

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

- **Affaire des silhouettes : la salubre mise au point du juge des référés du Conseil d'État**,
Conseil d'Etat, ord., 1^{er} septembre 2017,
Commune de Dannemarie,
note de Mathieu Carpentier,
page 2076
- **La liste des lauréats à un appel d'offres pour exploiter une installation électrique est un acte indivisible**,
Cour administrative d'appel de Paris, 27 juin 2017,
Société FPV Bouerne d' Ministre chargé de l'énergie,
note de Jean-François Baffray,
page 2081
- **Enseigner, c'est distinguer!**,
Conseil d'Etat, 28 juillet 2017,
note de Pierre Juston et Jonas Guilbert
page 2084
- **Les défaillances du système d'asile hongrois font-elles obstacle au transfert d'un demandeur d'asile?**,
Cour administrative d'appel de Versailles, 28 juin 2017,
conclusions d'Antoine Errera,
page 2089

DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES GÉNÉRAUX

Affaire des silhouettes : la salubre mise au point du juge des référés du Conseil d'État

La pittoresque affaire des « silhouettes féminines » de Dannemarie donne l'occasion au juge des référés du Conseil d'Etat d'effectuer un rappel utile sur l'étendue de son office. Dans une ordonnance particulièrement pédagogique, il précise les conditions auxquelles les principes d'égalité et de dignité de la personne humaine peuvent être invoqués en référé-liberté.

Conseil d'Etat, ord., 1^{er} septembre 2017,
Commune de Dannemarie,
n° 413607

DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES GÉNÉRAUX - Droits et libertés fondamentaux - Droit à la dignité - Dignité de la personne humaine - Egalité des sexes - Egalité entre les hommes et les femmes - Principe d'égalité

CONTENTIEUX - Procédure administrative contentieuse - Référé devant le juge administratif - Référé généraux d'urgence - Référé-liberté

ORDONNANCE

Considérant ce qui suit :

1. Il résulte de l'instruction et des débats qui se sont tenus au cours de l'audience publique que la commune de Dannemarie (Haut-Rhin), qui compte près de 2 300 habitants, choisit chaque année un thème qu'elle décline en animations et en événements sur son territoire. Dans ce cadre, la commune a choisi de faire de 2017 l'année de la femme. Elle a organisé à ce titre un salon de la femme, décidé l'attribution de distinctions à des femmes qui ont marqué la vie de la cité, attribué à une rue le nom de M^{me} B. A., en hommage à l'une des fondatrices du Mouvement de libération des femmes, native de Dannemarie, et réalisé au mois d'août 2017 une exposition sur le rôle des femmes pendant la Première Guerre mondiale. La commune a également procédé, au mois de juin 2017, à l'installation dans plusieurs espaces publics de cent vingt-cinq panneaux, fabriqués par la première adjointe au maire, dont soixante ont la forme d'accessoires, tels que chapeaux, sacs ou chaussures, ou d'éléments du corps féminin, tandis que soixante-cinq représentent des silhouettes de femmes, à différents âges de la vie et dans différentes attitudes. Estimant que ces panneaux véhiculaient des stéréotypes sexistes et discriminatoires à l'égard des femmes, l'association « Les Effronté-e-s » a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg d'en prescrire l'enlèvement de l'espace public sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Par son ordonnance du 9 août 2017, le juge des référés a prescrit l'enlèvement de l'ensemble des panneaux dans un délai de huit jours, sous une astreinte de 500 € par jour de retard, en jugeant que par ces réalisations, la commune avait méconnu les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, qui prévoient notamment que les collectivités territoriales mettent en œuvre une politique pour l'égalité comportant

des actions destinées à prévenir et à lutter contre les stéréotypes sexistes, et, ce faisant, porté une atteinte grave et manifestement illégale au principe d'égalité entre les hommes et les femmes. La commune de Dannemarie relève appel de cette ordonnance.

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. » En vertu de cet article, le juge administratif des référés, saisi d'une demande en ce sens justifiée par une urgence particulière, peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale. Ces dispositions législatives confèrent au juge des référés le pouvoir de prendre, dans les délais les plus brefs et au regard de critères d'évidence, les mesures de sauvegarde nécessaires à la protection des libertés fondamentales.

3. Si certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent ou aux effets qu'elles produisent sur l'exercice d'une telle liberté, constituer des atteintes à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une atteinte de cette nature. En l'espèce, il résulte de l'instruction que l'installation des panneaux litigieux n'a pas été inspirée par des motifs traduisant la volonté de discriminer une partie de la population et n'a pas pour effet de restreindre l'exercice d'une ou plusieurs libertés fondamentales. Par suite, la commune de Dannemarie est fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a prescrit l'enlèvement des installations litigieuses au motif qu'elles portaient une atteinte grave et manifestement illégale à l'égalité entre les femmes et les hommes, qui est une composante du principe d'égalité.

4. Il appartient au juge des référés du Conseil d'Etat, saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par l'association « Les Effronté-e-s » devant le juge des référés de première instance et d'appel, tirés de ce que les panneaux litigieux porteraient une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la dignité humaine et à la liberté d'expression.

5. Le juge des référés tire des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative le pouvoir de prescrire, dans un délai de quarante-huit heures, toutes mesures utiles pour faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales au droit au respect de la dignité humaine, notamment pour éviter la soumission d'une ou plusieurs personnes à un traitement inhumain ou dégradant. En l'espèce, si, en dépit des intentions affichées par la commune, les panneaux incriminés peuvent être perçus par certains comme véhiculant, pris dans leur ensemble, des stéréotypes dévalorisants pour les femmes, à l'opposé de l'objectif poursuivi par le législateur lors de l'adoption de la loi du 4 août 2014, ou, pour quelques-uns d'entre eux, comme témoignant d'un goût douteux voire comme présentant un caractère suggestif inutilement provocateur s'agissant d'éléments disposés par une collectivité dans l'espace public, leur installation ne peut être regardée comme portant au droit au respect de la dignité humaine une atteinte grave et manifestement illégale de nature à justifier l'intervention du juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, dans un délai de quarante-huit heures.

6. Enfin, l'association « Les Effronté-e-s » ne peut sérieusement soutenir que les panneaux litigieux porteraient atteinte à sa liberté d'expression.

7. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de la demande de première instance de l'association « Les Effronté-e-s », que la commune de Dannemarie est fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a enjoint à son maire de retirer les cent vingt-cinq panneaux disposés dans ses différents espaces publics. Les conclusions à fin d'injonction

présentées par l'association devant le juge des référés du Conseil d'Etat ne peuvent, dès lors, qu'être rejetées.

8. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Dannemarie, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande à ce titre l'association « Les Effronté-e-s ». Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'association « Les Effronté-e-s » la somme que la commune de Dannemarie demande au même titre.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 9 août 2017 du juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg est annulée.

Article 2 : La demande présentée par l'association « Les Effronté-e-s » au juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg et les conclusions à fin d'injonction présentées par l'association devant le Conseil d'Etat sont rejetées.

NOTE

Désireux de renforcer l'attractivité de sa commune, le maire de Dannemarie (Haut-Rhin) avait décidé d'organiser une série de manifestations autour du thème « 2017, année de la femme ». Las, l'enfer sexiste étant parfois pavé des meilleures intentions, l'édile n'avait rien trouvé de mieux que d'organiser, entre autres activités, un salon du bien-être féminin et – surtout – de faire confectionner par sa première adjointe 125 panneaux en contreplaqué représentant des silhouettes (et, dans certains cas, des parties de l'anatomie) féminines dans diverses positions et des accessoires. Ces panneaux, qui avaient été disposés en divers endroits de la commune, avaient provoqué la vive émotion de l'association « Les Effronté-e-s », qui avait porté l'affaire devant le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CJA). Par une ordonnance du 9 août 2017, celui-ci avait enjoint sous astreinte au maire de Dannemarie de procéder au retrait des panneaux litigieux, au motif que leur installation portait atteinte au principe d'égalité entre les hommes et les femmes et méconnaissait les obligations résultant de la loi du 4 août 2014 sur l'égalité réelle entre les hommes et les femmes.

La commune ayant relevé appel de cette surprenante ordonnance, le juge des référés du Conseil d'Etat, réuni en formation collégiale à trois membres (CJA, art. L. 511-2, al. 3) annule, par une ordonnance du 1^{er} septembre, l'ordonnance du tribunal administratif et rejette la requête de l'association. Cette décision particulièrement fouillée et pédagogique, d'ailleurs appelée à être mentionnée aux tables du Lebon, lui fournit l'occasion de procéder à une vigoureuse mise au point sur l'office du juge administratif des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA. Il ne saurait être question, s'agissant d'une ordonnance de référé, de tirer des conclusions jurisprudentielles d'une décision isolée. Il est néanmoins possible de remarquer que cette décision s'inscrit à contre-courant d'une tendance des plaideurs à « objectiver » l'usage du référé-liberté, tendance que le Conseil d'Etat a pu paraître encourager par le passé. Deux importants rappels sur les conditions d'invocabilité (ou de non-invocabilité) en référé-liberté des principes d'égalité et de dignité de la personne humaine attestent de ce que le référé-liberté a pour objet de protéger les droits et libertés dans leur dimension subjective et concrète et non point un ordre de valeurs objectif et abstrait.





I - Principe d'égalité et référé-liberté

Le Conseil d'Etat, suivant une jurisprudence constante, rappelle que le principe d'égalité ne fait pas partie des libertés fondamentales invocables devant le juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Il écarte donc le moyen tiré de sa violation, au prix, peut-être, d'une certaine simplification.

A. La non-invocabilité du principe d'égalité

L'association invoquait, en premier lieu, l'atteinte portée par l'installation des panneaux litigieux au principe d'égalité entre les hommes et les femmes. L'égalité entre les hommes et les femmes fait indubitablement partie du principe d'égalité et le Conseil d'Etat a eu de nombreuses occasions d'en faire application, notamment en matière d'accès aux emplois publics (v. le célèbre arrêt CE, ass., 3 juill. 1936, n° 43239, *Demoiselle Bobard et autres*). De manière plus générale, ce principe fait obstacle, dans les divers domaines couverts par le principe d'égalité (services publics, fonction publique, fiscalité, domaine, charges publiques...), à ce qu'une différence de traitement injustifiée soit opérée par l'administration entre les hommes et les femmes, y compris d'ailleurs lorsqu'une telle différence de traitement est plus favorable aux femmes (v., CE 29 juill. 2002, n° 141112, *Griesmar*, Lebon; AJDA 2002. 823, concl. F. Lamy; AJFP 2002. 40).

Au-delà des exigences résultant du principe d'égalité qui est tout à la fois un principe constitutionnel et un principe général du droit, divers textes sont venus apporter des obligations plus précises visant à promouvoir l'idéal d'égalité entre les hommes et les femmes. Il en va ainsi de la loi du 4 août 2014 sur l'égalité réelle entre les hommes et les femmes qui, en son article premier, impose à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics de mettre en œuvre (entre autres choses) « des actions de prévention et de protection permettant de lutter contre les violences faites aux femmes et les atteintes à leur dignité », ainsi que « des actions destinées à prévenir et à lutter contre les stéréotypes sexistes ». Même si ces exigences sont formulées en des termes remarquablement vagues et, du reste, s'interprètent, au mieux, comme des obligations de moyens, la légalité de la décision du maire de procéder à l'installation sur le domaine public communal de représentations fortement stéréotypées des femmes, était pour le moins douteuse au regard des dispositions précitées.

Cependant, une telle illégalité, à supposer qu'elle fût manifeste, ne constitue pas une atteinte grave à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA. C'est ce que rappelle avec vigueur le juge des référés du Conseil d'Etat dans l'ordonnance commentée. Il confirme ainsi une solution ancienne, issue des ordonnances *Conseil départemental des parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle* (CE 26 juin 2003, n° 257938, Lebon) et *Gollnisch* (CE 14 mars 2005, n° 278435, Lebon; AJDA 2005. 1633, note L. Burgorgue-Larsen), et qui a pu dernièrement faire l'objet de fluctuations de la part d'un juge statuant ordinairement sans rapporteur public (v., not., CE, ord., 14 juin 2017, n° 411368, décision, il est vrai, inédite au Lebon). Le principe d'égalité n'est, en tant que tel, pas une liberté fondamentale. Une différence de traitement, même injustifiée – et, donc, même illégale – entre des cas similaires n'est pas de nature à être invoquée devant le juge administratif des référés.

B. Une solution justifiée, un fondement discutable

Dans l'ordonnance commentée, le juge apporte néanmoins à cette affirmation de principe un tempérament, largement¹ repris de la décision *Conseil départemental des parents d'élèves de*

Meurthe-et-Moselle (préc.): « Certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent ou aux effets qu'elles produisent sur l'exercice d'une telle liberté, constituer des atteintes à une liberté fondamentale ». Ainsi, le juge cherchera si un motif discriminatoire a pu justifier une différence de traitement. A vrai dire, cette solution et son application au cas d'espèce n'emportent pas pleinement la conviction. Dès lors qu'une différence de traitement est catégorielle (hommes/femmes, français/étrangers, etc.), il est très difficile d'envisager une hypothèse où elle eût pu être motivée par autre chose qu'une volonté de discriminer. Dès lors qu'une différence de traitement est discriminatoire, parce que catégorielle, la volonté de discriminer devrait, au moins, être présumée. C'est pourquoi, plutôt que de passer par la psyché de l'autorité administrative, il conviendrait de distinguer le principe d'égalité, appliqué dans sa généralité, aux différences de traitement non justifiées et le droit de ne pas faire l'objet de discriminations qui fait obstacle à toute différence de traitement catégorielle injustifiée et qui, en tout état de cause, devrait, selon nous, pouvoir être invocable en référé-liberté.

Est-ce à dire que le juge des référés aurait dû faire droit à la demande de l'association? Non. Mais au lieu de rechercher si le maire avait eu l'intention de discriminer ou non, le juge des référés du Conseil d'Etat aurait pu relever que l'installation des panneaux litigieux ne constitue pas une différence de traitement au sens où cette expression est généralement entendue en droit – à savoir : un individu ou un groupe déterminés font l'objet d'un traitement différencié par l'administration en comparaison avec celui qui est réservé à un autre individu ou groupe placés dans une situation identique. Le principe juridique d'égalité ne se confond donc pas avec l'égalité comme valeur ou comme idéal – c'est d'ailleurs pourquoi il est de bon ton de contraster l'égalité juridique qui est formelle et purement négative, et l'égalité dite « réelle », qui correspond à une notion philosophique et politique d'égalité beaucoup plus large que celle que consacre le droit administratif. Si les stéréotypes sexistes constituent un obstacle à ce que soit réalisé l'idéal d'une société véritablement égalitaire, fondée sur l'égal respect et l'égal considération des hommes et des femmes, ils ne constituent pas, par eux-mêmes, une différence de traitement ni, *a fortiori*, une discrimination. Ils peuvent naturellement faire l'objet de restrictions légales mais il s'agit alors d'un fondement distinct du principe d'égalité entendu *stricto sensu*.

Or, si le principe juridique d'égalité n'est pas invocable en référé-liberté, *a fortiori* devrait-il en être de même du principe philosophique ou politique d'égalité, quelle qu'en soit par ailleurs l'indéniable valeur.

II - La dignité, encore et toujours

Contrairement au juge des référés du TA de Strasbourg, qui avait statué sur le seul fondement de l'atteinte au principe d'égalité, le juge des référés du Conseil d'Etat a examiné les autres moyens soulevés par l'association, au nombre desquels figurait l'atteinte portée au principe de dignité de la personne humaine. Ce principe est devenu un véritable Janus de notre droit public (v., dans la littérature récente not., V. Champeil-Desplats et S. Slama, *Qu'elle protège ou qu'elle punisse, la dignité n'est pas la même pour tous*, RevDH 2014, <http://revdh.revues.org/828>; Th. Leleu, *La dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative*, RFDA 2015. 883; O. Bonnefoy, *Dignité de la personne humaine et police administrative*, AJDA 2016. 418). Il est à la fois un droit fondamental,

¹ Aux motifs, envisagés dans la décision de 2003, la présente ordonnance ajoute les effets.

constitutionnellement garanti et, depuis un trop célèbre arrêt de 1995 (CE 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Marsang-sur-Orge*, Lebon avec les concl. ; AJDA 1995. 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; RFDA 1995. 1204, concl. P. Frydman), une composante de l'ordre public. La dignité est à la fois liberté et contrainte².

Une autre ambiguïté, toutefois, a moins retenu l'attention des commentateurs (v. cep., G. Glénard, La dignité humaine, un ordre de valeurs 7, RFDA 2015. 869), et elle semble pleinement illustrée par l'affaire ici présentée. C'est celle qui oppose deux notions bien distinctes : la dignité concrète ou incarnée qui caractérise des individus de chair et d'os, et qui consiste avant tout en un principe négatif faisant obstacle à ce que les êtres humains fassent l'objet de traitements inhumains et dégradants ; et la dignité objective et abstraite, comme valeur attachée à la personne humaine en général, voire à l'humanité en tant que telle (v. E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*). Les deux notions ne sont bien entendu pas dénuées de lien entre elles, la seconde étant au fondement de la première. Mais il n'est pas certain que la notion abstraite soit, en matière de libertés fondamentales, d'un maniement juridique très aisé. C'est ce que, suivant une tendance jurisprudentielle quelque peu heurtée, la présente ordonnance vient confirmer.

A. La dignité devant le juge administratif des référés

En matière de référés-liberté, le Conseil d'Etat a généralement choisi, comme cela semble naturel, de faire primer la première notion sur la seconde. Cela se traduit par une certaine réticence à invoquer la dignité comme liberté fondamentale autonome, alors même qu'il a très tôt reconnu l'invocabilité en référé-liberté du droit à ne pas subir des traitements dégradants et inhumains protégé par l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH – v. implicitement, CE, ord., 25 mai 2005, n° 280607 ; explicitement CE 14 nov. 2008, n° 315622, *El Shennawy*, Lebon ; AJDA 2008. 2389, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber ; AJ pénal 2009. 89, obs. E. Péchillon ; RFDA 2009. 957, obs. D. Pollet-Panoussis ; v. M. Afroukh, Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme, RFDA 2016. 685). Certes, le juge des référés du Conseil d'Etat a, dans quelques décisions isolées, semblé contrôler directement l'atteinte portée, entre autres, à la dignité du requérant (CE, ord., 16 déc. 2011, n° 354782 ; CE, ord., 11 oct 2012, n° 363296 ; CE 5 juill. 2017, n° 411575, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers*, Lebon ; AJDA 2017. 1480) mais, à quelques exceptions près, qui seront envisagées plus bas, la dignité est toujours entendue en son sens concret.

Il est vrai que le juge des référés du Conseil d'Etat reconnaît parfois l'invocabilité de la dignité – toujours entendue concrètement – lorsqu'un texte l'y invite³. Tel est le cas en matière carcérale. L'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 dispose ainsi que « l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits », ce dont le juge des référés du Conseil d'Etat a tiré les conséquences dans son ordonnance *Section française de l'observatoire international des prisons* de 2012 (CE, ord., 22 déc. 2012, n° 364584, Lebon ; AJDA 2013. 12) et dans de nombreuses décisions subséquentes (v. récemment,

CE 28 juill. 2017, n° 410677, *Section française de l'observatoire international des prisons*, Lebon ; AJDA 2017. 1589).

Cependant, même lorsqu'un texte semble l'inviter à appliquer directement le principe de dignité, le juge des référés du Conseil d'Etat choisit souvent de le rattacher à un droit ou une liberté distincts. Ainsi dans la décision *El Shennawy* de 2008 (préc.), le juge était confronté au problème des fouilles en prison, réglementées par l'article D. 275, aujourd'hui abrogé, du code de procédure pénale qui disposait que les fouilles « préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine » ; il a préféré, on l'a vu, mobiliser l'article 3 de la Conv. EDH. De la même manière, loin de consacrer un droit général du fonctionnaire au respect de sa dignité, le juge administratif préfère décaler un « droit à ne pas être soumis à un harcèlement moral » (CE, ord., 19 juin 2014, n° 381061, *Commune du Castellet*, Lebon ; AJDA 2014. 2079, note O. Le Bot ; AJFP 2015. 33, comm. A. Baumard ; AJCT 2017. 70, étude N. Font).

Emblématique de cette ambiguïté est le véritable considérant de principe énoncé par le juge des référés du Conseil d'Etat dans une décision importante de 2015 : « En l'absence de texte particulier, il appartient en tout état de cause aux autorités titulaires du pouvoir de police générale, garantes du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine, de veiller, notamment, à ce que le droit de toute personne à ne pas être soumise à des traitements inhumains ou dégradants soit garanti » (CE, ord., 23 nov. 2015, n° 394540, *Ministre de l'intérieur*, Lebon ; AJDA 2016. 556, note J. Schmitz ; RDSS 2016. 90, note D. Roman et S. Slama). Ce considérant a été repris dans plusieurs décisions ultérieures (CE 27 juill. 2016, n° 400055, *Département du Nord*, Lebon ; AJDA 2016. 2115, concl. J. Lessi ; CE, ord., 5 juill. 2017, n° 411826 ; CE 31 juill. 2017, n° 412125, *Commune de Calais*, *Ministre d'Etat*, *ministre de l'intérieur*, AJDA 2017. 1594). Le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants est ainsi, via un « notamment » caractéristique, conçu comme une composante du principe de dignité de la personne humaine, laquelle, en dépit de son rattachement à la police générale, excède dans un tel contexte la simple dimension immatérielle de l'ordre public général. Le juge des référés mobilise donc la dignité comme un principe général et abstrait mais préfère appliquer un droit concret et incarné.

B. Une confirmation bienvenue

Dans la présente ordonnance, le juge des référés du Conseil d'Etat va jusqu'à consacrer un véritable « droit au respect de la dignité humaine ». C'est la première fois, à notre connaissance, qu'il le fait en ces termes dans le cadre de l'article L. 521-2 du CJA. Mais au moyen d'un « notamment » tout aussi caractéristique que celui évoqué plus haut, il précise que son application doit « notamment » viser à « éviter la soumission d'une ou plusieurs personnes à un traitement inhumain ou dégradant ».

Le juge semble ainsi confirmer que l'invocation d'une dignité abstraite, détachée de tout traitement concret infligé aux individus, n'a a priori pas sa place en référé-liberté. C'est un point sur lequel il a pu sembler quelque peu hésitant par le passé. De fait, la protection de la dignité abstraite, assimilée à la valeur intrinsèque de l'être humain en général, est devenue l'une des finalités de la police administrative, qu'il s'agisse de police spéciale (v., par ex., en matière de police des communications audiovisuelles, l'art. 1^{er} de la loi du 30 sept. 1986 : « L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine... ») ; et CE 20 mai 1996, n° 167694, *Société Vortex*, Lebon ; AJDA 1996. 711 ; RFDA 1997. 1, étude F. Moderne) ou, désormais, de police générale (v. outre les trois ordonnances « Dieudonné », que l'on ne présente plus ; v., CE, ord., 5 janv. 2007, n° 300311, *Ministre d'Etat*, *ministre de l'intérieur* et de l'aménagement du territoire c/ Association « Solidarité

2 - Indépendamment même de son incorporation au sein de la définition de l'ordre public, cette ambiguïté semble entrer dans la définition même de la dignité. Il y a un devoir de dignité tout autant qu'un droit à la dignité. Une bonne illustration en est la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui fait à la fois figurer la dignité du fonctionnaire au nombre des obligations de celui-ci (art. 25) et au nombre de ses droits, que ce soit en matière d'agissements sexistes (art. 6 bis), de harcèlement sexuel (art. 6 ter) ou de harcèlement moral (art. 6 quinquies).

3 - On ne fera pas référence ici à la problématique de la dignité dans le contentieux de la fin de vie (tel qu'illustré par la triste affaire *Lambert*), qui étend considérablement l'office du juge des référés défini par l'article L. 521-2 du CJA au point d'en faire une procédure autonome.



des français», Lebon; AJDA 2007. 601, note B. Pauvert; CE 9 nov. 2015, n° 376107, *Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française chrétienne* [AGRIF], Lebon; AJDA 2015. 2508, concl. A. Bretonneau; et 2016. 2512, note X. Bioy; RFDA 2016. 791, note P. Bon). En raison de la proximité naturelle de la dignité-droit et la dignité-ordre public, il est tentant, pour les requérants, d'invoquer à l'occasion d'un référé-liberté la dignité dans son acception abstraite, particulièrement lorsqu'il est allégué que l'inaction d'une autorité de police qui s'abstient de faire cesser une atteinte à la dignité abstraite constitue par elle-même une atteinte à la dignité, droit fondamental.

Le juge des référés du Conseil d'Etat a pu, par le passé, sembler réceptif à ce genre d'arguments, qui prospèrent fréquemment devant les juges de première instance (v., par ex., TA Versailles, ord., 19 sept. 2015, n° 1506153, *Association Avocats sans frontières*, AJDA 2015. 1722; AJCT 2016. 43, obs. P. Noual). Ainsi, dans l'affaire dite des «zoos humains», le Conseil d'Etat a écarté sommairement le moyen selon lequel l'abstention de l'autorité de police de sévir contre la mise en scène théâtrale d'humains en cage portait atteinte à la dignité de la personne humaine⁴, au motif que, ainsi que l'avait relevé le tribunal administratif de Paris, le spectacle «avait pour objet de dénoncer les pratiques et traitements inhumains ayant eu cours lors de la période coloniale» (CE, ord., 11 déc. 2014, n° 386328, *Centre Dumas-Pouchkine*, ordonnance de tri certes inédite au Lebon). A contrario, on peut penser que si le spectacle avait eu pour objet de faire l'apologie de ces pratiques exécrables, le Conseil d'Etat eût pu rendre une sorte de «Dieudonné inversé», au terme d'une procédure de référé-liberté au cours de laquelle le requérant aurait invoqué la dignité et l'autorité de police, la liberté!

Cependant, le juge des référés du Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser sa pensée dans l'affaire des pâtisseries salaces de Grasse (CE, ord., 16 avr. 2015, n° 389372, *Société Grasse Boulange*, Lebon; AJDA 2015. 786; AJCT 2015. 400, obs. J. Gaté). Dans des circonstances analogues à celles de l'affaire *Dumas-Pouchkine* (dignité invoquée par les requérants pour attaquer l'abstention ou le refus de l'autorité de police de sévir contre un tiers), le Conseil d'Etat, après avoir rappelé que «le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public», rejette la requête par un motif extrêmement laconique («l'abstention puis le refus du maire de Grasse de faire usage de ses pouvoirs de police pour y mettre fin ne constituent pas en eux-mêmes une illégalité manifeste portant atteinte à une liberté fondamentale qu'il appartiendrait au juge administratif des référés de faire cesser»). Le Conseil d'Etat semble alors impliquer qu'à supposer même que les pâtisseries causent un trouble à l'ordre public – et portent atteinte à la dignité de la personne humaine – l'abstention de l'autorité de police ne constituerait pas une illégalité manifeste invocable en référé-liberté.

Les circonstances de la présente ordonnance sont, de prime abord, différentes, et il faut saluer la précision apportée par le juge des référés du Conseil d'Etat. Même si le «notamment» permet de ne pas injurier l'avenir, il semble clair que l'idée que le juge se fait de la dignité dans le cadre du référé-liberté correspond à la notion, concrète, de prohibition des traitements inhumains et dégradants. Mais on ne peut que regretter que le Conseil d'Etat n'ait pas poussé encore davantage son effort de pédagogie et qu'il n'ait pas définitivement éclairci le rôle qu'il prétend faire jouer au juge administratif des référés, saisi sur le

fondement de l'article L. 521-2 du CJA, dans la protection de l'ordre public immatériel. Ce regret est causé par le considérant particulièrement énigmatique par lequel le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg concluait son ordonnance: «La seule présence sur la voie publique de ces illustrations qui dévalorisent les femmes cause un trouble à l'ordre public qui justifie que le juge des référés prescrive, dans le cadre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative, toutes les mesures de nature à faire cesser, à brève échéance, l'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale susmentionnée.»

Passons sur le fait que le juge des référés du tribunal administratif semble faire de l'égalité homme/femme une composante de l'ordre public, ce qui est à soi seul contestable. Passons également sur le fait que l'autorité de police défaillante, qui s'abstient d'agir face au trouble allégué à l'ordre public causé par les actions du maire de Dannemarie, n'est autre... que le maire de Dannemarie lui-même. Ce qui retient l'attention est que le juge semble fonder son office (et plus prosaïquement, laisser entendre que la condition d'urgence est remplie) sur la seule existence d'un trouble à l'ordre public, faisant ainsi – ô ironie! – d'un juge protecteur des libertés le suppléant naturel d'une autorité de police administrative défaillante. C'est pourquoi on peut regretter que le Conseil d'Etat n'ait pas saisi l'occasion pour rappeler, en forme d'*obiter dictum*, qu'il n'appartient pas au juge administratif des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2, d'ordonner, ni a fortiori d'enjoindre, à l'autorité de police de faire cesser un trouble à l'ordre public, même immatériel, en l'absence de toute atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale qui résulterait de son abstention ou de son refus.

Mathieu Carpentier

Professeur de droit public, Université Toulouse-I-Capitole, membre de l'Institut Maurice-Hauriou

⁴ - On pourrait objecter que l'association invoquait le traitement inhumain et dégradant (l'indignité concrète, donc) infligée aux acteurs du spectacle. Or, si cela avait été le cas, l'association n'aurait manifestement eu aucun intérêt à agir.