



HAL
open science

Mettre à l'abri... l'administration. Le Conseil d'État, le Covid et les étrangers

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Mettre à l'abri... l'administration. Le Conseil d'État, le Covid et les étrangers. Délibérée, 2020, 2020/3 (11), p. 21-25. 10.3917/delib.011.0021 . hal-03320107

HAL Id: hal-03320107

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03320107>

Submitted on 6 Jan 2022

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.

METTRE À L'ABRI... L'ADMINISTRATION Le Conseil d'État, le Covid et les étrangers

Délibérée, 2020/3, n° 11, p. 21-25

par Danièle Lochak

Si la crise sanitaire a révélé de façon flagrante diverses défaillances du système judiciaire, la justice administrative a elle aussi été mise à l'épreuve. Dans le contentieux des étrangers, en particulier, face à la persistance d'une logique d'enfermement et d'éloignement des personnes et au peu de prise en compte des risques sanitaires, la réponse des juges n'a pas été à la hauteur des enjeux. Une fois de plus est ainsi mise en lumière cette forme de bienveillance coutumière des juridictions administratives vis à vis de l'administration au détriment de la protection des droits et libertés individuelles, particulièrement visible en période de crise.

D'après le décompte effectué par le Conseil d'État lui-même, celui-ci a été saisi, le plus souvent directement, parfois en appel, de 230 requêtes en référé liées au Covid-19 pendant la période du confinement. Sur l'ensemble des décisions rendues, une dizaine touchaient à la situation des étrangers : demandes de fermeture des centres de rétention administrative (CRA), demandes de mise à l'abri des personnes en situation précaire (notamment demandeurs d'asile ou mineurs isolés), contestation de l'arrêt de l'enregistrement des demandes d'asile ou encore des règles de procédure devant la Cour nationale du droit d'asile. Sur cette dizaine d'affaires, le Conseil d'État n'a donné que deux fois satisfaction – au moins partiellement – aux requérants. Ce bilan statistique est conforme à celui qu'on peut dresser pour l'ensemble du contentieux administratif lié au Covid-19. Ce sont du reste les mêmes modes de raisonnement, les mêmes procédés rhétoriques qu'il utilise ici pour éluder les demandes qui lui sont adressées : les assurances de l'administration sont systématiquement prises pour argent comptant ; la carence s'apprécie au vu des moyens dont celle-ci dispose et des efforts qu'elle se dit prête à faire ; la « stratégie nationale » face à l'épidémie devient une norme de légalité ; les juges actent les engagements pris par l'administration mais s'abstiennent de les traduire en injonctions contraignantes ; et ils semblent finalement adhérer à la logique de l'exécutif qui n'entend pas que l'épidémie fasse obstacle à la poursuite des éloignements. Dans ce contexte, on est presque surpris lorsque, tout à coup, ces mêmes juges cessent d'ajouter foi aux affirmations de l'administration et ne se laissent pas convaincre par ses arguments.

Les assurances de l'administration prises pour argent comptant

Le Conseil d'État « *donne systématiquement du crédit à la parole et aux promesses de l'État* »¹. Lorsque l'administration, dans les mémoires qu'elle produit, expose l'état des moyens dont elle dispose, énumère les mesures qu'elle a déjà prises ou qu'elle envisage de prendre, le juge acte tout ceci « *consciencieusement* », « *avec une bienveillance qui confine parfois à la mauvaise foi* »².

Emblématique à cet égard est le sort réservé à la demande de fermeture de l'ensemble des CRA³. Celle-ci se fondait à la fois sur les dangers que faisait courir aux personnes retenues la

¹Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *AJ Pénal* 2020 p. 235.

²Jeanne de Gliniasty, « La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars 2020 », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, <http://journals.openedition.org/revdh/9447>.

³CE, ord. 27 mars 2020, n° 439720, *Gisti et autres*.

situation sanitaire dans ces centres et sur l'illégalité de la rétention dès lors que l'interruption des transports aériens et la fermeture généralisée des frontières interdisaient toute mesure d'éloignement. Le ministre de l'Intérieur communique après l'audience des informations complémentaires : il affirme que « le ratio entre personnes présentes et capacités d'accueil permet tout à fait de respecter les règles de distanciation recommandées par le gouvernement », d'une part, que les personnes se trouvant en CRA le sont à raison de l'existence d'une perspective raisonnable d'éloignement, d'autre part. Constats repris fidèlement dans l'ordonnance : rien dans le dossier, dit le juge, ne confirme un constat de carence dans l'accès aux soins des personnes détenues ou la distribution des produits d'hygiène nécessaires – des instructions ont du reste été diffusées à cette fin dans les centres de rétention ; et il résulte des éléments produits dans le cadre de l'instruction que des éloignements ont pu avoir lieu dans la période récente. Les mêmes affirmations sont réitérées à propos du CRA de Vincennes⁴. Le tribunal administratif avait reconnu l'existence d'un risque sanitaire avéré et fait valoir que l'éloignement des personnes, si tant est qu'il pût être effectué, ne présentait pour l'heure « qu'un intérêt secondaire par rapport à l'impératif [...] de parvenir dans les meilleurs délais à contenir l'épidémie ». De son côté le Contrôleur général des lieux de privation de libertés avait fait part au ministre de l'intérieur de ses inquiétudes à la suite d'une visite sur place le 15 avril. Mais le Conseil d'État estime que, compte tenu des réaménagements effectués (à la suite de la décision du tribunal administratif...) et du petit nombre de personnes retenues, le risque de contamination n'est pas supérieur à celui qui serait encouru dans un centre de l'ARS. Il résulte par ailleurs de l'instruction, poursuit-il, « que la crise sanitaire actuelle n'a pas mis fin à l'éloignement des étrangers du territoire », ce qui justifie le maintien en rétention.

Saisi de demandes de mise à l'abri de personnes vulnérables, le Conseil d'État reprend là encore les assurances données par le ministre dans son mémoire en défense : « depuis le début de la crise sanitaire, l'État a pris l'ensemble des mesures adaptées pour assurer [...] la sécurité et la santé de l'ensemble des publics vulnérables » dit ce mémoire, en énumérant la longue liste des actions entreprises. Le Conseil d'État embraie en soulignant l'importance des capacités d'hébergement mobilisées et les efforts de l'administration pour les accroître encore à brève échéance. Aux associations requérantes qui s'inquiètent de ce que des personnes sans domicile aient été verbalisées pour manquement à l'obligation de confinement, il oppose les dires du ministre qui « soutient qu'il s'agit de cas isolés et non significatifs » et qu'une note a du reste été adressée aux services compétents pour que cesse la verbalisation des sans-abri. S'agissant des masques le juge répond qu'une distribution de masques est prévue dans les centres d'hébergement spécialisés et, à propos des tests, il prend note de ce que, « face aux tensions résultant des capacités contraintes en termes de dépistage, les autorités ont pris les dispositions nécessaires pour augmenter ces capacités dans les meilleurs délais »⁵.

Des obligations indexées sur les moyens disponibles, les efforts... et les promesses

Le rejet des demandes d'injonction est motivé par le constat de l'absence de carence des autorités administratives. Mais pour en arriver à ce constat, le juge ne se fonde pas seulement, sur les mesures qu'elles ont prises : il tient compte des moyens dont elle dispose. Comme le rappelle Serge Slama⁶, c'est un raisonnement qu'on a déjà vu à l'œuvre : dans les contentieux

⁴TA Paris, ord. 15 avril 2020, n° 2006287, *Adde, SAF, Gisti* ; CE, ord. 7 mai 2020, n° 440255, *M. de l'intérieur*.

⁵CE, ord. 2 avril 2020, n° 439763, *Fédération nationale droit au logement et autres*. Voir aussi, à propos des demandes visant à mieux protéger les personnes en situation de précarité et celles qui leur viennent en aide : CE, ord. 9 avril 2020, n° 439895, *Association Mouvement citoyen tous migrants et autres*

⁶Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *AJ Pénal* 2020 p. 235.

relatifs aux conditions de détention dans les prisons⁷, aux conditions matérielles d'accueil pour les demandeurs d'asile⁸, au droit à l'hébergement des personnes vulnérables qui n'a plus dès lors d'inconditionnel que le nom⁹ ou encore à l'accès à la procédure d'asile en Guyane¹⁰.

Le juge reconnaît en somme que « nécessité fait loi » et que l'administration peut se soustraire impunément à des obligations découlant de textes théoriquement contraignants en invoquant un manque de moyens ou le caractère exceptionnel d'une situation. Au lieu d'obliger l'administration à adapter ses moyens à ses obligations, celles-ci sont indexées sur les moyens disponibles, comme si l'insuffisance de ces moyens ne dépendait en rien de l'action gouvernementale¹¹. Dans un contexte où la pénurie – de masques, de tests, de places d'hébergement... – est patente, on ne saurait s'étonner de ce que le juge rejette systématiquement les demandes d'injonction qui lui sont adressées, qu'elles tendent au dépistage systématique de toutes les personnes hébergées ou travaillant dans des structures collectives, à l'hébergement des personnes sans domicile¹² ou encore à la mise à l'abri d'un mineur isolé, le juge prenant ici spécifiquement en compte les difficultés invoquées par la Ville de Paris résultant de la saturation du dispositif d'accueil des mineurs¹³.

Faut-il incriminer les limites intrinsèques du référé-liberté ? « *L'intervention du juge des référés dans les conditions d'urgence particulière prévues par l'article L. 521-2 est subordonnée au constat que la situation litigieuse permette de prendre utilement et à très bref délai les mesures de sauvegarde nécessaires* », fait valoir le Conseil d'État ; or, si les moyens manquent, cette exécution à bref délai est impossible. Mais il n'est pas interdit de penser que, par cette motivation standardisée, le juge vise à écarter l'accusation de pusillanimité, en imputant les limites de sa décision à celles de l'office du juge des référés et non à sa propre volonté¹⁴. D'autant que, pour écarter l'accusation de carence le juge tient compte, au-delà des moyens dont l'administration dit disposer, des efforts qu'elle a fait... ou qu'elle s'engage à faire. Il relève ainsi que « *les capacités d'hébergement mobilisées par l'État n'ont jamais été aussi importantes et l'administration poursuit ses efforts pour les accroître encore à brève échéance* », qu'« *une distribution de masques est prévue dans les centres d'hébergement spécialisés* » ou encore que « *les autorités ont pris les dispositions nécessaires pour augmenter les capacités de test dans les meilleurs délais* »¹⁵.

⁷CE, ord., 28 juill. 2017, n° 410677, *SF-OIP*.

⁸CE, ord. 19 nov. 2010, n° 344304 et 344286 : lorsque les capacités de logement normalement disponibles sont temporairement épuisées, l'administration « peut, le cas échéant, recourir à des modalités d'accueil sous forme de tentes ou d'autres installations comparables ». Dans l'arrêt *NH c/France* rendu le 2 juillet 2020 à propos des conditions d'accueil des demandeurs d'asile, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a d'ailleurs pas manqué de critiquer l'attitude des juridictions internes qui opposent systématiquement le manque de moyens pour justifier le non-respect par l'administration de ses obligations.

⁹CE, ord., 10 févr. 2012, n° 356456 : absence de carence fautive, le juge des référés devant « apprécier dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée ».

¹⁰CE, ord. 7 novembre 2016, n° 422207 et 422604, *Syndicat national CGT Offpra, Cimade et autres*. Face à l'augmentation considérable et imprévisible du nombre de demandes d'asile qui a entraîné une profonde désorganisation du dispositif, la préfecture de Guyane a pu légitimement suspendre provisoirement l'examen des demandes d'asile.

¹¹Gisti, *Faillite de l'État de droit ? L'étranger comme symptôme*, Coll. « Penser l'immigration autrement », 2017, p. 147-148.

¹²CE, ord. 2 avril 2020, précité.

¹³TA Paris, ord. 13 mai 2010, n° 2006982/9.

¹⁴« La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars 2020 », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, <http://journals.openedition.org/revdh/9447>.

¹⁵CE, ord. 2 avril 2020, précité ; *idem* CE, ord. 9 avril, précité.

Promesses et engagements sont eux aussi fidèlement actés, sans que le Conseil d'État ne juge utile de les convertir en injonctions : « *il appartient, en tout état de cause, [...] aux chefs des centres de rétention administrative [...] de s'assurer, à l'intérieur du centre, du respect des consignes* »¹⁶ ; « *le préfet de police s'engage [...] à assurer leur suivi médical [des personnes retenues dans le CRA de Vincennes] et leur donner l'accès aux soins qui leur seront nécessaires compte tenu de l'évolution de leur état de santé* »¹⁷. Cette façon de ménager l'exécutif est ouvertement revendiquée par le président de la section du contentieux qui semble penser que la méthode est plus efficace : « *Un certain nombre d'engagements ont été actés dans les ordonnances. Cela ne se traduit pas par des injonctions, mais beaucoup d'avancées ont été faites* »¹⁸. Sauf que le juge se prive ainsi de la possibilité de vérifier en aval le respect de ces obligations informelles, dénuées de portée contraignante.

Au-delà des engagements, c'est aussi au discours justificatif de l'administration que le juge prête foi. La « stratégie nationale » de lutte contre la pandémie invoquée par l'administration, assurément plus glorieuse que l'excuse de pénurie de moyens, est ainsi érigée en norme de référence. La mise à disposition de masques réclamée par les associations requérantes irait à l'encontre de la « *stratégie de gestion et d'utilisation maîtrisée des masques mise en place à l'échelle nationale* » car « *l'utilisation de masques chirurgicaux dans la population non malade n'est pas retenue en l'état actuel des données scientifiques et des stocks disponibles* » ; quant aux tests, ils sont « *pratiqués selon des critères de priorité constamment ajustés et fixés, en tenant compte de l'avis du Haut Conseil de la santé publique* » et le dépistage systématique contredirait de surcroît la « *stratégie de dépistage en cours de préparation pour la sortie de la crise* »¹⁹.

Éloigner plutôt que protéger : la soumission à la logique administrative

La jurisprudence sur les CRA est ici encore éclairante : le Conseil d'État laisse le champ libre à l'exécutif qui souhaite coûte que coûte maintenir en activité les CRA pour pouvoir continuer à éloigner, même en temps de pandémie. Il minimise systématiquement, on l'a vu, les risques de contamination et, symétriquement, maximise les possibilités d'éloignement, même quand elles ne sont qu'hypothétiques, n'hésitant pas à acter qu'« *à la date de la présente ordonnance, sur l'ensemble du territoire, des éloignements sont en cours de préparation, sous réserve de l'accord des États concernés, pour quatre-vingt-quatorze étrangers relevant de cinq nationalités* »²⁰. Pour se donner bonne conscience face à une affirmation aussi hardie, l'intervention du juge des libertés et de la détention lui sert d'alibi commode, puisqu'il appartient à ce dernier, en tout état de cause, de mettre fin à la rétention s'il estime que l'éloignement de l'étranger n'est pas ou n'est plus envisageable²¹.

Le Conseil d'État ne voit même pas d'objection à ce qu'on retienne des étrangers atteints par le virus, dès lors que l'Agence régionale de santé refuse de les accueillir dans ses centres d'hébergement spécialisés car s'ils étaient remis en liberté, ils représenteraient un risque important de trouble à l'ordre public... Le maintien en rétention est au demeurant justifié puisque « *si aucun étranger contaminé par le virus Covid-19 ne saurait faire l'objet d'un éloignement tant qu'il demeure malade et contagieux, il n'apparaît pas que les perspectives d'éloignement effectif du territoire d'un étranger retenu, une fois guéri, seraient, par principe, inexistantes* ».

¹⁶CE, ord. 27 mars 2020, précité. Idem s'agissant des centres d'hébergement : CE, ord. 2 avril 2020, précité

¹⁷TA Paris, ord. 24 avril 2020, n° 2006471, *Adde, Saf, Gisti*.

¹⁸Cité par Pierre Januel, « Libertés: le Conseil d'État agit le plus souvent en chien de garde du pouvoir », *Mediapart*, 22 avril 2020.

¹⁹CE, ord. 2 avril 2020 ; CE, ord. 9 avril 2020, précités.

²⁰CE, ord. 7 mai 2020, précité.

²¹Sur l'attitude du juge judiciaire, voir Karine Parrot, « Rétention administrative des étrangers et épidémie de Covid-19 : inégalités et illégalités », *Plein droit* n° 125, juin 2020.

Quand par miracle le juge dément l'administration

Les tribunaux administratifs, en règle générale, ont fait preuve de moins de réserve que le Conseil d'État face à l'administration. Saisi d'une demande de mise à l'abri des habitants des campements situés le long du Canal Saint-Denis, le tribunal administratif de Paris n'a pas hésité à imputer aux autorités responsables une carence de nature à exposer ces habitants à des traitements inhumains ou dégradants²². Il avait précédemment reconnu, on l'a dit, que l'accueil de nouvelles personnes dans le centre de rétention de Vincennes était de nature à entretenir le foyer de contamination récemment identifié au sein de ce centre – point sur lequel il avait été désavoué par le Conseil d'État²³.

Celui-ci a en revanche confirmé l'appréciation des premiers juges dans le contentieux relatif à l'enregistrement des demandes d'asile²⁴ : il constate, en premier lieu, que l'administration n'avait pas, comme elle l'avait prétendu dans le cadre de l'instruction d'une précédente affaire²⁵, poursuivi l'enregistrement des demandes d'asile des personnes vulnérables ni recensé celles qui avaient l'intention de déposer une demande ; il affirme en second lieu que, contrairement à ce qu'avance l'administration qui se réfugie derrière la difficulté de respecter les conditions de sécurité sanitaire, la mobilisation d'un minimum d'agents est possible pour rouvrir les guichets d'enregistrement en nombre suffisant. Le Conseil d'État va encore accepter, le 8 juin, de suspendre la disposition de l'ordonnance du 13 mai 2020 qui, alors que le confinement est levé depuis plusieurs semaines, généralise les audiences à juge unique devant la Cour nationale du droit d'asile. La portée de cette dérogation est excessive, concède le juge, « *compte tenu de la particulière importance que revêt, pour les demandeurs d'asile, la garantie d'un examen de leur recours par une formation collégiale* »²⁶.

Là s'arrêtaient, au lendemain du déconfinement, les audaces du Conseil d'État concernant le contentieux des étrangers en temps d'état d'urgence sanitaire.

²²TA Paris, ord. 5 juin 2020, n° 2007535.

²³TA Paris, ord. 15 avril 2020, CE, ord. 7 mai 2020, précités.

²⁴TA, 21 avril 2020, n° 2006359/9 ; CE, ord. 30 avril 2020, n° 440250.

²⁵CE, ord. 9 avril 2020, précité.

²⁶CE, ord. 8 juin 2020, n° 440717, *Association Elena France et autres, Gisti et autre*