

# Juge administratif, juge judiciaire: une protection des libertés en demi-teinte

**L'Etat de droit implique le respect des droits fondamentaux. Faute pour le juge de pouvoir incarner un véritable « pouvoir » venant contrebalancer celui de l'exécutif ou du législatif, la protection de nos libertés reste en demi-teinte.**

Marion OGIER, avocate, membre du Comité national de la LDH,  
Nathalie TEHIO, avocate, membre du Bureau national de la LDH

**D**epuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, le juge administratif a entendu affirmer sa place au service de la garantie des droits fondamentaux. En offrant la possibilité aux justiciables de saisir un juge qui dispose des moyens de faire cesser la violation d'une liberté fondamentale dans le délai de quarante-huit heures, cette loi a ouvert de nouvelles perspectives pour la protection des droits et des libertés fondamentales.

En particulier, le juge administratif a donné à la notion de « liberté fondamentale » un ancrage nouveau, bien au-delà du champ constitutionnel. Il a intégré dans cette notion la plupart des droits et libertés dits de « première génération », mais également les « droits-créances », dès lors qu'il existe une norme juridique directement opposable à l'administration. Le juge administratif a ainsi vocation à prévenir des atteintes à la dignité des personnes et assurer la protection des plus vulnérables, qu'il s'agisse des détenus<sup>(1)</sup>, des personnes sans abri<sup>(2)</sup>, des demandeurs d'asile<sup>(3)</sup>, des mineurs ou majeurs non accompagnés<sup>(4)</sup>, des personnes souffrant d'un handicap<sup>(5)</sup> ou des enfants en quête d'une scolarisation<sup>(6)</sup>.

(1) Conseil d'Etat (CE), ord., 22 décembre 2012, section française de l'Observatoire international des prisons et autres, n° 364584, publié au Lebon.

(2) CE, ord., 10 février 2012, n° 356456, mentionné aux tables.

(3) CE, ord., 23 mars 2009, ministre de l'Immigration, n° 325884, mentionné aux tables.

(4) CE, ord., 15 novembre 2022, n° 468365.

(5) CE, ord., 27 septembre 2013, n° 373300, publié au Lebon.

(6) CE, ord., 15 décembre 2010, ministre de l'Education nationale, n° 344729, publié au Lebon.

(7) [www.conseil-etat.fr/actualites/vivre-dans-un-environnement-equilibre-et-respectueux-de-la-sante-reconnu-liberte-fondamentale](http://www.conseil-etat.fr/actualites/vivre-dans-un-environnement-equilibre-et-respectueux-de-la-sante-reconnu-liberte-fondamentale).

(8) CE, 20 septembre 2022, n° 451129, publié au Lebon.

(9) CE, ord., 30 mars 2007, ville de Lyon, n° 304053, mentionné aux tables; CE, 31 mai 2007, Syndicat CFDT Interco 28, n° 298293, publié au Lebon.

(10) CE, 28 juillet 2017, section française de l'Observatoire international des prisons, n° 410677, publié au Lebon.

La liste des libertés fondamentales reconnues par le juge administratif ne cesse de s'allonger. Elles sont désormais au nombre de trente-neuf<sup>(7)</sup>, depuis l'élévation récente du droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé au rang des libertés fondamentales<sup>(8)</sup>, qui inaugure une nouvelle génération de droits.

La notion de liberté fondamentale, telle qu'elle est façonnée depuis plus de vingt ans par le juge administratif, est à la fois autonome et transversale et constitue l'instrument privilégié de protection des droits fondamentaux de la personne.

## L'action limitée du juge administratif

S'agissant des mesures susceptibles d'être ordonnées, le juge des référés ne doit en principe statuer que par des mesures provisoires, bien qu'il se soit reconnu le pouvoir de prendre des mesures irréversibles lorsque les mesures provisoires ne suffisaient pas à sauvegarder l'exercice effectif d'une liberté fondamentale<sup>(9)</sup>.

Pour autant, ses pouvoirs ne sont pas sans limite, et la voie du référé demeure à ce jour insatisfaisante, et ce à plusieurs égards. En matière de référé liberté, seules sont susceptibles d'être ordonnées les mesures de nature à sauvegarder, dans un délai de quarante-huit heures, la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte. En revanche, ne peut pas être ordonnée l'obligation de prendre une mesure de réglementation et plus généralement toute mesure structurelle, ceci alors même que ces mesures seraient seules de nature à mettre fin à l'atteinte aux droits fondamentaux<sup>(10)</sup>. Le juge des référés refuse ainsi d'ordonner des travaux de sécurisation des installations électriques et d'accès à l'eau chaude dans les cellules des établissements pénitentiaires<sup>(11)</sup>, de créer des places supplémentaires en institut médico-éducatif<sup>(12)</sup>, ou en hébergement d'urgence, bien que de telles mesures s'imposent pour préserver les droits et la dignité des personnes. Cette impuissance est aggravée par le fait que, s'agissant des

Tant qu'il ne sera pas en mesure de fixer des obligations de moyen ou de résultat et de faire cesser les atteintes qui résulteraient de la méconnaissance de ces obligations, le juge des référés administratif ne sera pas à la hauteur des enjeux.



© SUCCO, LICENCE PIXARAY

droits-créances, le juge administratif des référés adopte une approche qui consiste à ne reconnaître l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale que lorsque l'autorité administrative n'a pas mis en œuvre tous les moyens dont elle disposait. Pour apprécier la carence de l'administration dans l'accomplissement de ses missions, il se prononce en effet au regard des contraintes budgétaires, logistiques ou humaines. Il n'intervient que dans l'hypothèse où l'administration n'a pas suffisamment agi au regard des moyens dont elle dispose et des mesures qu'elle a déjà prises<sup>(13)</sup>, privilégiant ainsi une obligation de moyen sur une obligation de résultat.

Cette limitation de l'office du juge des référés est justifiée par la recherche d'un «équilibre» entre la définition des choix de politiques publiques et la mission juridictionnelle qui n'a pas pour objet de «définir les objectifs des politiques publiques et de mobiliser les moyens nécessaires à leur conduite»<sup>(14)</sup>. Si on peut

**« En matière de référé liberté ne peut pas être ordonnée par le juge l'obligation de prendre une mesure de réglementation et plus généralement toute mesure structurelle, ceci alors même que ces mesures seraient seules de nature à mettre fin à l'atteinte aux droits fondamentaux. »**

la comprendre, une telle conception apparaît incompatible avec le caractère intangible du droit à la dignité humaine et le droit de vivre dans des conditions dignes, faute de permettre de faire cesser la violation des libertés fondamentales, ainsi que l'a d'ailleurs relevé la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) en matière pénitentiaire<sup>(15)</sup>. La possibilité pour le justiciable de saisir le

juge du fond par un recours en annulation, ou de former un recours indemnitaire, par la mise en jeu de la responsabilité de la personne publique, ne permet que de constater la violation, sans toutefois la faire cesser.

Aucun des outils existants ne permet donc de prévenir ou de mettre fin à l'atteinte aux droits et libertés qui trouverait son origine dans l'inaction de l'Etat qui refuserait de prendre les mesures de politique publique qui s'imposeraient.

Les évolutions audacieuses de l'office du juge administratif en matière de protection des libertés ne doivent pas faire perdre de vue que, tant qu'il ne sera pas en mesure de fixer des obligations de moyen ou de résultat et de faire cesser les atteintes qui résulteraient de la méconnaissance de ces obligations, le juge des référés administratif ne sera pas à la hauteur des enjeux.

### Un contrôle insuffisant de l'action policière

Jean-Jacques Urvoas, alors garde des Sceaux, disait en 2016 que la justice judiciaire était en voie de «*clochardisation*»<sup>(16)</sup>. La «solution» apportée par les réformes successives a été de restreindre l'accès au juge, démantelant un peu plus le service public de la justice<sup>(17)</sup>. De plus, la Cour de cassation (plus haute juridiction de l'ordre judiciaire) prend en compte le manque structurel de moyens de la justice pour limiter la protection des libertés et des droits fondamentaux<sup>(18)</sup>.

(11) CE, ord., 20 décembre 2022, n° 469304.

(12) CE, ord., 27 novembre 2013, n° 373300, publié au Lebon.

(13) CE, ord., 22 novembre 2010, n° 344373, mentionné aux tables ; CE, ord., 10 février 2012, n° 356456, mentionné aux tables ; CE, ord., 27 novembre 2013, n° 373300, publié au Lebon ; CE, 28 juillet 2017, n° 410677, publié au Lebon.

(14) B. Stirn, « Le référé et le virus », in *AJDA*, 2020, p. 634.

(15) CEDH, 30 janvier 2020, « JMB c. France », n° 9671/15.

(16) Sont dépensés en France en 2022, pour le fonctionnement de la justice (hors prison), 72,53 euros par an et par habitant, contre 127,71 euros en Suède, 140,73 euros en Allemagne (moyenne en Europe : 78 euros). La France se situe dans les derniers pays, en termes de dépenses pour sa justice. On compte 11,2 juges pour 100 000 habitants en France, contre 19,4 au Portugal et 25 en Allemagne (voir les rapports de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice-Cepej).

(17) Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de réforme de la justice ; loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire. Ces restrictions ont été dénoncées par la LDH.

(18) Seul le pénal est étudié ici. Sur les prud'hommes, voir *D&L* n° 199, particulièrement l'article d'Emmanuel Dockès ([www.ldh-france.org/wp-content/uploads/2022/11/DL199-Dossier-8.-Empêcher-l'action-en-justice-par-tous-les-moyens-legaux.pdf](http://www.ldh-france.org/wp-content/uploads/2022/11/DL199-Dossier-8.-Empêcher-l'action-en-justice-par-tous-les-moyens-legaux.pdf)).

Ainsi, si la Cour de cassation a reconnu en 2016<sup>(19)</sup> la faute lourde de l'Etat pour avoir pratiqué des contrôles d'identité discriminatoires, elle laisse perdurer, par sa jurisprudence, des pratiques arbitraires. Elle admet que les agents en patrouille soient présumés sous la responsabilité d'un officier<sup>(20)</sup>, ce qui leur laisse toute autonomie pour décider des contrôles à effectuer. Et il suffit que le cadre légal d'un contrôle ait été respecté pour qu'il soit validé, même si le policier a agi de façon discriminatoire. La Cour de cassation est aussi très sensible à soutenir la politique gouvernementale de prohibition des drogues<sup>(21)</sup>, en dépit des atteintes aux libertés. Elle autorise les palpations de sécurité à l'occasion d'un contrôle et une simple « protubérance » sur la jambe justifie une fouille à corps. Les policiers sont ainsi poussés à pratiquer des contrôles non pour connaître l'identité d'une personne mais pour pouvoir en réalité rechercher des stupéfiants. Ce détournement de procédure aboutit à donner tout pouvoir au policier, pour cibler sa « clientèle ».

Le respect des libertés fondamentales passe aussi par la prise en compte des jurisprudences des cours européennes. La Cour de cassation a jugé en 2011 que l'absence d'assistance de l'avocat ainsi que le défaut de notification du droit au silence au gardé à vue étaient contraires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit à un procès équitable, conformément aux arrêts de la CEDH. Mais elle a immédiatement fermé la porte à l'annulation des gardes à vue irrégulières par de nouvelles règles de recevabilité des requêtes en nullité.

Or, un policier n'est poussé à respecter les règles de procédure pénale, édictées pour la protection de la liberté individuelle, ou pour le droit au respect de la vie privée, que s'il sait qu'en cas d'irrégularité, son travail sera anéanti par une décision du juge. Limiter drastiquement les possibilités d'annulation revient à donner un quitus au policier qui outrepassa ses fonctions ou qui ne respecte pas les droits des personnes.

Un exemple : à la suite d'un contrôle d'identité, X sort de son portefeuille son titre de séjour mais le policier aperçoit alors environ deux-mille euros en liquide. Il place X en garde à vue pour blanchiment de fraude fiscale en bande organisée, sans aucun indice objectif étayant ce soupçon. Le jour où X demande sa naturalisation, en tant que conjoint de Français depuis plusieurs années, il se voit opposer son inscription au fichier TAJ (traitement des antécédents judiciaires) pour une infraction particulièrement grave, puisqu'elle relève de la criminalité organisée ! Comme il n'y a pas eu de poursuites, l'annulation de la garde à vue ne peut pas être demandée.

### De l'indépendance de « l'autorité judiciaire »

L'accroissement des outils d'investigation pendant l'enquête (sans droits de la défense) renforce le pouvoir des procureurs, qui sont hiérarchiquement dépendants du garde des Sceaux. Les liens avec l'exécutif sont étroits. Par exemple, une circulaire de 2021 incite les procureurs à agir de concert avec les forces de l'ordre, la préfecture et les services de renseignement, sur les manifestations, et de prendre des réquisitions pour permettre des contrôles d'identité ou des fouilles. On voit ainsi pratiquer des saisies de « matériel de protection » ou d'objets qualifiés par les policiers « d'armes par destination », alors qu'un objet qui n'est pas une arme par nature ne le devient que par l'usage qui en est fait et non en fonction des soupçons du policier. De plus, le Conseil

**« Les policiers sont poussés à pratiquer des contrôles non pour connaître l'identité d'une personne mais pour pouvoir en réalité rechercher des stupéfiants. Ce détournement de procédure aboutit à donner tout pouvoir au policier, pour cibler sa "clientèle". »**

constitutionnel<sup>(22)</sup> avait censuré une loi qui voulait autoriser ces pratiques, en considérant qu'elles risqueraient d'être arbitraires... Que dire également de la mise en œuvre de moyens d'investigation dérogatoires, prévus pour la criminalité organisée, contre des manifestants à Bure ?

Des tribunaux de police ont condamné des personnes pour avoir participé à des manifestations non déclarées, alors qu'il n'existe aucun texte d'incrimination : la Cour de cassation a dû rappeler le principe de légalité<sup>(23)</sup>, principe fondateur du droit pénal depuis la Révolution française ! Mais combien de personnes ont réglé la somme indiquée dans l'avis d'amende forfaitaire sans contester la verbalisation, faute de connaître le droit applicable ?

Ces exemples montrent un délitement du contrôle du juge. De plus, le législateur renforce la répression des contestataires ou cible les pauvres, en contournant le juge. La loi d'orientation et de programmation du ministère de l'Intérieur (Lopmi) a ainsi étendu la procédure d'amende forfaitaire délictuelle à plus de quatre-vingts délits<sup>(24)</sup> : cette procédure, dépendant de la déontologie du policier, est source d'arbitraire.

La tentation du gouvernement de se tourner vers le juge administratif, censé être plus complaisant à son égard, et surtout n'intervenant qu'a posteriori<sup>(25)</sup>, la multiplication des autorités administratives venant concurrencer le juge pénal font que celui-ci est implicitement sommé de se montrer « compréhensif » envers la politique désirée par l'exécutif. Comment qualifier alors le juge judiciaire de « protecteur de la liberté individuelle »<sup>(26)</sup> ? Mais il est vrai que le garant de son indépendance est... le président de la République<sup>(27)</sup>...

Il nous appartient, en tant que militants des droits de l'Homme, de rester vigilants face aux atteintes aux libertés, et d'exiger les réformes nécessaires pour que les droits de l'Homme soient pris en compte dans les politiques jurisprudentielles déployées par les juridictions des deux ordres, administratif et judiciaire. ●

(19) Plusieurs arrêts, dont Civ. 1<sup>ère</sup> 9 novembre 2016, n° 15-24.212.

(20) Condition posée par l'article 78-2 du Code de procédure pénale (et sur son ordre).

(21) La LDH est membre du Collectif pour une nouvelle politique des drogues (CNPD) et milite pour la dépénalisation de l'usage des drogues.

(22) Conseil constitutionnel 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons.18.

(23) « Nullum crimen, nulla poena sine lege », Crim. 8 juin 2022, n° 21-82.451.

(24) Voir l'article de Simone Gaboriau dans *D&L* n° 200, p.13 ([www.ldh-france.org/wp-content/uploads/2023/02/DL200-Actu-3-Lamende-forfaitaire-delictuelle.pdf](http://www.ldh-france.org/wp-content/uploads/2023/02/DL200-Actu-3-Lamende-forfaitaire-delictuelle.pdf)).

(25) Comme pour les perquisitions administratives pendant l'état d'urgence.

(26) Article 66 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a restreint le sens de ce terme à la privation de liberté, mais il est pris ici dans son sens le plus large.

(27) Article 64 de la Constitution.