordre public pouvaient justifier un tel « *acte de gestion policier* », une telle différence de traitement⁹³.

Le fait que les libertés fondamentales produisent des effets horizontaux entre personnes privées marque l'une des particularités de cette notion par rapport à la notion de libertés publiques qui n'étaient garanties que dans les rapports verticaux entre la puissance publique et les individus. Le juge administratif des référés va également faire preuve de modernité en mettant définitivement un terme à une distinction traditionnelle opposant les droits et les libertés.

§ 2 : Le dépassement de la distinction entre droits et libertés

Le professeur L. Favoreu affirmait qu'« il y avait quelque doute, du moins chez certains, quant à la question de savoir si les libertés fondamentales pouvaient aussi englober des droits. Ce doute a été vite balayé car , dès le 12 janvier 2001, une ordonnance décidait que la notion de liberté fondamentale au sens où l'a entendue le législateur lors de l'adoption de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 (...) englobe, s'agissant des ressortissants étrangers (...), le droit constitutionnel d'asile »⁹⁴. La doctrine et certains tribunaux administratifs ont alors saisi l'occasion pour entretenir, dans le cadre des procédures d'urgence, une distinction classique entre les droits et les libertés (A), avant que le Conseil d'Etat ne la dépasse (B).

⁹³ TA Paris, Ord., 13 mai 2004, *Association Culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres*, AJDA, 2004, p. 1597, note G. Gonzalez.

⁹⁴ L. Favoreu, *La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés*, Op. Cit., p. 1740.

A- La distinction classique

La question de savoir si la notion de liberté englobe les droits est posée pour le droit de propriété. Ce droit a été protégé au titre de la voie de fait mais sans pour autant être considéré comme une liberté fondamentale. Le Tribunal des conflits opère en effet une distinction entre les deux notions, comme il le rappelle dans sa décision du 19 novembre 2001, *Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, « il y a voie de fait lorsque l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets si cette décision est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative »⁹⁵. Mais, le Tribunal des conflits ne leur a pas pour autant appliqué un régime différent⁹⁶. En effet, la notion de liberté renvoie davantage à la faculté de tout individu de se déterminer par sa seule volonté⁹⁷, alors que le droit de propriété n'est qu'un droit réel.

Ainsi, le Tribunal administratif de Paris a jugé contrairement à la jurisprudence du Conseil d'Etat, en affirmant qu'« une liberté est un droit qui se définit communément comme celui de disposer d'un pouvoir d'autodétermination ; que rien ne permet de supposer que le législateur ait voulu que le mot de liberté ait dans les dispositions [de l'article L. 521-2 du CJA] une autre acception que celle qui est traditionnellement d'usage en droit public français ; que si le droit de propriété a parfois pu être considéré comme étant la condition de l'exercice de certaines libertés, il n'a pour autant jamais été regardé comme constituant lui-même une des libertés publiques ; que par ailleurs, si les attributs du droit de propriété ont pour effet de

⁹⁵ TC, 19 novembre 2001, *Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, Req. n°3272 ; LPA, 23 juillet 2002, n°146, p. 23, note A. Boriers ; AJDA, mars 2002, p. 234, note S. Petit.

⁹⁶ J. Trémeau, *Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété*, AJDA, 7 avril 2003, p. 654.

⁹⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004, p. 537.

conférer à son titulaire les “libres” usage, jouissance et disposition de la chose possédée, ils ne peuvent néanmoins avoir par eux-mêmes pour conséquence de faire de ce droit réel une liberté au sens sus-évoqué»⁹⁸. La ténacité du Tribunal administratif de Paris ne parviendra pas toutefois à freiner la détermination du Conseil d’Etat à faire de la liberté fondamentale une notion moderne qui outrepassse les distinctions « *traditionnelles du droit public français* »⁹⁹.

B- Le choix de la notion moderne de liberté fondamentale

La question qui se pose, c’est de savoir pourquoi le législateur n’a pas inclus dans le texte de la loi du 30 juin 2000 les droits fondamentaux. Les auteurs ne s’accordent pas sur la question. Pour le Doyen L. Favoreu¹⁰⁰, le juge a entendu indifféremment protéger les droits et les libertés fondamentaux par la mise en œuvre de l’article L. 521-2 du CJA. Pour justifier sa position, l’auteur se fonde sur l’ordonnance du Conseil d’Etat du 12 janvier 2001, *Hyacinthe* selon laquelle « la notion de liberté fondamentale (...) englobe, s’agissant des ressortissants étrangers (...), le droit constitutionnel d’asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié »¹⁰¹. Cet élément intervenu très peu de temps après l’entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 ôte toute interrogation sur la question de savoir si la notion de liberté fondamentale peut également s’étendre aux droits fondamentaux. Le Conseil d’Etat dans son arrêt du 29 mars 2002, *SCI Stephaur*, a affirmé sa position en indiquant que « le droit de propriété a, comme son corollaire qu’est le droit pour le locataire de disposer librement des biens pris à bail, le caractère d’une liberté

⁹⁸ TA Paris, Ord., 9 novembre 2002, *Société Brink’s France*, Req. n°0215084/9-1, D., 2002, p. 3151 ; Cf. TA Paris, Ord., 3 février 2003, *SCI OBK*, Req. n°0301155/9/1, RFDA, Mai-juin 2003, note de T. Pez.

⁹⁹ TA Paris, Ord., 9 novembre 2002, *Société Brink’s France*, Req. n° 0215084/9-1, D., 2002, p. 3151.

¹⁰⁰ L. Favoreu, *La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés*, Op. Cit., p. 1740.

¹⁰¹ CE, Ord., 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, précité ; Cf. CE, 9 mars 2005, *M. Moinuddin*, Req. n°274509, AJDA, 2005, p. 1302, Concl. F. Donnat ; CE, Ord., 3 juin 2005, *Olziibat*, Req. n°281001, DA, n°10, octobre 2005, Comm. 143, p. 27, note P. Cassia ; CE, 5 octobre 2005, *Ministre de l’Intérieur c/ M. Messan Abalo*, Req. n°285631, AJDA, 2006, p. 204, note D. Ribes.

fondamentale »¹⁰². Le juge ne semble donc pas faire de distinction entre droit et liberté.

S'il estime qu'un droit fondamental peut bénéficier de la mise en œuvre du référé-liberté, G. Glénard ne le conçoit que dans la possibilité d'un rattachement de celui-ci à une liberté fondamentale. En effet, aux termes de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mm. Tliba*, « en ce qu'il a pour objet de préserver des ingérences excessives de l'autorité publique la liberté qu'a toute personne de vivre avec sa famille, le droit de mener une vie familiale normale constitue une liberté fondamentale »¹⁰³. Ce n'est donc qu'une liberté et non un droit que le juge entend protéger comme le laisse entendre le commissaire du gouvernement I. de Silva en considérant que « le droit à une vie familiale normale se rattache (...) au libre exercice de la vie familiale, car il met en jeu la préservation d'une sphère d'autonomie propre à l'égard des atteintes ou restrictions portées au titre de la police administrative »¹⁰⁴.

Le Conseil d'Etat a consacré en liberté fondamentale le droit de propriété dans son ordonnance du 23 mars 2001, *Société Lidl*. C'est « en raison de ses effets sur la libre disposition par la société Lidl du bâtiment dont elle est propriétaire, (que la décision litigieuse) porte une atteinte grave à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative »¹⁰⁵. De même, la présomption d'innocence peut être rattachée à la liberté de la défense et à la protection des droits de la défense. Le juge des référés du Conseil d'Etat, dans son ordonnance du 14 mars 2005, *Gollnisch*, a précisé que « la présomption d'innocence, qui concourt à la liberté de la défense et à la protection des droits de la personne, constitue une liberté fondamentale »¹⁰⁶

¹⁰² CE, 29 mars 2002, *S.C.I. Stéphaneur et autres*, Req. n°243338, Rec. Lebon, p. 117.

¹⁰³ CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mm. Tliba*, Op. Cit., p. 1330.

¹⁰⁴ I. de Silva, *Référé-liberté et droit à une vie familiale normale*, Concl. Sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mm. Tliba*, Op. Cit., p. 331.

¹⁰⁵ CE, 23 mars 2001, *Société Lidl*, précité.

¹⁰⁶ CE, Ord., 14 mars 2005, *Gollnisch*, Req. n°278435, Rec. Lebon p. 103 ; AJDA, 2005, n°29, p. 1633, note L. Burgorgue-Larsen ; JCP, éd. A, n°15, 11 avril 2005, 1171, p. 652.

Le droit doit donc avoir pour objet la protection d'une liberté fondamentale. Mais il n'incombe pas obligatoirement au juge de montrer en quoi la violation d'un droit affecte une liberté¹⁰⁷. En incluant les droits dans la catégorie juridique « *liberté fondamentale* », la juridiction administrative a répondu aux souhaits d'une partie de la doctrine¹⁰⁸ et mis un terme à un débat qu'elle avait relancé malgré elle. Cette position doctrinale du G. Glénard semble plus défendable après l'ordonnance du Tribunal administratif de Chalons en Champagne du 29 avril 2005. Le juge des référés a en effet affirmé dans l'espèce qu' « en adossant à la Constitution une Charte de l'environnement équilibré et respectueux de la santé, le législateur a nécessairement entendu ériger le droit à l'environnement en liberté fondamentale de valeur constitutionnelle »¹⁰⁹. On voit mal, donc, dans cette optique à quelle liberté rattacher le droit à l'environnement. La précision des ordonnances traitant des droits invoqués dans le cadre des procédures d'urgence est significative de sa volonté de montrer, à la fois aux justiciables et aux juridictions inférieures, que la notion de liberté fondamentale ne doit pas être entendue dans un sens strict, traditionnel, qui n'a plus grande signification¹¹⁰ aujourd'hui.

Ce dépassement de la distinction « *droits-libertés* » ainsi que le dépassement de la notion de liberté publique a élargi la liste des libertés fondamentales protégées par le juge administratif. Par cette approche indépendante des conceptions classiques, le Conseil d'Etat a une vision moderne de la liberté fondamentale. Le juge administratif suprême « n'a pas souhaité donner l'impression de passer à côté d'une occasion historique de se renouveler »¹¹¹.

¹⁰⁷ G. Glénard, *Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-12 du Code de justice administrative*, Op. Cit., p. 2010.

¹⁰⁸ R. Vandermeeren, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, Op. Cit., p. 713.

¹⁰⁹ TA Chalons en Champagne, Ord., 29 avril 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel, Ligue de protection des oiseaux, Fédération des conservatoires d'espaces naturels c/ Préfet de la Marne*, JCP A, n°21, 2005, 1216, note Ph. Billet.

¹¹⁰ L. Favoreu, *La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des libertés*, Op. Cit., p. 1740.

¹¹¹ R. Ghévantian, *Le référé-liberté : une procédure prometteuse*, D., 2001, Juris., p. 1750.

Conclusion :

Il ressort de nos recherches que le juge administratif des référés a procédé à un « *renouveau des contentieux des libertés* »¹¹². Il a su tirer profit du silence du législateur pour développer une notion autonome, moderne et pragmatique de la liberté fondamentale, correspondant à la finalité attendue par la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. Le juge administratif des référés n'a pas renié les acquis textuels et jurisprudentiels, internationaux et nationaux, mais les a au contraire parfaitement pris en compte pour les façonner, les adapter aux objectifs que lui a assignés le législateur. Prenant appui sur les critères juridiques et essentialistes, il s'est octroyé le pouvoir de faire une sélection entre les libertés bénéficiant d'un même niveau de protection, et s'est intéressé à l'ensemble des échelons de la hiérarchie normative afin d'inclure dans le bloc de fondamentalité les libertés véhiculant des valeurs essentielles.

En s'abstenant délibérément de donner une définition précise de la notion de liberté fondamentale, le juge administratif des référés s'autorise à élargir la liste des libertés fondamentales au gré des évolutions de la société. S'il n'existe pas de définition prédéfinie de la liberté fondamentale dans le cadre des procédures d'urgence, la jurisprudence administrative témoigne néanmoins d'une certaine cohérence propre à assurer la sécurité juridique des citoyens et à faire du juge administratif des référés « *un acteur majeur de la défense des droits fondamentaux* »¹¹³.

¹¹² Y. Jegouzo, *Procédures d'urgence et libertés fondamentales*, AJDA, 2003, p. 633.

¹¹³ G. Drago, *Les droits fondamentaux entre juge administratif et juge constitutionnel et européens*, DA, 2004, n°6, p. 8.