

Le juge administratif, protecteur des libertés

Danièle Lochak

▶ **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le juge administratif, protecteur des libertés. Association française pour la recherche en droit administratif. Les controverses en droit administratif, Dalloz, pp. 61-74, 2017, Thèmes et commentaires, 978-2-247-17033-3. hal-01647240

HAL Id: hal-01647240
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647240

Submitted on 23 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le juge administratif, protecteur des libertés ?

par Danièle Lochak, professeure émérite de l'Université Paris-Nanterre

in Association française pour la recherche en droit administratif, *Les controverses en droit administratif*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2017, pp. 61-74

L'exercice qui m'incombe ici est délicat en raison de son aspect un peu convenu. Dans le prolongement de ma thèse, soutenue en 1970, sur *Le rôle politique du juge administratif français*, j'ai consacré une part importante de mes travaux universitaires à analyser, de façon critique, la jurisprudence administrative en matière de libertés. À la critique académique, nuancée sinon feutrée, s'est ajoutée la critique associative, plus virulente, axée en particulier sur la défense des droits et libertés des étrangers. Dire d'emblée « d'où je parle » n'est pas hors de propos puisque c'est la raison même de l'invitation qui m'a été faite de venir débattre avec Jean-Marc Sauvé. Les rôles sont distribués d'avance : il me revient de démontrer que le juge administratif pourrait mieux faire dans le domaine de la défense des libertés, je me sens donc autorisée à insister principalement sur ce qui va mal.

Après avoir été encensé par la majeure partie de la doctrine comme le plus sûr gardien des libertés publiques[1], le juge administratif s'est trouvé confronté, dans les années 1970-80, à une contestation multiforme[2]. Pour rétablir une légitimité qu'on lui déniait, il a été conduit à fournir des preuves de son indépendance, à se préoccuper de l'efficacité de la justice qu'il rend, à reprendre l'initiative sur le terrain des droits de l'Homme, notamment pour prévenir les désaveux de la cour de Strasbourg. En dépit de ces évolutions positives il reste des motifs d'insatisfaction quant à la façon dont la justice est rendue ; et on peut regretter que le juge se montre parfois trop compréhensif à l'égard du pouvoir et trop influençable par l'opinion dominante.

I. Comment la justice est rendue

Une série d'évolutions jurisprudentielles marquantes et un mouvement de réformes accéléré ont permis une meilleure adaptation de la justice administrative aux attentes des justiciables et aux exigences de l'État de droit. Mais tout n'est pas réglé pour autant : le soupçon de complaisance à l'égard de l'exécutif demeure latent ; l'accélération des procédures destinée à écluser les contentieux de masse débouche parfois sur des procédures expéditives ; l'intensification du contrôle juridictionnel ne joue pas forcément au profit des libertés.

A. Indépendance et impartialité : la persistance du soupçon de complaisance

La question de l'indépendance et de l'impartialité se pose avec une acuité particulière s'agissant d'un juge chargé de contrôler l'exécutif alors qu'il entretient avec lui des relations organiques. On connaît l'argument classique en faveur du système existant : la connaissance intime qu'a le juge de l'administration active lui donnerait une plus grande audace pour censurer les décisions administratives ; et l'administration, de son côté, accepterait plus facilement le contrôle d'un juge qui est proche d'elle.

---

[1] Au moment de l'affaire Canal, Jean Rivero louait ainsi, dans *Le Monde*, le Conseil d'État qui, « depuis plus de cent cinquante ans, réussit ce singulier tour de force : servir à la fois l'autorité vraie du pouvoir en le gardant contre sa naturelle propension à l'arbitraire, et la liberté des citoyens ».

[2] D. Lochak, « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », in *Droit et politique*, CURAPP-PUF, 1993, p. 141-151.

En face, on conteste précisément cette proximité. Le statut des membres de la juridiction administrative n'est pas le problème essentiel : leur indépendance organique est à certains égards mieux assurée que celle des magistrats de l'ordre judiciaire, car l'emprise de l'exécutif sur les nominations et l'avancement est plus faible, le corps vivant en autogestion. Faute de temps et de place, on s'abstiendra d'évoquer ici les nominations au tour extérieur qui permettent, certes, d'ouvrir le corps… sur l'extérieur, mais dont certaines peuvent aisément alimenter le soupçon de politisation. Le problème réside plutôt dans la nature hybride des organes de la justice administrative et plus encore dans l'interpénétration entre la sphère politico-administrative et la sphère juridictionnelle.

Sur le premier point, si la règle de la double affectation à une section administrative et une section contentieuse a été supprimée, ce sont bien néanmoins les présidents de section qui composent l'assemblée du contentieux et c'est la même institution qui donne son avis sur les textes qu'elle est ensuite amenée à contrôler au contentieux. On objectera qu'à cet égard la question est réglée, puisque la Cour européenne a officiellement validé, dans l'arrêt *Sacilor Lormines c/ France*, en 2006, le cumul des fonctions juridictionnelles et consultatives, avec des réserves que le Conseil d'État s'est empressé de faire introduire dans le code de justice administrative : ses membres ne peuvent participer au jugement d'un recours dirigé contre un acte pris après avis du Conseil d'État s'ils ont participé à la délibération sur cet avis ; et ceux qui ont à juger une affaire n'ont pas le droit de prendre connaissance de l'avis rendu s'il n'a pas été rendu public. Mais, outre qu'on pourrait ironiser sur l'idée qu'une institution comme le Conseil d'État serait tellement cloisonnée que les membres des formations contentieuses n'auraient pas connaissance, au moins de façon informelle, de ce qui s'est dit dans les sections administratives, la situation reste particulièrement choquante lorsque l'acte contesté a été rendu sur avis conforme du Conseil d'État et que la question posée est exactement la même devant la section consultative et devant la section du contentieux. Le cas s'est produit récemment à l'occasion du jugement d'affaires de déchéance de nationalité : le Conseil d'État s'en est tiré ici encore par une pirouette, imaginée quelques années auparavant[3], consistant à se réfugier derrière la Constitution[4]. À supposer même que l'étanchéité soit totale entre les formations administratives et les formations contentieuses, on peut comprendre que les justiciables soient amenés à douter, fût-ce à tort, de l'impartialité du juge.

Ce qui peut aussi instiller le doute dans leur esprit, c'est l'osmose entre le personnel du Conseil d'État et celui des « sommets de l'État », due notamment à une appartenance commune au milieu homogène et soudé de la haute fonction publique et à l'essaimage des membres de la Haute assemblée vers l'administration active pour y occuper des postes de cabinet ou de direction[5]. Sans faire de procès d'intention ni mettre en cause l'indépendance intellectuelle des juges, il est indéniable que cette proximité entre ceux qui jugent et ceux qui décident est de nature à entretenir dans l'opinion et dans l'esprit des justiciables le sentiment que la justice administrative, c'est encore l'administration qui se juge et à faire peser sur elle le soupçon de complaisance.

---

[3] CE, 16 octobre 2010, *Association Alcaly*, n° 320667.

[4] CE, 8 juin 2016, *M. A.,* n° 394348 : « Il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'État est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît ; que ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de porter les avis rendus par les formations administratives du Conseil d'État à la connaissance de ses membres siégeant au contentieux ».

[5] Il n'est pas totalement anodin que ce soit toujours un membre du Conseil d'État qui soit placé à la tête de la DLPAJ, laquelle occupe une place stratégique pour tout ce qui touche aux libertés publiques. Et ce sont les membres du corps des TA et CAA, supposés bien connaître les arcanes et les pièges du contentieux, qu'on choisit en priorité pour occuper les postes clés du service du conseil juridique et du contentieux du ministère de l'intérieur.

Ces constats, dira-t-on, ne concernent que très marginalement les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel qui jugent désormais l'essentiel du contentieux administratif. Mais l'emprise organique que le Conseil d'État conserve sur ces juridictions dites, non sans raison, subordonnées, d'une part, son rôle de juridiction suprême joint à une absence de culture de la rébellion telle qu'elle existe (parfois) dans les juridictions judiciaires de première instance et d'appel, d'autre part, font que l'influence du Conseil d'État reste déterminante[6].

B. Procédures d'urgence – ou procédures expéditives ?

À défaut de remédier aux lenteurs de la justice administrative les procédures de référé mises en place en 2000 en ont sensiblement atténué les effets néfastes ; car le fait que l'acte illégal reste en vigueur aussi longtemps que le juge n'a pas statué constitue pour l'administration une incitation à ne pas respecter le droit. Mais les procédures d'urgence se muent parfois en procédures expéditives, débouchant sur une justice au rabais qui les détourne de leur objectif de protection du justiciable.

On prendra ici l'exemple du contentieux des étrangers. Devant le risque de voir le juge succomber sous ce contentieux de masse, assurer la capacité de la justice administrative à maîtriser les « flux » sans augmentation des « stocks », est devenue l'objectif primordial. D'où la généralisation de règles dérogatoires, moins protectrices que celles du droit commun : délais de saisine et de jugement raccourcis, abandon de la collégialité, appel non suspensif, renonciation aux conclusions du rapporteur public…

Chacune des décisions prises par l'administration peut assurément faire l'objet d'un recours, souvent même doté d'un effet suspensif. Mais l'accès au juge est entravé par la brièveté des délais de recours, les conditions d'un jugement équitable sont hypothéquées par les difficultés rencontrées pour obtenir une assistance juridique et par les délais très brefs imposés au juge pour statuer, le principal souci du législateur étant que le passage par la case juridictionnelle ne constitue pas un obstacle à l'éloignement[7].

Ainsi, sous l'empire de la législation aujourd'hui en vigueur, l'étranger a théoriquement deux mois pour attaquer un refus de séjour « sec » ; mais en pratique celui-ci est systématiquement accompagné d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) contre laquelle le délai de recours n'est que de trente jours, non prorogé par un recours administratif. Ce délai passe à quinze jours dans les cas où l'OQTF n'accompagne pas un refus de séjour, ce qui inclut notamment le cas des personnes « déboutées » de leur demande d'asile. Et si l'OQTF est immédiatement exécutoire parce que le préfet n'a pas accordé de délai de départ volontaire[8], ou encore en cas de placement en rétention ou d'assignation à résidence, l'intéressé n'a plus que 48 heures pour déposer son recours.

Et lorsque le recours a été intenté, l'urgence peut faire obstacle à ce que la cause soit entendue « équitablement » car elle entrave le travail des avocats et des associations qui assistent l'étranger, d'un côté, rend plus délicate la tâche des juges, obligés de statuer rapidement et à la chaîne sur les dossiers, de l'autre.

La responsabilité de cette dérive de la justice des étrangers incombe principalement au législateur et au gouvernement puisqu'elle reflète l'orientation répressive de la politique d'immigration. Mais les réformateurs de la justice administrative, donc le Conseil d'État sans

---

[6] Voir Thérèse Renault, « Du rififi chez les juges. Le juge administratif est-il le nouveau gardien des libertés publiques ? », *AJDA* 2016, p. 1677.

[7] D. Lochak, « L'efficacité ou la justice ? Réflexions à la lumière du contentieux des étrangers », in R. Matta-Duvignau et M. Lavaine (dir.), *L'efficacité de la justice administrative*, Mare et Martin, 2017.

[8] En principe, l'intéressé dispose d'un délai de départ volontaire de trente jours pour quitter le territoire français ; mais ce délai peut être refusé – et l'est fréquemment en pratique – dans une série d'hypothèses, notamment s'il existe un risque que l'étranger se soustraie à l'obligation de quitter le territoire.

lequel aucune réforme du CJA n'est envisageable, ont aussi leur part de responsabilité dans cet état de chose car il est illusoire de penser qu'on peut soulager le juge et accélérer les procédures sans sacrifier les garanties de la défense et le droit à un jugement équitable. La maîtrise des flux contentieux fait ainsi symboliquement écho à la maîtrise des flux migratoires, avec dans les deux cas la même obsession des chiffres à l'aune desquels sera mesurée l'efficacité d'une politique ou d'une réforme.

On pourrait aussi évoquer cet autre contentieux de masse qu'est le contentieux social et les mesures prises pour désencombrer le prétoire. Le décret du 13 août 2013, très contesté, y compris par les deux syndicats de la magistrature administrative, a apporté une triple dérogation au droit commun pour ce « contentieux des pauvres » : généralisation du juge unique, dispense des conclusions du rapporteur public, suppression du double degré de juridiction. Les arguments mis en avant : la facilité technique des dossiers concernés, le caractère très factuel des affaires, le constat que les justiciables font très rarement appel, ne justifient pas cette régression. On a prétendu aussi que l'oralité des débats, introduite par la réforme, serait bénéfique pour ces justiciables qui maîtrisent mal la procédure écrite. Mais, outre que cette population culturellement démunie maîtrise tout aussi mal les codes de l'expression orale, encore faudrait-il que les justiciables puissent se rendre effectivement à l'audience, alors que les tribunaux administratifs sont souvent éloignés de leur lieu de résidence.

C. Perfectionnement du contrôle : des retombées ambivalentes

La prise en compte croissante des droits fondamentaux parmi les normes de référence s'est accompagnée d'une intensification du contrôle.

Contraint de tenir compte de la jurisprudence de Strasbourg, le juge administratif a, parfois sans attendre d'être pris en défaut, parfois après condamnation de la France, infléchi sa propre jurisprudence lorsqu'elle paraissait insuffisamment protectrice au regard des exigences posées par la Cour. Les retombées ont été particulièrement visibles sur le terrain des droits des étrangers, avec notamment la prise en compte de l'article 3 et de l'article 8 de la Convention, et ceux des détenus, avec le rétrécissement du périmètre des mesures d'ordre intérieur. Dans la lignée de l'arrêt Nicolo – qu'il a quand même fallu attendre jusqu'en 1989… –, le juge administratif s'est reconnu la possibilité de vérifier la compatibilité des lois avec les conventions internationales. Mais il a fallu encore de longues années pour que le Conseil d'État accepte de reconnaître – et encore, très partiellement – l'applicabilité directe des conventions consacrant des droits économiques et sociaux[9].

L'efficacité des garanties découlant des conventions internationales ou des principes à valeur constitutionnelle se trouve toutefois paralysée par le refus persistant du Conseil d'État d'appliquer aux mesures de police administrative, alors même que leur visée préventive est souvent difficile à dissocier de leur caractère de sanction, les principes qui gouvernent la matière répressive[10] : le moyen tiré du droit à un procès équitable est inopérant, la présomption d'innocence ne joue pas et la charge de la preuve incombe au justiciable. L'exercice des droits de la défense se trouve donc entravé, s'agissant de mesures aussi graves qu'une perquisition domiciliaire, une assignation à résidence ou une interdiction de sortie du territoire, qui ne font de surcroît l'objet, dans le meilleur des cas, que d'un contrôle *a posteriori*.

Ce contrôle sera certes un contrôle « entier » : les cas où le juge n'exerçait qu'un contrôle restreint ont en effet progressivement régressé jusqu'à quasiment disparaître et dans des hypothèses de plus en plus nombreuses, il effectue un contrôle de proportionnalité. Mais, justement, contrôle de proportionnalité veut dire mise en balance des droits et libertés - qui ne sont

[9] En 2012, il s'est résolu à reconnaître l'invocabiliité d'un article de la convention n° 97 de l'OIT (CE, Ass., 11 avril 2012, *Fapil et Gisti*, n° 322326).

[10] En ce sens, v. Thérèse Renault, *op. cit.*

jamais garantis de façon absolue - avec d'autres impératifs légitimes. De sorte que la reconnaissance de principes protecteurs et l'existence d'un contrôle approfondi ne garantissent pas que les décisions d'espèce seront elles-mêmes protectrices des libertés.

Il faut donc à présent s'intéresser au contenu des décisions rendues : si l'appréciation se fait ici inévitablement plus subjective, elle n'en est pas moins indispensable pour répondre à la question posée.

II. La capacité de résister au pouvoir et à l'opinion dominante

Le juge tranche les litiges par référence à des principes et des règles juridiques, mais qu'il interprète en tenant compte du contexte, de l'état de l'opinion, des répercussions potentielles des décisions qu'il rend. Autant dire qu'il entre dans son raisonnement une bonne part de considérations téléologiques. Les circonstances peuvent l'incliner à se montrer compréhensif à l'égard du pouvoir et à faire prévaloir les intérêts de l'État, tels qu'il les conçoit, sur les droits individuels. Il peut aussi hésiter à briser un consensus qui semble largement partagé dans l'opinion, au-delà même de la classe politique[11].

Or la capacité du juge à protéger efficacement les libertés ne suppose-t-elle pas, justement, la capacité de résister au pouvoir et à l'emprise de l'opinion dominante, laquelle ne penche pas toujours dans le sens de la défense des libertés ?[12] Comme il n'aurait guère de sens, indépendamment même de la démesure d'une telle ambition, de s'attacher à passer en revue l'ensemble de la jurisprudence administrative pour pointer les "bonnes" ou les "mauvaises" décisions sur la base d'une appréciation purement subjective, nous avons choisi de privilégier les deux critères que nous venons de rappeler.

A. Un juge (trop ?) compréhensif à l'égard du pouvoir

Il serait injuste de prétendre que le juge vole systématiquement au secours du gouvernement et de l'administration. Il lui est arrivé de désavouer l'exécutif dans des affaires politiquement délicates. Mais on compte sur les doigts d'une main les coups d'éclat contentieux comme l'arrêt *Barel* ou l'arrêt *Canal*[13] – deux décisions qu'on brandit à l'envi alors que leurs tenants et aboutissants sont en réalité complexes et qu'à beaucoup d'égards elles sont l'arbre qui cache la forêt[14].

Face à des crises graves, le juge a plutôt tendance à faciliter la tâche des autorités en s'abstenant de les enfermer dans un « légalisme » trop rigide (les guillemets sont là pour rappeler que le légalisme n'est rien d'autre que la légalité connotée négativement). On trouve un écho de ces considérations à plusieurs moments de l'histoire politique française, qu'il s'agisse, pour ne prendre que ces deux exemples, de la validation des mesures prises en violation des formes

[11] Nous reprenons ici des idées et des exemples que nous avons plus amplement développés dans notre étude sur « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007.

[12] L'impuissance du juge à protéger efficacement les droits et libertés, en période d'état d'urgence, "provient peut-être d'une difficulté à « aller à contre-courant » du pouvoir politique et d'une certaine manière de l'opinion publique" dit, dans le même sens, A. Roblot-Troizier (« État d'urgence et protection des libertés », *RFDA* 2016, p. 424).

[13] On pourrait citer aussi l'affaire *Diouri*, aujourd'hui oubliée, dans laquelle le juge, en 1991, avait contraint le gouvernement à surseoir à l'exécution de l'expulsion vers le Gabon d'un réfugié marocain à qui il était reproché des liens avec des mouvements fondamentalistes. Il est vrai que cette expulsion avait suscité une vive émotion dans une partie de l'opinion, de sorte que le juge ne faisait pas ici cavalier seul face au pouvoir.

[14] Si l'arrêt *Barel* témoigne du refus du Conseil d'État, qui se sentait ici directement concerné, de sacrifier les fondements de l'administration républicaine à la psychose anticommuniste, il ne s'est pas montré particulièrement compréhensif à l'égard des fonctionnaires sanctionnés pendant la guerre froide pour s'être élevés contre la politique du gouvernement. De même, l'arrêt *Canal* intervient alors que la guerre d'Algérie est terminée et que le juge a, pendant toute cette période, laissé le champ libre à l'exécutif pour agir à sa guise.

légales pour briser les grèves de 1909 et 1910 ou de l'interprétation extensive des lois de pleins pouvoirs pendant la guerre d'Algérie. Plus près de nous, au moment de la guerre du Golfe, on a vu le Conseil d'État, saisi d'une circulaire manifestement illégale du ministre de l'Éducation nationale qui enjoignait aux présidents d'université de n'inscrire aucun étudiant irakien dans leurs établissements pour l'année universitaire 1990-91, ressusciter la théorie des actes de gouvernement pour se déclarer incompétent et éviter ainsi d'avoir à l'annuler[15].

La décision de mettre en œuvre l'état d'urgence comme celle de décider ou non d'y mettre fin – le Conseil d'État l'a dit une première fois en 2005[16] et l'a redit en 2016[17] – ne sont pas des actes de gouvernement, mais elles ne sont soumises qu'à un contrôle restreint qui préserve le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif. En revanche, les mesures prises pendant l'état d'urgence – le Conseil d'État ne s'est pas fait faute de le répéter à plusieurs reprises – font désormais l'objet d'un contrôle entier, incluant le contrôle de proportionnalité. Mais, comme on l'a rappelé plus haut, l'impact d'un tel contrôle sur les libertés n'est pas univoque : il dépend de ce qu'on met sur chacun des plateaux de la balance. Lorsqu'il s'agit d'évaluer l'effectivité du contrôle du juge administratif en période d'état d'urgence, en 2015-2016, on est donc confronté à deux discours contrastés : le premier, optimiste, met l'accent sur le perfectionnement des instruments de contrôle et se félicite de ce que les garanties de l'État de droit persistent sous l'état d'urgence ; l'autre, plus pessimiste, déplore l'ampleur des concessions acceptées sur le terrain des libertés au nom du « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public », sans que la nécessité de ces concessions soit toujours véritablement démontrée.

Le premier discours est celui que tiennent notamment les représentants du Conseil d'État[18]. À leurs yeux, tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles, sachant que ce monde est aujourd'hui menacé par le terrorisme. On cite : la possibilité d'utiliser la voie du référé-liberté qui permet d'obtenir dans de très brefs délais une mesure conservatoire de sauvegarde des libertés fondamentales ; le plein contrôle exercé sur les mesures contestées visant à vérifier que telle assignation à résidence ou telle perquisition était adaptée, nécessaire et proportionnée à sa finalité ; la possibilité de débattre contradictoirement du contenu des fameuses « notes blanches » des services de renseignement, etc.

En face, on s'inquiète de ce que les pouvoirs exorbitants accordés au titre de l'état d'urgence aient été utilisés, avec l'aval du juge, bien au-delà de la lutte contre le terrorisme, notamment pour justifier l'assignation à résidence de militants écologistes pendant toute la durée de la COP21[19]. Le Conseil d'État a validé les mesures prises au motif que le comportement d'activiste de ces militants constituait "une menace pour la sécurité et l'ordre publics" et que la loi sur l'état d'urgence se borne à évoquer l'existence d'un "péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public" sans en préciser la nature. Cette lecture littérale du texte au détriment de son esprit permet d'en étendre indéfininiment la portée[20].

Une autre source d'inquiétude réside dans le caractère insatisfaisant du contrôle exercé sur les notes blanches dont le juge admet qu'elles peuvent légitimement servir de fondement aux

[15] CE, 23 septembre 1992, *Gisti* et *MRAP,* AJDA 1992, p. 752, concl. Kessler (contraires).

[16] CE, référé, 14 novembre 2005, *Rolin,* n° 286835.

[17] CE, référé, 27 janvier 2016, *LDH et autres*, n° 396220

[18] On peut se reporter par exemple à l'audition de Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn par la commission des lois de l'Assemblée nationale, le 7 janvier 2016 (Rapport sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, Doc. AN n° 3784, 25 mai 2016).

[19] Il existe bien d'autres exemples de cette application extensive : l'état d'urgence a par exemple été invoqué pour interdire des manifestations, y compris sans objet politique, au motif que les troubles potentiels qui en découleraient pourraient être de nature à faire obstacle à la lutte contre la menace terroriste – et le juge a là encore confirmé ces interdictions.

[20] CE, ord., 11 déc. 2015, n° 395009, *M. C. Domenjoud*, *AJDA* 2016. 247, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *RFDA* 2016 p. 105, concl. X. Domino et p. 123, note A. Roblot-Troizier.

mesures de police[21]. Le Conseil d'État part du principe « que les services de renseignement travaillent de façon honnête et qu'ils n'affabulent pas dans les notes blanches » ; à supposer, au demeurant, « que la note blanche contienne des allégations inexactes ou erronées, le débat contradictoire permet de les contredire utilement »[22]. Mais le débat contradictoire n'est pas réellement équitable puisque la charge de la preuve pèse sur le requérant – ce qui renvoie à la question déjà évoquée plus haut du régime des mesures de police. Il est de surcroît difficile pour ne pas dire impossible, de prouver qu'on n'a *pas* fait quelque chose ou de convaincre le juge qu'en dépit des affirmations contenues dans les notes blanches les comportements qu'on vous impute ne constituent pas une menace sérieuse pour la sécurité publique[23].

L'impression que, d'une façon générale, les affirmations de l'administration sont prises pour argent comptant, qui ressort de la façon dont les décisions sont rédigées, suscite également le malaise : « pour prendre cette décision, le ministre de l'Intérieur s'est fondé sur la gravité de la menace terroriste sur le territoire national et sur la nécessité de prendre des mesures afin d'assurer la sécurité de la « COP21 » ; « le ministre a relevé qu'avaient été lancés des mots d'ordre appelant à des actions revendicatives violentes, aux abords de la conférence et de sites sensibles en Île-de-France » ; « le ministre a exposé, dans les motifs de sa décision, que la forte mobilisation des forces de l'ordre pour lutter contre la menace terroriste ne saurait être détournée, dans cette période, pour répondre aux risques d'ordre public liés à de telles actions ».

Il n'est pas surprenant, dans ces conditions, que le triple test de nécessité, d'adaptation et de proportionnalité[24] débouche dans la très grande majorité des cas sur la validation des mesures attentatoires aux libertés et sur le refus de censurer l'étendue des contraintes qui accompagnent l'assignation à résidence – couvre feu, obligations de pointage – dont l'excès même peut faire douter de la nécessité.

Il faut se rendre à l'évidence : la seule évocation du « terrorisme » tétanise les esprits et efface tout discernement. On a parlé, pour caractériser l'attitude du juge, de « principe de précaution »[25], et l'expression nous paraît juste. Le juge craint de s'exposer à l'accusation d'irresponsabilité. Comme le gouvernement et la majorité de ses concitoyens il est enclin à penser que mieux vaut quinze, vingt, cent personnes inoffensives privées de la liberté d'aller et venir pendant des mois et des mois qu'un seul terroriste (potentiel) en liberté. Le fait que l'un des auteurs de l'assassinat du curé de Saint-Etienne du Rouvray, condamné pour avoir tenté par deux fois de partir en Syrie, était en liberté conditionnelle et assigné à résidence sous bracelet électronique n'est évidemment pas de nature à inciter les juges à moins de frilosité.

---

[21] Dans un arrêt *Rakhimov* du 3 mars 2003 le Conseil d'État a censuré les premiers juges pour n'avoir pas tenu compte d'une note des services de renseignements et avoir annulé le refus d'entrée en France d'un ressortissant ouzbek.

[22] Nous citons ici encore Bernard Stirn et Jean-Marc Sauvé, dans leur audition précitée.

[23] Voir en ce sens le commentaire d'Olivier Lecucq sous l'affaire *Rakhimov* : « Quand l'étranger doit prouver qu'il n'est pas un danger pour l'ordre public » (*AJDA* 2003 p. 1343).

[24] Paul Cassia relève que, dans le cadre du référé-liberté, le juge n'a pas à effectuer un véritable test de proportionnalité mais seulement à vérifier l'*absence de disproportion manifeste* entre l'atteinte portée à une liberté fondamentale et la nécessité de préserver l'ordre public (Paul Cassia, *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016, p. 195). Mais s'agissant d'un standard laissé à l'appréciation du juge (est manifeste ce qu'il déclare tel), la différence entre les deux types de contrôle peut s'avérer plus théorique que réelle. En pratique il a le choix, soit de censurer la mesure contestée au motif que la disproportion est manifeste, soit de justifier son abstention au stade du référé en prétendant qu'elle ne l'est pas suffisamment.

[25] Jean-Baptiste Jacquin, « Le Conseil d'État confirme une assignation à résidence par principe de précaution », *Le Monde*, 8 octobre 2016. L'expression a été utilisée par l'avocat d'un ressortissant franco-algérien condamné en 2012 à cinq ans de prison pour des délits liés au terrorisme, parti au Brésil une fois sa peine purgée, mais expulsé de ce pays sans que la cause en soit clairement établie et assigné à résidence dès son retour en France, alors qu'aucun élément à charge ne pouvait être retenu à son encontre, y compris dans des notes blanches (CE, référé, 7 octobre 2016, *M. A. H.*, n° 403552)

De ce déséquilibre au détriment des libertés, le juge n'est évidemment pas le principal responsable : c'est la loi qui organise l'état d'urgence et donne des pouvoirs exorbitants à l'administration. Or l'état d'urgence "n'est pas là pour permettre les contrôles, mais pour les alléger et faciliter en conséquence l'action de l'autorité de police administrative"[26]. Mais force est de constater que le Conseil d'État, amené à donner son avis sur les projets de lois, a toujours émis des avis favorables. Dans son avis du 16 juillet 2016, il a certes rappelé, comme il l'avait fait dans ses deux avis précédents, « que les renouvellements de l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment et que l'état d'urgence doit demeurer temporaire », mais il n'en a pas tiré les conséquences qui auraient semblé en découler logiquement. Le même scénario s'est reproduit lors de la reconduction de l'état d'urgence en décembre 2016 : dans son avis du 8 décembre, il a estimé que « la conjonction de la menace terroriste persistante d'intensité élevée et des campagnes électorales présidentielle et législatives », caractérisait « un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public », justifiant la prorogation de l'état d'urgence jusqu'au 15 juillet 2017. Ce qui ne l'a pas empêché de réaffirmer *in fine* pour la… quatrième fois que « les renouvellements de l'état d'urgence ne sauraient se succéder indéfiniment et que l'état d'urgence doit demeurer temporaire »[27].

L'état d'urgence n'est qu'un exemple parmi d'autres permettant d'illustrer la propension du Conseil d'État à appuyer sans réserve le gouvernement dans les affaires mettant en jeu la sécurité nationale ou présentées comme telles. On se bornera à rappeler la facilité avec laquelle le Conseil d'État a validé la déchéance de nationalité de cinq personnes condamnés en 2007 et 2008 pour avoir apporté un soutien logistique à un groupe islamiste marocain : condamnés à de simples peines délictuelles de six ans à huit ans d'emprisonnement, ils étaient sortis de prison depuis plusieurs années et étaient parfaitement intégrés. Mais, aux yeux du juge, la « gravité des faits commis », d'un côté, l'invocation d'une note blanche selon laquelle ils resteraient « actifs dans la mouvance djihadiste », de l'autre, suffisaient à justifier la mesure[28].

B. Un juge sous l'emprise de l'opinion dominante

Confronté à des querelles politiques majeures qui divisaient profondément le pays, dont la querelle religieuse est l'exemple par excellence, le juge administratif a souvent joué un rôle modérateur, d'apaisement. Mais lorsque, sur des questions controversées comme l'étaient naguère encore la laïcité ou l'immigration, un consensus s'installe, une forme de « pensée unique » qui rend inaudibles les points de vue discordants, le juge a tendance à s'aligner lui aussi sur cette opinion dominante.

Laïcité : la défense du « modèle républicain »

Le rôle modérateur du Conseil d'État s'est manifesté lorsqu'il a eu à arbitrer les conflits entre maires et curés au début du siècle ou lorsqu'il a prôné des solutions de compromis dans la question des aumôneries ou des subventions aux écoles privées après la guerre. En 1989, encore, confronté à l'affaire du foulard, il s'est efforcé de dégager une voie médiane entre deux positions *a priori* inconciliables : une conception stricte de la laïcité conduisant à interdire toute manifestation d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires et une conception donnant le primat absolu à la liberté religieuse avec toutes ses implications.

---

[26] Denis Baranger, « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », sous CE 27 janvier 2016, *LDH et autres*, *RFDA* 2016, p. 355

[27] Dans une interview accordée au journal Le Monde le 18 nov. 2016, le vice-président avait pourtant déclaré que, s'il était à nouveau saisi d'une loi prorogeant l'état d'urgence, le Conseil d'État « prendrait ses responsabilités » : cette formulation laissait entendre que la prochaine fois son avis pourrait être négatif. Il n'en a donc rien été.

[28] CE, 8 juin 2016, *M. A.*, n° 394347.

Le compromis a volé en éclats en 2004, comme en témoigne le vote de la loi interdisant dans les établissements scolaires le port de signes ou tenues manifestant ostensiblement une appartenance religieuse. Saisi de la circulaire ministérielle indiquant le mode d'emploi de cette loi, il aurait pu réaffirmer qu'une interdiction totale du port du foulard était contraire à l'article 9 de la CEDH sur lequel il avait fondé sa jurisprudence antérieure et qui avait en tout état de cause une valeur supérieure à la loi. Il s'est borné à énoncer que l'atteinte à la liberté de conscience n'était pas excessive au regard de l'objectif poursuivi « visant à assurer le respect du principe de laïcité dans les établissements scolaires publics »[29]. Pourquoi une interdiction qui portait à l'époque une atteinte excessive à la liberté religieuse n'est plus considérée quinze ans plus tard comme disproportionnée ? La décision du Conseil d'État est fondée en opportunité. La position définie en 1989 l'était, il est vrai, aussi : il s'agissait de désamorcer un conflit par une solution de compromis. Cette fois, le juge ne veut pas désavouer la représentation nationale appuyée sur une opinion publique majoritairement favorable. Lui-même s'est sans doute convaincu que le « modèle républicain » était menacé et devait donc être défendu[30].

Immigration : consensus pour un raidissement

Il n'entre pas dans les prérogatives du juge de contrecarrer l'évolution d'une législation qui, au fil des réformes, a multiplié les dispositions répressives à l'égard des étrangers. À défaut de la contrecarrer il aurait pu la canaliser. Il est indéniable que le Conseil d'État, notamment depuis la fin des années 1970, a considérablement accru la portée de son contrôle sur les mesures de police des étrangers et intégré les aspects protecteurs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Mais si les principes posés sont protecteurs, l'application qui en est faite l'est beaucoup moins : qu'il s'agisse des atteintes portées au respect de la vie privée et familiale ou des risques encourus dans le pays d'origine, deux exemples emblématiques des avancées jurisprudentielles, l'analyse attentive des décisions rendues montre que le juge a tendance à sous-évaluer ces atteintes et ces risques. D'une façon générale, la jurisprudence a entériné la précarisation du droit au séjour, la fragilisation de la protection accordée aux demandeurs d'asile et l'interprétation extensive des pouvoirs de l'administration et de la police[31]. La raison de cette attitude réside sans doute moins dans la propension à défendre l'exécutif que dans le fait que le juge, qui ne vit pas dans une tour d'ivoire, s'est lui même laissé convaincre de la nécessité de « maîtriser les flux migratoires », fût-ce au prix de restrictions croissantes aux droits des étrangers.

À ce titre, il a par exemple admis la possibilité pour l'administration de placer en rétention les parents accompagnés de leurs enfants[32]. L'enjeu est clair : il s'agit de faciliter l'éloignement des parents qui risquerait sinon de se heurter à des obstacles difficilement solubles pour l'administration. Le Conseil d'État a maintenu cette position malgré la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Popov*, dont il n'a pas tiré toutes les conséquences. L'arrêt, en effet, outre la violation des articles 3 et 8, avait relevé la violation de l'article 5, leur statut de simples « « accompagnants » de leurs pa-

[29] CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, n° 269077.

[30] On trouve une autre illustration de ce raidissement sur la question de la laïcité dans la validation par le Conseil d'État de l'interdiction formulée par voie de circulaire d'apposer sur un permis de conduire une photo d'identité avec turban, et plus encore dans les conclusions du commissaire du gouvernement qui n'hésite pas à présenter l'affaire comme un test de la résistance du modèle républicain à la tentation de l'ethnicisation de la société (CE, 15 décembre 2006, *M. Mann Singh*, *AJDA* 2007.313, concl. Terry Olson).

[31] Cette analyse de la jurisprudence du Conseil d'État est longuement développée dans D. Lochak, « De la défense des étrangers à la défense de la légalité. Le Gisti au Conseil d'État », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2008, p. 673-693.

[32] CE, 12 juin 2006 *Cimade, Gisti, LDH, Amnesty*

rents faisant tomber les enfants retenus « dans un vide juridique ne leur permettant pas d'exercer le recours garanti par l'article 5[33].

Dans le domaine du droit d'asile le Conseil d'État a, dans les années 1990, énoncé une série de principes protecteurs[34]. Ils ont été remis en cause l'un après l'autre par le législateur, spontanément ou dans le cadre de la transposition des directives de l'Union européenne, et l'on ne saurait donc imputer au Conseil d'État la responsabilité de ces régressions. Mais sa vigilance semble depuis lors s'être émoussée face à aux multiples dispositifs de nature à entraver l'exercice du droit d'asile[35]. L'exemple de son attitude par rapport aux visas de transit aéroportuaire (VTA) est à cet égard symptomatique. Il s'agit d'un dispositif prévu par le règlement communautaire sur les visas et qui impose aux ressortissants de certains pays tiers de solliciter la délivrance d'un tel visa lorsqu'ils veulent simplement transiter par un aéroport de l'espace Schengen. La liste des pays concernés montre sans ambiguïté possible que l'objectif est de bloquer en amont l'arrivée de personnes qui seraient susceptibles de demander l'asile lors d'un transit. Cette liste, fixée par le règlement communautaire, peut être complétée par les États, sous certaines conditions. Le Conseil d'État a considéré dès 2008, contre toute évidence, que la formalité du VTA ne portait par elle-même aucune atteinte au droit d'asile[36]. La question s'est reposée de façon encore plus aiguë au début de l'année 2013, lorsque le gouvernement français a décidé d'inscrire la Syrie sur la liste des pays dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de VTA. Cette possibilité était, depuis la réforme du règlement en 2009 subordonnée à l'existence d'une situation d'urgence « due à un afflux massif de migrants clandestins ». Les associations requérantes faisaient valoir qu'il n'y avait pas d'afflux massif de ressortissants syriens dans les aéroports français[37] et qu'en tout état de cause on ne pouvait assimiler des personnes cherchant protection à des migrants clandestins. Le Conseil d'État n'en a pas moins repris à son compte l'intégralité des arguments de l'administration et jugé que les conditions posées par le règlement étaient réunies. On comprend, dans ses conditions, la consternation et l'émoi des associations qui, après avoir intenté en vain un référé liberté, un référé suspension et un recours pour excès de pouvoir contre la mesure contestée[38], ont accusé le Conseil d'État d'abandonner les réfugiés syriens à leur sort en volant au secours du gouvernement et de valider des pratiques qui contribuent à sceller le sort tragique de ces réfugiés.

*

[33] CourEDH, 19 janvier 2012, *Popov c/ France*, req. n° 39472/07 et 39474/07.

[34] CE, Ass. 13 décembre 1991, *Nkodia* et *Préfet de l'Hérault* c/ *Dakoury* : l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié doit être autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; CE, 22 janvier 1993, *Mamoka* : les étrangers entrés en France sans les documents requis mais comme demandeurs d'asile doivent être considérés comme entrés régulièrement sur le territoire, même si leur demande a été finalement rejetée ; CE, Ass., 18 décembre 1996, *M. de l'Intérieur c/ Rogers* : est illégal le refus de laisser accéder au territoire français un demandeur d'asile dépourvu de papiers au motif qu'il serait passé par un pays tiers sûr. On peut encore mentionner la décision du 12 janvier 2001, dans laquelle le juge des référés a affirmé avec fermeté que l'impossibilité, du fait du comportement de la préfecture, de demander l'admission au séjour au titre de l'asile et par suite de déposer une demande à l'OFPRA avait porté une atteinte grave et manifestement illégale à la sauvegarde du droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié (CE, référé, 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, n° 229039).

[35] Nous renvoyons ici encore à notre contribution précitée aux *Mélanges Genevois*.

[36] Les statistiques produites à l'instance montraient pourtant que la mesure avait bien pour objet et pour effet de tarir l'arrivée des réfugiés tchétchènes puisque le ministre reconnaissait qu'il s'agissait de lutter contre des « filières » organisées de transit par la France en vue de solliciter l'asile (CE, ordonnance de référé, 1er avril 2008, *Anafé* et *Gisti*, n° 313711).

[37] D'après les statistiques du ministère de l'intérieur lui-même le nombre de demandes d'asile formulées à la frontière ou en zone d'attente par des Syriens était passé de 20 en 2010 à… 180 en 2012, et 9 demandes avaient été enregistrées en janvier 2013.

[38] CE, référés, 15 février 2013, *Anafé et Gisti*, n° 365709 ; CE, référés, 20 mars 2013, n° 366308 ; CE, 18 juin 2014, n° 366308.

Si j'ai choisi d'évoquer cet exemple en conclusion, ce n'est pas seulement en raison de son actualité brûlante, mais aussi parce qu'il montre à quel point le regard porté sur la jurisprudence administrative peut changer substantiellement selon le point de vue d'où on l'observe. En l'occurrence, cette affaire illustre parfaitement le fossé qui peut exister entre quelques « grandes » décisions placées en exergue pour attester la contribution du juge administratif à la protection des libertés et la masse des décisions moins médiatisées, voire obscures, dont l'impact est loin d'être toujours positif sur les droits et libertés et dont on comprend qu'elles puissent émousser la confiance accordée à la justice administrative.