

## La « ligne de crête » du Conseil d'Etat sur les référés



### Patrick Roger

#### Une partie des milieux judiciaires estime que la haute juridiction ne défend pas assez les libertés fondamentales

**L**e Conseil d'Etat, gardien des libertés fondamentales ou auxiliaire zélé du pouvoir exécutif ? Telle est la question qui agite ces derniers temps les milieux judiciaires au vu des décisions rendues par la haute juridiction administrative, saisie depuis le 10 mars de 115 recours – selon notre décompte, dont plus de 70 en référé – liés aux mesures prises pour lutter contre l'épidémie de Covid-19.

Dans la plupart des cas, le juge des référés était appelé à statuer en urgence sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative lui permettant d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle aurait été portée « *une atteinte grave et manifestement illégale* ». Il peut alors soit suspendre le texte ou la disposition contestés, soit ordonner au gouvernement d'agir pour prendre des mesures adaptées.

Une partie significative de ces requêtes n'ont pas été examinées, le Conseil estimant qu'il n'y avait pas lieu. Sur les 46 décisions rendues à ce jour, 41 étaient des décisions de rejet. Une constance qui a soulevé de nombreuses interrogations. « *Ces décisions soulignent avec une lumière crue les limites du recours au juge, en général, dans le cadre de situations exceptionnelles*, relève Claire Saunier, docteure en droit à l'université Paris-II, sur le blog "Jus Politicum". *Dans un tel contexte, la déférence envers les décisions du gouvernement apparaît comme l'unique réponse au dilemme d'un juge écartelé entre une réalité pratique qui le dépasse et une volonté de conserver son image de gardien privilégié des droits et libertés.* »

#### « Carte blanche » à l'exécutif

Et la professeure de droit d'ajouter : « *Sous couvert de protéger un droit (celui du respect de la vie), le juge du référé-liberté se comporte non plus comme le garant des libertés en se chargeant de fixer des limites à la police administrative, mais il semble, tout au contraire, participer à l'extension de celle-ci.* » Xavier Dupré de Boulois, professeur de droit à l'université Paris-I, en est venu, dans la *Revue des droits et libertés fondamentaux*, à qualifier le Conseil d'Etat d'« *auxiliaire de la police administrative* ».

« *La haute juridiction n'est plus simplement le conseiller du gouvernement, mais s'en fait l'allié de circonstance en lui accordant un certificat de légalité qui semble sans fin, couvrant ainsi de graves*

*entorses à l'état de droit, jugeaient sévèrement les avocats William Bourdon et Vincent Brengarth dans une tribune parue le 12 avril sur [Lemonde.fr](https://www.lemonde.fr). A la défaillance du contrôle parlementaire s'ajoute celle du Conseil d'Etat. Il s'inscrit dans ce même continuum en donnant carte blanche au pouvoir exécutif et en donnant l'impression d'être tétanisé à l'idée que son pouvoir critique puisse fragiliser les moyens d'action du gouvernement. Face à une menace vitale, le Conseil d'Etat se dévitalise alors qu'il devrait être l'ultime bastion. »*

Des accusations dont se défend le vice-président du Conseil d'Etat, Bruno Lasserre, joint par *Le Monde*. Tout d'abord, sur le « tri » des recours, c'est-à-dire les affaires non instruites ou qui ne viennent pas en audience. *« Les textes permettent au juge d'évaluer le sérieux et la pertinence de la requête. Le taux d'affaires ayant fait l'objet d'une instruction et convoquées en audience se situe dans la ligne des années antérieures. On n'écarte pas plus »,* assure le magistrat, qui au contraire salue la mobilisation de la juridiction administrative dans un contexte compliqué.

Quant aux décisions de rejet, *« dans beaucoup de cas, le Conseil d'Etat a rejeté mais après avoir fait faire beaucoup de chemin grâce à l'audience, et ses invitations ont été prises en compte par l'administration »,* affirme M. Lasserre. Il cite en exemple l'ordonnance concernant la verbalisation de sans-domicile-fixe ne respectant pas les mesures de confinement. *« Ce n'est pas possible de verbaliser quelqu'un pour être sorti de son domicile alors qu'il n'en a pas, constate le magistrat. Des instructions très fermes ont été données. »* Ou encore sur les migrants placés en centre de rétention administrative : le Conseil d'Etat a estimé que le placement devait être limité aux personnes dont les perspectives d'éloignement étaient *« crédibles et immédiates »*.

Dans la plupart des requêtes examinées, le Conseil d'Etat s'évertue à examiner point par point l'état des pratiques et les demandes formulées. Exemple, le recours déposé le 1<sup>er</sup> avril par plusieurs associations de soutien aux migrants, qui demandaient, entre autres, le dépistage systématique des personnes en situation de précarité, la mise à l'abri des personnes en situation de grande précarité, la mise en place d'une procédure dématérialisée permettant l'enregistrement des demandes d'asile et de l'ouverture des droits, etc.

## **Demandes contradictoires**

Dans ce cas, comme dans la majorité des demandes de mise à disposition de protections sanitaires ou de tests de dépistage concernant telle ou telle catégorie de population, le Conseil d'Etat considère les mesures qui ont déjà été prises par l'administration, la réalité des moyens mis en œuvre et de ceux qui peuvent l'être, pour finalement décider si, en droit, il y a *« une atteinte manifestement illégale »* à une liberté fondamentale. Un raisonnement qui fait dire à Roseline Letteron, professeure de droit public à Paris-I, sur son blog « Liberté, libertés chéries », que l'argumentation du Conseil d'Etat reposerait *« exclusivement sur la communication gouvernementale »*.

*« Le juge des référés est un juge pragmatique, il regarde les moyens dont dispose l'administration et ce qui a pu être mis en place, répond M. Lasserre. Bien sûr, sont en cause des libertés fondamentales, mais pour protéger d'autres libertés fondamentales. Moins qu'un combat contre un Etat qui rognerait les libertés, c'est un équilibre à trouver entre des libertés tout aussi fondamentales. »*

D'où la difficulté, parfois, à répondre à des demandes contradictoires quand, d'une part, des syndicats de personnels pénitenciers demandent la suspension du régime « portes ouvertes » – qui consiste à laisser les portes ouvertes une partie de la journée afin de permettre la liberté de circulation en centre de détention –, et que d'autre part l'Observatoire international des prisons réclame que soient maintenus les liens de communication dans cette période de crise.

*« Nous ne sommes pas devenus le bouclier du gouvernement, assure M. Lasserre. Nous fonctionnons toujours avec notre ADN, qui est de protéger les libertés. Nous sommes en réalité sur une ligne de crête. »* Le nombre de recours devant le juge administratif, probablement appelé à s'amplifier encore vu le nombre d'ordonnances et de décrets publiés depuis la loi d'urgence sanitaire du 23 mars, témoigne aussi de la tendance de plus en plus accentuée à la judiciarisation de la société, avec une tentation, à travers l'action juridique, de contester l'action publique. *« C'est au gouvernement de définir sa stratégie pour lutter contre l'épidémie. Les experts sont là pour le conseiller et l'éclairer. Or on nous demande de prendre la place du gouvernement et des experts, sans se rendre compte que, si nous suivions ces demandes, nous instaurerions un gouvernement des juges contre lequel tout le monde s'insurgerait, à juste titre, déplore le vice-président du Conseil d'Etat. Ce n'est pas à nous de dire oui à la prescription et à la distribution de l'hydroxychloroquine alors que le risque n'a pas été évalué.*

*Comment le juge pourrait-il se prononcer à la place des experts ? Ce n'est pas au juge de prendre les commandes. »*

Mardi 14 avril, les bâtonniers des barreaux de Paris et de Marseille plaident devant le Conseil d'Etat les « *atteintes manifestement illégales* » portées au service public de la justice du fait du refus de l'Etat de mettre à la disposition des avocats les moyens nécessaires à leur protection.