

Ce mémoire a obtenu le Prix 2023 du Meilleur mémoire de Master attribué par la Graduate School Droit de l'Université Paris-Saclay.

université
PARIS-SACLAY

.....

GRADUATE SCHOOL

Droit

Le contenu de ce mémoire est sous licence CC BY-ND.



<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.fr>

Les référés administratifs d'urgence :
Étude de leur utilisation pendant les états d'urgence
terroriste et sanitaire

Mémoire de recherche rédigé par Jean-Yves SOTOCA

*Sous la direction du Monsieur Charles VAUTROT-SCHWARZ, Professeur de Droit public à
la Faculté Jean Monnet*

Master II Droit public, Recherche et concours

Année universitaire 2021/2022

Avertissement

L'université Paris Saclay n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Tous mes remerciements au Professeur Charles Vautrot-Schwarz qui a su m'apporter toute sa confiance et ses précieux conseils dans l'élaboration de cette étude, ô combien formatrice.

Mes pensées vont également à mes proches dont les corrections avisées et pertinentes ont contribué à l'accomplissement de ce travail.

Sommaire

Abréviations.....	9
Introduction.....	11
Partie I – L’arbitrage délicat par le juge des référés des changements institutionnels pendant les états d’urgence.....	21
<u>Chapitre 1 – Les référés administratifs d’urgence, vecteurs des inquiétudes politiques issues des états d’urgence.....</u>	21
Section 1 - L’incidence sur l’action du juge des référés de problématiques communes aux états d’urgence.....	21
Section 2 - La médiation des relations entre les différents acteurs des états d’urgence à travers l’action du juge administratif.....	34
<u>Chapitre 2 – L’approfondissement des évolutions des référés d’urgence pendant les états d’urgence.....</u>	45
Section 1 - Une concurrence accrue entre les procédures administratives.....	45
Section 2 - La poursuite de la diversification des sources invocables devant le juge des référés.....	54
Partie II – Le maintien d’un contrôle jurisprudentiel important de l’Administration.....	63
<u>Chapitre 1 – La construction d’un édifice jurisprudentiel protecteur des libertés.....</u>	63
Section 1 – La modernisation du champ de contrôle du juge des référés face aux états d’urgence.....	63
Section 2 – Le contrôle du champ de l’état d’urgence.....	73
<u>Chapitre 2 – L’instabilité d’un édifice jurisprudentiel soumis aux contraintes des états d’urgence.....</u>	87
Section 1 - Le spectre du « juge administrateur » et l’inhibition de son contrôle des carences matérielles de l’Administration.....	87
Section 2 - Des solutions parfois versatiles au détriment des libertés fondamentales.....	96
Conclusion.....	107
Bibliographie.....	110
Table de jurisprudence administrative.....	118
Table des matières.....	124

Principales Abréviations

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

CARE : Comité analyse, recherche et exécutif

CC : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'Etat

CJA : Code de justice administrative

CSI : Code de sécurité intérieure

COSV : Conseil d'orientation de la stratégie vaccinale

CRPA : Code des relations entre le public et l'administration

HCSP : Haut Conseil de la santé publique

RDP : Revue du droit public

Introduction

« Il n'y aura de la part du gouvernement ni hésitation, ni attermoiement, ni demi-mesure dans les dispositions qu'il prendra pour assurer la sécurité et le respect de la loi. Il n'y aura aucun ménagement contre la sédition, aucun compromis avec elle, chacun ici et là-bas doit le savoir. On ne transige pas lorsqu'il s'agit de défendre la paix intérieure de la Nation, l'unité, l'intégrité de la République. »

1. Ces mots de Pierre Mendès France, alors Président du Conseil, prononcés devant l'Assemblée nationale le 12 novembre 1954 constituent l'une des premières réactions politiques officielles aux événements de la Toussaint rouge en Algérie¹. La réponse juridique à ces événements consistera en l'adoption de la loi du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie². Les dispositions de la loi de 1955 ont été appliquées à plusieurs reprises, à chaque fois sur des périodes relativement courtes. Lors de la guerre d'Algérie dans un premier temps, puis en outre-mer pour faire face à des revendications indépendantistes et enfin à la suite des émeutes dans les banlieues en 2005.

2. Après les attentats du 13 novembre 2015, l'état d'urgence est déclaré dans la nuit par le premier ministre³, sur proposition du Président, afin de parer au mieux la menace terroriste. Conformément aux dispositions constitutionnelles, le dispositif sera reconduit plusieurs fois, régulièrement enrichi de nouvelles mesures destinées à améliorer la lutte contre le terrorisme. L'état d'urgence sera ainsi renouvelé une première fois le 20 novembre 2015⁴, pour une durée initiale de trois mois. Il sera de nouveau prolongé pour une durée de trois mois le 19 février 2016⁵. Puis une nouvelle prorogation s'appliquera le 20 mai 2016⁶ pour une durée de deux mois. Initialement, l'état d'urgence devait s'arrêter à l'issue de cette dernière loi. Les grands événements sportifs étant passés, le délai d'application de la loi du 20 mai 2016 devait coïncider avec l'entrée en vigueur de la loi renforçant la lutte contre le crime organisé,

¹ Le 1^{er} novembre 1954, le Front de Libération nationale lança une série de soixante-dix attaques en Algérie en réaction à la colonisation française, constituant de fait le début de la guerre d'Algérie.

² Loi du 3 avril 1955 n° 55-385 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie.

³ Décrets n° 2015-1475 et n° 2015-1476 du 14 novembre 2015.

⁴ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, pour des effets déployables à partir du 26 novembre 2015.

⁵ Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui prend effet à partir du 26 février 2016.

⁶ Loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, prenant effet à compter du 26 mai 2016.

le terrorisme et son financement⁷. Toutefois, l'attentat du 14 juillet 2016 à Nice a contraint le gouvernement à revoir sa stratégie de lutte contre le terrorisme. Ce pourquoi, l'état d'urgence terroriste a de nouveau été prorogé par la loi du 21 juillet 2016⁸ pour une durée de 6 mois. La démission du gouvernement Manuel Valls en décembre a précipité la fin de l'application de cette dernière loi. L'état d'urgence sera tout de même prorogé par une loi du 19 décembre 2016⁹ dont l'application court jusqu'au 15 juillet 2017. Enfin, ultime prolongation, la loi du 11 juillet 2017¹⁰ étend le régime d'exception jusqu'au 1^{er} novembre 2017.

3. Une vision stricte de l'état d'urgence terroriste consisterait donc à le circonscrire à une période s'étendant de la nuit du 13 au 14 novembre 2015 jusqu'au 1^{er} novembre 2017. Toutefois, un certain nombre de mesures réservées jusqu'ici au champ de l'exception ont été transférées au sein du droit commun par différentes lois. Par exemple, la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme¹¹ permet, notamment, les perquisitions administratives et les assignations à résidence en dehors de l'état d'urgence, mais uniquement dans le cadre de la lutte anti-terroriste.

4. Les mesures introduites par ces différentes lois sont donc directement issues de l'état d'urgence. Ainsi, les contentieux découlant de ces mesures doivent être étudiés au même titre que les litiges de la période de l'état d'urgence. Seront donc analysés les contentieux autour des mesures prises dans la lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'état d'urgence à partir du 14 novembre 2015 jusqu'aux contentieux de ces mêmes mesures transposées en droit commun. La transposition en droit commun des mesures résultant de l'état d'urgence effectuée, la France revenait à une situation juridique normale. Cette stabilité retrouvée allait de nouveau être bouleversée par l'irruption du coronavirus au début du printemps 2020.

5. Pour contrer le risque épidémique, le Parlement a adopté le 23 mars 2020 une loi pour faire face à l'épidémie de covid-19¹². Modifiant les dispositions précédentes du code de la santé

⁷ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁸ Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, dont les effets courent à partir du 26 juillet 2016.

⁹ Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹⁰ Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹¹ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

¹² Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

publique, qui permettaient de prendre des « mesures sanitaires graves » en réaction à l'épisode caniculaire de 2003¹³, cette loi étend les mesures pouvant être prises par le gouvernement afin de limiter la propagation du virus. Son article 4 permet l'entrée en vigueur immédiate de l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national et ce pour une durée de deux mois. L'alinéa 3 de ce même article dispose que toute prorogation dudit état d'urgence sanitaire nécessite l'adoption d'une loi par le Parlement. Celle-ci sera effective le 11 mai 2020¹⁴, déplaçant la fin de l'état d'urgence au 10 juillet 2020. Toutefois, cette date du 10 juillet 2020 ne marque pas la fin des mesures exceptionnelles sur le territoire national. En effet, le Parlement adopta la veille un régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire¹⁵, permettant au gouvernement de prendre des mesures provisoires jusqu'à la sortie définitive de cet état d'urgence prévue pour le 30 octobre 2020.

6. Mais la reprise de l'épidémie au cours de l'automne 2020 et la menace de plus en plus précise d'une seconde vague ont contraint le gouvernement à déclarer une deuxième fois l'état d'urgence sanitaire sur le territoire métropolitain¹⁶. Ce second état d'urgence sanitaire a été prorogé deux fois : une première fois par la loi du 14 novembre 2020¹⁷ jusqu'au 16 février 2021 et une seconde fois par la loi du 15 février 2021¹⁸ qui étend sa durée jusqu'au 31 décembre 2021. De nouveau, un régime transitoire est instauré pour accompagner la fin de l'état d'urgence sanitaire¹⁹. Ce régime transitoire a tout de même tendance à s'éterniser, puisqu'il a également été prolongé à deux reprises (loi du 5 août 2021²⁰, puis loi du 10 novembre 2021²¹). L'article premier de la loi du 30 juillet 2022 met fin à ce régime d'exception, devenu caduque le premier août 2022²².

7. Toutefois, ces différentes lois portant sur l'état d'urgence sanitaire ne comportent pas toutes les dispositions prises afin de lutter contre l'épidémie. Par exemple, le premier confinement, entré en vigueur le 17 mars 2020²³, est antérieur à la loi du

¹³ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

¹⁴ Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

¹⁵ Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

¹⁶ Décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire.

¹⁷ Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

¹⁸ Loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

¹⁹ Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

²⁰ Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

²¹ Loi n° 2021-1465 du 10 novembre 2021 portant diverses dispositions de vigilance sanitaire.

²² Loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

²³ Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19.

23 mars 2020. Dans un souci de compréhension scientifique complète du rôle du juge administratif durant cette période, les contentieux nés de mesures prises pour lutter contre l'épidémie de covid-19 en dehors des lois susmentionnées seront tout de même étudiés.

8. Cette vision large des états d'urgence se rattache à une conception de ceux-ci comme des états d'exception. L'état d'exception peut se définir comme la « suspension provisoire de l'application des règles qui régissent ordinairement l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics et l'application d'autres, évidemment moins libérales, qui conduisent à une plus grande concentration du pouvoir et à des restrictions aux droits fondamentaux »²⁴. François Saint-Bonnet relève deux éléments constitutifs de l'état d'exception constitutifs : la détermination d'une norme à laquelle il est dérogé au nom de la sauvegarde de l'État²⁵. Quel que soit la définition retenue, l'état d'urgence et les lois l'instituant au sein du droit ordinaire s'inscrivent parfaitement dans cette logique, aux côtés d'autres régimes exceptionnels. Le premier de ces régimes est, historiquement, l'état de siège, aujourd'hui inscrit à l'article 36 de la Constitution de 1958²⁶. Défini dès la loi du 3 avril 1878, en précisant les dispositions de la loi du 9 août 1849, l'état de siège permet la suspension de la légalité ordinaire en cas de conflits armés. La nature militaire du péril justifie le transfert de certaines compétences du pouvoir politique vers les autorités militaires, notamment concernant la police administrative ou la constitution de tribunaux spécialisés. Les pouvoirs déjà importants conférés aux autorités par ce dispositif ont pourtant démontré leurs limites au cours de la Grande guerre, malgré certaines violations de l'esprit du texte originel. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a élaboré la théorie des circonstances exceptionnelles à travers, entre autres, l'arrêt *Heyriès*²⁷. Une telle latitude de la part de la haute juridiction administrative interroge déjà. En effet, la justification de dérogation aux pouvoirs déjà exceptionnels de l'état de siège n'est-elle pas le signe de renoncements de la part du juge administratif sur le contrôle d'éventuels dérapages de la part de l'Administration pendant les États d'urgence ? Cette question, véritable fil rouge de ce travail, sera traitée tout au long de développements ultérieurs. Enfin, le dernier régime d'exception à avoir été introduit au sein de l'ordre normatif, outre l'état d'urgence, concerne les pouvoirs exceptionnels du Président de la République

²⁴ M. Troper. « Chapitre III. L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *Le droit et la nécessité*, M. Troper (Dir.), Presses Universitaires de France, 2011, pp. 99-109.

²⁵ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, 2001, PUF, spécifiquement p. 29 à 42.

²⁶ Article 36 de la Constitution, complété par les dispositions du Code de la Défense. Son article L. 2121-1 prévoit ainsi : « L'état de siège ne peut être déclaré, par décret en Conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée ».

²⁷ CE, 28 juin 1918, n° 63412, *Heyriès*.

détenus en vertu de l'article 16 de la Constitution²⁸. Issu de la vision gaullienne du pouvoir, dans laquelle le Président est au centre de l'architecture constitutionnelle, cet article incarne la vision la plus pure. En cas de menace grave et immédiate sur les institutions, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux, le Président de la République peut instaurer une véritable dictature, au sens romain du terme. L'état d'urgence apparaît aux côtés de ces régimes comme plus mesuré dans l'extension des pouvoirs conférés à l'Administration. Certains auteurs ont pu le définir comme une simple « extension des pouvoirs de police »²⁹ afin de répondre aux besoins d'une situation exceptionnelle, tandis que d'autres ont préféré pointer du doigt le « maquis réglementaire »³⁰ représenté par ce régime. Le contexte de l'état d'urgence ne saurait toutefois être réduit à de simples mesures de police administrative. Certes, les deux sont intimement liés puisqu'ils ont vocation à maintenir l'ordre public. Pour autant, l'Administration dispose au sein des états d'urgence de pouvoirs décuplés. Surtout, le contexte politique est favorable à une extension toujours plus croissante de ces pouvoirs³¹.

9. Cette augmentation des pouvoirs de police de l'Administration s'accompagne nécessairement d'une liberté accrue de sa part. La doctrine soulève alors quasi unanimement la restriction du contrôle du juge sur l'action de l'administration pendant les états d'exception³², dont il sera question ultérieurement. Ce dernier point, combiné aux interrogations sur l'articulation entre l'état d'exception et l'État de droit, fait ressentir toute la tension autour des états d'urgence et du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration. Pourtant, la situation juridique entre les précédents états d'exception et la succession des états d'urgence depuis 2015 n'est en rien comparable. Premièrement, l'état d'urgence reste un régime bien moins liberticide que les états de siège ou les pouvoirs exceptionnels du Président de la République sur le fondement de l'article 16 de la Constitution. Ensuite, le législateur a depuis doté l'ordre administratif de procédures spéciales permettant de contrôler l'action des gouvernants en cas d'atteintes potentielles aux libertés fondamentales *via* les procédures de

²⁸ Article 16 de la Constitution : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. »

²⁹ O. Duhamel et Y. Mény (Sous la direction de), *Dictionnaire constitutionnel*, p. 419.

³⁰ O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence*, LGDJ, 2016, p. 18.

³¹ Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser à la frilosité des parlementaires quant à la remise en cause de l'état d'urgence y compris lorsque celui-ci semble dénué de tout intérêt.

³² V. par exemple : P. Leroy, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 129 ; F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, précité.

référés. Enfin, mis à part l'état d'urgence en Algérie, aucun régime exceptionnel n'a été appliqué aussi longtemps sur le territoire français.

10. Le juge administratif a en effet été sollicité à de multiples reprises pendant ces deux périodes particulièrement menaçantes pour les libertés fondamentales des justiciables. Le législateur a par ailleurs spécialement investi ce dernier d'un rôle de contrôle des mesures prises par l'administration dans le cadre de l'état d'urgence terroriste³³. Lors de la crise sanitaire, le législateur a même directement nommé³⁴ les procédures de référés, en l'occurrence les articles L. 521-1³⁵ et L. 521-2³⁶ du CJA, qui pourraient être introduites en cas de contentieux autour de l'état d'urgence sanitaire. Grâce à ces procédures, le juge administratif des référés, et en particulier celui du Conseil d'État, s'est retrouvé en première ligne de front pour trancher les litiges nés de mesures prises pour contrer les risques encourus par la nation. Ces dispositions ont par ailleurs suscité une controverse au sein de la doctrine, certains auteurs estimant que ces articles, loin de valoriser le rôle des référés administratifs habituels, incitaient au contraire le juge administratif à adapter ses procédures aux circonstances de la pandémie³⁷. Si la pertinence ou non de ces considérations mérite d'être débattue, le Conseil d'État a toutefois préféré ignorer ce supposé appel du législateur et a continué à apprécier les conditions de validité des référés-suspension et référés-liberté selon les formes habituelles³⁸.

11. Depuis la réforme du 30 juin 2000³⁹, le juge administratif dispose de la faculté de trancher en urgence des litiges concernant les libertés fondamentales. Issue du constat amer de l'impossibilité pour le juge administratif de traiter efficacement ce type de contentieux et de la

³³ L'article 4 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 précitée crée un article 14-1 au sein de la loi n° 55-385 précitée, qui dispose « les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V. »

³⁴ L'article 2 de la loi n° 2020-390 du 1^{er} avril 2020 a créé un article L. 3131-18 du code de la santé publique qui dispose : « Les mesures prises en application du présent chapitre peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative. »

³⁵ Article L. 521-1 du CJA : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. »

³⁶ Article L. 521-2 du CJA : « 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. »

³⁷ N. Symchowicz, « État d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police », *AJDA*, 2020, p. 2001.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

concurrence de plus en plus accrue du juge judiciaire dans ce domaine⁴⁰, cette réforme est généralement considérée par la doctrine comme la Genèse de l'histoire moderne des référés administratifs. Les errances des anciennes procédures, dont l'inefficacité était régulièrement pointée du doigt, ne sont plus que de lointains souvenirs.

12. Dispositif emblématique de cette réforme, la procédure dite du référé-liberté est celle qui a de prime abord attiré de préférence l'attention de la doctrine au moment de son introduction⁴¹, puis des requérants lors des différents états d'urgence. Véritable innovation au sein du paysage juridique français, le référé-liberté est un outil permettant au juge administratif d'être saisi en urgence d'un acte administratif que le requérant considère comme attentatoire à ses libertés fondamentales.

13. La notion particulièrement large de libertés fondamentales, qui appelle nécessairement des divergences d'interprétation, autorise une grande latitude dans son approche, et donc *in fine*, dans son champ d'application. Ce champ est tellement large qu'il autorise le juge à mener une véritable politique jurisprudentielle grâce à la procédure de référé-liberté. La question de son champ d'action reste fondamentale pour cette procédure, puisque ses concepteurs ont longtemps débattu à ce sujet⁴². Deux conceptions radicalement opposées s'affrontaient. La première consistait à retenir un champ d'application restreint en échange de pouvoirs d'injonction du juge des référés particulièrement importants, tandis que la seconde préférait confier des pouvoirs restreints au profit d'un champ d'application bien plus large. La première conception a finalement retenu les faveurs du groupe de travail du Conseil d'État. Celui-ci entendait ainsi réduire l'utilisation de cette procédure à des cas exceptionnels dans lesquels les libertés fondamentales d'un requérant auraient été gravement menacées par l'activité de l'administration. Toutefois, une certaine latitude dans l'appréciation des critères de validité de la procédure avait été observée avant même le début des états d'urgence⁴³. Quoi qu'il en soit, par son objet même mais aussi par les larges compétences octroyées au juge,

⁴⁰ Voir par exemple, les tribulations autour de l'arrêt du Tribunal des conflits n° 03056 du 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris contre Tribunal de grande instance de Paris*.

⁴¹ L'intérêt de la doctrine pour cette procédure était tel que R. Vandermeeren a pu la qualifier de « *vedette contentieuse* » (« Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *AJDA*, 2000, p. 706)

⁴² D. Labetoulle, « Genèse de la loi du 30 juin 2000 », dans *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, P. Wachsmann (sous la direction de) Strasbourg, P.U.S., Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série n°5, 2002, p.15.

⁴³ O. le Bot, Vingt ans de référés-libertés, *AJDA*, 2020, p. 1343.

le référé-liberté était appelé à devenir « *naturellement* » la procédure de prédilection des requérants lors des états d'urgence.

14. Plus minoritairement, quelques requérants ont pu utiliser la procédure du référé-suspension pour porter leur réclamation auprès du juge de l'urgence. Issu de l'article L. 521-1 du CJA, ce référé constitue une rénovation de l'ancienne procédure du sursis à exécution, décriée pour son inefficacité. Désormais, les conditions d'octroi sont moins sévères, ce qui a permis sa multiplication. Le référé-suspension est ainsi l'une des principales procédures de référés utilisées par les requérants, seulement dépassé par les procédures d'éloignement du territoire français⁴⁴.

15. Enfin, dernière procédure des référés d'urgence du contentieux administratif français, le référé « mesures-utiles » de l'article L. 521-3 du CJA⁴⁵ ne sera pas analysé dans le cadre de cette étude, ayant été expressément exclu par la loi du 20 mars 2020. Cette procédure apparaît de plus comme le parent pauvre de la réforme. Concurrencé par d'autres procédures⁴⁶, le référé mesures-utiles peine à émerger en comparaison de la place prépondérante de ses deux homologues.

16. L'objectif de ce travail est ainsi de reconstituer l'action de la juridiction administrative des référés, et plus particulièrement du Conseil d'État, lors des diverses périodes d'état d'urgence que la France a dû endurer ces dernières années. Les différences fondamentales entre les états d'urgence terroristes et sanitaires ont également forcé le juge des référés à s'adapter aux circonstances propres, qu'elles soient de nature politiques ou juridiques, à chacun des états d'urgence, sans évidemment se détourner de son objectif premier de protection des libertés. Comment le juge administratif des référés a-t-il concilié sa mission de protection des libertés fondamentales avec l'extension des pouvoirs de police administrative inhérente aux états d'urgence ?

17. La comparaison entre les états d'urgence semble *a priori* gênée par les différentes gradations et complexités propres à chacun. L'état d'urgence terroriste concernerait en effet principalement les auteurs potentiels d'actes terroristes et leur mentor propageant l'appel aux

⁴⁴ Selon le décompte formulé par Olivier le Bot, près de dix milles recours sont introduits chaque année sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (*Le guide des référés-administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Dalloz, 2^e Edition, 2017).

⁴⁵ Article L. 521-3 du CJA : « En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative. »

⁴⁶C. Testard, « A la recherche de l'utilité du référé mesures-utiles », *RFDA*, 2021, n°4, p. 66.

armes et à la haine. L'état d'urgence sanitaire, au contraire, intéresse l'ensemble de la population française qui véhicule bien malgré elle la propagation du virus. Cette vision restreinte des états d'urgence mérite d'être nuancée, au moins pour l'état d'urgence terroriste. Au contraire, les mesures adoptées pour lutter contre le terrorisme ont parfois été appliquées à des individus et des structures totalement étrangers à la menace terroriste actuelle. Par ailleurs, la différence d'échelle entre les deux états d'urgence n'exclut nullement de véritables rapprochements entre eux.

18. Pour comprendre les enjeux de l'action du juge des référés pendant les états d'urgence, il faut tout d'abord analyser l'arbitrage opéré par ce dernier dans les rapports de force mouvants sous la pression des états d'urgence entre les institutions, tant politiques que juridictionnelles (Partie I). À ces premières interrogations, les considérations sur les problématiques précises rencontrées par le juge administratif des référés au cours des états d'urgence relatives au contrôle de l'administration pendant ces périodes seront évoquées. L'activité de contrôle du juge pendant cette période, souvent décriée par une partie de la doctrine⁴⁷, sera ainsi étudiée (Partie II).

19. L'une des difficultés du sujet réside dans le foisonnement de données à disposition. La seule année 2021 a ainsi été témoin de l'introduction de plus de quatre cent cinquante référés à l'encontre des mesures prises dans le cadre de la lutte contre l'épidémie, déjà en nette réduction par rapport au record de l'année 2020 (huit cent quatre requêtes introduites). Une telle profusion rend impossible le compte rendu exhaustif de l'activité du juge pendant cette période et implique une sélection des ordonnances citées. Surtout, une telle diversité dans les solutions fait courir le danger d'instrumentaliser une décision isolée ou minoritaire du juge des référés en la présentant comme une jurisprudence établie. Certains choix se sont rapidement imposés, notamment lorsque l'ordonnance en cause a soulevé une vague de critiques parmi la doctrine voire la presse généraliste. Ensuite, les ordonnances ont été regroupées par sujets communs lorsqu'il existait un nombre suffisant de requêtes traitant d'un même sujet, le tout dans un ensemble cohérent. D'éventuelles ordonnances dissonantes peuvent figurer aux côtés de ces ordonnances « ordinaires », notamment pour mettre en relief ce qu'aurait pu être la politique de la juridiction administrative pendant les états d'urgence, mais elles ont été pour la plupart rejetées.

⁴⁷ H. Pauliat « Le Conseil d'État, gardien de l'état d'urgence ou des libertés ? », *RDP*, 2021, p. 247.

Partie I – L’arbitrage délicat par le juge des référés des changements institutionnels pendant les états d’urgence

20. Limiter le rôle du juge des référés à un simple affrontement entre une administration soucieuse de protéger la sécurité des citoyens et des administrés s’estimant gravement lésés par des mesures attentatoires aux libertés serait un leurre. Le juge des référés a dû arbitrer, accompagner voire parfois subir des choix structurels importants concernant la place et le fonctionnement du contentieux administratif au sein de l’organisation juridique et même politique du pays. En ces périodes troublées, les inquiétudes politiques soulevées par les mesures de lutte contre toutes menaces immédiates, qu’elles soient terroristes ou épidémiques, se sont en effet concrétisées en action devant le juge administratif (Chapitre 1). Par ailleurs, au sein même du contentieux administratif, les états d’urgence ont été l’occasion d’accélérer certaines mutations pressenties avant l’instauration des états d’urgence (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Les référés administratifs d’urgence, vecteurs des inquiétudes politiques issues des états d’urgence

21. Périodes d’instabilité, les états d’urgence ne peuvent que susciter des inquiétudes auprès de la population. Une partie de celle-ci a fait le choix de porter devant le juge des référés leurs angoisses, qui se retrouvent d’un état d’urgence à un autre. Les litiges introduits devant le juge des référés permettent de faire ressortir des points communs entre les deux états d’urgence (Section 1), obligeant ce dernier à jouer le même rôle de médiation entre les divers acteurs de ces périodes difficiles (Section 2).

Section 1 – L’incidence sur l’action du juge des référés de problématiques communes aux états d’urgence

22. Les différences d’échelles entre les deux états d’urgence n’empêchent pas la similitude d’un certain nombre de problématiques. Le juge des référés a ainsi rencontré la même

tentative d'objectivation du débat sous les deux états d'urgence (Paragraphe 1), ainsi que des oppositions à son action (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L'accroissement du poids des experts au sein du débat public

23. L'un des points communs les plus évidents entre les deux états d'urgence est l'influence grandissante de la parole des experts au sein du débat public, et donc *in fine* devant les tribunaux administratifs chargés de vérifier le bien-fondé des décisions du pouvoir politique adoptées à partir de ces expertises.

24. Pendant l'état d'urgence terroriste, la place de la parole des experts antiterroristes est demeurée relativement restreinte. Le juge des référés n'en fait que rarement mention, se contentant d'écouter les arguments du gouvernement lorsque ses méthodes sont attaquées par des associations. Ainsi, le juge fait référence à un « risque terroriste élevé » dans le cadre d'un litige visant à obtenir la fin de l'état d'urgence⁴⁸, en se fondant sur les différentes attaques récentes au moment de l'audience.

25. Cette période voit également l'emploi important des « notes blanches » devant le juge administratif lors des différents litiges. Les notes blanches sont des documents anonymes, sans précision quant à leur date de rédaction, leur auteur ou même le service à l'origine de la note, établis par les services de lutte anti-terroriste décrivant les actions, comportements ou habitudes d'un individu suspecté de fomenter un acte terroriste ou d'appartenir à un groupuscule prévoyant d'accomplir de tels actes⁴⁹. Ces notes sont depuis longtemps décriées pour leur imprécision⁵⁰, leur absence de vérification une fois leur rédaction achevée ou encore le caractère anonyme de leur origine. Or ces notes vont devenir des supports privilégiés mis à disposition du juge du référé-liberté pour statuer sur le fondement des décisions de l'administration pendant l'état d'urgence terroriste.

26. L'encadrement de leur emploi va cependant être rapidement réaffirmé par le Conseil d'État lors de l'état d'urgence terroriste⁵¹. L'admission de l'utilisation des notes

⁴⁸CE, ord., 27 janvier 2016, n° 396220, *Ligue des droits de l'Homme*.

⁴⁹ D. Fallon, « État d'urgence, assignations à résidence et référé-liberté », *AJDA*, 2016, p. 269.

⁵⁰ Voir par exemple les conclusions sévères à leur égard de M. de Saint Pulgent sur CE, ass., 11 oct. 1991, n° 128128, *Ministre de l'intérieur c/ Diouri*.

⁵¹ CE, ord., 25 février 2016, n° 397176, à propos de la fermeture d'un lieu de prière.

blanches au début de l'état d'urgence⁵² entraînait la nécessité d'un encadrement afin d'éviter tout débordement de la part des services antiterroristes. La haute juridiction conserve alors les conditions édictées par un arrêt du 3 mars 2003⁵³ en précisant que les notes blanches doivent être « précises, circonstanciées et versées au débat contradictoire » pour être invoquées au cours d'un litige. Ces conditions d'utilisation des notes blanches ne seront plus modifiées par la suite, quel que soit la mesure décidée par l'autorité administrative (assignation à résidence⁵⁴, expulsion du territoire d'un sympathisant de l'islamisme radical⁵⁵ ou encore fermeture d'un lieu de culte accusé de propager des idéaux mortifères⁵⁶).

27. Cet emploi des notes blanches devant le juge administratif ne semble pas *a priori* abusif, dans la mesure où leur discussion est admise de même que la contestation de leur contenu. Ainsi, les exemples de mise à l'écart de notes blanches jugées incongrues, qu'elles soient obsolètes⁵⁷, ou peu pertinentes⁵⁸ foisonnent. Dans cette utilisation, la parole des experts antiterroristes semble être réduite à sa juste valeur, celle dont les arguments participent à la prise de décision finale du juge administratif. Malgré leur incohérence avec un certain nombre de principes du droit administratif, comme la possibilité pour un administré de connaître l'auteur d'une décision à son encontre⁵⁹, leur emploi proportionné est rendu nécessaire et finalement acceptable par les circonstances très particulières de la lutte anti-terroriste, *a fortiori* lors d'un état d'urgence déclenché à la suite d'une vague d'attentats. Leur utilisation est d'ailleurs indépendante d'autres éléments. Par exemple, des notes blanches peuvent servir de fondement à une assignation à résidence dès lors que les faits allégués sont démontrés, même si la perquisition administrative au domicile du concerné n'a démontré aucun élément probant quant à ses positions radicales⁶⁰.

28. Beaucoup plus troublante demeure l'instrumentalisation de la parole des médecins au cours de l'état d'urgence sanitaire. Le poids réel de la sphère scientifique dans la prise de

⁵² CE, sect., 11 décembre 2015, n° 395009 : « aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à l'utilisation à ce que les faits relatés par les " notes blanches " produites par le ministre, qui ont été versées au débat contradictoire et ne sont pas sérieusement contestées par le requérant, soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif ».

⁵³ CE, 3 mars 2003, n° 238662, *Ministre de l'intérieur c/ Rakhimov*.

⁵⁴ CE, ord., 29 décembre 2015, n° 395590.

⁵⁵ CE, ord., 19 août 2016, n° 402457.

⁵⁶ CE, ord. 6 décembre 2016, n° 405476.

⁵⁷ CE, ord., 12 février 2016, n° 396738.

⁵⁸ CE., ord., 7 décembre 2016, n° 404984.

⁵⁹ Article L.111-2 du CRPA.

⁶⁰ CE, Ord., 29 janvier 2016, n° 396449.

décision a pris une proportion telle que certains membres de la doctrine⁶¹ ont pu craindre le glissement vers une *épistocratie*. Ce terme désigne un régime qui confie l'essentiel des pouvoirs (*cratos*) aux savants (*epistémé*) de tout genre. Évidemment, si qualifier la France de 2022 d'épistocratie relève plus d'une certaine provocation que de la réalité politique, il ne faut toutefois pas occulter une certaine dérive observable pendant cette période et ses conséquences sur l'action du juge des référés.

29. L'idéal épistocratique fut très tôt revendiqué par un certain nombre de penseurs dans l'histoire philosophique et politique occidentale. Platon proposait déjà un système politique « idéal » reposant sur le pouvoir des philosophes de la cité⁶². Le mot fut cependant forgé par la doctrine américaine au début du XX^e siècle, pour désigner un certain nombre de tendances du discours néolibéral à objectiver leur position sur la bonne marche de l'économie comme relevant d'une vérité scientifique établie et non d'un discours éminemment politique⁶³. Appliqué à la politique sanitaire française pendant la crise de la Covid-19, ce concept trouve sa concrétisation dans la volonté affichée par les autorités politiques françaises de s'entourer d'instances composées de médecins pour prendre conseil et pour appuyer leurs décisions et ainsi disqualifier toute critique sur la politique sanitaire déployée. Si le premier objectif est fortement louable, le second l'est sans doute beaucoup moins.

30. Malgré l'existence du Haut Conseil de la santé publique (HCSP) depuis la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé, le gouvernement a souhaité instaurer un certain nombre d'instances pour bénéficier de conseils sur les différentes démarches à suivre pour contrer l'épidémie. Un décret du 3 avril 2020⁶⁴ vient ainsi officialiser la création du *Conseil scientifique Covid-19* dix jours auparavant sous l'impulsion du Président de la République et du ministre de la Santé « pour éclairer la décision publique dans la gestion de la situation sanitaire liée au coronavirus »⁶⁵. Une deuxième instance fut créée avec l'instauration le 24 mars 2020 du *Comité analyse, recherche et expertise (CARE* – chacun appréciera l'anglicisme de l'acronyme), rattachée auprès du gouvernement pour l'aider dans la lutte contre la pandémie. La coordination avec les autres instances de conseil s'effectue au niveau du ministère de la Santé. Enfin, la mise en place d'une stratégie

⁶¹ A. Viala, « L'état d'urgence sanitaire ou la tentation de l'épistocratie », RDP, 2021, p. 55.

⁶² Platon, *La République*.

⁶³ Par exemple : A. Zylberberg et P. Cahuc, *Le négationnisme économique et comment s'en débarrasser*, 2016, Flammarion.

⁶⁴ « Règlement intérieur du conseil scientifique Covid 19 » [archive], sur solidarites-sante.gouv.fr, 15 et 30 avril 2020.

⁶⁵ « Olivier Véran installe un conseil scientifique » [archive], sur solidarites-sante.gouv.fr, 11 mars 2020.

vaccinale a nécessité la création d'un *Conseil d'orientation de la stratégie vaccinale* (COSV) le 3 décembre 2020.

31. Si la multiplication des instances peut être regrettable dans le sens où nombre d'entre elles partagent des prérogatives communes, leur utilisation par le gouvernement prête incontestablement le flan à la critique. Par exemple, la pénurie de masques au début de l'épidémie fut habilement camouflée par les recommandations du Conseil scientifique de ne pas généraliser son emploi au sein de la population. Ces observations auraient été manipulées par le gouvernement selon les dires de l'ancien directeur du Conseil scientifique⁶⁶. Plus récemment, le directeur du HCSP s'est publiquement plaint de « l'instrumentalisation des décisions de son institution par le gouvernement »⁶⁷, à propos de la décision du gouvernement de rembourser les masques de type FFP2 pour les personnes âgées.

32. En ce sens, et pour reprendre les termes de Bernard Jomier, cette « *instrumentalisation* », du savoir paraît bien plus dangereuse pour les libertés que les différentes mesures adoptées, étudiées plus tard sous l'angle de leur traitement par le juge administratif de l'urgence⁶⁸, pour lutter contre le fléau épidémique ou terroriste. Par nature, les instruments de lutte contre un fléau sont amenés à disparaître avec le risque qu'ils sont supposés combattre. L'exemple de la crise sanitaire en est un parfait exemple. L'application des mesures les plus coercitives suit les hausses et baisses du nombre de cas enregistrés. Et si ces mesures ne disparaissent pas complètement de l'ordre juridique en vigueur, comme ce fut le cas pour certaines mesures de l'état d'urgence terroriste, leur encadrement est cependant renforcé⁶⁹. En revanche, la volonté vaine d'objectiver le débat ouvre la voie à une scission de la Nation entre ceux qui sont considérés comme savant et les autres. Une telle division n'augure sans doute rien d'autre que tensions et ressentiments, généralement peu propices à l'épanouissement des libertés. Surtout, il s'agit d'un pari risqué pour les gouvernants dès lors que leurs positions se trouvent ouvertement critiquées par des scientifiques pourtant garants de la justesse desdites positions.

33. Ces développements ne sont pas des critiques gratuites et sans rapport avec le sujet de notre étude sur la stratégie gouvernementale de lutte contre la Covid-19. Le lien entre

⁶⁶ J. André et M. Leplongeon, « Le gouvernement n'a pas dit la réalité sur les masques, selon Delfraissy », *Le Point*, 22 juillet 2022.

⁶⁷ B. Jomier, « Le gouvernement instrumentalise nos instances de santé publique », Public Sénat, YouTube, 3 février 2022, (disponible au 21 août 2022).

⁶⁸ Voir Partie II essentiellement.

⁶⁹ O. Le Bot, « Un état d'urgence permanent ? », *RFDA*, 2017, p. 1115.

certaines errements de la communication gouvernementale et décisions de la juridiction administrative ne saurait être minoré, puisque cette juridiction s'est fondée sur les différentes recommandations des diverses instances de conseil pour rendre ses ordonnances de référés, surtout lorsque des requérants demandent de constater l'inutilité scientifique supposée d'une mesure⁷⁰. Ce cas de figure, rare mais symbolique, démontre également une certaine prudence de la part du juge des référés.

34. L'ordonnance *Ville de Sceaux*⁷¹ est ainsi un exemple typique d'une décision fondée sur des observations scientifiques erronées, puisque le juge des référés a interdit le port obligatoire du masque en partie au nom de leur inefficacité supposée dans la lutte contre la propagation de l'épidémie. La prudence du juge dans le domaine médical s'est parfois montrée salubre, notamment lorsqu'il s'agissait d'imposer des traitements dont l'efficacité n'avait pas encore été démontrée, et dont la plupart ne le sont toujours pas actuellement⁷².

35. Par ailleurs, le juge des référés a parfois opéré un *tri* entre les rapports scientifiques, au point de sembler privilégier les rapports les moins contraignants pour l'administration. Ce fut le cas dans un certain nombre de contentieux ayant trait aux conditions sanitaires dans les établissements carcéraux français⁷³. Un rapport sur l'accélération de l'épidémie au sein des établissements pénitentiaires a ainsi été passablement ignoré par le juge des référés pour éviter d'imposer à l'administration pénitentiaire la généralisation du port du masque au sein desdits établissements⁷⁴. En réalité, cette position du juge des référés tient certainement plus de sa volonté de ne pas interférer trop visiblement dans l'action de l'administration pénitentiaire ainsi que d'une prudence quant aux données à prendre en compte plutôt que d'une intention malveillante de ne pas tenir compte des éléments contredisant son action.

36. La critique ne porte pas non plus sur le fondement de la décision du juge administratif sur des rapports ou des connaissances scientifiques. Le contentieux de la vaccination obligatoire a ainsi été l'occasion pour le Conseil d'État d'utiliser des rapports

⁷⁰ CE, réf., 11 janvier 2022, n° 460002 : il s'agissait en l'espèce de reconnaître l'inutilité du port du masque en extérieur.

⁷¹ CE, ord., 17 avril 2020, n° 440057, *Ville de Sceaux*.

⁷² CE, réf., 10 juillet 2020, n° 441316 : des requérants demandaient au Conseil d'État d'enjoindre à l'administration de développer la production massive et l'utilisation systématique d'un médicament à base de sulfate d'hydroxychloroquine pour contrer les effets du coronavirus. Le refus du juge s'appuie en partie sur des essais cliniques en cours et à venir de la molécule litigieuse sur l'évolution de la maladie, et se réfère également aux avis d'experts nationaux et internationaux, sans les nommer, défavorables à son sujet.

⁷³ Pour la position complète du juge des référés sur les conditions des détenus, voir Section 1 – Chapitre 1 – Partie II.

⁷⁴ CE, ord., 5 février 2021, n° 449081.

d'instances spécialisées en Santé pour réfuter les argumentaires fondés sur la dangerosité supposée des vaccins⁷⁵. Cette utilisation ne semble pas *a priori* dangereuse du point de vue des libertés. L'opinion du juge prend ses sources dans des connaissances scientifiques partagées de longue date par un grand nombre de médecins, toutes issues d'études différentes et distantes dans le temps et l'espace. Surtout, le juge ne se réfère pas aux études comme une sorte de mystique indépassable, mais se fonde sur des sources datées, signées et authentifiables. En revanche, dans le cadre de la lutte contre la covid-19, fonder des décisions sur des connaissances scientifiques souvent parcellaires, parfois rendues publiques au compte-goutte par le gouvernement paraît beaucoup plus hasardeux. Parfois, le juge n'a même pas pris la peine de citer les études scientifiques sur lesquelles il se forge un avis. Erreur de forme sans doute, surtout d'après les déclarations remplies d'humilité de Bruno Lasserre dans le cadre des journées de rencontre franco-croate⁷⁶, mais erreur tout de même. La défense des libertés fondamentales, surtout dans un contexte aussi difficile qu'une épidémie, ne peut se satisfaire d'une telle imprécision, d'autant que la médiatisation accrue de l'activité du Conseil d'Etat rend plus manipulable chacune de ses décisions. De plus, cela revient à objectiver des données soumises à d'intenses controverses scientifiques.

37. Cependant, le juge des référés pouvait-il se défaire de tels errements ? La réponse semble assurément négative. L'intérêt même des procédures de référé est d'obtenir une réponse rapide dans le cadre d'un litige. Par exemple, le référé-liberté permet, selon l'urgence de la requête, une réponse dans les quarante-huit heures⁷⁷, voire dans la journée⁷⁸. Les limitations temporelles intrinsèques à l'action du juge des référés empêchent ainsi le développement d'un débat réellement profond sur le bien-fondé de l'utilisation de divers médicaments palliatifs ou d'une pratique de l'administration. L'action du juge des référés se limite ainsi à borner l'action de l'administration et à apporter un espace de dialogue entre les parties, comme les développements ultérieurs tenteront de le démontrer. Les contentieux nécessitant des expertises médicales approfondies doivent rester du ressort du juge du fond, le seul réellement capable de mener des investigations sur le long terme, parfois pendant des dizaines d'années⁷⁹. L'action rapide du juge du référé, force habituelle de ce type de procédure, se révèle dans le même temps être sa plus grande lacune. Cette célérité lui permet cependant de rassurer les requérants lorsque

⁷⁵ CE, ord., 12 octobre 2021, n° 456917.

⁷⁶ B. Lasserre, « Le Conseil d'État face à la crise sanitaire du Covid-19 », *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 58, 2/2021, str. 401-417.

⁷⁷ Article L.521-2 CJA.

⁷⁸ CE, ord., 9 janvier 2014, n° 374508, *Société Les Productions de la Plume et M. D.*

⁷⁹ L'exemple du scandale de la Dépakine est éclairant à ce sujet.

le contentieux ne porte pas sur la molécule en elle-même mais sur la pratique envisagée ou fantasmée⁸⁰. Outre la tentative d'une objectivation du débat et ses effets néfastes sur l'action du juge des référés, celui-ci s'est retrouvé confronté à une vague de critiques de toute part sur son action menée pendant les états d'urgence.

Paragraphe 2 - La génération d'inquiétudes politiques par l'action du juge administratif

38. L'autre aspect commun à l'ensemble des états d'urgence est la médiatisation accrue de la juridiction administrative et plus particulièrement du Conseil d'État, et le flot de critiques sur son action. Le premier confinement a particulièrement été le théâtre d'un affrontement médiatique entre des journalistes et des juristes inquiets de l'action du juge des référés et les membres du Conseil d'État cherchant à défendre vaille que vaille le bilan de leur institution, expliquant leur action et le contexte sanitaire, matériel mais aussi juridique et politique. Le Conseil d'État n'avait jamais connu une telle médiatisation et semble en avoir saisi tous les enjeux. Organe juridictionnel méconnu du grand public, la haute juridiction administrative apparaît encore dans l'ombre de la Cour de cassation dès qu'il s'agit de défendre les libertés publiques⁸¹. Les confinements et son lot d'inquiétudes légitimes ainsi que le monopole d'utilisation des référés administratifs pour contester les actes administratifs pris sur le fondement des lois d'urgence ont jeté le Conseil d'État à la lumière médiatique comme jamais auparavant. Celui-ci, bien déterminé à jouer cette carte à fond, a créé une section spéciale sur son site Internet détaillant les principales ordonnances rendues par le juge des référés et expliquant son action et sa mission consultative.

39. Cette médiatisation intervient donc au moment de la contestation accrue du rôle du Conseil d'État dans la crise sanitaire. Ne pas se saisir de cet enjeu crucial revenait pour la haute juridiction administrative à peut-être signer sa relégation dans son rôle protecteur des libertés par rapport à la Cour de cassation, ou du moins sa décrédibilisation devant le grand public. Dès le début de l'état d'urgence terroriste, et pour contrer l'ire d'une institution judiciaire

⁸⁰ CE, 15 avril 2020, n° 439910, *Association Coronavictimes*.

⁸¹ Voir par exemple l'allocution de Bertrand Louvel du 2 février 2016.

délaissée par le législateur⁸², le Conseil d'État a pris soin de rassurer le public sur son indépendance⁸³, aidé par une partie de la doctrine publiciste⁸⁴.

40. Le Conseil d'État était ainsi contraint d'arbitrer entre les tenants d'un contrôle accru de la part de la juridiction administrative et les apôtres de la théorie du « gouvernement des juges ». Les partisans de chaque camp se sont alors livrés à une bataille rangée dans les colonnes de la presse généraliste. Pendant que le juge officiait, les partisans et les adversaires d'un contrôle accru du juge administratif s'affrontaient sur le terrain médiatique, chaque camp mettant en avant les universitaires et juristes ralliés à leur cause. Peut-être, retrouvons-nous ici une tentative d'objectivation du débat telle que décrite précédemment, le sceau d'universitaire garantissant le sérieux des propositions de celui qui les énonce. Chaque journal semble d'ailleurs avoir adopté une ligne éditoriale à ce propos. *Libération* et *Le Monde* ont ainsi publié des tribunes sévères sur le rôle de la juridiction administrative. Dans une de ces tribunes sur le site du *Monde*, les avocats W. Bourdon et V. Brengarth ont ainsi pu qualifier le Conseil d'État « d'allié de circonstances » du gouvernement⁸⁵. Le contexte de cette tribune était particulièrement menaçant. Le virus venait de s'imposer sur le devant de la scène nationale, tandis qu'affluaient les premiers référés devant le Conseil d'État. Celui-ci rendait des décisions plus inquiétantes les unes que les autres, du point de vue du contrôle du gouvernement, notamment les ordonnances relatives aux conditions de détention et à la protection des personnels soignants dont il sera question plus tard. La crainte se transformait progressivement en colère et l'incompréhension semblait ainsi légitime. Cette tribune est de plus un excellent exemple des demandes contradictoires traitées par le Conseil d'État. En effet, les auteurs de la tribune déplorent la prétendue faiblesse de la haute juridiction administrative dans la protection des libertés tout en regrettant que celui-ci ait rejeté une demande tendant à obliger l'administration à fournir des logements aux sans-abris, quitte à les réquisitionner si nécessaire.

⁸² Allocution de Bertrand Louvel précitée.

⁸³ C. Fleuriot, « État d'urgence : le Conseil d'État "très attentif" à la préservation des compétences du juge judiciaire », *Dalloz actualités*, 20 janvier 2016.

⁸⁴ T. Renault, « Du rififi chez les juges », *AJDA*, 2016, p. 1677 ; Ch. Tukov, « L'autorité judiciaire gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », *AJDA*, 2016, 936.

⁸⁵ W. Bourdon et V. Brengarth « Le Conseil d'État se dévitalise alors qu'il devrait être l'ultime bastion des libertés », *Le Monde* (site web), 12 avril 2020. La citation complète est : « 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. »

Demande certainement louable certes mais hautement liberticide, sauf à considérer que le droit de propriété n'est plus un droit fondamental de chaque individu⁸⁶.

41. À l'inverse, les pages du *Figaro*⁸⁷ ou de *Marianne*⁸⁸ contiennent des tribunes de juristes s'inquiétant d'un contrôle excessif du juge administratif sur l'action du Gouvernement dans un domaine régalien, en l'occurrence la sécurité (terroriste ou sanitaire) des citoyens. Ainsi, Jean-Eric Schoettl appelait de ses vœux « le juge à ne pas sortir de son rôle ». Plus récemment, la suspension de l'expulsion d'un imam jugé dangereux pour la sécurité nationale par les services de sécurité a déclenché l'ire d'une partie du personnel politique⁸⁹ et de la presse⁹⁰.

42. Enfin, le juge des référés s'est trouvé placé au centre du jeu politique dans des recours opposant des partis politiques aux décisions du gouvernement⁹¹. Dans ce cadre, la portée de l'action du juge des référés se trouve renforcée par le fait que l'accueil d'une demande formulée par un de ses partis serait immédiatement présenté par celui-ci comme une victoire politique majeure et la preuve que ses visions politiques sont les mieux adaptées à la situation sanitaire. Le juge des référés n'a pas à arbitrer les relations entre les groupements politiques, ni à se présenter comme un acteur du jeu politique. Par ailleurs, la nature des requérants ne semble pas avoir déstabilisé le juge des référés dans son office, perpétuant son contrôle de manière identique quel que soit le requérant⁹².

43. Au-delà des aspirations de chacun, cette question réinterroge la place du juge administratif dans l'organigramme institutionnel en période d'état d'urgence. Dans un état de tradition légicentriste comme la France, la place des juridictions est nécessairement en retrait par rapport aux décisions des gouvernants, que ce soit l'Assemblée nationale ou le Gouvernement. Le juge administratif se contentait ainsi de vérifier le respect de la légalité par

⁸⁶ Le droit de propriété est en effet protégé par le bloc de constitutionnalité (Article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1798), les décisions du Conseil constitutionnel (Par exemple, CC, 9 juillet 2014, QPC, n° 2014-406) et le référé-liberté lui-même (CE, réf., 31 mai 2001, *Commune d'Hyères les Palmiers*).

⁸⁷ J.-E. Schoettl, « Sollicité de toute part, le juge ne doit pas sortir de son rôle », *Le Figaro*, 6 avril 2020.

⁸⁸ E. Margueritat, « Quand le pouvoir du juge (surtout européen) remet en cause la démocratie », *Marianne*, 16 avril 2022.

⁸⁹ Gérald Darmanin : « Je regrette les motivations et la décision du tribunal administratif de Paris, qui considère que la vie familiale de ce monsieur l'emportait sur la protection des intérêts des Français. Je n'ai pas cette opinion », *Le Figaro*, 7 août 2022.

⁹⁰ Collectif Cercle Droit et Débat public, « Expulsion d'Hassan Iquioussen : "Au nom de l'État de droit, le Tribunal administratif de Paris désarme l'État de droit" », *Le Figaro*, 8 août 2022.

⁹¹ CE, réf., 11 juin 2021, n° 453326 ; CE, 2 avril 2020, n° 439844.

⁹² Les deux ordonnances précédemment citées seront remises dans leur contexte au cours de développements ultérieurs.

l'administration. Ce fait n'exclut pas le contrôle du juge sur les états d'urgence, que ce soit son déclenchement ou les mesures prises sur son fondement. Comme en 2005⁹³, le Conseil d'État accepte de contrôler le déclenchement de l'état d'urgence *via* un raisonnement subtil. Tant que l'état d'urgence est fondé sur un acte réglementaire, le Conseil d'État peut contrôler la mise en application de ce régime, mais par un simple contrôle d'opportunité. En revanche, dès lors que le Parlement s'est saisi de la question par une loi de prorogation, le juge refuse de procéder au contrôle de cet acte. L'ordonnance du Conseil d'État *Ligue des Droits de l'Homme* du 26 janvier 2016⁹⁴ reprend ainsi ce point de vue. Les requérants entendaient obtenir du Conseil d'État une injonction visant à faire cesser l'état d'urgence en France par le Président de la République. Si les requérants ont bien évidemment été déboutés, la justification de ce rejet est intéressante. En effet, le juge n'a pas considéré la décision de déclenchement et de fin de l'état d'urgence comme un domaine relevant de la théorie des actes de gouvernements, à l'inverse d'autres régimes d'exception comme l'article 16 de la Constitution. Bien au contraire, le juge indique que le « silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de cette faculté [de déclencher l'état d'urgence] ne saurait être interprété, [...], comme faisant échapper sa décision à tout contrôle de la part du juge de la légalité ». Ainsi le rejet du juge ne s'articule pas sur l'autonomie de la décision du Président de la République et du Premier ministre, mais sur la constatation par le juge de la réalité des menaces ayant justifié le déclenchement de l'état d'urgence. Cette ordonnance insiste cependant bien plus sur les pouvoirs autonomes du Président de la République que les décisions de 2005⁹⁵.

44. Le juge institue ainsi un contrôle sur le déclenchement de l'état d'urgence presque comparable à un contrôle d'opportunité. À première vue, ce contrôle peut sembler abusif si l'on se place du point de vue de l'histoire institutionnelle française. Pourtant, cette décision permet au moins de maintenir un semblant de contrôle sur le déclenchement de l'état d'urgence. Certes, le Parlement est censé superviser l'action du gouvernement, mais celui-ci disposait du soutien sans faille de ce dernier en raison du fait majoritaire. La composition actuelle de l'Assemblée aurait certainement entraîné des débats plus intenses sur la politique sanitaire. De plus, la pression politique⁹⁶ exercée parfois sur les députés pendant l'état d'urgence

⁹³ CE, 20 décembre 2005, n° 288253, *Rollin*.

⁹⁴ CE, ord., 26 janvier 2016, précité.

⁹⁵ D. Baranger, « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, 2016, p. 355.

⁹⁶ L'opposition se faisait un plaisir de pointer la prétendue faiblesse du gouvernement lorsque la majorité débattait de la fin de l'état d'urgence. Cette crainte est connue du juge administratif « Il est plus facile politiquement d'entrer dans un état d'urgence que d'en sortir, car on ne passe jamais du risque maximum au risque zéro. Face à la demande de protection, les autorités politiques ont peur d'être accusées de ne pas avoir suffisamment agi. » B. Lasserre, *in*

terroriste a pu les inciter à prolonger ce régime d'exception malgré une perte d'intérêt de plus en plus flagrante⁹⁷ et décriée⁹⁸. La question du contrôle du Parlement est également évoquée dans une étude du Conseil d'État de 2021⁹⁹, la haute juridiction déplorant la faiblesse du Parlement dans ce domaine. Symboliquement, cette question apparaît au sein du rapport avant celle du contrôle juridictionnel des états d'urgence.

45. Néanmoins, la question de la durée de l'état d'urgence se pose. Si le juge vérifie l'existence d'un danger presque impossible à maîtriser réellement et que le personnel politique se montre réticent à sortir d'un état d'urgence, ce dernier est-il condamné pour autant à être reconduit *ad vitam aeternam* ? Cette interrogation, qui dépasse le cadre de notre étude sur l'action du juge du référé, mérite toutefois d'être soulevée pour les deux états d'urgence qui nous concerne. Historiquement, la fin des états d'urgence se faisait de manière presque naturelle, puisque les troubles indépendantistes (Algérie, Nouvelle-Calédonie) et sociaux (émeutes des banlieues de 2005) pouvaient être d'une certaine manière maîtrisés par l'État central en négociant avec les organisations indépendantistes dans le premier cas ou en consentant à octroyer des avantages sociaux pour apaiser la situation dans les banlieues. En revanche, la fin des états d'urgence terroristes et sanitaires est beaucoup plus difficile à déterminer, tant les risques auxquels ils tentent d'apporter une réponse restent diffus et leur éradication totale un lointain horizon. Il apparaît impossible de négocier avec une idéologie qui a déterminé l'Occident comme son ennemi premier et le coronavirus semble devoir alterner continuellement des phases de croissance puis de reflux. La transposition des mesures d'état d'urgence au sein du droit commun, certes en adoucissant les mesures et en renforçant les contrôles, apparaît ainsi comme un palliatif d'une situation au long cours et non comme un recours au *statu quo ante*. Cette situation n'est sans doute pas acceptable sur le plan des libertés fondamentales, ni satisfaisante du point de vue de la sécurité des citoyens. Surtout, la durée exceptionnellement longue de l'état d'urgence terroriste a été réalisée sur une diminution patente de son efficacité au fur et à mesure des renouvellements, comme en témoigne la diminution des assignations à résidence et des perquisitions administratives¹⁰⁰.

Bernard Gorce, « "Il ne faut pas opposer la liberté à la sécurité", Bruno Lasserre, Vice-Président du Conseil d'État », *La Croix*, 20 juillet 2020, p. 6.

⁹⁷ L'état d'urgence, un outil efficace aux effets négatifs croissants, à mesure qu'il dure. – Vidéo YouTube du Conseil d'État (consultée le 12 août 2022).

⁹⁸ J.-D. Merchet, « L'état d'urgence, un dispositif dont l'efficacité s'amenuise avec le temps », *L'Opinion*, 21 juillet 2016.

⁹⁹ Conseil d'État, *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, Etude annuelle 2021, 29 septembre 2021.

¹⁰⁰ L'état d'urgence, un outil efficace aux effets négatifs croissants, à mesure qu'il dure. – Vidéo YouTube précitée.

46. La combinaison du déchirement entre les partisans de positions antagonistes et la place traditionnelle du juge administratif au sein des institutions a conduit ce dernier à adopter une voie, dans l'ensemble médiane, cherchant à encadrer l'action administrative sans l'entraver véritablement, sauf en cas de remise en cause trop forte de certaines libertés fondamentales¹⁰¹. Par exemple, dans l'ordonnance *Syndicat jeune médecin* rendue au début du premier confinement, le juge des référés était pris en étau entre les demandes du syndicat d'infirmiers libéraux qui souhaitait un durcissement drastique du confinement et la position du gouvernement qui entendait laisser une certaine marge de liberté de circulation aux individus durant cette période. Le juge des référés n'a pas accueilli les demandes du syndicat, mais a tout de même ordonné au gouvernement de réétudier la situation et de préciser certains aménagements. La voie suivie par le juge administratif est ainsi symptomatique d'une juridiction qui entend encadrer l'administration sans la supplanter, puisque seuls les gouvernants sont légitimes à décréter une restriction encore plus forte des libertés. Cette position est symbolisée par les propos de M. Lasserre dans un article au *Monde* : « Moins qu'un combat contre un État qui rognerait les libertés, c'est un équilibre à trouver entre des libertés tout aussi fondamentales. »¹⁰² Certaines positions du juge des référés demeurent cependant parfaitement critiquables, comme les assignations à résidence de manifestants écologistes radicaux¹⁰³ ou l'obligation d'utiliser des moyens de communications électroniques entre un accusé et ses avocats pendant l'état d'urgence sanitaire¹⁰⁴.

47. Si le juge des référés ne peut à lui tout seul remettre en cause la politique du gouvernement pendant les états d'urgence, il peut néanmoins servir de relais, de lieu de rencontre entre les requérants et l'administration pour trouver des solutions mutuellement acceptables. Les crises terroristes et sanitaires ont ainsi mis en exergue l'importance du rôle de médiateur du juge des référés.

¹⁰¹ La défense des libertés religieuses pendant les états d'urgence est ainsi exemplaire de l'action du juge des référés. Celui-ci a en effet posé un cadre strict à l'administration dans son action, la sanctionnant lorsqu'elle le dépassait. Pour de plus amples détails, voir Partie 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

¹⁰² P. Roger, « La "ligne de crête" du Conseil d'État sur les référés », *Le Monde*, 6 avril 2020, p. 11.

¹⁰³ CE, ord., 11 décembre 2015, n° 395009, *Cédric D.*

¹⁰⁴ CE, 3 avril 2020, n° 439894.

Section 2 – La médiation des relations entre les différents acteurs des états d’urgence à travers l’action du juge administratif

48. La médiation consiste en une recherche de conciliation entre des positions jugées antagonistes. Dans son aspect juridique, la médiation est définie dans plusieurs domaines, principalement dans le droit de la consommation¹⁰⁵. Au sein de ce paragraphe, la médiation du juge des référés sera entendue comme une volonté de sa part de résoudre les litiges en recherchant une solution conciliant les positions de chacun et non en imposant sa volonté. De plus, dans une conception étendue, le rôle de médiation concernera également le partage d’informations entre les requérants, rôle essentiel notamment dans le domaine médical. Le juge des référés permet l’établissement d’un dialogue constructif entre les différents acteurs de l’état d’urgence, que ce soit entre les citoyens et le gouvernement (Paragraphe 1) ou entre l’administration centrale et les collectivités territoriales (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Le rôle médiateur du juge des référés entre le gouvernement et les citoyens

49. Si le rôle de médiateur du juge administratif n’apparaît pas avec les états d’urgence (A), ceux-ci ont cependant largement contribué à son épanouissement (B).

A- L’antériorité du rôle médiateur du juge des référés aux états d’urgence

50. Le rôle de médiation du juge des référés prend racine dans la place de l’oralité au sein des procédures de référés¹⁰⁶. L’utilisation d’une telle méthode favorise en effet les échanges informels entre les parties, et permet donc de déterminer des terrains d’entente avant et pendant l’audience. Le juge se montre d’ailleurs favorable à de tels dialogues¹⁰⁷ dont la finalité est l’amélioration des décisions ordonnées par le juge. Ce nouveau rôle était envisagé par le Président Labetoulle quelques mois avant l’entrée en vigueur de la réforme du 30 juin 2000 : « La part faite, pour prolonger l’instruction contradictoire écrite, à une audience (dont la date et l’heure sont fixées dès le début de la procédure) au cours de laquelle les parties et le juge

¹⁰⁵ Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

¹⁰⁶ G. Gondouin, « L’oralité dans la procédure de référé », *RFDA*, 2007, p. 68.

¹⁰⁷ *Idem*.

dialoguent avec un minimum de formalisme ; cette forme d'oralité transforme tant les rapports entre les parties que ceux entre les parties et le juge. »¹⁰⁸

51. Si certains membres de la doctrine¹⁰⁹ considèrent que tout juge des référés endosse un rôle de médiateur dans chacune de ses audiences, il existe tout de même des domaines où ce rôle s'impose comme une évidence. C'est le cas du domaine médical et plus précisément de la fin de vie. Des parents soucieux d'obtenir des médecins tous les actes médicaux possibles pour maintenir en vie leur enfant, y compris les plus déraisonnables, saisissent le juge des référés afin de suspendre la décision du corps médical de mettre fin aux traitements. Légitime ou non¹¹⁰, ce désespoir compréhensible peut être apaisé par le juge administratif qui vérifie que le nécessaire ait bien été réalisé par les équipes médicales. Cette volonté médiatrice se retrouve encore par le souhait pour le juge des référés de construire un consensus au sein de la famille de la victime, malgré la censure du Conseil constitutionnel d'une disposition législative allant dans ce sens¹¹¹. Notons toutefois que la position du Conseil d'État n'est pas en contradiction avec celle du Conseil constitutionnel. Les juges du Palais-royal considèrent ainsi qu'il est souhaitable d'obtenir le consensus au sein de la famille, là où les sages de la rue Montpensier ont craint que la conciliation obligatoire empêche de mettre fin aux souffrances d'une victime. Les considérations sociales et psychologiques paraissent ainsi l'emporter sur le respect pur du droit, ce qui semble raisonnable dans un domaine aussi sensible que la fin de vie. La recherche absolue de la conciliation peut cependant entraîner des effets délétères sur la dignité du patient en fin de vie, maintenu dans un état déplorable pendant que sa famille se déchire sur la question de la poursuite de ses traitements¹¹². La prédilection du rôle d'intermédiaire du juge des référés au sein du domaine médical se confirme pendant l'état d'urgence sanitaire.

B- L'accentuation du rôle de médiation grâce aux états d'urgence

52. L'état d'urgence terroriste paraît plus hermétique à la médiation que l'état d'urgence sanitaire. La différence de contexte entre les deux états d'urgence en est certainement la

¹⁰⁸ D. Labetoulle, « Le référé nouveau est arrivé », *AJDA*, 2001, p. 211.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ La position des parents peut surprendre, dans la mesure où l'origine des lois encadrant la fin de vie trahit plutôt une crainte d'une poursuite déraisonnée des soins par les médecins.

¹¹¹ CC, 2 juin 2017, n° 2017-632 QPC, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés*, cons. 17.

¹¹² Les rebondissements de la célèbre affaire *Vincent Lambert* devant le juge des référés en sont ainsi un exemple. Pour de plus amples détails sur ce contentieux : M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Dévolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 22e édition, 2019.

première cause. Concernant principalement des individus accusés d'inciter ou de préparer des attentats ou de graves troubles à l'ordre public, le contexte sécuritaire ne plaide pas en faveur de rapprochements entre les parties. À l'inverse, nul doute que les justiciables inquiets de l'état d'urgence sanitaire ne méritent pas une aussi grande sévérité de la part du juge administratif. Pour autant, quelques éléments indiquent que celui-ci n'a pas totalement abandonné une recherche de solutions acceptables par toutes les parties.

53. Le juge des référés a ainsi profité des audiences pour tenter de concilier, tout au moins atténuer les antagonismes entre les positions des parties. Il a pu aménager les assignations à résidence pour les concilier avec la vie familiale¹¹³ ou professionnelle¹¹⁴ des intéressés. L'administration a également pu reconnaître certaines de ses erreurs au cours des audiences¹¹⁵. Ces positions du juge des référés se détachent sans doute d'un contrôle de proportionnalité classique. S'il vérifie en effet l'intérêt de la mesure par rapport à ses effets sur la situation du justiciable, le juge des référés témoigne d'une véritable volonté de rapprocher les positions des parties. Les nombreux dialogues entre lesdites parties pour vérifier l'exactitude matérielle des notes blanches en témoignent. Un certain nombre de décisions énumérées n'aurait sans doute pas été possible sans les effets de l'oralité de la procédure, reconnus par la doctrine pour leurs vertus conciliatrices¹¹⁶, y compris pendant les périodes d'état d'urgence¹¹⁷.

54. Certaines positions du juge des référés méritent, à notre sens, la réprobation comme le rejet sans examen de la plupart des recours formés par des militants écologistes radicaux contre leur assignation à résidence¹¹⁸. Certes, les dispositions encadrant les assignations à résidence répriment les troubles graves à l'ordre public et non les faits de terrorisme en tant que tel, mais la communication du gouvernement de l'époque axait l'état d'urgence sur la lutte contre le terrorisme, motif responsable de son déclenchement. Si ces militants étaient sans doute de nature à perturber l'ordre public et à disperser les forces de l'ordre, un rejet sans explication de

¹¹³ CE, ord., 4 janvier 2016, n° 395622.

¹¹⁴ CE, ord., 23 novembre 2016, n° 404916.

¹¹⁵ CE, ord., 20 mai 2016, n° 399692.

¹¹⁶ G. Gondouin, « L'oralité dans la procédure de référé », précité n°98.

¹¹⁷ C. Broyelle, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 1355.

¹¹⁸ Quelques semaines après les attentats de Paris et de Saint-Denis, la ville de Paris accueillait la conférence sur le climat dite « Cop 21 ». A cette occasion, des militants écologistes prévoyaient de mener des actions pour sensibiliser le public à leur cause. Dans ce contexte, le ministre de l'Intérieur a assigné à résidence une quinzaine de militants jugés radicaux afin de les empêcher de troubler l'ordre public et d'éviter la dispersion des forces de l'ordre en pleine lutte contre le terrorisme. Certains d'entre eux ont tenté d'introduire des recours en référés pour contester cette décision. Cependant, la plupart ont vu leur requête rejetée sans examen, à l'exception d'un seul qui s'est fait débouter. Le Conseil d'État est cependant intervenu en appel pour juger leur affaire, et les débouter quand même de leur demande.

leur requête demeure relativement violent symboliquement. Les ordonnances des tribunaux administratifs insinuent qu'il ne serait pas sérieux de contester une assignation à résidence pour des faits autres que le terrorisme, alors que la légalité des assignations à résidence fondées sur ces intentions criminelles est vérifiée par les tribunaux administratifs. Par ailleurs le défaut d'urgence invoqué dans certaines décisions se révèle grotesque, dans le sens où les assignations à résidence doivent prendre effet dans les jours qui suivent, là où une procédure au fond prend généralement des années à se décanter définitivement. Cela équivaudrait à prendre le risque de revivre l'injustice de l'arrêt *Benjamin*¹¹⁹ quatre-vingts ans après et en présence de procédures efficaces pour statuer rapidement sur un litige. Cette position sévère de la juridiction administrative n'est pas de nature à glorifier le rôle de cette institution auprès du grand public, ni à plaider en faveur d'un rôle de médiation du juge des référés. Ces décisions ont d'ailleurs provoqué l'ire de la presse les jours suivants, celle-ci se montrant moins sévère sur le rejet de la requête par le tribunal administratif de Melun¹²⁰ que sur le « tri » opéré par les autres juridictions administratives.¹²¹ Finalement, le Conseil d'État a examiné en appel leur requête et les a rejetées. Cette position est ainsi symptomatique de la volonté de faire œuvre de pédagogie. Là où, juridiquement, il n'aurait pas été choquant de rejeter les requêtes *manu militari* des militants, la haute juridiction préfère entendre les arguments des parties et expliquer aux requérants les raisons du rejet de leur requête.

55. Ce comportement du Conseil d'État est cependant alternatif. Ainsi, une association gérant une mosquée fermée pour des propos radicaux s'est simplement vu adresser une fin de non-recevoir de la part du Conseil d'État quant aux raisons de son refus d'ordonner la réouverture du lieu de culte par l'administration¹²². Sans doute les deux situations ne sont pas comparables, tant la comparaison entre de jeunes militants écologistes et des islamistes radicaux paraît extravagante. Ces quelques éléments permettent donc d'établir une volonté pédagogique de la part du juge administratif pendant l'état d'urgence, y compris pendant l'état d'urgence terroriste. Cependant, l'état d'urgence sanitaire sera la démonstration encore plus éclatante de cette démarche pédagogique.

¹¹⁹ Dans cet arrêt, qui fonde classiquement la position du Conseil d'État en matière de contrôle de mesures de police, le sieur Benjamin s'était vu reconnaître une atteinte disproportionnée à sa liberté de réunion des années après la date initialement retenue pour la réunion à laquelle il devait participer.

¹²⁰ TA Melun, 3 décembre 2015, n° 1509659.

¹²¹ J.-B. Jacquin, « L'assignation à résidence de militants écologistes devant le conseil d'État », *Le Monde*, 10 décembre 2015.

¹²² CE, réf., 11 janvier 2018, n° 416398.

56. Le juge a permis aux requérants de contester les décisions du gouvernement. Celui-ci a usé de pédagogie pour expliquer au mieux ses positions. Sans revenir sur ce qui a été étayé, le juge n'a ni la légitimité, ni les compétences techniques et scientifiques pour être apte à contester toutes décisions prises par les autorités sanitaires. Il lui reste cependant à jouer le rôle de médiateur pour tenter d'apaiser les craintes et les conflits. La crise sanitaire a mis en exergue le manque de confiance entre les autorités sanitaires et politiques et une certaine frange des usagers du service public de la santé. L'autorisation de l'utilisation d'un médicament antiépileptique à des fins palliatives¹²³ pour les patients atteints des formes les plus graves du coronavirus était une source d'inquiétude chez certains, craignant une discrimination des malades les plus âgés. Notamment, ceux-ci auraient été écartés des soins efficaces, les médecins ne leur prescrivant alors que ce palliatif en contrepartie. Toutefois, si ce rôle de médiateur demeure, il est notable que le juge se montre plus réticent de l'endosser quand il s'agit de remettre en cause une politique nationale et non une décision individuelle. La médiation apparaît alors illusoire tant les enjeux dépassent l'office du juge, et surtout le juge administratif n'a ni la légitimité ni la capacité de remettre en cause des choix adoptés par le gouvernement dans le cadre d'un état d'urgence. « La liberté du juge en temps de crise est très limitée. En une époque tourmentée, le juge ne peut aller à contre-courant. Il ne peut prétendre défendre le droit à lui tout seul, alors que le Parlement, soit accorde les pouvoirs exceptionnels, soit se montre très conciliant envers les initiatives de l'exécutif. »¹²⁴ Le prétoire du juge des référés devient alors le lieu d'explications complémentaires de la part des gouvernants sur le fondement de leur action et leur finalité, comme pour expliquer le déroulement des épreuves de baccalauréat en période de pandémie à des parents d'élèves inquiets¹²⁵.

57. Pour autant, si le rôle de médiateur est particulièrement bienvenu dans un contexte de crise pour alimenter la confiance nécessaire entre les différentes parties, la prétendue bienveillance du juge des référés par rapport aux décisions gouvernementales serait ou aurait pu constituer un frein pour le rôle de médiateur, les requérants se délaissant d'une institution trop conciliante envers le pouvoir.

58. Cette conception serait néanmoins envisageable si la haute juridiction avait réellement couvert l'administration pour chacun de ses manquements. La bienveillance supposée du juge administratif par rapport à l'administration ne se vérifie pas réellement si l'on se fie aux

¹²³ CE, 15 avr. 2020, n° 439948, *Syndicat des jeunes médecins*.

¹²⁴ P. Leroy, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 129.

¹²⁵ CE, 22 avril 2021, n° 450334.

statistiques. Dans un article de 2005¹²⁶, Bernard Stirn indiquait que la proportion de demandes accueillies devant le juge des référés atteignait les dix pour cent. Cette proportion ne semble pas avoir été modifiée en profondeur par les états d'urgence, d'autant que le juge des référés a été saisi d'un grand nombre de requêtes outrepassant son office. Par exemple, un rapport de l'Assemblée nationale du 19 juillet 2016 présentait les résultats de l'action du juge administratif du 14 novembre 2015 jusqu'à la parution dudit rapport¹²⁷. Sur les cinq cent cinquante-quatre assignations à résidence recensées, deux cent dix ont fait l'objet d'un recours devant le juge du référé-liberté, pour quinze annulations partielles ou totales. Certes, si la proportion ne s'élève qu'à sept pour cent de demandes accueillies, elle ne jure pas pour autant avec les standards de la procédure. De plus, ces chiffres ne présentent pas non plus toutes les assignations à résidence levées du simple fait de la saisine du juge des référés. D'après des statistiques relevées par Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues¹²⁸, du 14 novembre 2015 au 26 février 2016, vingt assignations à résidence ont été levées avant même que le juge ne statue. Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, la proportion semble se maintenir. D'après le Conseil d'Etat, entre le 17 mars 2020 et le 17 mars 2021, six cent quarante-sept recours ont été déposés contre la gestion de la pandémie dont cinquante-et-une annulations, soit environ huit pour cent d'annulations. Ce pourcentage ne tient d'ailleurs pas compte des deux cents affaires dans lesquelles « des avancées ont été obtenues lors des audiences, l'Etat a été rappelé à ses devoirs ou les mesures contestées ont été modifiées par l'administration avant la décision du juge »¹²⁹.

59. Si l'action du juge fut évidemment loin d'être parfaite, il est difficile de reprocher un manque de volonté de sa part, sauf à considérer quelques exemples particuliers, comme celui des détenus. Les insuffisances dans ce domaine ont conduit le législateur à créer une nouvelle procédure de référé dédiée à la protection des détenus. Blâmer le juge des référés pour des manquements imputables à un défaut d'anticipation de la pandémie par l'administration ne fait pas véritablement sens. Par ailleurs, le juge des référés n'est pas outillé pour répondre à certaines questions dont seul le temps apportera les réponses. La décision du juge des référés dans le domaine médical reste forcément décevante pour ceux qui espèrent un contrôle approfondi du juge sur l'utilisation d'un médicament, puisqu'il ne peut réellement se faire un avis autonome sur la question. Il doit se contenter de suivre les indications des autorités de santé, dont les observations servent de fondement à la prise de décision gouvernementale.

¹²⁶ B. Stirn, « La pratique du référé devant le Conseil d'État », Justice et Cassation, 2005, p. 164.

¹²⁷ Rapport Ass. Nat. N° 3978 (P. Popelin), 19 juill. 2016, p. 11.

¹²⁸ O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence*, précité.

¹²⁹ Conseil d'État, communiqué de presse, 20 avril 2021.

Le rejet des requêtes apparaît ainsi illusoire, sauf manque de discernement évident de l'administration. Toutefois, n'est-ce pas le rôle du juge du référé-liberté que de suspendre ou réformer des actes administratifs uniquement si leur illégalité apparaît manifeste ? De plus, le juge des référés s'est le plus souvent attelé à expliciter au mieux ses décisions en répondant aux divers points d'inquiétudes des requérants.

60. Le juge des référés ne s'est pas contenté de recevoir les doléances du public dans son prétoire, il a également dû trancher les problèmes de compétences entre les administrations centrales et décentralisées, souvent à l'avantage des premières.

Paragraphe 2 – Une médiation largement favorable à l'administration centrale ou déconcentrée

61. Les périodes d'état d'urgence sont généralement des périodes valorisant le rôle de l'administration centrale par rapport à l'administration décentralisée. La France ne fait pas exception : de nombreuses lois ont renforcé le pouvoir des administrations centrales au nom d'une lutte supposément plus efficace contre le terrorisme et la pandémie. Les pouvoirs du Premier ministre et du représentant de l'État sont particulièrement renforcés pendant l'état d'urgence sanitaire¹³⁰ au détriment respectivement du ministre de la Santé et des Agences régionales de santé. Le Premier ministre peut ainsi décider des zones de restrictions de liberté et des libertés y étant restreintes, dans les limites imposées par le législateur. La loi reste silencieuse sur la compétence du maire, pourtant chargé de faire régner l'ordre public et donc la salubrité publique au sein de sa collectivité¹³¹.

62. Le juge des référés n'a pu que valider le recul de la décentralisation lors des états d'urgence, même s'il conserve une part de responsabilité dans ce reflux. L'exemple le plus significatif reste l'ordonnance *Ville de Sceaux*¹³² du Conseil d'État à propos du concours de police entre les pouvoirs de police du maire et ceux des administrations de santé. La jurisprudence classique de la juridiction administrative à ce propos date de l'arrêt *Commune de Nérès-les-bains* du Conseil d'État de 1902. Le pouvoir de police administrative générale appartient au préfet et au maire, ce dernier ne pouvant qu'aggraver les décisions préfectorales si les circonstances locales l'exigent. Cette jurisprudence semblait initialement devoir être appliquée pendant l'état d'urgence sanitaire. L'une des premières

¹³⁰ J. Petit, « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 833.

¹³¹ Article L. 2212-1 du CGCT.

¹³² CE, ord., 17 avril 2020, n° 440057, *Ville de Sceaux*, précité.

ordonnances rendue par le Conseil d'État en la matière¹³³ reprenait ainsi la solution de l'arrêt *Commune de Nérès-les-Bains* : « les représentants de l'État dans les départements comme les maires en vertu de leur pouvoir de police générale ont l'obligation d'adopter, lorsque de telles mesures seraient nécessaires des interdictions plus sévères lorsque les circonstances locales le justifient ». La haute juridiction réservait ainsi un espace d'expression pour la police générale du maire en matière de santé afin de lui permettre d'agir efficacement contre l'épidémie si les circonstances locales l'exigeaient.

63. Néanmoins, le zèle de quelques maires dans la lutte contre l'épidémie durant les premières semaines de l'épidémie, certains multipliant les mesures les plus liberticides (interdiction pour les navires d'accoster, couvre-feux municipal, port du masque obligatoire dans la rue) et qui sont hors de leurs compétences pour tenter de juguler l'épidémie sur le territoire de leur commune, ou pour satisfaire leur électorat¹³⁴, ont amené le juge administratif à rectifier en profondeur cette jurisprudence. Quoiqu'il en soit, cette course effrénée aux restrictions des libertés ne pouvait qu'être source d'inquiétude, peut-être autant que les mesures nationales sinon davantage. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance du 17 avril 2020 réforme totalement la solution de l'ordonnance *Syndicat des jeunes médecins* en énonçant que « l'édiction, par un maire, d'une telle interdiction, à une date où l'État est, en raison d'un contexte qui demeure très contraint, amené à fixer des règles nationales précises sur les conditions d'utilisation des masques chirurgicaux et FFP2 et à ne pas imposer, de manière générale, le port d'autres types de masques de protection, est susceptible de nuire à la cohérence des mesures prises, dans l'intérêt de la santé publique, par les autorités sanitaires compétentes ». La rédaction de l'ordonnance se veut ainsi beaucoup plus restrictive du point de vue des pouvoirs du maire¹³⁵. La théorie des circonstances locales exceptionnelles, pourtant fondement centenaire de l'intervention du maire, semble ne plus suffire à freiner les ardeurs de celui-ci en matière de restriction des libertés. Le Conseil d'État, conscient des risques encourus par une telle cacophonie réglementaire et liberticide, restreint jusqu'à la substantifique moelle les futures initiatives communales en matière de gestion de la pandémie. Celles-ci ne s'en relèveront jamais, sauf quelques rares exceptions dans des situations mineures. Par exemple, un maire peut délimiter des zones communales soumises au port du masque obligatoire une fois la

¹³³ CE, ord., 22 mars 2020, n° 469674, *Syndicat des jeunes médecins*.

¹³⁴ B. Faure, « État d'urgence sanitaire et pouvoir municipal », *AJDA*, 2020, p. 1013.

¹³⁵ M.-C. de Monteclerc, « Le maire presque privé de pouvoirs de police pour lutter contre le coronavirus », *AJDA*, 2020, p. 815.

pénurie de masques terminée et la généralisation de son usage décidée par le gouvernement¹³⁶. Ces mesures tiennent plus de l'adaptation au niveau local des décisions adoptées à l'échelon national que d'une véritable autonomie des maires dans un domaine dont ils sont traditionnellement des acteurs principaux¹³⁷.

64. Par ailleurs, cette ordonnance *Ville de Sceaux* voit l'émergence d'une étrange alliance devant le juge des référés, la Ligue des Droits de l'Homme, dont l'activisme juridictionnel en matière de protection des libertés n'est plus à démontrer, s'associant au représentant de l'État pour demander au juge administratif de restreindre l'autonomie du maire dans le domaine de la police de santé. La tradition légicentriste de protection des libertés évoquait précédemment se révèle sans doute une nouvelle fois. Face aux « barons locaux », l'ultime rempart, ou perçu comme tel, de la protection des libertés n'est pas tant la justice administrative¹³⁸ mais bien l'État central qui réaffirme sa prédominance dans ce domaine. La très ancienne tradition de lutte entre l'État et les pouvoirs locaux s'illustre sans doute de nouveau, outre l'attachement traditionnel de la population envers l'État en période de crise¹³⁹.

65. La valorisation du pouvoir central s'est accompagnée également d'une distinction très claire de celui-ci avec les administrations déconcentrées. Par exemple, la crise sanitaire a vu le juge des référés demander au pouvoir central d'émettre des protocoles sanitaires applicables aux établissements pénitentiaires. Les directeurs des prisons étaient chargés de décliner ces recommandations à la réalité de leurs établissements. Si cette solution est compréhensible, elle a eu pour effet de sanctuariser¹⁴⁰ la solution prise au niveau national pour ne permettre que les recours et sanctions à l'encontre des aménagements pris sur le terrain. Toujours dans le domaine carcéral, le juge du référé-liberté a rejeté la responsabilité de l'administration pénitentiaire dans le manque de tests à disposition, martelant que les personnes soupçonnées d'être infectées par le virus devaient se manifester d'elles-mêmes à l'administration¹⁴¹, renvoyant ainsi les détenus à leur responsabilité personnelle.

¹³⁶ TA Nice, 8 juillet 2022, n° 2203325.

¹³⁷ A. Jusseume, « Résistances à la laïcisation, le maintien des congrégations soignantes dans les arrondissements parisiens sous la Troisième République, de 1880 à 1914 », *Histoire urbaine*, 2018/2, n° 52, p. 49.

¹³⁸ Les tribunaux administratifs ne manifestaient pas une opposition de principe à ces mesures municipales, B. Faure, « État d'urgence sanitaire et pouvoir municipal », *précité*.

¹³⁹ « D'abord, nous nous attachons tous à l'État et ce n'est pas rien : décrié en temps ordinaire, critiqué, voire considéré comme dépassé par les indépendantistes, les régionalistes, les décentralisateurs, les partisans d'une démocratie participative..., il redevient, comme toujours en temps de crise, celui dont on attend tout, immensément légitime pour protéger la population, quand bien même on lui reprocherait de mal s'acquitter de sa tâche », D. Truchet, « Covid-19 : point de vue d'un "administrativiste sanitaire" », *blog.juspoliticum.com*, 27 mars 2020.

¹⁴⁰ J. Schmitz, « L'entêtement carcéral du juge du référé-liberté », *AJDA*, 2021, p. 41.

¹⁴¹ *Idem*.

66. Cette position paraît incohérente avec le postulat du juge des référés sur « la vulnérabilité des détenus et leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration ». Certes, les détenus peuvent également s'autonomiser dans ce domaine en se signalant à l'administration, mais celle-ci ne peut se voir dédouaner de toute responsabilité dans la propagation d'une épidémie au sein des établissements pénitentiaires. La chaîne de responsabilité semblait ainsi s'inverser par rapport à la chaîne de commandement. L'administration centrale, tête pensante de la politique sanitaire se trouvait presque sanctuarisée dans ses prises de décisions, tandis que les détenus, simples exécutants des mesures sanitaires, devenaient les principaux responsables de leur propre contamination au sein des établissements carcéraux dont les conditions hygiéniques et sanitaires étaient déjà désastreuses avant l'apparition de l'épidémie.

67. Le renforcement des prérogatives des administrations centrales reste compréhensible en période de crise du point de vue de l'histoire administrative française, même s'il est dommageable que les pouvoirs centraux et décentralisés soient encore incapables de travailler en bonne intelligence pendant des situations de crise. Cependant, le juge des référés s'est sans doute montré trop zélé dans cette tâche, notamment les contentieux liés aux prisons. Si le contrôle de l'administration pénitentiaire a toujours été problématique, le resserrement de la bride dans ce domaine n'aurait certainement pas posé débat tant le Conseil d'État s'est montré inflexible envers les détenus¹⁴².

68. Dénaturant quelque peu son rôle initial, le juge des référés a été confronté à l'épineuse question des équilibres politiques malmenés par les états d'urgence. Naturellement, les questions ont été tranchées de manière plutôt conservatrice par le juge des référés, dans le sens où il a accepté d'encadrer l'action des gouvernants plutôt que de la remettre en cause frontalement. Cette prudence somme toute classique du juge des référés semble plutôt à mettre à son crédit. L'aventurisme juridictionnel aurait pu être mal perçu dans ces périodes troublées, surtout qu'il aurait nécessité une vision claire du juge sur la politique à mener. Une telle clairvoyance était sans doute illusoire dans des contextes d'états d'urgence, d'autant que le juge des référés ne possède pas l'ensemble des informations à disposition du gouvernement. Par ailleurs, le juge des référés ne dispose pas de réelles capacités à remettre en cause les choix des gouvernants du fait de l'extrême vélocité des décisions prises. Force du juge des référés, cette célérité ne lui permet pas de s'extraire complètement des analyses

¹⁴² Voir section 1 chapitre 2 Partie 2.

gouvernementales notamment dans des domaines extrêmement techniques et pointus. De plus, la position d'intermédiaire adoptée par le juge des référés pour expliciter les rejets de requêtes aux requérants semble de nature à modifier profondément le rôle des procédures de référés, et par la même occasion les grands équilibres au sein du contentieux administratif.

Chapitre 2 – L’approfondissement des évolutions des référés d’urgence pendant les états d’urgence

69. Il résulte des développements antérieurs que le juge de l’urgence a traité de questions complètement extérieures à son champ d’action initialement prévu par les réformateurs en 2000. Cette situation a entraîné une sévérité accrue de la concurrence entre les procédures contentieuses (Section 1) ainsi qu’une diversification des sources invocables devant le juge des référés (Section 2).

Section 1 – Une concurrence accrue entre les procédures administratives

70. La concurrence accrue entre les procédures se retrouve tant entre les procédures d’urgence et les procédures au fond (Paragraphe 1) qu’entre le référé-suspension et le référé-liberté (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les états d’urgence, accélérateurs d’une autonomisation inachevable des procédures de référés par rapport aux recours au fond

71. Les états d’urgence, par la massification des atteintes aux libertés inhérentes à leur établissement et la nécessaire célérité pour juger de certaines décisions de l’administration ainsi que les craintes plus ou moins justifiées du grand public, ne pouvaient être que le terreau fertile à l’autonomisation des procédures d’urgence. Ladite autonomisation s’est décantée progressivement à partir de l’état d’urgence terroriste avant de se concrétiser réellement pendant l’état d’urgence sanitaire. Le divorce amorcé pendant l’état d’urgence terroriste entre les procédures au fond et les procédures de référés sera entièrement réalisé sous l’état d’urgence sanitaire. Pour autant, cette autonomisation ne fut jamais totale, bien que le lien unissant les référés aux procédures au fond parût plus symbolique que déterminant pendant les états d’urgence.

72. La question de l’autonomisation ne se poserait pas dans les mêmes termes pour le référé-liberté et le référé-suspension. Le premier est en effet totalement détaché d’une procédure au fond, alors que la validité du second demeure soumise à l’introduction d’une

procédure au fond. Le référé-liberté serait ainsi devenu une procédure de « référé au fond »¹⁴³, aux côtés d'autres procédures de référés dénuées de tout lien avec les contentieux au fond comme le référé-provision¹⁴⁴. Le référé-suspension conserverait lui en grande partie son rôle initial de soutien à une procédure au fond. Cette conception doit être atténuée, au moins dans le cadre des états d'urgence.

73. Ainsi, durant l'état d'urgence terroriste, les procédures de référés ont conservé par certains aspects leur rôle initial de soutien à l'activité du juge du fond. Cette utilisation est favorisée par la durée importante des sanctions prises sur le fondement de la loi de 1955, puis de la transposition des dispositions au sein du droit commun. L'introduction d'un recours au fond conserve un sens si la mesure peut s'éterniser, comme la fermeture d'un lieu de culte ou une assignation à résidence perpétuellement renouvelée. La procédure de référé joue alors son rôle initial de suspension d'une décision administrative le temps que la situation au fond se décante¹⁴⁵.

74. Le référé possède également un avantage non négligeable par rapport aux procédures au fond, à savoir conserver une situation le temps que le juge du fond se prononce sur l'affaire. Or, le contrôle *a posteriori* ne convient pas aux situations d'urgence, car l'acte illégal aura eu le temps de prendre effet en attendant la décision finale du juge du fond. Pendant l'état d'urgence terroriste, cette latence aux effets délétères était parfaitement visible pour deux catégories distinctes d'actes litigieux. Les décisions d'assignations à résidence ont ainsi fait l'objet de nombreux recours en référé-liberté ou référé-suspension¹⁴⁶, de l'ordre de quarante pour cent, là où les perquisitions administratives, ne pouvant faire l'objet que d'un recours *a posteriori*, ont été contestées devant l'ordre administratif à hauteur de trois pour cent des décisions¹⁴⁷. Les requérants ont ainsi été découragés d'introduire des recours qui ne résoudront jamais la potentielle illégalité dont ils se disent victimes autrement que par un tapage de doigt sur l'administration dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir¹⁴⁸ ou par une éventuelle distribution de maigres compensations financières grâce au recours en responsabilité. Cette faiblesse du dispositif a d'ailleurs été sanctionnée par le Conseil constitutionnel dans une

¹⁴³ F. Blanco, « Les référés au fond de la loi du 30 juin 2000 », *AJDA*, 2020, p. 1367.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ C. Lantero, « Présentation et quelques réflexions sur les concurrences et complémentarités du juge des référés et du juge du fond », *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, Bilan critique d'une réforme exemplaire*, Colloque, Université Clermont Auvergne, 30 juin 2021, in *RFDA*, 2021, p. 639.

¹⁴⁶ O. Le Bot, « Les perquisitions administratives en état d'urgence », note sous Conseil d'État, 6 juillet 2016, *Napol et autres*, n°398234 », *RFDA*, 2016, p. 943.

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ *Idem*.

décision de QPC¹⁴⁹, précisant que l'absence de contrôle de l'action administrative à tous les stades d'une perquisition administrative était inconstitutionnelle. Le Conseil d'État, par un avis contentieux du 6 juillet 2016, s'est également montré favorable à une telle évolution¹⁵⁰. C'est la raison pour laquelle l'exploitation des données saisies en perquisition a été soumise à un contrôle du juge des référés selon une procédure spéciale, qui sera étudiée ultérieurement¹⁵¹. L'intérêt de cette incise est de montrer la supériorité, dans ce cas précis, de la procédure de référé sur la procédure au fond, puisque la première se montre évidemment plus efficace que la seconde pour limiter les atteintes aux libertés fondamentales dans un délai extrêmement restreint. Il peut en revanche être rétorqué que la procédure instituée ne résout que partiellement le problème du requérant, puisque la perquisition administrative aura tout de même été ordonnée, même si certaines de ses conséquences restent soumises au contrôle du juge de l'urgence.

75. Cette utilité du référé se retrouve également dans la contestation de l'état d'urgence sanitaire. La France, grâce aux référés, peut se targuer de posséder un contrôle, certes loin d'être parfait mais tout de même existant, sur les dispositions prises dans le cadre de l'état d'urgence. D'autres États, y compris européens, sont moins chanceux et les requérants doivent alors se contenter de recours *a posteriori*, notamment en responsabilité, contre les décisions gouvernementales. C'est le cas en particulier du Royaume-Uni où les requérants ont dû se contenter des *judicial review*, lointains cousins du recours pour excès de pouvoir, dont la procédure s'étale sur plusieurs mois¹⁵². L'hypothétique victoire du requérant apparaît alors bien inutile alors que les principaux effets des mesures de lutte contre l'épidémie ont eu le temps de produire leurs effets.

76. Par ailleurs, les juges du référé ne se contentent pas de prendre des mesures provisoires, dès lors que leurs décisions ont pour objet une activité ayant lieu dans les jours voire les heures qui suivent¹⁵³. Quel que soit la décision du juge, d'autoriser ou d'interdire ladite activité, celle-ci sera nécessairement définitive à partir du moment où le juge du fond ne disposera pas du temps nécessaire à son intervention. Tout juste le juge du fond pourrait octroyer des compensations au requérant injustement privé d'une liberté, mais généralement

¹⁴⁹ CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC, *Ligue des droits de l'Homme* [Perquisition et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence] – Non-conformité partielle.

¹⁵⁰ CE, Ass, 6 juillet 2016, n° 398234.

¹⁵¹ Voir Partie II, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

¹⁵² D. Le Prado (sous la direction de), *L'état de droit et la crise sanitaire*, Actes de la conférence du 17 juin 2021, Société de législation comparée, Collection Colloques, Volume 50, 2022.

¹⁵³ TA. Paris, ord., 31 octobre 2013, n° 1315396/9, *Association Droit au logement de Paris et environs*.

plusieurs mois voire années s'écoulent après la décision litigieuse. Par ailleurs, il existe un phénomène d'abandon des procédures après la décision finale du juge des référés. La pratique du référé comble ainsi le besoin de célérité, parfois le caprice¹⁵⁴ ou l'impatience du requérant.

77. Surtout, cette hypothèse est improbable à partir du moment où la condition de l'atteinte manifeste est exigée de la part du juge des référés. L'adjectif manifeste renvoie à quelque chose « dont la nature, la réalité, l'authenticité s'impose avec évidence »¹⁵⁵. Dès lors qu'une erreur est suffisamment évidente pour être révélée par le juge des référés, il reste peu probable que le juge du fond remette en cause cette position. La poursuite d'une procédure au fond paraît, dans nombre de contentieux des états d'urgence, plus symbolique que véritablement utile au requérant. La contestation d'une perquisition administrative devant le juge du fond apparaît ainsi comme un baroud d'honneur plutôt qu'un moyen d'obtenir réparation de son dommage. Il en va de même d'un certain nombre de recours pour excès de pouvoir déposés devant le juge administratif pour obtenir l'annulation d'une mesure de distanciation sociale au cours de l'épidémie. Le juge du fond statuant parfois un an après la fin de la mesure, l'éventuel accueil d'un tel recours joue certainement plus un rôle psychologique pour le requérant qu'une véritable opportunité de remettre en cause la politique gouvernementale. En revanche, un tel entêtement juridictionnel est utile pour comparer les décisions prises par le juge des référés et le juge du fond au cours d'un même litige. Sans surprise, leurs positions sont similaires, voire identiques. Par exemple, le juge de l'excès de pouvoir n'a pas annulé le décret du 29 octobre 2020 mettant en place le couvre-feu sur le département de Mayotte¹⁵⁶. Il se réfère, comme le juge de l'urgence pouvait être amené à le faire, à la circulation du virus dans le département et aux avis scientifiques disponibles au moment de la décision. Une telle similitude, constatée dans le cadre de cette étude uniquement dans les contentieux autour des états d'urgence, indique probablement l'obsolescence des contentieux au fond dans un certain nombre de cas de figure. Enfin, le juge des référés joue un rôle de relais entre le pouvoir et les requérants, grâce à la place accordée à l'oralité, comme évoqué précédemment.

78. Si les conditions intrinsèques des états d'urgence ont permis le développement des procédures d'urgence indépendamment des procédures au fond, leurs limites apparaissent également en filigrane. Cette autonomisation ne serait pas problématique si les juges de l'urgence n'étaient pas saisis de demandes incompatibles avec la vélocité de leur office.

¹⁵⁴C. Lantero, « Présentation et quelques réflexions sur les concurrences et complémentarités du juge des référés et du juge du fond », précité.

¹⁵⁵ Dictionnaire Larousse.

¹⁵⁶ CE, 22 juillet 2022, n° 451456.

Dès lors que le référé ne permet pas au juge de se faire une idée complète sur un sujet, surtout dans des domaines aussi complexes que la pharmacologie, le détachement presque complet des procédures au fond et des procédures de référés ne permet pas de poursuivre le contrôle juridictionnel sur l'utilisation d'une molécule. Il s'agit ainsi d'une limite prévisible à *l'ascension des référés*¹⁵⁷. Ils ne peuvent pas résoudre les litiges les plus complexes de manière satisfaisante. Le caractère prétendument provisoire¹⁵⁸ des décisions pose alors un problème dès lors que le contexte de l'intervention du juge des référés ne permet pas de mener une réflexion véritablement aboutie sur un sujet, puisque bien souvent les parties se satisfont de la décision prise par le juge et mettent un terme à leur contentieux. D'un autre côté, l'acceptation de l'ordonnance par les deux parties démontre une satisfaction de leur part, la potentielle erreur d'appréciation du juge des référés pèse alors bien peu face à un satisfecit général. Néanmoins, les données manquent sur ce point précis.

79. L'abandon des requérants témoigne-t-il vraiment d'une approbation de l'accord ou d'un découragement, ces derniers étant persuadés que le contentieux au fond est désormais joué d'avance ? Certaines réponses peuvent être apportées que ce soit avec des exemples en dehors et au sein des états d'urgence. En dehors des états d'urgence, l'abandon d'un recours pécuniaire après la décision du juge des référés semble provenir de la satisfaction du créancier et de l'administration. Le premier obtient un pourcentage élevé des sommes qui lui sont dues sans avoir à introduire de long recours devant le juge du fond, tandis que la seconde s'en sort à moindre frais en ne payant pas la totalité des sommes dues¹⁵⁹. Pendant les états d'urgence, en particulier sanitaire, la poursuite de certains contentieux au fond malgré la décision du juge des référés montre que les requérants ne semblent pas découragés par la décision initiale de rejet¹⁶⁰. L'abandon de la procédure proviendrait donc de la satisfaction générale des parties quant à l'ordonnance rendue par le juge des référés. Néanmoins, sauf à sonder les requérants qui abandonnent leur requête, toute explication ne peut être qu'hypothétique.

80. La ligne de démarcation entre l'utilité des procédures au fond et des procédures de référés semble donc être la complexité du litige. Le juge du fond, du fait de la longueur de la procédure et de son caractère inquisitorial dispose des moyens nécessaires pour se forger un

¹⁵⁷ A. Bretonneau et J. Lessi, « Référé, l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, p. 1484.

¹⁵⁸ Y. Strickler, « Réflexions sur le référé-judiciaire : retour sur le provisoire », *Le nouveau juge administratif des référés* précité.

¹⁵⁹ C.-A. Dubreuil, « Le référé-provision, référé administratif au fond ? », *RFDA*, 2007, p. 1005.

¹⁶⁰ À propos d'une dissolution d'association : CE, 2 juillet 2021, n° 451741 ; À propos de la contestation de la politique sanitaire : CE, 22 juillet 2022, précité.

avis véritablement autonome sur la question posée par le requérant, d'autant que l'instruction des contentieux en extrême urgence est évidemment raccourcie¹⁶¹. De plus, le juge du fond statue en collège, et non seul comme le juge du référé-liberté. Une meilleure réflexion sur les sujets les plus complexes est donc rendue possible par la collégialité. Dans ce type de contentieux, le juge des référés ne voit pas son rôle réduit à la portion congrue. Les nombreuses procédures de référés permettent en effet d'interroger l'administration sur les raisons qui l'ont amenée à prendre la décision litigieuse, et d'expliquer au requérant les tenants et aboutissants de celle-ci. L'exemple du médicament palliatif précédemment évoqué est ainsi un exemple topique¹⁶², de même qu'un certain nombre d'autres décisions au cours de l'état d'urgence sanitaire. Un autre exemple d'une utilisation préférable d'un recours au fond au détriment d'un recours en référés concerne les contentieux nécessitant la mise en place de mesures d'ordre structurel, dont la définition ne semble pas aisée à saisir au vu de la jurisprudence administrative à ce sujet¹⁶³.

81. Les procédures de référés s'imposent progressivement comme des alternatives crédibles aux procédures au fond. Plus rapides, elles deviennent pour bon nombre de requérants comme un moyen commode d'obtenir satisfaction dans des délais rétrécis. Et les procédures de référés remplissent ce rôle à merveille dans la plupart des situations. Néanmoins, faut-il encore choisir la procédure de référé adéquate.

Paragraphe 2 - Une préférence discutable du référé-liberté au détriment du référé-suspension

82. Questionner la pertinence de l'utilisation massive du référé-liberté dans le cadre des états d'urgence par nature liberticides peut sembler saugrenu au premier abord. Pourtant, le référé-liberté n'est pas une procédure infaillible comme l'a souligné à plusieurs reprises la Cour européenne des Droits de l'Homme¹⁶⁴. De plus, nombre de recours introduits devant le juge du référé-liberté auraient pu parfaitement l'être devant le juge du référé-suspension. La surabondance du référé-liberté par rapport au référé-suspension pose question à plus d'un titre.

¹⁶¹ O. Le Bot, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté : Etude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Thèse, 2007, p. 447.

¹⁶² Cf supra.

¹⁶³ Voir Partie 2 Sur les détenus.

¹⁶⁴ CEDH, 30 janvier 2020, n° 9671/15, *J. M. B. et autres c/ France*.

83. Le premier avantage du référé-suspension par rapport au référé-liberté est la condition d'octroi de la procédure. Le référé-suspension permet d'obtenir la suspension d'un acte potentiellement illégal, alors que le référé-liberté se dédie plutôt à la protection d'une liberté fondamentale qui serait menacée illégalement par l'administration. Ainsi, le requérant d'un référé-suspension doit uniquement apporter un doute sur la légalité de la décision, alors que celui d'un référé-liberté doit non seulement prouver l'existence d'une illégalité manifeste de l'acte mais également déterminer que cette illégalité porte atteinte à une de ses libertés fondamentales¹⁶⁵. Par ailleurs, l'illégalité manifeste est une condition plus sévère que le doute sérieux¹⁶⁶, elle n'existe que si la décision litigieuse apparaît « dépourvue de fondement raisonnable et objectif »¹⁶⁷. Cette différence s'explique par le fait que le référé-suspension est corrélé à une décision au fond, alors que le référé-liberté est autonome. Dès lors, l'erreur du juge n'a pas les mêmes conséquences entre les deux référés¹⁶⁸. Ce différentiel explique en partie pourquoi le référé-suspension est très largement choisi par les requérants¹⁶⁹. Lors des états d'urgence, il aurait alors suffi aux requérants de faire naître un simple soupçon dans l'esprit du juge sur la légalité des mesures prises par les gouvernants pour obtenir leur suspension, plutôt que d'introduire un référé-liberté beaucoup plus contraignant. Ce doute sur la légalité de la mesure aurait été relativement aisé à constater du fait de l'exorbitance des mesures prises pour lutter contre les menaces, et plus spécifiquement contre l'épidémie.

84. Pour autant, les requérants et leurs représentants auraient-ils fait preuve d'un manque de lucidité dans leur choix de procédure en privilégiant le référé-liberté au référé-suspension ? La doctrine a parfois fait sienne cette analyse¹⁷⁰, que nous partageons avec parcimonie. Sans être dans la contradiction absolue avec les éléments qui viennent d'être évoqués, ceux-ci méritent d'être nuancés à bien des égards. Le premier point et non des moindres est la condition commune d'illégalité, que ce soit un doute sérieux de la légalité (référé-suspension) ou une illégalité manifeste (référé-liberté). Or, quel que soit la procédure choisie et le degré d'illégalité à prouver par le requérant (simple soupçon ou illégalité manifeste), il existe un tronc commun de la légalité à l'ensemble des procédures, en l'occurrence les diverses lois d'états d'urgence mentionnées en introduction. Comment considérer comme illégale une mesure prise sur le

¹⁶⁵ CE, Sect., 30 octobre 2001, n° 238211, *Ministre de l'intérieur c/ Tliba*.

¹⁶⁶ G. Bachelier, « Le référé-liberté », *RFDA*, 2002, p. 261.

¹⁶⁷ CE, réf., 11 octobre 2001, *Hauchemaille*.

¹⁶⁸ P. Cassia, « Les référés administratifs d'urgence », *LGDJ*, 2003, p. 83.

¹⁶⁹ O. le Bot, le guide des référés administratifs, *Dalloz*, 2017.

¹⁷⁰ O. Le Bot, « Le référé-liberté est-il victime de son succès ? », *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, Bilan critique d'une réforme exemplaire* précité.

fondement d'une loi, même votée en urgence par le Parlement ? Le simple soupçon ne suffit plus face à une assignation à résidence parfaitement fondée sur la loi de 1955. La plus grande facilité d'octroi du référé-suspension cède donc à partir du moment où toutes les décisions de l'administration sont prises sur le fondement de ces articles. Un autre point à relever reste la volonté affichée par le juge du référé d'intervenir de manière mesurée dans les affaires de l'administration pendant les états d'urgence¹⁷¹. Au contraire, le référé-liberté, proclamant des libertés issues d'un grand nombre de sources d'inspiration, était la requête parfaite pour un requérant désireux de se voir reconnaître une atteinte à ses droits. Il pouvait alors nourrir l'espoir de convaincre le juge de proclamer une liberté fondamentale arrangeante. Cette situation s'est produite quelques fois pendant les états d'urgence, comme les développements ultérieurs le préciseront.

85. Par ailleurs, bien que le doute sérieux de la légalité et l'illégalité manifeste ne soit pas réellement synonymes, le juge du référé se positionne parfois de la même manière selon qu'il soit saisi en référé-suspension ou en référé-liberté. Par exemple, la solution de principe du juge du référé à propos de la fermeture des lieux de culte demeure identique pour les deux procédures¹⁷². Ce principe établi, il apparaît bien difficile d'affirmer qu'une procédure aurait pu se substituer avantageusement à l'autre.

86. D'autant que le second point est l'autonomie du référé-liberté de toute introduction de procédures au fond, contrairement au référé-suspension. Les requérants ont ainsi préféré introduire le recours le plus simple pour porter devant le juge administratif toutes leurs revendications. S'il est possible d'abandonner une requête devant le juge du fond pour se satisfaire de la décision du juge du référé-suspension, sans doute que les requérants n'ont pas souhaité s'embarasser d'un recours qui allait de toute façon être abandonné¹⁷³. De plus, l'autonomie du référé-liberté convient très bien à des mesures temporaires, là où le référé-suspension pâtit de son soutien au juge du fond. Par exemple, les assignations à résidence, mesures dont la durée est en théorie limitée à un an, ont fait l'objet de manière exclusive de recours en référé-liberté¹⁷⁴ alors que les interdictions de séjour, mesures définitives, sur le territoire français ont été contestées devant le juge du référé-suspension¹⁷⁵. Les requérants, ou leur conseil, n'ont ainsi certainement pas vu l'intérêt d'introduire une double

¹⁷¹ Voir Partie 2.

¹⁷² Cf Partie II, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

¹⁷³ Voir Paragraphe précédent.

¹⁷⁴ Rapport Asss. Nat. N° 3978 (P. Popelin), 19 juill. 2016, p. 11.

¹⁷⁵ Idem.

requête sur le fond et en suspension pour des mesures dont la durée est inférieure au délai de traitement d'un dossier par le juge du fond.

87. Les requérants ont sans doute souhaité introduire un recours qui permettait la plus grande latitude au juge dans l'utilisation de ses pouvoirs. Le référé-liberté permet en effet au juge de prendre toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, là où le référé-suspension n'autorise que la suspension d'un acte, même si la pratique a imposé une forme de pouvoir d'injonction¹⁷⁶. Ces pouvoirs accrus paraissaient sans doute alléchants pour des requérants dont les demandes étaient parfois remarquablement précises et détaillées, au point parfois de remettre totalement en question la gestion de la pandémie par les autorités compétentes. Les requérants de l'ordonnance *Association pour le patrimoine martiniquais* demandaient ainsi une liste impressionnante de plusieurs dizaines de points différents d'ajustements de la politique sanitaire¹⁷⁷. La préférence du référé-liberté paraît en revanche plus surprenante pour les contentieux des assignations à résidence. En effet, quel que soit la procédure choisie, la finalité pour le requérant est de retrouver sa liberté d'aller et venir en faisant suspendre la décision d'assignation à résidence. Sans doute la permanence de fait de la mesure prise par le juge du référé-liberté a joué un rôle important dans le choix des requérants, un référé-suspension étant toujours possiblement réformable par une décision au fond, alors que le référé-liberté paraît plus autonome. Par ailleurs, les avantages énumérés et déjà connus auparavant du référé-liberté a conduit à l'émergence d'un « réflexe référé-liberté »¹⁷⁸, les requérants privilégiant l'introduction d'un référé-liberté plutôt qu'une autre procédure pour défendre leurs intérêts.

88. Pour finir sur les relations entre les référés, l'équation aurait pu être davantage compliquée par l'introduction de nouveaux types de référés. Comme précisé en introduction, l'article 2 de l'ordonnance du 1^{er} avril 2020 a pu être interprété par certains membres de la doctrine comme un appel du pied du législateur pour adapter les procédures actuelles aux conditions sanitaires, appel manifestement ignoré par le Conseil d'État qui ne s'est pas embarrassé de toutes ces considérations. Une telle affirmation doit être réfutée. Si le législateur avait cherché à introduire un nouveau recours, il l'aurait clairement indiqué dans les dispositions. Pendant l'état d'urgence terroriste, le contrôle de l'exploitation des données saisies en perquisition a été confié à une procédure *ad hoc*, qualifiable de référé en la forme¹⁷⁹.

¹⁷⁶ C. Broyelle, « Les mesures ordonnées en référé », *RFDA*, 2007, p. 73.

¹⁷⁷ CE, 19 mars 2020, n° 439592, *Association pour le patrimoine martiniquais* et autres.

¹⁷⁸ O. Le Bot, « Le référé-liberté est-il victime de son succès ? » précité.

¹⁷⁹ M. Foulon et Y. Strickler, *Les référés en la forme*, Dalloz, 2013.

Le législateur ne s'était alors pas caché derrière une formulation alambiquée pour indiquer ses intentions au juge des référés. Sans manifestation de volonté claire de la part du législateur, le juge administratif n'avait pas à réfléchir à une nouvelle organisation, d'autant qu'une telle réflexion était sans doute malvenue dans un contexte totalement inédit. Le juge des référés avait sans doute mieux à faire que de dissertar sur un article somme toute banal d'une loi prise en urgence pour contrer les effets mortifères de la pandémie. Les états d'urgence ont donc été le lieu d'une intense concurrence entre les divers contentieux de droit administratif. Cette concurrence, et parfois ce dialogue, se retrouvent également dans les relations entre les référés et les procédures au fond.

Section 2 – La poursuite de la diversification des sources invocables devant le juge des référés

89. Les mutations du contentieux administratif pendant les états d'urgence ne concernent pas seulement les relations entre les différentes procédures, mais également les sources invocables devant le juge des référés. Alors que les sources d'inspiration de ce dernier se diversifient (Paragraphe 1), sa place au sein du *dialogue des juges* se réaffirme (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La diversification des sources d'inspiration du juge du référé

90. La question des sources d'inspiration se pose différemment pour le juge du référé-suspension et le juge du référé-liberté. Le référé-suspension permet en effet d'effectuer un premier contrôle rapide de la légalité d'un acte réglementaire et de sa proportionnalité. Le référé-liberté permet de faire de même, en ajoutant toutefois une condition d'atteinte manifeste à une liberté fondamentale du requérant. Bien sûr, le référé-suspension peut servir à protéger des droits et des libertés, mais ce n'est pas son utilité profonde. L'ajout de la notion de « liberté fondamentale » ouvre le champ des possibles pour le juge du référé-liberté, puisque la notion n'est définie nulle part et ne correspond à aucune autre catégorie connue au sein du droit public¹⁸⁰. La notion de libertés fondamentales apparaît ainsi aux mains du juge du référé-liberté,

¹⁸⁰ E. Kohlhauser, « La notion de droit fondamental dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RFDA*, 2022, p. 305.

libre de déterminer la consistance de cette notion¹⁸¹. Certaines notions s'approchent tout de même de la notion de libertés fondamentales, comme celles non moins floues des droits fondamentaux, sans cependant s'y conformer totalement. Certains auteurs ont pu la rapprocher d'un droit public subjectif¹⁸².

91. Pour enrichir cette notion nouvelle, le juge du référé semble préférer historiquement les sources internes du droit aux sources internationales et européennes. Le référé-liberté trouve préférentiellement des libertés fondamentales sur le fondement de dispositions constitutionnelles, à condition que la liberté en question ait déjà été précisée par la loi : « [le juge] le fait au regard des garanties que le législateur a pu apporter à un droit prescrit par la Constitution. Face à un énoncé constitutionnel vague non mis en œuvre par la loi, il refusera de lui faire produire des effets concrets et donc de qualifier le droit qu'il porte de liberté fondamentale »¹⁸³. C'est ainsi que le principe d'égalité des usagers du service public n'a pas été considéré comme une liberté fondamentale par le juge des référés¹⁸⁴. Il n'en demeure pas moins que la Constitution restait la source principale de son inspiration. Cette préférence était pressentie avant même l'introduction de la réforme, comme le montre un rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale : « il semblerait que la notion de liberté fondamentale englobe la liberté individuelle, mais aussi des libertés publiques, nombre d'entre elles ayant valeur constitutionnelle selon la jurisprudence dégagée par le Conseil constitutionnel depuis sa décision de principe du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association »¹⁸⁵. Toutefois, la prédominance de la Constitution ne signifiait pas que l'ensemble des droits et libertés protégés par la Constitution étaient destinés à être proclamés en liberté fondamentale par le juge des référés¹⁸⁶.

92. Cette principale inspiration n'a pas été sans conséquence sur l'action du juge des référés pendant les états d'urgence. La liberté d'aller et venir a ainsi été précisée par le juge du référé-liberté pendant le premier confinement de l'état d'urgence sanitaire. Elle est ainsi étendue à l'accès au territoire national pour les citoyens français¹⁸⁷. Cette extension mérite toutefois une nuance. En effet, la jurisprudence administrative reconnaît de longue date que la

¹⁸¹ O. Le Bot, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté : Etude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Thèse, 2007, p. 84.

¹⁸² *Idem*, p. 128.

¹⁸³ M.-J. Redor-Fichot, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les droits et libertés que la Constitution garantit », *CRDF*, vol. 9, 2011, p.45.

¹⁸⁴ CE, réf., 31 janvier 2001, *Saint Laurent du Var*.

¹⁸⁵ AN, rapport n° 2002 du 13 décembre 1999.

¹⁸⁶ P. Wachsmann, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA*, 2007, p. 58.

¹⁸⁷ CE, ord., 12 mars 2021, n° 449743.

décision de ne pas accorder l'accès au territoire national à un étranger « n'a pas porté atteinte à sa liberté d'aller et venir dès lors qu'en sa qualité de ressortissant étranger, il ne bénéficie pas de la liberté d'entrée sur le territoire national »¹⁸⁸. Le juge administratif reconnaissait ainsi en creux la liberté pour les ressortissants français de rejoindre le territoire national. La seule précision de la part de l'ordonnance de 2020 est son application en période de pandémie, ce droit étant plus important que la lutte contre l'épidémie, les entrées sur le territoire national jouant de toute manière un rôle minime dans la propagation de l'épidémie. La liberté d'aller et venir permet également de censurer une disposition qui privilégierait un moyen de transport au détriment d'un autre mode de déplacement lors d'un confinement, en l'occurrence, la limitation des transports cyclables par rapport aux déplacements pédestres ou véhiculés¹⁸⁹.

93. Cette prédominance des sources internes, déjà déclinante, a pris définitivement fin avec les états d'urgence. Les sources européennes, notamment la Convention européenne des Droits de l'Homme sont de plus en plus invoquées ou utilisées par le juge du référé pour prendre ses ordonnances grâce à la fin de deux sacro-saints principes. La diversification des sources avait été annoncée par Olivier le Bot¹⁹⁰ malgré le refus implicite de l'invocation de la Convention par la jurisprudence *Carminati*¹⁹¹. L'ordonnance *Carminati* a été complètement abandonnée par l'arrêt du 31 mai 2016 *Mme Gonzalez-Gomez* qui admet qu'il « appartient au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France ». Les prémisses de cette évolution majeure se faisaient sentir depuis longtemps¹⁹², mais le contexte de l'état d'urgence terroriste a sans doute joué en faveur d'un revirement. L'autre évolution en faveur d'une meilleure application de la Convention provient de la CEDH elle-même, qui a admis que la lutte contre le terrorisme pouvait justifier des atteintes à la Convention¹⁹³. Une application plus souple de la Convention

¹⁸⁸ TA Cergy Pontoise, réf., 29 juin 2001, *Menadjou Piwele*, n° 012893.

¹⁸⁹ CE, ord., 30 avril 2020, n° 440179.

¹⁹⁰ O. Le Bot, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté : Etude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Thèse, 2007, p. 182.

¹⁹¹ CE, ord., 30 décembre 2002, n° 240430, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati*.

¹⁹² CE, ord., 6 mars 2008, n° 313915 ; O. Le Bot, « Vers un abandon discret de la jurisprudence *Carminati* ? », *AJDA*, 2009, p.102.

¹⁹³ CEDH, 20 oct. 2015, n° 5201/11, *Sher c/ Royaume-Uni*, § 149.

ne pouvait qu'aider une meilleure prise en compte de ses dispositions, dans la mesure où le juge des référés n'a pas souhaité remettre en cause frontalement les stratégies gouvernementales mais a choisi l'option de les encadrer. Des principes apparaissant comme trop contraignants pour l'administration auraient été délibérément omis ou simplement adoucis par le juge des référés.

94. Certaines libertés fondamentales ont ainsi pour « inspiration presque exclusive »¹⁹⁴ la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme. L'exemple le plus topique est le principe de dignité, déjà consacré par le juge des référés avant les états d'urgence¹⁹⁵. Néanmoins, les différents droits protégés par la Convention vont essuyer des fortunes diverses. Ce principe de dignité va être particulièrement invoqué pendant les états d'urgence pour les contentieux autour des conditions de vie dans le domaine carcéral. Les assignations à résidence ont ainsi été passées au crible de la jurisprudence de l'article 5 de la convention et de l'article 2 du protocole additionnel n°4 (ordonnance *Cédric D.*¹⁹⁶), sans succès. Les notes blanches ont été confrontées au droit à un procès équitable de l'article 6§1 pour leur imprécision, qui empêcherait un véritable débat contradictoire. Comme déjà précisé, le juge des référés n'a pas adhéré à cet argument, considérant que leur discussion au sein du prétoire permettait d'instaurer un véritable débat.

95. Cette autonomie dans le choix des sources invoquées est un facteur d'émancipation du juge du référé, libre de choisir les droits fondamentaux qu'il entend protéger. Cette liberté n'est pas de nature à circonscrire la portée réelle¹⁹⁷ de la notion de libertés fondamentales selon l'article L.521-2 du CJA. Le juge du référé a en effet détruit tous les éléments permettant de définir avec précision cette définition. Les droits-créances ont été progressivement inclus dans l'office du juge des référés ; les droits protégés sont à la fois objectifs et subjectifs¹⁹⁸. La notion de liberté fondamentale de l'article L. 521-2 du CJA apparaît ainsi comme le jouet du juge des référés, qui la modifie à sa guise. Néanmoins, le juge ne se livre pas non plus à une interprétation extensive de cette notion, se gardant toujours de fonder une liberté fondamentale sur des textes législatifs suffisamment précis pour permettre leur application. La notion de liberté fondamentale permet ainsi au juge de faire du référé-liberté une « procédure

¹⁹⁴ M. Afroukh, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'Homme », *RFDA*, 2016, p. 685.

¹⁹⁵ TA Marseille, ord., 13 décembre 2012, n° 1208103, *Section française de l'observatoire internationale des prisons* ; confirmé en appel par CE, ord., 22 décembre 2012, n°364584, *Section française de l'observatoire internationale des prisons*.

¹⁹⁶ CE, ord., 11 décembre 2015, n°395009, *Cédric D.*, précité.

¹⁹⁷ E. Kohlauer, « La notion de droit fondamental dans la jurisprudence du Conseil d'État », précité.

¹⁹⁸ *Idem*.

exceptionnelle »¹⁹⁹. Cette situation est sans doute sujette à controverses sur le plan théorique mais elle a le mérite au moins d'offrir une grande latitude dans l'office du juge du référé-liberté. La diversification des sources d'inspiration du juge des référés est le corollaire de l'accroissement du dialogue entre le juge des référés et ses confrères.

Paragraphe 2 – L'approfondissement du dialogue entre le juge du référé et les autres juges

96. Pour mener à bien la diversification des sources, le juge des référés apparaît comme un nouvel acteur du dialogue existant entre les juges. Ce renforcement est d'autant plus impérieux que le juge des référés statue souvent en dernier ressort. Le dialogue des juges est une notion mise en lumière par M. Genevois, alors commissaire du gouvernement, dans ses conclusions sur l'arrêt d'assemblée du 22 décembre 1978 *Ministre de l'Intérieur c/ M. X*²⁰⁰ : « À l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges ». Le dialogue des juges prend ainsi la forme de procédures de règlements de conflits, de renvois de litiges à d'autres juridictions ou encore la convergence de principes, solutions applicables devant chaque juge. La place du juge des référés au sein du dialogue des juges apparaît ainsi comme une nécessité tant son rôle au sein du contentieux administratif n'a cessé de se renforcer au cours des états d'urgence. Dès lors que la procédure de référé cesse d'être un simple auxiliaire des procédures au fond, le juge des référés tend naturellement à affirmer sa place au sein du dialogue des juges et de leur concurrence. Cette question ayant déjà été traitée pour les dialogues et concurrences entre les procédures au fond et les référés, puis entre les procédures de référés, les développements à suivre concernent exclusivement les relations entre le juge des référés et les juridictions non-administratives.

97. L'état d'urgence terroriste a ainsi été le théâtre de la précision des conditions de dépôt d'une QPC devant le juge du référé-liberté. L'ordonnance *Diakité* du 16 juin 2010²⁰¹ avait déjà permis une telle procédure, tout en laissant la possibilité de rejeter la demande pour défaut d'urgence sans attendre l'examen de la QPC. Cette ordonnance autorise également le juge des référés d'user de l'ensemble des pouvoirs dont il dispose du fait de l'article L. 521-2 du CJA. L'ordonnance *Cédric D.* du 11 décembre 2015²⁰² a poursuivi cette jurisprudence, en

¹⁹⁹ CE, 15 mars 2002, *Delaplace*.

²⁰⁰ CE, Ass., 22 décembre 1978, n° 11604, *Ministre de l'Intérieur c/ M. X*.

²⁰¹ CE, ord., 16 juin 2010, n° 340250, *Diakité*.

²⁰² CE, ord., 11 décembre 2015, précité.

l'enrichissant. Le juge des référés peut ainsi rejeter la demande du requérant pour irrecevabilité ou défaut d'urgence sans avoir à examiner la QPC. Enfin, l'issue de la QPC, y compris sa transmission à l'organisme compétent (Conseil d'État ou Conseil constitutionnel), ne « conditionne par ailleurs nullement l'appréciation que le juge des référés portera sur l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale »²⁰³. Le doute sur la constitutionnalité d'une disposition législative ne présume en effet nullement que celle-ci porte une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA, dont nous avons déjà démontré l'indépendance vis-à-vis des sources constitutionnelles et européennes. En d'autres termes, le juge de l'urgence conserve la main sur ce qu'il veut faire entrer dans son office. Deux autres décisions du Conseil d'État ont rapidement confirmé cet enrichissement de la jurisprudence²⁰⁴. S'il n'y a pas d'exemples de transmission de QPC par le référé-suspension, il y a fort à parier que celui-ci adopte une position similaire au juge du référé-liberté. Si à première vue, cette solution délie le juge des référés de la décision finale du Conseil constitutionnel, ce constat est nuancé à deux points de vue. D'une part, dans l'affaire en cause, le juge des référés prend soin de surseoir à statuer le temps de laisser les Sages prendre leur décision. Ensuite, l'article L. 521-4 du CJA laisse la possibilité au juge « à tout moment, au vu d'un élément nouveau, [de] modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin ». L'influence du Conseil constitutionnel se retrouve parfois de manière indirecte au sein de la jurisprudence du Conseil d'État. Ainsi, la censure d'une disposition par les Sages a pu entraîner le juge des référés à déclarer attentatoires aux libertés des mesures qu'il avait pourtant avaliser quelques mois auparavant. C'est le cas notamment de l'obligation sans accord des parties d'utiliser un moyen de communication électronique entre un accusé et son Conseil²⁰⁵. Le rôle primordial des sources constitutionnelles au sein de l'office du juge des référés se retrouve donc en l'espèce.

98. La coopération entre les grandes juridictions pendant les états d'urgence est améliorée par une vision commune de l'état d'urgence. Elles affirment toutes en effet la conciliation entre les libertés et la lutte contre le terrorisme. La CJCE affirme ainsi un assouplissement du contrôle des restrictions des libertés avec des « considérations impérieuses »²⁰⁶ tandis que la CEDH maintient que la lutte contre le terrorisme peut justifier

²⁰³ L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, p. 247.

²⁰⁴ CE, 15 janvier 2016, n° 395091 et n° 395092, *Ligue des droits de l'Homme*, précité.

²⁰⁵ CE, 3 avril 2020, n° 439894.

²⁰⁶ CJCE, 19 février 2009, aff. C-402/05, *Kadi contre Conseil de l'UE*.

une dérogation aux droits garantis conformément à l'article 15 de la Convention²⁰⁷. Enfin, le Conseil constitutionnel considère que la lutte antiterroriste peut justifier une atteinte aux libertés fondamentales, sous réserve toutefois que le législateur ait prévu un minimum de garantie²⁰⁸. Ces atténuations renforcent la potentielle application par le juge des référés des normes supérieures dans le cadre d'une liberté fondamentale. Comme le prouve l'exemple des prisons, le juge des référés sait prendre des distances avec une juridiction lorsque celle-ci perturbe sa prise de décision. Un adoucissement des prétentions des juridictions constitue ainsi la garantie d'une meilleure application de leur norme.

99. Néanmoins, parce que le dialogue des juges n'exclut pas la concurrence des juges²⁰⁹, le juge des référés prend parfois ses distances face aux décisions de ses homologues. Sans trop rentrer dans des détails qui feront l'objet de développements ultérieurs²¹⁰, il est intéressant de souligner la relative souplesse du juge des référés avec l'administration pénitentiaire par rapport à l'intransigeance de la Cour européenne des droits de l'Homme.

100. D'autres prises d'indépendance du juge des référés face à ses confrères sont également à noter. Par exemple, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel²¹¹ une partie des dispositions encadrant le recueillement des données par les forces de l'ordre sur du matériel informatique saisi au cours d'une perquisition²¹². Or, au cours d'une audience concernant une assignation à résidence, il a été dévoilé que celle-ci avait été fondée en partie sur des informations obtenues par le moyen censuré par le Conseil constitutionnel²¹³. Le Conseil d'État a cependant validé la procédure, du fait de l'antériorité de la perquisition litigieuse. Cette décision est louable pour plusieurs raisons. La première est juridique, le juge n'avait pas à tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel à partir du moment où celle-ci ne disposait que pour l'avenir. Sa décision étant postérieure à la perquisition, elle ne s'appliquait pas en l'espèce. Par ailleurs, l'autre argument est l'opportunité de la décision. L'individu concerné apparaissait comme particulièrement dangereux pour l'ordre public, notamment pour son influence néfaste exercée sur son environnement familial, et l'administration ne pouvait feindre d'ignorer les éléments déterminants en sa possession grâce à la méthode litigieuse²¹⁴.

²⁰⁷ CEDH, 19 février 2009, n° 3455/05.

²⁰⁸ CC, 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC, Loi relative au renseignement.

²⁰⁹ P. Jan, « Du dialogue à la concurrence des juges », *RDP*, 2017, p. 341.

²¹⁰ Voir Partie II, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

²¹¹ CC, QPC, 19 février 2016, n° 2016-536.

²¹² Article 11, §1, alinéa 3 de la loi du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015.

²¹³ CE, ord., 16 janvier 2016, n° 404787.

²¹⁴ En plus de la propagande djihadiste, des vidéos d'exécutions avaient été mises à jour, procédé supplémentaire utilisé pour radicaliser les recrues de ces mouvances et faire disparaître tout sentiment d'humanité chez elles.

Néanmoins, il apparaît curieux de ne pas censurer un procédé déclaré inconstitutionnel, d'autant que le juge des référés est supposé fonder sa décision finale sur les circonstances de droit et de fait au moment de l'audience²¹⁵.

101. L'amélioration du dialogue des juges est l'une des considérations de l'étude annuelle du Conseil d'État de 2021²¹⁶. Sa proposition 14 envisage ainsi la création d'un comité de liaison entre le Conseil d'État et la Cour de cassation dès le déclenchement de l'état d'urgence. Ce comité de liaison serait chargé d'« examiner les questions de droit susceptibles de justifier un regard croisé des deux ordres de juridiction ». Cette proposition apparaît au premier abord de bon aloi. Elle permettrait sans doute de faire taire les critiques des juridictions judiciaires sur l'extension du champ de contrôle des juridictions administratives²¹⁷, bien que celle-ci soit la conséquence de la croissance des mesures de police administrative. Cependant, cette proposition ne paraît pas si indispensable.

102. En effet, les divergences d'opinion entre les deux ordres juridictionnels sont rares, voire quasi-inexistantes. L'exemple le plus notable est la prolongation de plein droit et sans intervention d'un juge des délais de détention provisoire sur le fondement de l'article 16 d'une des ordonnances du 25 mars 2020. Le Conseil d'État a refusé la suspension de cette mesure²¹⁸, tandis que le juge pénal l'a déclarée inconstitutionnelle au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme²¹⁹. Cette question, bien que centrale pour les concernés, ne constitue pas non plus le cœur de l'action du juge des référés pendant les états d'urgence. La création du comité de liaison questionne ainsi de son utilité sur le fond. Bien que l'atténuation des effets du dualisme juridictionnel soit toujours appréciable, cette mesure apparaît comme une rustine plutôt qu'une véritable avancée dans ce qui constituerait un problème majeur dans l'architecture juridictionnelle française.

103. De manière plus générale, les désaccords entre les deux ordres de juridiction apparaissent tellement infimes, au moins pendant l'état d'urgence terroriste, que le premier président de la Cour de cassation avait pu déclarer que « personne ne discute plus sérieusement que celui-ci [le juge administratif] réalise une défense des droits fondamentaux aussi protectrice

²¹⁵ CE, 23 février 2016, n° 396872.

²¹⁶ CE, *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, Étude annuelle 2021, 29 septembre 2021.

²¹⁷ B. Jovel, « Discours prononcé lors colloque sur "le statut du magistrat" organisé en partenariat avec l'université Panthéon-Assas (Paris 2) et l'association française pour l'histoire de la justice (AFHJ) », 18 décembre 2015.

²¹⁸ CE, 3 avril 2020, n° 439877, *Union des jeunes avocats de Paris*.

²¹⁹ Crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971.

de l'individu face à l'intérêt général que celle offerte par le juge judiciaire ». Son discours du 18 décembre 2015 et ses attaques contre la juridiction administrative paraissent bien lointains²²⁰. Dès lors, la création d'un organe de liaison entre les deux ordres de juridiction ne paraît pas être une priorité.

104. S'il est possible d'émettre des doutes sur la pérennité de cette toute puissance, les référés-suspension et référés-liberté ont su prouver qu'ils étaient des suppléants crédibles au juge du fond dans un certain nombre de situations et dans un contexte d'inquiétudes généralisées sur la tournure des événements de manière générale. Le juge des référés a ainsi démontré sa capacité à aiguiller les relations entre les différents acteurs des états d'urgence. Dans l'ensemble, l'arbitrage opéré à travers son action semble avoir privilégié l'administration centrale au détriment des autres acteurs. Toutefois, en ouvrant le champ d'inspiration des libertés fondamentales aux droits européen et de la Cour européenne des droits de l'Homme, le juge du référé se dégage une marge de manœuvre considérable dans son action dès lors qu'il n'a plus à se satisfaire des seuls droits reconnus par la Constitution. Cependant, un tel changement ne devrait pas constituer une révolution pour le juge du référé tant qu'il reste fidèle à sa volonté de reconnaître des libertés fondamentales uniquement pour celles ayant déjà trouvé une application législative. Le juge des référés a ainsi accompagné les changements logiques liés aux états d'urgence, comme la place accrue de l'administration centrale ou le recul relatif des procédures au fond. Un certain nombre de ces évolutions sont sans doute provisoires, du moins autant que les états d'urgence en eux-mêmes, mais elles laisseront certainement des traces dans le fonctionnement futur des référés d'urgence. Le juge des référés a parfois troqué son costume d'arbitre pour celui plus classique de contrôleur de l'Administration. Nécessairement contraint dans son office par la place reconnue au juge administratif dans l'organisation des pouvoirs en France par les textes, la pratique et toute une partie de la doctrine, le juge des référés a toutefois perpétué un contrôle important sur les actes de l'administration pendant les états d'urgence. Il s'agit du point le plus important de leur crédibilisation, car ni leur célérité, ni leur vertu pédagogique n'auraient convaincu les requérants de les utiliser en si grand nombre pendant les états d'urgence si le juge des référés avait sanctuarisé l'Administration.

²²⁰ Bertrand Jouvel, Discours précité.

Partie II – Le maintien d’un contrôle juridictionnel important de l’Administration

105. L’activité du juge des référés pendant les états d’urgence, en particulier lors de la crise sanitaire, a fait l’objet de nombreux débats et controverses au sein de la doctrine et de la presse généraliste. Certains ont espéré voir dans le juge des référés une institution aux mains des gouvernants, prompt à entériner la plupart des mesures liberticides prônées pour mettre fin aux menaces épidémiques et terroristes. La réalité contentieuse est tout autre. Bien au contraire, le juge des référés a maintenu ses jurisprudences antérieures sur le contrôle de l’administration. Si le juge a tenu à construire un régime protecteur des libertés (Chapitre 1), les aléas intrinsèques aux états d’urgence l’ont nécessairement conduit à adapter ce régime aux complexités des états d’urgence (Chapitre 2).

Chapitre 1 - La construction d’un édifice jurisprudentiel protecteur des libertés

106. Les solutions adoptées par le juge des référés pendant les états d’urgence témoignent pour la plupart d’un ancrage à des solutions antérieures. Cette inspiration n’exclut pas une modernisation d’un certain nombre de libertés fondamentales pour les adapter aux enjeux des états d’urgence (Section 1), tandis que la portée de l’état d’urgence est contenue au maximum par le juge administratif (Section 2).

Section 1 – La modernisation du contrôle du juge des référés face aux états d’urgence

107. La modernisation du champ de contrôle des référés s’entend à la croisée de la considération de nouveaux enjeux au sein du prétoire du juge des référés et surtout de la protection des données (A) et de la relecture de droits et libertés fondamentaux classiques en vue de les adapter aux états d’urgence (B).

Paragraphe 1 - La considération nouvelle de la protection des données de la part du juge du référé

108. La question de la protection des données est certes une question ancienne comme en témoigne la création de la CNIL²²¹, mais elle s'est réellement imposée sur le devant de la scène juridique avec l'émergence et la croissance rapide du réseau Internet. L'adoption au niveau européen du RGPD en 2016 est une réponse à cet enjeu actuel. La considération de ce nouvel enjeu par le juge des référés s'opère donc avec la multiplication des contentieux dans ce domaine et également du fait d'une réflexion juridique poussée sur le sujet et d'un socle juridique favorable. Le juge des référés ne s'est donc pas lancé dans un aventurisme juridique, d'autant qu'il avait déjà rendu une série d'ordonnances sur le sujet des collectes de données personnelles²²². Ces ordonnances n'avaient toutefois jamais consacré la protection des données personnelles en liberté fondamentale. Surtout, les premières approches du juge administratif sur ce sujet d'avenir se sont opérées dans le cadre des états d'urgence, contextes jamais propices à des réflexions apaisées sur de nouvelles interrogations.

109. Le juge des référés s'est ainsi retrouvé en première ligne pour contrôler l'exploitation des données numériques saisies au cours d'une perquisition administrative. Issue de la version modifiée du 21 juillet 2016 de la loi de 1955²²³, l'autorisation d'exploitation des données saisies après une perquisition devait être demandée par les autorités de police au juge des référés. Statuant sur une procédure spéciale²²⁴, celle-ci demeure néanmoins dans le champ de l'étude, du fait notamment de l'urgence dans laquelle le juge des référés rend son ordonnance. Par ailleurs, la procédure apparaît relativement proche de la procédure du référé-liberté dans le sens où le juge de premier ressort est le tribunal administratif et où le Conseil d'État joue également un rôle d'appel. Surtout, l'alinéa 10 de ce même article dispose que le juge des référés « statue dans les formes prévues au livre V du code de justice administrative, sous réserve du présent article ».

110. Le juge des référés va se montrer consciencieux dans sa tâche, bien que les exemples de refus d'exploitation des données soient rares, voire inexistantes. Les dispositions

²²¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.

²²² CE, 29 octobre 2009, n° 332898.

²²³ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence précitée. Celle-ci devait convenir aux exigences du Conseil constitutionnel de sa décision n° 2016-536 QPC - 19 février 2016 - Ligue des droits de l'homme.

²²⁴ Article 11 de la loi en question : « après une saisie, les autorités policières demandent en urgence au juge des référés l'autorisation d'exploiter les données récoltées. Celui-ci dispose d'un délai de quarante-huit heures pour statuer sur la demande. »

de la loi de 1955 tel que modifiées dans sa version du 21 juillet 2016 sont en effet plutôt larges quant au motif de l'autorisation d'exploitation des données puisqu'il s'agit « d'éléments relatifs à la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre public le comportement de la personne concernée » (alinéa 5). Or, les perquisitions administratives étant dirigées contre des individus susceptibles d'attenter à l'ordre public, elles ne peuvent que mettre en évidence des éléments allant dans ce sens, que ce soit des propos de la personne concernée rapportés par le procès-verbal de la perquisition²²⁵, la possession de vidéos salafistes²²⁶ ou la volonté de rejoindre la zone irako-syrienne²²⁷. Pour autant, les perquisitions administratives n'ont donné lieu à des poursuites pénales que dans un nombre limité de cas²²⁸. La grande latitude laissée par la haute juridiction pourrait ainsi être considérée comme inutile, puisque les investigations menées par les autorités administratives ne déboucheraient pas sur des conséquences réelles. Il est intéressant de souligner la grande clémence du Conseil d'État envers les autorités administratives, puisqu'il réforme un certain nombre d'ordonnances refusant l'exploitation des données saisies. Les tribunaux administratifs semblaient rechercher des faits plus précis qu'une simple déclaration du concerné au cours d'une perquisition administrative par exemple²²⁹. Sans doute le Conseil d'État a entendu les appels de l'exécutif à réduire le risque terroriste autant que possible, ce que certains ardents défenseurs des libertés fondamentales perçoivent ou ont ressenti comme un glissement vers un régime politique plus autoritaire. Néanmoins, les ordonnances du Conseil d'État ont pris soin d'éviter de tels écueils, les préjudices les plus forts aux libertés fondamentales étant soigneusement évitées. Par ailleurs, dans le cadre d'une autorisation d'exploitation des données saisies au cours d'une perquisition administrative, les atteintes à la vie privée résultent bien plus de ladite perquisition que de l'exploitation des données numériques. À cet égard, le contrôle du juge apparaît bien plus symbolique dans ce domaine qu'effectif. À défaut d'octroyer un contrôle *a priori* sur les perquisitions administratives, la création d'un contrôle du juge des référés sur les données permet au moins de limiter les effets liberticides de ces mesures²³⁰ et de rassurer les thurifères des libertés fondamentales²³¹.

²²⁵ CE, ord., 23 août 2016, n° 402571.

²²⁶ CE, ord., 5 août 2016, n° 402139.

²²⁷ CE, ord., 12 août 2016, n° 402348.

²²⁸ Rapport Asss. Nat. N° 3978 (P. Popelin), 19 juill. 2016, p. 11.

²²⁹ CE, réf., 23 août 2016, n° 402571, précité.

²³⁰ O. Le Bot, « Les perquisitions administratives en état d'urgence », précité.

²³¹ Ibidem.

111. Peu considérée au début de l'épidémie, la protection des données numériques va progressivement prendre une importance considérable à mesure que des applications numériques destinées à freiner la propagation de l'épidémie voient le jour. La stratégie gouvernementale de vaccination massive de la population, puis la mise en place du passe sanitaire et vaccinal, imposait en effet l'utilisation de plateformes numériques pour gérer au mieux la vaccination et permettre aux individus de prouver leur conformité avec les dispositifs gouvernementaux.

112. L'utilisation de drones par les forces de l'ordre pour surveiller les manifestations et le respect du confinement fut également contrôlée à l'aune de la protection des données. L'ordonnance du 18 mai 2020²³² proclame ainsi explicitement la protection des données privées comme une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du CJA. Néanmoins, cette ordonnance ouvre la possibilité pour les forces de l'ordre d'utiliser de tels appareils, en condamnant seulement leur usage manifestement illégal. Elle appréhende également les possibilités techniques des appareils utilisés. Le juge considère en effet que les caractéristiques techniques des aéronefs actuels ne permettent pas de s'assurer de son usage conforme au RGPD. Cet optimisme technologique du juge mérite d'être tempéré, car la technologie n'est qu'un support. L'être humain sera toujours derrière un écran d'ordinateur pour paramétrer un appareil ou une télécommande pour drones afin de diriger l'appareil. Dès lors, quel que soit les améliorations techniques futures des drones, le juge des référés devra toujours contrôler l'utilisation qui en est fait au-delà des simples protocoles de l'administration, comme il l'a réalisé en l'espèce. Cette décision a été confirmée par une ordonnance du 22 décembre 2020 à la suite de la décision du préfet de police de passer outre l'interdiction formulée par le juge des référés et de la réouverture d'un contentieux pour faire cesser l'atteinte²³³.

113. Les craintes sont ensuite apparues à propos du recueillement de données personnelles sur la pandémie par les services de santé à travers un site nommé *La Plateforme de santé*. Des requérants s'inquiétaient de la possible transmission de toute information confidentielle vers les États-Unis, où les services de sécurité peuvent accéder relativement facilement aux données recueillies. Dans une décision du 13 octobre 2020²³⁴, le juge des référés va considérer que la société hébergée aux Pays-Bas et sous contrat avec une société américaine représentait un risque tangible de détournement de ces éléments privés par les services de

²³² CE, ord., 18 mai 2020, n° 440442 et n° 440445.

²³³ CE, ord. 22 décembre 2020, n° 446155, *La Quadrature du Net*.

²³⁴ CE, ord., 13 octobre 2020, n° 444937.

sécurité de cet État. Le danger provient non pas du contrat en lui-même, soumis au RGPD, mais de la nationalité de l'entreprise partenaire susceptible de céder aux injonctions du gouvernement américain. Il a toutefois maintenu le choix de la plateforme mais a demandé des garanties supplémentaires sous le contrôle de la CNIL. Un avenant sera ainsi ajouté au contrat initial pour prévenir toute compromission du contrat. Quant au risque extracontractuel, le juge a préféré émettre des recommandations pour y faire face. Ce choix du juge se situe dans la droite ligne des développements précédents : le juge n'attaque pas frontalement le choix des gouvernants mais fait le nécessaire pour que les options retenues demeurent dans les limites de la légalité²³⁵. Par ailleurs, le juge admet « qu'il n'apparaît pas, en l'état de l'instruction, que les mesures propres à éliminer tout risque [d'atteintes aux données] relèveraient des mesures de sauvegarde que le juge des référés [...] peut ordonner en cas d'atteinte grave et manifestement illégale portée de façon avérée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale et dans le très bref délai que ces dispositions prévoient ». Il s'agit ainsi d'une manière diplomatique de renvoyer les gouvernants à leur responsabilité dans ce domaine. L'audience a permis à ces derniers de s'engager à résoudre l'ensemble des risques liés à la protection des données. Encore une fois, le juge des référés démontre qu'il reste autant un lieu d'échange entre les parties qu'un contre-pouvoir aux décisions gouvernementales.

114. La question de la sauvegarde des données a refait surface lorsque la gestion des rendez-vous de vaccination a été en partie confiée au site Internet *Doctolib*. Ce choix fut fortement critiqué par une association qui s'inquiétait des menaces potentielles sur la protection des données des utilisateurs français du fait des liens de ce site avec une plateforme américaine. La législation américaine est en effet particulièrement sévère quant à la protection des données, puisque les agences de sécurité américaines peuvent y accéder relativement facilement, notamment du fait de la législation fédérale sur la sécurité intérieure. Dans une décision du 12 mars 2021²³⁶, le juge des référés constate la conformité de ce dispositif avec les normes européennes protectrices en la matière²³⁷. Ce n'est pas tant la décision finale du juge qui est intéressante, mais plutôt son cheminement de pensée. Le juge des référés a en effet opéré un véritable contrôle de conventionalité de la législation américaine avec les normes européennes pour prendre sa décision. Cette affaire démontre par ailleurs que le juge des référés peut vérifier

²³⁵ Voir les développements précédents.

²³⁶ CE, ord., 12 mars 2021, n° 450163, *InterHop*.

²³⁷ Article 44 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

des décrets importants du gouvernement au sens où leur remise en cause constituerait une mesure *d'ordre structurel*²³⁸. En effet, suspendre le site litigieux dans ses fonctions de plateforme de prise de rendez-vous pour la vaccination aurait sûrement retardé ce processus de plusieurs semaines. Sur le fond, cette décision s'inspire de l'arrêt de la CJUE du 16 juillet 2020, dit *Schrems II*²³⁹, qui invalide un traité d'exportation des données européennes vers les États-Unis *via* les entreprises américaine du secteur numérique installées au sein de l'Union²⁴⁰.

115. La protection des données a de nouveau été le centre de toutes les attentions avec la création du passe sanitaire. Celui-ci était en partie porté, en plus d'un format papier, par l'application gouvernementale *Tous anti-covid* pour que l'utilisateur pût témoigner de sa conformité avec les restrictions en vigueur (test négatif, vaccination complète) et ainsi accéder à tout un pan de la vie sociale qui lui aurait été refusé en l'absence du précieux sésame. Le Conseil d'État a rapidement été confronté aux problèmes de protection de données engendrés par le système. Dans une ordonnance du 6 juillet 2021, le Conseil d'État a validé l'utilisation de l'application et du passe sanitaire²⁴¹. Il approuve ainsi le choix du gouvernement de décentraliser le stockage de données sur les applications, au lieu de mettre en place un fichier national. L'argumentation du Conseil est pertinente car elle se détache de toute considération de « réformes structurelles »²⁴² pour juger réellement du bien-fondé de la décision du gouvernement. Cependant, un problème récurrent pose question sur la neutralité de la décision²⁴³. Le juge se fonde sur la même assemblée d'experts que le gouvernement, en l'occurrence la CNIL²⁴⁴, et sans réelle surprise, la décision finale ne pouvait contredire la position de l'exécutif, sauf à ce que celui-ci fasse une interprétation totalement erronée de la situation.

116. Ces ordonnances n'ont pas été sans susciter diverses inquiétudes au sein de la doctrine²⁴⁵. Particulièrement, le raisonnement des juges administratifs lors des ordonnances sur l'utilisation des drones laissait planer le doute quant à la place réservée respectivement à la protection des données personnelles et au respect de la vie privée. Le respect de la vie privée

²³⁸ Voir développements ultérieurs.

²³⁹ CJUE, 16 juillet 2020, *DPC c. Facebook Ireland Ltd et M. Schrems*, aff. C-311/18.

²⁴⁰ B. Bertrand et J. Sirinelli, « L'affaire *Doctolib* devant le Conseil d'État, le secret de la Licorne », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 518.

²⁴¹ CE, ord., 6 juillet 2021, n° 453505.

²⁴² Voir développements ultérieurs.

²⁴³ Voir Paragraphe sur l'épistocratie.

²⁴⁴ Il se fonde ainsi sur son rapport du 12 janv. 2021, délib. n° SAN-2021-003.

²⁴⁵ P.-E. Audit, « Le Conseil d'État et la légalité de l'utilisation des drones : quelle place pour la vie privée ? », *D.*, 2020, p.1336.

suppose en effet une protection des données personnelles, tandis que cette protection est nécessaire toutefois insuffisante pour protéger le droit à la vie privée. En désignant le problème de l'utilisation des drones comme une atteinte à la protection des données personnelles et non une potentielle atteinte en tant que tel au droit au respect de la vie privée, la haute juridiction tend à considérer le respect de la seconde liberté à partir de la première seulement. Le Conseil d'État aurait confondu les causes et les conséquences. Ses ordonnances ultérieures sur le sujet de la protection des données n'ont pas apporté de véritables clarifications à ce sujet. Sans doute le Conseil d'État ne juge pas utile de préciser la portée de ses appréciations au sein d'une procédure dont les effets sont essentiellement provisoires.

117. Le juge des référés a ainsi ouvert son office à des considérations récentes pour s'adapter aux nouveaux enjeux. La modernisation va cependant plus loin, car le juge des référés a opéré une relecture de certains droits plus classiques pour s'harmoniser aux risques des états d'urgence.

Paragraphe 2 - La relecture d'un certain nombre de droits et libertés à la lumière des états d'urgence

118. Un certain nombre de droits et libertés ont ainsi fait l'objet d'une relecture afin de les affiner et de les adapter au contexte de chaque état d'urgence. L'état d'urgence terroriste a vu les libertés conciliées avec les nécessités de la lutte contre le terrorisme, tandis que l'état d'urgence sanitaire était l'occasion d'opérer cette conciliation avec des droits-créances, comme le droit à la santé.

119. La recherche d'une conciliation entre les libertés fondamentales et les nécessités des états d'urgence constituerait au premier abord une atteinte insupportable aux libertés fondamentales. En effet, afin de restaurer l'ordre public, les autorités de police adoptent des mesures contraignantes pour les libertés fondamentales dont les effets se font sentir au-delà des catégories sociales principalement concernées par les différentes menaces. Le législateur a ainsi pris des mesures qui viennent suppléer, ou du moins concurrencer la légalité ordinaire. Le juge des référés, qui demeure de manière générale le juge de la légalité, a nécessairement dû concilier les libertés fondamentales pour leur permettre de s'épanouir autant que possible dans des contextes difficiles.

120. Les deux états d'urgence ne semblaient pourtant pas à égalité dans ce domaine. La conciliation entre libertés fondamentales et lutte anti-terroriste concerne non seulement le juge administratif, mais également l'ensemble des juridictions nationales et européennes²⁴⁶. L'adaptation du cadre normatif à la lutte antiterroriste interrogeait la doctrine avant la proclamation de l'état d'urgence terroriste²⁴⁷. En revanche, l'étude des mesures sanitaires paraissait moins aboutie que celle autour du risque terroriste²⁴⁸. Cette situation n'est guère étonnante, du fait de l'amélioration de l'hygiène et de la diminution du risque épidémique. L'irruption du coronavirus a ainsi dévoilé une impensée théorique et juridique des risques pandémiques au sein de l'ordre public et des limitations de liberté y afférant.

121. Le juge des référés a ainsi mené un test classique de proportionnalité des mesures prises, test adapté seulement avec les nécessités de l'état d'urgence. Certains ardents défenseurs des libertés s'en sont émus dans la presse généraliste mais peut-être est-il raisonnable de s'en réjouir. Les états d'urgence mettent en effet en contradiction des libertés tout autant fondamentales les unes que les autres. La priorisation de l'une par rapport à l'autre aurait pour conséquence une violation flagrante de la liberté fondamentale lésée.

122. Si l'ordre public permettait de justifier les limitations des libertés pendant l'état d'urgence terroriste, il semblait insuffisant pour faire face à l'ensemble des questions soulevées par l'état d'urgence sanitaire. Certes, la définition de l'ordre public inclut la salubrité publique²⁴⁹, mais le juge des référés et certains requérants n'ont pas jugé utile d'abonder dans ce sens. Passablement ignorés au lendemain de la réforme du 30 juin 2000, les droits-créances ont graduellement été acceptés au sein de l'office du juge des référés. Il a fallu attendre une décision du 16 novembre 2011²⁵⁰ pour que le juge des référés consacre le droit à la vie, puis une ordonnance du 13 décembre 2017²⁵¹ pour qu'il inclut au sein de ce droit la possibilité de recevoir des soins et traitements adaptés à l'état de santé. Cette prise en compte accrue des droits-créances n'est pas sans poser de difficultés sur le terrain de la protection des libertés. L'exemple le plus topique est l'ordonnance *Syndicat des Jeunes médecins*²⁵² déjà citée, dans laquelle le juge des référés est confronté à la difficile conciliation du droit à la vie avec les autres libertés fondamentales. En l'espèce des requérants demandaient au juge des référés

²⁴⁶ Voir Supra.

²⁴⁷ M. Sirinelli, « Police administrative et terrorisme : quel contrôle juridictionnel ? », *RFDA*, 2013, p. 1024.

²⁴⁸ D. Truchet, « Covid-19 : point de vue d'un "administrativiste sanitaire" », précité.

²⁴⁹ Article L. 2212-1 du CGCT.

²⁵⁰ CE, réf., 16 novembre 2011, n° 353172.

²⁵¹ CE, réf., 13 décembre 2017, n° 415207.

²⁵² CE, ord., 22 mars 2020, n° 469674, *Syndicat des jeunes médecins*

d'ordonner des mesures de confinement encore plus strictes au nom du droit à la vie, liberté fondamentale reconnue par le juge du référé-liberté. Si le juge des référés a refusé d'accueillir les demandes les plus liberticides, demandant seulement au gouvernement de revoir l'opportunité des mesures déjà adoptées, ce litige reste sans précédent dans l'histoire du référé-liberté, car jamais le juge n'avait eu à traiter de requérants privés demandant une privation accrue de certaines libertés au nom de la protection d'une autre liberté fondamentale²⁵³.

123. De manière plus générale, la liberté d'aller et venir est sans conteste la liberté la plus menacée pendant les états d'urgence. À la fois malmenée par les assignations à résidence pendant l'état d'urgence terroriste, puis par les confinements, couvre-feux et passes sanitaires pendant l'état d'urgence sanitaire, la liberté d'aller et venir a nécessité la plus grande souplesse pour pouvoir être accommodée par le juge des référés. Celui-ci en a donné parfois une interprétation inattendue. Le juge des référés a ainsi considéré que les assignations à résidence ne devaient pas avoir de conséquences trop importantes sur la situation familiale des intéressés²⁵⁴, bien qu'il se soit montré avare d'exemples à ce propos. Toujours est-il qu'il a souhaité que les restrictions de déplacement soient compatibles avec les obligations familiales des intéressés, notamment en modifiant les horaires de présentation au commissariat des personnes assignées à résidence.

124. La liberté d'aller et venir protège également l'accès aux lieux de culte en cas de fermeture administrative, le juge vérifiant la disponibilité d'autres lieux de culte à proximité²⁵⁵. Les confinements ont amené le juge des référés à étendre la liberté d'aller et venir à des modulations étonnantes. Par exemple, les autorités avaient omis d'étendre les dérogations à certains moyens de locomotion comme les vélos. Le juge des référés a sanctionné cette disposition en raison de son atteinte à la liberté d'aller et venir des utilisateurs de moyen de locomotion²⁵⁶. Enfin, le juge des référés s'est toujours assuré de l'existence d'alternative à la vaccination pour les restrictions de déplacement liées au passe sanitaire puis vaccinal²⁵⁷. La volonté de proposer des voies différentes a amené le juge des référés à ordonner la poursuite du remboursement intégral des autotests, du fait de leur faible coût et de leur facilité d'usage

²⁵³ A. de Lacoste Lareymondie, « Le risque d'atteinte à la liberté fondamentale suffit-il pour restreindre l'exercice d'autres libertés fondamentales ? », *LPA*, 29 avril 2020, n° 153h6, p. 22.

²⁵⁴ CE, 6 janvier 2016, n° 395653.

²⁵⁵ CE, réf., 26 avril 2022, n° 462685.

²⁵⁶ CE, ord., 30 avril 2020 précité.

²⁵⁷ CE, réf., 14 décembre 2021, n° 458876.

en comparaison des tests réalisés en pharmacie²⁵⁸. L'extension de cette mesure par le juge résulte de considérations pour les budgets des foyers les plus modestes ne souhaitant pas se vacciner, bien que l'efficacité de ce moyen de test soit toute relative. Le faible coût de ces moyens de détection permet ainsi à ces foyers de continuer à prévenir la propagation de l'épidémie en fonction de leur budget.

125. Toutefois, la jurisprudence du juge des référés ne s'est pas toujours faite autant libérale, même dans un référentiel d'état d'urgence. Par exemple, le Conseil d'État a refusé d'atténuer les restrictions de déplacement des personnes vaccinées avant la promulgation du passe sanitaire²⁵⁹. Cette décision résulte d'un principe de précaution²⁶⁰ dû aux incertitudes scientifiques sur le potentiel risque de transmission du virus par les personnes vaccinées. Une telle décision est sans aucun doute louable du point de vue de la santé publique, mais elle diffère très nettement des habitudes du Conseil dans d'autres domaines. Ainsi, le principe de précaution est bien moins usité dans le domaine environnemental²⁶¹. De plus, la position classique de la jurisprudence administrative reste que la limitation d'une liberté au nom de l'ordre public peut être justifiée pour prévenir des troubles futurs à l'ordre public du moment que leur certitude est établie²⁶². La position du Conseil d'État se place ainsi sur une « ligne de crête » en l'espèce, puisque la propagation de l'épidémie par les personnes vaccinées n'est pas certaine, mais probable.

126. Il ressort de ces interprétations que le juge des référés a souhaité défendre autant que possible la liberté d'aller et venir, et limiter les contraintes pour les personnes visées par les mesures de restrictions de déplacement. La liberté de culte a également été menacée par les états d'urgence, du moins dans sa dimension matérielle. La mobilisation de cette dimension de la liberté de culte a permis au juge d'adopter des positions classiques dans ce domaine, conciliant seulement cette liberté avec l'ordre public. La même logique demeure pour la liberté d'association analysée sous son aspect matériel par le juge des référés. L'adaptation aux contraintes sanitaires a également amené le juge à considérer que la présence physique des

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ CE, ord., 1^{er} avril 2021, n° 450956, *M. B.*

²⁶⁰ P. Lingibé, « Vaccination et liberté d'aller et venir : application du principe de précaution par le Conseil d'État », *Gaz. Pal.*, 2021, p. 420.

²⁶¹ L. Fontbaustier, *Manuel de Droit de l'environnement*, PUF, 2018, 1^{ère} édition, p. 134.

²⁶² P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, 2019, 12^e édition, p.317.

parties n'est pas obligatoire dans le cadre de la signature d'un acte notarié, permettant ainsi la poursuite de ces activités par voie électronique²⁶³.

127. L'action du juge des référés sur les libertés fondamentales semble ainsi contradictoire dans les termes. Dans un premier temps, le juge semble avoir adopté une position conservatrice des libertés fondamentales. La plupart des interprétations des libertés ne diffèrent pas fondamentalement entre les états d'urgence et les situations dites « classiques ». Cette stratégie du juge est d'une certaine manière positive, et démontre sa capacité à résister aux pressions extérieures liées à un contexte d'état d'urgence. Cependant, les nécessités de l'état d'urgence l'ont contraint à adapter un certain nombre de libertés fondamentales. L'amélioration de la prise en compte des droits-créances au sein de l'office du juge du référé a ainsi contribué au succès de ces procédures durant les états d'urgence, en permettant au juge de s'intéresser à un domaine phare de l'état d'urgence sanitaire. Cependant, quel que soit la liberté fondamentale considérée, le juge administratif a mobilisé autant que possible une vision strictement matérielle de l'ordre public au sein de ses ordonnances.

Section 2 – Le contrôle du champ de l'état d'urgence

128. La restriction du champ de l'état d'urgence par le juge des référés peut surprendre du fait des éléments indiqués en introduction. Bien sûr, il ne s'agit pas d'une remise en cause totale des modalités d'application de l'état d'urgence telle que décidée par le législateur. Le juge des référés a plutôt veillé à ce que l'état d'urgence ne soit pas appliqué à tort et à travers. Le contrôle du juge des référés sur les décisions administratives relatives aux états d'urgence s'appuie ainsi sur une vision strictement matérielle de l'ordre public (Paragraphe 1) tout en restreignant dès que possible l'extension du champ de l'état d'urgence (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La restriction de la notion d'ordre public à ses composantes matérielles

129. L'appréhension matérielle de l'ordre public n'était absolument pas jouée d'avance. La juridiction administrative venait en effet de revitaliser la notion de dignité humaine au sein des ordonnances *Dieudonné*²⁶⁴ et la moralité planait (et plane) toujours sur les décisions du

²⁶³ CE, ord., ref., 15 avril 2020, n° 439992.

²⁶⁴ CE, ord., 9 janvier 2014, n° 374508, *Société Les Productions de la Plume et M. D.*, précité.

Conseil d'État²⁶⁵. Le Conseil d'État a toutefois rapidement restreint la notion d'ordre public à ses composantes matérielles et traditionnelles autour du triptyque sécurité, salubrité et tranquillité publique.

130. Cette perception de l'ordre public a particulièrement été salvatrice pour limiter les atteintes à la liberté religieuse. Le juge des référés, en particulier le juge du référé-liberté, a rapidement été confronté à cette épineuse question. Dès 2004, le Conseil d'État rend une ordonnance élevant la liberté de culte parmi les libertés fondamentales²⁶⁶. Cette liberté sera ensuite déclinée sous différents angles. Le juge administratif aborde d'abord cette liberté sous un angle spirituel (« la liberté de pratiquer la confession de son choix »)²⁶⁷, puis sous un aspect matériel, avec la proclamation de la « libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte »²⁶⁸. Cet aspect matériel de la liberté de culte sera au centre des attentions du juge des référés pendant les états d'urgence, sa dimension spirituelle n'ayant jamais été menacée par les gouvernants, ou de manière indirecte. Il se retrouve ainsi dans les litiges concernant les fermetures de lieux de culte, les interdictions du *burkini* ou encore les limitations des manifestations publiques durant la pandémie.

131. Les contentieux liés aux fermetures de lieux de culte soupçonnés d'être des foyers de propagation d'idées haineuses ou d'incitations au passage à l'acte terroriste s'inscrivent pleinement dans cette optique. La première affaire concerne la fermeture administrative de la mosquée de Lagny-sur-Marne²⁶⁹ et représente l'occasion pour le juge du référé de réaffirmer que « la liberté du culte a le caractère d'une liberté fondamentale ; que, telle qu'elle est régie par la loi, cette liberté ne se limite pas au droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public ; qu'elle a également pour composante la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte ». Ce considérant de principe est utilisé pendant tout l'état d'urgence pour les contentieux autour de la fermeture de lieux de culte²⁷⁰, parfois sous une forme raccourcie²⁷¹.

²⁶⁵ J.-M. Pontier, « La moralité publique », *AJDA*, 2022, p. 384.

²⁶⁶ CE, ord., 16 février 2004, n° 264314.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ CE, ord. 25 août 2005, n° 284307.

²⁶⁹ CE, ord. 25 février 2016, n° 397153.

²⁷⁰ Sur la fermeture de la mosquée de Sartrouville : CE, ord. 11 janvier 2018, n° 416398 précité. Le dernier exemple en date concerne la fermeture de la mosquée d'Allonnes (CE, ord. 29 novembre 2021, n° 458385).

²⁷¹ Voir l'ordonnance à propos de la fermeture de la mosquée d'Ecquevilly (CE, ord., 6 décembre 2016, n° 405476), qui indique « la liberté de culte est une liberté fondamentale à laquelle la fermeture d'un lieu de culte est susceptible de porter atteinte ».

132. Cette focale posée sur la dimension matérielle de la liberté de culte s'imposait pour deux raisons. La première est étroitement liée au contentieux en question. À partir du moment où la politique nationale sanctionne les lieux de culte propageant des idées extrêmes, la réponse du juge du référé ne peut que se situer sur la matérialité des faits allégués et délaisser une vision plus spirituelle du fait religieux inadaptée dans ces circonstances. Surtout, la dissociation entre un culte et le lieu où il s'exerce permet au juge administratif de distinguer les religions de leurs interprétations les plus radicales²⁷². Il souligne alors le caractère inique du lieu de culte incriminé, sans jeter l'opprobre sur une confession tout entière. Cette distinction permet d'éviter que les fermetures de lieux de cultes nourrissent un discours discriminant envers une religion particulière.

133. Le fondement des fermetures administratives a peu changé avec la fin de l'état d'urgence et la transposition d'un certain nombre de mesures au sein du droit commun. Ainsi, les premières fermetures reposaient sur l'article 8 de la loi du 3 avril 1955 précitée : « Le ministre de l'Intérieur, pour l'ensemble du territoire où est institué l'état d'urgence, et le préfet, dans le département, peuvent ordonner la fermeture provisoire des (...) lieux de réunion de toute nature en particulier des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes (...) ». La définition retenue par l'article L. 227-1 du Code de sécurité intérieure sanctionne des comportements similaires : « propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes ». La seule différence notable entre les deux définitions, est le critère de l'appel à la discrimination par le CSI, qui ouvre un peu plus les cas de justification de fermeture des lieux de culte. Cependant cette ouverture ne semble pas avoir joué un rôle important dans la manière dont est appréhendée la radicalité des discours par le juge des référés. En effet, celui-ci sanctionne les « idées radicales ». Si l'absence de définition générale de la radicalité (autrement que par un renvoi aux dispositions du CSI ou de la loi de 1955) des propos peut être regrettable, la jurisprudence apporte un certain nombre d'exemples de propos ou d'actions sanctionnables par le juge administratif. Ce dernier va ainsi tenir compte du départ d'anciens fidèles du lieu de culte dans la zone du Levant²⁷³, du blâme des attentats uniquement en raison de leur caractère suicidaire et de l'appel à commettre des actes de violence conjugale

²⁷² C. Alonso, « Les contours de l'office du juge du référé-liberté durant l'état d'urgence », *AJDA*, 2016, p. 1303.

²⁷³ CE, 25 juillet 2016, n° 400777.

sur les femmes²⁷⁴ mais également de la diffusion d'idées radicales au sein des communautés locales et la création d'une association de sport de combat intitulée « guerre sainte des jeunes musulmans »²⁷⁵ ou encore de la présence de discours affirmant l'existence d'une guerre contre les musulmans et l'islam en France ainsi que de la diffusion des coordonnées d'un professeur d'histoire-géographie menant à son assassinat²⁷⁶. Par ailleurs, le juge des référés adopte une vision souple du cadre temporel de l'interdiction. En effet, alors que les articles sont écrits au présent, et laissent sous-entendre une concomitance entre la décision de fermeture du lieu et la tenue de propos radicaux, le juge administratif admet une telle décision quelques mois après la fin des prêches litigieux²⁷⁷. De plus, si les associations s'occupant d'un lieu de culte veulent obtenir une réouverture, elles doivent mettre en place des mesures permettant d'empêcher la propagation des idées radicales. Il faut néanmoins que ces précautions aient été instaurées depuis un laps de temps suffisant²⁷⁸.

134. Enfin, le juge vérifie l'accessibilité d'autres lieux de culte pouvant accueillir les fidèles avant de valider la fermeture prononcée par les autorités²⁷⁹. En revanche, et sauf erreur de notre part, il n'existe pas d'exemples de fermetures invalidées par le juge des référés du fait de l'absence d'alternatives suffisamment proches. Si cette hypothèse venait à se produire, et étant donné l'esprit de proportionnalité qui semble alimenter son action, il est probable que le juge des référés impose aux associations gérant un lieu de culte d'accélérer le déploiement de mesures contre la tenue de propos radicaux. L'approche traditionnelle de l'ordre public se retrouve également dans le contentieux relatif au port du burkini.

135. Le dernier contentieux des états d'urgence lié à la liberté de culte concerne enfin la question de leur fermeture durant les confinements ainsi que les restrictions apportées au regroupement des fidèles. La liberté de culte semble avoir été oubliée par le législateur lors des phases de déconfinement, puisque les lieux de culte demeuraient soumis à un régime strict d'interdiction des rassemblements les plus importants, là où l'assouplissement était la norme pour les autres types de regroupements. L'action du Conseil d'État a donc été de rééquilibrer ce désavantage injuste pour la grande majorité des fidèles, le virus ne circulant pas *a priori* plus rapidement dans une église que dans un lieu d'habitation ou dans des salles de réunion.

²⁷⁴ CE, ord., 6 décembre 2016, n° 405476, précité.

²⁷⁵ CE, ord. 11 janvier 2018, n° 416398, précité.

²⁷⁶ CE, ord., 25 novembre 2020, n° 446303.

²⁷⁷ CE, 25 juillet 2016 précité.

²⁷⁸ CE, ord., 11 janvier 2018, n° 416398, précité.

²⁷⁹ CE, réf., 26 avril 2022, n° 462685.

De manière générale, la dimension matérielle de la liberté de culte semble avoir été considérée par le juge du référé à l'identique des autres libertés nécessitant une réunion de plusieurs individus. Ainsi, le Conseil d'État a refusé de prononcer des aménagements aux mesures de distanciations sociales²⁸⁰ ou aux couvre-feux pour des manifestations culturelles²⁸¹, sauf, lorsque les conditions sanitaires permettaient de l'envisager, pour les rassemblements liés aux grandes fêtes religieuses²⁸².

136. Enfin, la seule atteinte heurtant réellement les convictions de certains fidèles, la vaccination encouragée par le passe sanitaire, n'a pas été jugée manifestement disproportionnée par le Conseil d'État du fait de la présence d'alternatives possibles à cette vaccination²⁸³. Le juge des référés a cependant refusé de suspendre la vaccination obligatoire des personnels soignants²⁸⁴, en limitant toutefois leur sanction autant que possible²⁸⁵. Existe-t-il un hiatus du Conseil d'État dans cette jurisprudence ? La liberté religieuse des personnels soignants semble en effet malmenée par la jurisprudence du Conseil d'État, puisqu'un refus de vaccination de leur part en raison de croyance religieuse entraîne leur suspension. Le principe de neutralité des services publics s'oppose à cette proposition, puisque les agents publics ne doivent pas imposer leur croyance religieuse sur le fonctionnement des services publics.

137. L'approche de la haute juridiction n'est guère surprenante au regard de sa jurisprudence sur la vaccination obligatoire et la médecine de manière plus générale. Le juge considère en effet qu'il est du devoir des médecins de mettre tout en œuvre pour sauver un patient, même si celui-ci n'aurait pas consenti à de tels soins du fait de convictions religieuses solidement ancrées²⁸⁶. Le juge administratif fait ainsi passer les nécessités de la lutte contre le virus avant les convictions personnelles de chacun. La présence d'une alternative à la vaccination ajoute un argument supplémentaire à la décision du Conseil, puisque les requérants refusant d'être vaccinés peuvent tout de même bénéficier des avantages du passe vaccinal grâce à la présentation d'un test négatif.

138. La vision matérielle de l'ordre public a également été mobilisée dans les autres domaines du contrôle de la juridiction administrative. Il en va ainsi du contrôle de la dissolution

²⁸⁰ CE, 12 juin 2021, n° 453513.

²⁸¹ CE, 15 avril 2021, n° 451390.

²⁸² CE, réf., 18 mai 2020, n° 440366.

²⁸³ CE, 15 juillet 2021, n° 454401.

²⁸⁴ CE, réf., 30 juin 2022, n° 465040.

²⁸⁵ CE, réf., 31 mai 2022, n° 459085.

²⁸⁶ CE, réf., 20 mai 2022, n° 463713, en conclusion d'une longue affaire sur les transfusions sanguines sur un patient adepte du mouvement des *Témoins de Jéhovah*.

des associations. L'article L. 212-1 du CSI permet en effet la dissolution d'associations qui provoquent de graves troubles à l'ordre public (sécessions, mouvements paramilitaires, violences à l'encontre des biens, attentats à la forme républicaine du gouvernement, préparations d'actes terroristes). Cette mesure préexistait à l'état d'urgence terroriste, mais les attentats du 13 novembre 2015 ont conduit à une intensification du contentieux à ce propos. Le juge contrôle ainsi la matérialité des troubles provoqués par l'association visée par la mesure de dissolution pour rendre son verdict²⁸⁷. Ses liens avec la mouvance islamiste radicale sont ainsi étroitement surveillés²⁸⁸. Les mesures de confinement les plus délétères pour les libertés ont également été considérées par le juge des référés sous l'angle de l'évolution de la situation sanitaire que ce soit pour l'interdiction de réunions²⁸⁹ ou l'établissement de couvre-feux²⁹⁰. Seules entorses aux considérations de la situation sanitaire, les problématiques liées à la lisibilité des mesures des autorités administratives qui ont justifié l'extension de mesures liberticides à des zones peu touchées par le virus²⁹¹.

139. Cette vision matérielle s'étend évidemment à des troubles prévisibles à l'ordre public. La jurisprudence classique dans ce domaine considère ainsi que la temporalité du dommage doit être suffisamment immédiat. L'immense majorité des assignations à résidence concernait ainsi des individus avec un comportement conforme au maintien de l'ordre public mais qui laissait présager, à la suite d'éléments probants, des troubles certains. Tout l'enjeu des contentieux des assignations à résidence était justement de déterminer si le comportement des intéressés constituait le prélude à un passage à l'acte terroriste, décrit sous le doux euphémisme de *troubles futurs à l'ordre public*. L'appréciation de ces fameux troubles par le juge des référés n'est évidemment pas issue des états d'urgence, il s'agit même de l'objectif de la justice *a priori* de déterminer si les mesures adoptées par l'administration sont proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent.

140. Pour autant, développer une définition strictement matérielle de l'ordre public nécessite du juge une vision et une analyse parfaites de la situation matérielle sur le terrain. Or, comme évoqué en amont, la clairvoyance du juge était parfois embrumée par des rétentions d'informations plus ou moins volontaires de la part d'une série d'acteurs²⁹². Certaines solutions

²⁸⁷ CE, réf., 3 mai 2021, n° 451743.

²⁸⁸ CE, réf., 25 avril 2017, n° 409575.

²⁸⁹ CE, réf., 11 juin 2021, n° 453326, précité.

²⁹⁰ CE, réf., 15 avril 2021, n° 451390, précité.

²⁹¹ Voir Paragraphe 2, Section 2, Chapitre 2, Partie 2.

²⁹² Voir le Paragraphe sur l'épistocratie.

avancées par le juge des référés concernant le port du masque auraient-elles pu être modifiées si ce dernier avait bénéficié des avis des autorités scientifiques compétentes ? Rien n'est moins certain tant la crainte du « *juge administrateur* » a parfois paralysé son action. De plus, le juge des référés a parfois semblé ignorer la situation réelle d'un certain nombre de requérants. Le contentieux autour des conditions de détention pendant l'état d'urgence sanitaire en est ainsi un exemple typique. Le juge des référés a ainsi semblé espérer la constitution d'un cordon sanitaire au sein des établissements pénitentiaires afin d'éviter tout risque de contagion au sein desdits établissements. C'est ainsi qu'il a pu refuser la généralisation du port du masque dans le milieu carcéral, au nom d'un certain optimisme qui n'a évidemment pas supporté l'épreuve de la réalité²⁹³.

141. Le resserrement de la notion d'ordre public autour de ses composantes les plus matérielles a ainsi permis au juge des référés une meilleure conciliation des libertés fondamentales avec les nécessités de l'ordre public. Surtout, il a permis d'éviter des dérives perceptibles dans certains contentieux. L'action du juge des référés a également dû traiter des tentatives d'extension du périmètre de l'état d'urgence, avec un succès relatif.

Paragraphe 2 – Le juge face à la problématique de l'expansion incontrôlée de l'état d'urgence

142. La juridiction administrative a ainsi traité des cas où les agissements en cause ne relevaient pas en soi de l'état d'urgence, notamment terroriste, mais dont le traitement par l'Administration relevait d'une tentative d'extension du champ de l'état d'urgence.

143. C'est dans cette optique que le Conseil d'État a admis les assignations à résidence de militants écologistes les plus virulents pendant l'état d'urgence terroriste. Cette conception matérielle était tellement ancrée au sein de la jurisprudence administrative que la plupart des recours formés par les intéressés devant le juge des référés ont été rejetés sans examen de la requête²⁹⁴, puisque les atteintes matérielles étaient quasiment certaines. Le Conseil d'État a mis fin à cette injustice en examinant les requêtes, sans toutefois les accueillir²⁹⁵. D'un point de vue matériel, la décision de la haute juridiction s'entend parfaitement. La crainte de troubles prévisibles à l'ordre public et la dispersion des forces de l'ordre face à une menace diffuse légitime sans doute la solution adoptée. Pour autant, cela revient à appliquer des mesures

²⁹³ Voir plus bas Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

²⁹⁴ TA. Rennes, 30 novembre 2015, n° 1505394.

²⁹⁵ CE, ord., 11 décembre 2015, n° 395009, *précité*.

extrêmement fortes prises dans le cadre de la lutte antiterroriste à l'encontre d'activistes dont les turbulences passées concernent la destruction de mobiliers urbains²⁹⁶. Bien sûr, les destructions matérielles demeurent condamnables, mais les disposer sur le même plan que des attentats de grande ampleur, voire en les majorant par rapport à ceux-ci puisque les assignations à résidence dans le cadre de la lutte antiterroriste sont présumées remplir la condition d'urgence, flirte avec le mauvais goût. Par ailleurs, le dispositif de sécurité autour de l'évènement en question était déjà conséquent, ce qui laissait présager la possibilité pour les forces de l'ordre de gérer au mieux la situation, d'autant que le nombre d'activistes assignés à résidence était relativement faible, de l'ordre d'une vingtaine de militants. Si les forces de l'ordre n'étaient pas suffisamment préparées pour gérer l'activisme d'un groupe restreint, sans doute y avait-il carence de leur part dans la préparation de l'évènement.

144. Plus anecdotique reste l'interdiction du déplacement de supporters de clubs de football afin de prévenir de probables affrontements. Une partie de l'argumentation du juge des référés reposait sur le contexte d'état d'urgence. Sans doute une telle mobilisation n'était pas nécessaire en soi, puisque les interdictions de déplacement étaient monnaie courante avant même cette nuit fatidique du 13 au 14 novembre 2015. Cependant, état d'urgence ou non, les interdictions de supporters devaient certainement être validées par le juge des référés, ce dernier rappelant les rixes et échauffourées passées. C'est cependant au niveau de l'appréciation des mesures à prendre pour limiter les risques de débordement que l'influence de l'état d'urgence se faisait sentir, le juge des référés se montrant plus prompt à une interdiction totale de déplacement des groupes de supporters que dans le passé²⁹⁷.

145. À l'inverse, l'acquiescement du juge à étendre le champ des états d'urgence apparaît limité dans certaines situations. Par exemple la dissolution d'une association se présentant comme antifasciste a ainsi été annulée malgré ses appels répétés à « dissoudre dans de la chaux vive » des membres d'organisations identitaires²⁹⁸. Quel que soit les appréciations personnelles sur les idéologies véhiculées par chacun des groupements cités, force est de constater que chacun des groupuscules a appelé et mené des actions violentes à l'encontre de leurs ennemis idéologiques sur le territoire français. Si sans doute l'entraînement paramilitaire d'une association²⁹⁹ n'est en rien comparable avec des violences sporadiques en marge de

²⁹⁶ Idem.

²⁹⁷ E. Chevalier, « État d'urgence sur la liberté d'aller et venir des supporters », *JS*, 2016, p.33.

²⁹⁸ CE, réf., 16 mai 2022, n° 462954.

²⁹⁹ CE, réf., 3 mai 2021, n° 451743, précité.

manifestations³⁰⁰, il n'en demeure pas moins que les actions violentes sur la voie publique restent répréhensibles et les groupes qui mènent et encouragent ce type de comportements encourrent la dissolution.

146. L'un des contentieux emblématique de la tentative d'extension du champ de l'état d'urgence terroriste reste le port du burkini sur les plages françaises, ainsi que la liaison de ce contentieux à certaines notions immatérielles. L'aspect matériel de ce contentieux ayant déjà été traité, il convient de s'appesantir plutôt sur l'aspect moral. Le juge des référés semblait en effet exclure expressément les arguments moraux et immatériels, comme les atteintes à la laïcité, invoqués par les tribunaux administratifs³⁰¹ mais se référant tout de même à la notion de décence. Curieusement, la doctrine s'est montrée plutôt discrète sur ce sujet³⁰², alors que les contentieux traitant de la morale étaient plutôt de nature à nourrir une intense controverse³⁰³. L'apparent rejet de la moralité au sein de ce contentieux explique sans doute ce silence, de même que l'autorisation finale de porter ces tenues. Il reste que la décence demeure l'un des avatars d'une moralité publique que le juge administratif entend dissimuler sous des notions plus « modernes » et moins liberticides³⁰⁴ comme la dignité humaine³⁰⁵ et donc en l'espèce la décence. Par ailleurs, certains tribunaux administratifs se sont engouffrés dans la brèche ouverte par le juge des référés pour confirmer leur position de première instance et valider l'interdiction du port d'une telle tenue.

147. Les litiges concernant le port de cette tenue ne sont liés à l'état d'urgence que de manière indirecte. A la suite de l'attentat de Nice du 14 juillet 2016, plusieurs maires du littoral méditerranéen ont décidé d'interdire le port du *burkini*, jugé comme étant une provocation après ce drame ayant ensanglanté la *riviera*. La limitation de l'ordre public à une vision presque exclusivement matérielle de l'ordre public a permis au juge administratif de censurer les arrêtés interdisant le port de ces tenues sur les plages publiques puisque, sauf exception³⁰⁶, le port de ces tenues n'entraînait pas de troubles matériels à l'ordre public. L'argumentaire du juge

³⁰⁰ CE, réf., 16 mai 2022, n° 462954, précité.

³⁰¹ TA Nice, réf., 22 août 2016, n° 1603508.

³⁰² P. Gervier, « Concilier l'ordre public et les libertés, un combat continu », *AJDA*, 2016, p. 2122.

³⁰³ Il faut par exemple constater l'intense controverse qu'avait donné lieu l'arrêt *Société des films Lutécia* de 1959.

³⁰⁴ N. Ach, « Police et morale », dans *La Police administrative*, C. Vautrot-Schwarz (sous la direction de), Thémis, Essais, PUF, Paris, 2014, p. 99.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ P. Bon, « Le burkini au Conseil d'État », *RFDA*, 2016, p. 1227.

excluait expressément les motifs moraux par la grande porte, mais les faisait revenir par la fenêtre à travers la notion de décence³⁰⁷.

148. Par ailleurs, il est possible de penser que la moralité, ou un de ses avatars, est consubstantielle à l'ordre public. Celle-ci se retrouve en effet en creux dans un certain nombre de dispositions. Par exemple, le droit des associations fait allusion à la moralité publique pour autoriser une association à être partie prenante du service civique³⁰⁸. L'atteinte à la moralité publique peut ainsi justifier le retrait d'une licence de vente de boissons alcoolisées³⁰⁹. La moralité publique apparaît également au sein de la CEDH³¹⁰. Les composantes dites matérielles de l'ordre public comportent des dimensions morales. La tranquillité publique est ainsi éminemment morale, de même que la sécurité. La moralité publique fait ainsi « référence à la sensibilité d'une collectivité particulière »³¹¹. Il apparaît dès lors illusoire pour le juge des référés d'éviter toute considération morale ou du moins immatérielle. Les questions liées à la moralité émergent de nouveau de manière plus générale à l'ensemble du droit, au-delà des questions touchant aux états d'urgence³¹². Les considérations immatérielles prennent également de l'ampleur, notamment pour les contentieux portant sur la laïcité et ses interprétations. À mesure que le fait religieux retrouve un certain engouement, les atteintes à la laïcité augmentent inévitablement. Surtout, toute société semble avoir besoin de se réunir autour du sacré, qu'il soit religieux ou non, pour assurer sa cohérence. Le juge des référés apparaît dès lors en première ligne pour traiter de ces contentieux, en tant que juge de l'urgence de l'administration. Cette saisine accrue apparaît néanmoins comme un palliatif à la frilosité du personnel politique à se saisir de cette question, ou du moins leur impossibilité à y trouver une solution commune.

149. Si à première vue ce vêtement couvrant l'intégralité du corps à l'exception du visage, des mains ou des pieds symbolise parfaitement la décence, la définition laisse la porte ouverte au questionnement. La décence renvoie en effet à la pudeur et aux bonnes mœurs³¹³. Le caractère pudique de ce vêtement ne prête pas à une controverse, à l'inverse de son

³⁰⁷ Voir après.

³⁰⁸ Article R. 121-45 du Code des associations et des fondations.

³⁰⁹ L. 3332-15 du CSP.

³¹⁰ Article 8§2 de la Convention : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

³¹¹ D. Lochak, *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1994, p. 44.

³¹² J.-M. Pontier, « La moralité publique », précité.

³¹³ Définition du *Petit Robert*.

adéquation aux bonnes mœurs. En effet, selon l'interprétation retenue, le burkini peut être considéré comme une simple manifestation de l'appartenance à un culte et du respect des obligations religieuses y afférant ou alors comme un vêtement matérialisant l'infériorité supposée des femmes sur les hommes³¹⁴. En adhérant à cette dernière lecture, la décence du burkini serait synonyme de la conformité aux bonnes mœurs d'une vision rétrograde de la femme, ce qui ne correspond nullement aux valeurs promues par la République³¹⁵ et par une large majorité de la population française. Tout dépend évidemment de l'interprétation donnée à ce vêtement, ce qui laisse présager une intense bataille juridique pour les années à venir devant les juridictions administratives, puisque les deux positions prennent racine sur des postulats irréconciliables. Cette question, touchant aux droits et libertés fondamentaux, ne saurait d'ailleurs être résolue entièrement par le juge administratif et il revient donc au personnel politique de se positionner sur cette interrogation.

150. L'actualité récente du contentieux administratif commande de faire un lien entre les arrêts *burkini* de 2016 et la décision récente du Conseil de l'État concernant l'autorisation du burkini dans les piscines de Grenoble³¹⁶. Pourtant, hormis le vêtement litigieux, rien ne permet de rapprocher les deux cas de figure, pas même la procédure utilisée. Les ordonnances de 2016 avaient été rendues sur le fondement d'un référé-liberté, tandis que l'affaire des piscines de Grenoble avait nécessité l'emploi de la procédure dite du déféré-laïcité issue de la loi n°2021-1109 du 24 août 2021 renforçant les principes de la République. De plus, au sein des ordonnances de 2016, le juge administratif cantonnait l'ordre public à un aspect matériel, avec les nuances ayant été introduites auparavant, alors que la procédure du déféré-laïcité entend, comme son nom l'indique, défendre la laïcité. C'est donc un renversement presque total de ce point de vue, puisque le Conseil d'État avait expressément écarté la notion de laïcité dans ses ordonnances de 2016. Enfin, le cadre spatial du litige ne se situe plus sur les plages du littoral, mais dans les piscines municipales. Le parallèle mérite l'attention, notamment par le fait qu'il oblige le juge à s'intéresser expressément à une notion immatérielle, en l'occurrence la laïcité. L'introduction d'une telle procédure démontre ainsi que toute société a besoin de se référer à des notions immatérielles. Elle indique également qu'il est loisible au législateur

³¹⁴ Par exemple, F. Agag-Boudjahlat, *Combattre le voilement : Entrisme islamiste et multiculturalisme*, Paris, Éditions du Cerf, 2019.

³¹⁵ Article 1^{er} alinéa 1^{er} de la Constitution de 1958 « Elle [La République] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens ». Alinéa 2 « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. » Préambule de la Constitution de 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme. »

³¹⁶ CE, 21 juin 2022, n° 464648.

d'aider l'Administration à contourner les limites des états d'urgence telles qu'elles sont fixées par le juge des référés.

151. Une certaine partie de la doctrine avait pu considérer que rien ne justifiait l'interdiction du port du burkini au sein des piscines municipales³¹⁷. Il s'agit en effet d'un vêtement dédié aux activités nautiques, donc la salubrité des lieux de baignades est *a priori* respectée. Quant aux autres composantes de l'ordre public, sauf troubles matériels survenus à ce sujet, le burkini ne contrevient ni à la sécurité publique ni à la tranquillité publique. Cependant, la rédaction de l'arrêté municipal litigieux, ainsi que les déclarations dans la presse du Maire de la Commune laissaient peu de doute sur les motivations réelles de l'ordonnance, à savoir autoriser un vêtement religieux spécifique sans autoriser ceux des autres religions. L'atteinte à la laïcité était donc manifeste, car « l'adaptation du service public pour tenir compte de convictions religieuses [...] est trop ciblée et dérogoratoire au droit commun ». Cependant, les motivations de l'ordonnance du Conseil d'État laissent supposer que le burkini ne porte pas en lui-même une atteinte au principe de la laïcité des services publics³¹⁸. Comme le rappelle fort justement l'arrêt, les usagers d'un service public ne sont pas astreints au principe de neutralité. Reste alors le principe de la décence, que le Conseil d'État avait évoqué dans les ordonnances de 2016. La disparition de la décence dans le contentieux concernant les piscines de Grenoble reste favorable au port du burkini, puisque tout changement d'interprétation sur son rapport à la décence peut signer la fin de l'autorisation du port de ce vêtement. Quant à la laïcité, ce vêtement n'y porte pas atteinte du moment qu'il est réservé aux usagers du service public et non à un des agents et que son usage n'est pas promu par une personne publique au détriment des autres religions comme ce fut le cas pour les piscines de Grenoble.

152. Le juge des référés a ainsi essayé tant bien que mal de limiter l'extension du champ de l'état d'urgence à des contentieux parfois très éloignés de la problématique principale. L'état d'urgence terroriste en est ainsi un parfait exemple, puisque son champ originel relativement restreint n'a cessé de s'étendre à des situations éloignées de la lutte contre le terrorisme. Le lien avec les contentieux est alors contextuel, une concomitance nécessitant l'invocation de l'état d'urgence pour prendre une décision liberticide. Le juge des référés a plus ou moins joué son rôle, et l'extension de l'état d'urgence à des décisions non liées aux états d'urgence est restée relativement restreinte à des actes déjà valables auparavant. L'état d'urgence apparaît alors

³¹⁷ P. Bon, « Le burkini au Conseil d'État », *RFDA*, 2016, p. 1227, Tweet de D. Rousseau : « Après l'ordonnance du Conseil d'État, une loi interdisant le burkini est politiquement possible dans un État légal mais impossible dans un État de droit » du 26 août 2016.

³¹⁸ Considérant 9 de l'ordonnance du 21 juin 2022 précitée.

comme un justificatif supplémentaire de la nécessité de la mesure de police administrative. L'exception notable de l'assignation à résidence des militants écologistes doit tout de même être soulevée. Quant à l'état d'urgence sanitaire, son spectre d'application déjà large a empêché de telles tentatives d'extension.

153. Ces considérations rejoignent l'idée selon laquelle le juge des référés a construit un filet protecteur des libertés fondamentales pendant les états d'urgence, restreignant fortement les possibilités de violations injustifiées des libertés fondamentales. Cependant, comme toute construction, cette protection laisse entrevoir un certain nombre de faiblesses dont certaines semblent hors de portée du juge des référés.

Chapitre 2 – L’instabilité d’un édifice jurisprudentiel soumis aux contraintes des états d’urgence

154. Malgré les points soulevés précédemment, le contrôle du juge des référés sur les actes de l’administration a été entravé par une autolimitation issue de sa propre conception de son office. Il n’a jamais dépassé ses craintes d’apparaître comme un « juge-administrateur » (Section 1) et n’a pas hésité non plus à opérer des revirements de jurisprudence pour arranger son office (Section 2).

Section 1 – Le spectre du « juge administrateur » et l’inhibition partielle de son contrôle des carences matérielles de l’Administration

155. Le juge des référés s’est toujours montré bienveillant envers l’administration pénitentiaire (Paragraphe 1) avant que cette attitude soit étendue à d’autres domaines de l’administration au cours de l’état d’urgence sanitaire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - La naissance d’une jurisprudence peu contraignante sur les carences matérielles de l’Administration dans le domaine carcéral

156. Le juge administratif se montre généralement, en euphémisant, plutôt bienveillant envers l’administration pénitentiaire. Le monde carcéral constituait en effet l’un des derniers bastions au sein duquel le juge administratif exerçait un contrôle très limité. L’arrêt *Marie* du 17 février 1995 constitue une brèche à partir de laquelle le contrôle du juge administratif n’a cessé de s’étendre. Néanmoins, la persistance des notions de mesures d’ordre intérieur freine encore l’expansion de la supervision du juge administratif de manière générale et du juge des référés en particulier.

157. La bienveillance du juge administratif dans ce domaine est telle que la CEDH a considéré que le référé-liberté n’était pas un « recours préventif efficace »³¹⁹, sachant qu’un « recours préventif doit être de nature à empêcher la continuation de la violation alléguée de l’article 3 ou de permettre une amélioration des conditions matérielles de détention »³²⁰.

³¹⁹CEDH, *Isenc c/ France* précité, §221.

³²⁰CEDH, 8 janvier 2013, n° 43517/09, *Torregiani et autres c/ Italie*, §50.

Cette accusation est d'autant plus lourde que dans un précédent litige, la CEDH avait au contraire considéré le référé-liberté comme un recours effectif³²¹ pour avoir permis l'élimination de nuisibles qui pullulaient au sein de la prison des Beaumettes³²². Cette ordonnance avait même été porteuse d'espoir pour certains, espérant ainsi la fin de la sanctuarisation de l'administration pénitentiaire³²³. Le juge des référés avait cependant bien vite indiqué qu'il n'entendait pas aller plus loin dans la contrainte exercée sur l'administration pénitentiaire³²⁴.

158. L'affligeant traitement des prisonniers par le juge des référés s'est poursuivi pendant l'état d'urgence sanitaire. Les débuts de l'épidémie ont été particulièrement rudes pour les détenus. L'impréparation à l'épidémie conjuguée à un vent de panique a conduit le juge à validé des mesures très difficiles pour les prisonniers. Dans plusieurs ordonnances du 8 avril 2020, le juge des référés va ainsi rejeter une série de demandes critiquant pour divers motifs le dispositif sanitaire prévu par le gouvernement au sein des établissements carcéraux. Le juge du référé-liberté a également validé la décision du gouvernement d'étendre les détentions provisoires de plein droit sur plusieurs mois et sans l'intervention d'un juge pénal³²⁵. Le seul motif avancé par le juge des référés était la limitation de la propagation du virus. Objectif louable s'il en est, mais relativement vague et donc malléable à merci. Le juge des référés a également autorisé le gouvernement à imposer des moyens de communication électroniques entre les gardés à vue et leur avocat³²⁶, provoquant par ailleurs l'ire de la doctrine³²⁷. Enfin, le juge des référés a également refusé un ensemble de mesures destiné à diminuer le risque de contamination au sein des établissements pénitentiaires³²⁸ au nom de l'impossibilité de « mener des réformes d'ordre structurel [...] dans un bref délai », d'un satisfecit des mesures sanitaires déjà adoptées au sein des établissements carcéraux et du faible

³²¹ CEDH, 21 mai 2015, n° 50494/12, *Yengo contre France*.

³²² CE, 22 décembre 2012, précité.

³²³ S. Slama, « Constat d'insalubrité des Beaumettes : de la justiciabilité à l'effectivité du contrôle sur les conditions de détention par le juge des référés-liberté », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 déc. 2012.

³²⁴ TA Fort-de-France, ord., 17 octobre 2014, n° 1400673, à propos du déploiement de moyens financiers, matériels et humains supplémentaires dans une prison ; CE, ord., 30 juillet 2015, n° 392043, *Section française de l'observatoire international des prisons [OIP-SF]* : « Le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente. » et enfin CE, 28 juillet 2017, n° 410677, *Section française de l'observatoire international des prisons*, « mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mises en œuvre, et dès lors de porter effet, à très bref délai, ne sont pas au nombre des mesures d'urgence que la situation permet de prendre utilement dans le cadre des pouvoirs que le juge des référés tient de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

³²⁵ CE, 3 avril 2020, n° 439877, précité.

³²⁶ CE, 8 avril 2020, n° 439894.

³²⁷ D. Castel, « L'État de droit (co)vidé de sens ? », *JA 2020*, n° 618, p.12.

³²⁸ CE, 8 avril 2020, n° 439827.

nombre de contaminations au sein de ces établissements. Le second argument dépend de l'appréciation de chacun, contrairement au premier qui paraît étrange du fait du déploiement très rapide de nouvelles mesures par le gouvernement au cours de l'épidémie. Quant au troisième argument, il révèle une certaine cécité de la part du juge des référés. Certes, à la date du jugement le nombre de contamination demeurerait relativement faible, mais l'absence de campagnes de tests systématiques ainsi que le passé récent sur l'augmentation exponentielle du nombre de contamination auraient dû amener le juge des référés à manier avec plus de prudence les statistiques sur la contamination dans le milieu carcéral. La confiance dans le protocole sanitaire proposé par le gouvernement ainsi que les statistiques de contamination encourageantes et les carences matérielles de l'administration ont amené le juge des référés à rejeter la demande d'un syndicat de surveillants pénitenciers sur la distribution de masques et de gels hydroalcooliques³²⁹. À titre subsidiaire, le juge des référés est revenu sur un certain nombre de décisions au cours de l'épidémie, notamment parfois sous l'influence du Conseil constitutionnel qui déclare inconstitutionnelles certaines dispositions de lois encadrant l'épidémie. Le juge des référés juge alors contraires aux libertés fondamentales des dispositions pourtant conformes quelque temps plus tôt. Par exemple, la haute juridiction a considéré les moyens électroniques de communication entre le gardé à vue et son avocat contraires aux libertés fondamentales dans le domaine criminel³³⁰.

159. Ces refus d'inflexion de la politique sanitaire au sein du monde carcéral constituent le prélude à une série de rejets de la part du Conseil d'État d'ordonner à l'administration de fournir, à titre individuel, du matériel de protection³³¹. Ces rejets sont cohérents avec les positions précédemment évoquées du juge des référés. Dès lors que le juge refuse de modifier le protocole sanitaire en vigueur au sein des établissements, il ne peut autoriser à titre individuel quelques allègements spécifiques dudit protocole, du fait du principe d'égalité. De plus, un relâchement de la part du juge ouvrirait la boîte de Pandore à un ensemble de revendications individuelles qu'un juge de l'urgence, en période d'état d'urgence, ne peut se permettre.

160. La pusillanimité du juge se poursuit au-delà des phases de pénurie de tests et de masques. Par une ordonnance du 8 octobre 2020³³², le Conseil d'État a en effet refusé d'enjoindre à l'administration pénitentiaire de mener une campagne de dépistage systématique sur les détenus et de fournir des masques pour l'ensemble des activités collectives. Il est à noter

³²⁹ CE, 8 avril 2020, n° 439821.

³³⁰ CE, 4 août 2021, n° 447916.

³³¹ Par exemple, CE, 14 avril 2020, n° 439899.

³³² CE, 8 octobre 2020, n° 444741, *Syndicat des avocats de France*.

que le juge de première instance avait par ailleurs accueilli l'ensemble des demandes des requérants³³³. Le Conseil d'État s'est fondé sur l'absence de cas avérés au sein de l'établissement pénitentiaire pour dénier le caractère urgent de la requête. La stratégie du juge dans ce domaine paraît ainsi périlleuse, tant toute fissure dans le dispositif signifie une propagation immédiate du virus à l'intérieur des établissements concernés. C'est la raison de son échec, puisque quelques semaines après l'ordonnance du Conseil des détenus ont été testés positifs au Covid-19³³⁴.

161. Le juge des référés a toujours marqué sa distance par rapport à la jurisprudence de la CEDH en la matière. Le juge européen tend à faire respecter les principes de la Convention européenne des droits de l'Homme, en particulier le principe de dignité, au domaine carcéral, quel que soit la difficulté pour l'administration pénitentiaire. Tout juste a-t-elle reconnu l'existence d'un « fardeau insupportable et excessif »³³⁵. Dans l'arrêt du 30 janvier 2020 *J. M. B. et autres c/ France*, la CEDH considère en effet que des contraintes comme « le taux élevé de crimes, un manque de ressources financières ou d'autres problèmes structurels ne sont pas des circonstances qui atténuent la responsabilité de l'État et justifient l'absence de mesures destinées à améliorer la situation carcérale »³³⁶. Si le juge des référés a repris les grands principes de la jurisprudence en la matière³³⁷, il se montre néanmoins plus attentif aux contraintes de l'administration que son confrère européen, et en particulier dans le domaine carcéral.

162. Il a ainsi rejeté la demande d'une association de protection des détenus tendant à améliorer les conditions sanitaires et matérielles des détenus au sein d'un établissement carcéral³³⁸. Dans une ordonnance du 22 novembre 2021³³⁹, le juge des référés a même refusé d'ordonner le simple nettoyage d'une série de commissariats et de lieux de détentions provisoires, dont la salubrité dégradée avait pourtant été dénoncée par la contrôleure générale des lieux de privation de liberté dans un rapport publié au Journal officiel³⁴⁰. Ces refus sont fondés sur l'impossibilité d'imposer au gouvernement des mesures d'ordre structurel par le juge

³³³ TA Toulouse, 4 septembre 2020, n° 2004355, *Syndicat des avocats de France*.

³³⁴ J. Schmitz, « L'entêtement carcéral du juge du référé-liberté », *AJDA*, 2021, p. 41.

³³⁵ CEDH, 4 février 2016, n° 58828/13, *Isenc c/ France*, §38.

³³⁶ CEDH, 30 janvier 2020, n° 9671/15, *J. M. B. et autres c/ France*.

³³⁷ TA Marseille, ord., 13 décembre 2012, n° 1208103, *Section française de l'observatoire internationale des prisons* ; confirmé en appel par CE, ord., 22 décembre 2012, n° 364584, *Section française de l'observatoire internationale des prisons*.

³³⁸ CE, réf., 23 avril 2021, n° 451276.

³³⁹ CE, réf., 22 novembre 2021, n° 456924.

³⁴⁰ Recommandation du 19 juillet 2021 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté relatives aux conditions matérielles de garde à vue dans les services de police, JORF n° 0220 du 21 septembre 2021.

des référés. La ligne de démarcation entre la mesure d'ordre structurel et la mesure entrant dans le champ de compétence du juge des référés apparaît ainsi floue. Le remplacement de fenêtres défectueuses, l'amélioration de la luminosité des cellules et l'installation d'abris au sein d'une cour de promenade entrent ainsi dans le champ de compétence du juge des référés, mais non l'amélioration de la transparence sur l'accès aux emplois pour les détenus, qui relève des mesures d'ordre structurel³⁴¹.

163. Les prisonniers ont également été oubliés par le juge des référés lorsque le gouvernement a refusé de les classer dans les listes de vaccinations prioritaires³⁴². Le requérant invoquait la transmission accrue du virus au sein des établissements carcéraux. Le juge des référés avait alors suivi les décisions du gouvernement en refusant d'ordonner leur inscription sur les listes des populations prioritaires à la vaccination. Il se conforme ainsi à un avis de la haute autorité de santé conseillant d'inscrire sur ces listes les seules populations susceptibles de développer une forme grave de la maladie, ainsi que l'inutilité de la vaccination pour réduire le risque de transmission. La position du Conseil se comprend par sa volonté de considérer les établissements carcéraux comme un monde à part au sein de la société française. Plutôt que de protéger les détenus dans leur vie quotidienne, le juge des référés ordonne leur protection lorsqu'ils entrent en contact avec l'extérieur³⁴³.

164. Le contrôle du sort des prisonniers pendant les états d'urgence doit donc se comprendre à l'aune de l'ensemble de ces éléments. Certains ont pu se désespérer que les mesures exorbitantes du droit commun prises par l'administration pendant les états d'urgence n'aient pas eu comme contre-pouvoir un renforcement proportionnel des pouvoirs du juge³⁴⁴. En réalité, le juge des référés, en particulier le juge du référé-liberté, dispose d'un pouvoir d'injonction important pour lui permettre de sauvegarder les libertés fondamentales. Cette restriction des pouvoirs du juge aux mesures structurelles tient donc plus à sa volonté propre qu'à un défaut de compétences. Certainement regrettable dans le domaine carcéral, il est encore plus dommageable que le juge administratif ait étendu cette jurisprudence à d'autres domaines, en particulier lors de l'état d'urgence sanitaire.

³⁴¹ CE, ord., 19 octobre 2020, n° 439372.

³⁴² CE, réf., 5 février 2021, n° 449081, précité.

³⁴³ CE, ord., 7 mai 2020, n° 440151, *Ordre des avocats du barreau de Martinique*.

³⁴⁴ J.-B. Jacquin, « Le coronavirus ouvre des brèches dans l'état de droit », *Le Monde*, 28 mars 2020.

Paragraphe 2 - L'extension mesurée mais dommageable de la jurisprudence sur les carences matérielles de l'Administration en dehors du domaine carcéral lors de l'état d'urgence sanitaire

165. L'extension de la jurisprudence sur les carences matérielles de l'administration couvrait avant l'irruption de l'épidémie. Par exemple, les assignations à résidence de quelques militants écologistes³⁴⁵ avaient été en partie justifiées par la mobilisation des forces de l'ordre contre le risque terroriste. En filigrane, la haute juridiction administrative admet l'insuffisance quantitative des forces de l'ordre pour assurer la totalité de leur mission.

166. Cette jurisprudence ne constitue pourtant qu'un avant-goût de l'état d'urgence sanitaire, période durant laquelle le Conseil d'État a couvert un grand nombre de carences de l'administration. La carence matérielle de l'administration et son impréparation, bien loin de constituer un motif de sanction de la part du juge des référés, vont au contraire servir de prétexte à une justification des politiques gouvernementales. Le contentieux du port du masque en est un exemple, les pénuries chroniques fondant d'ailleurs une instabilité jurisprudentielle détestable de ce point de vue, qui sera étudiée plus tard. L'action du juge des référés témoigne plus d'une volonté d'accompagnement de l'administration dans les moments de pénurie que de sanctions à son encontre. Ainsi, dans une ordonnance du 20 avril 2020³⁴⁶, le juge des référés déboute les ordres des avocats de Paris et Marseille de leur demande de distribution par l'État de masques et de matériels de protection contre le virus afin de les protéger dans leur mission. Cependant, le juge indique qu'« il [l'État] lui appartient d'en [masques de protection] doter d'abord ses agents, [...] et, tant que persiste cette situation de pénurie, d'aider les avocats [...], à s'en procurer lorsqu'ils n'en disposent pas par eux-mêmes, le cas échéant en facilitant l'accès des barreaux et des institutions représentatives de la profession aux circuits d'approvisionnement ». Par ailleurs, il indique dans cette même ordonnance que l'État doit aider les avocats à se fournir en gel hydroalcoolique. La volonté médiatrice du juge des référés se retrouve sans doute ici. Il existe une incapacité matérielle de l'administration à fournir les protections demandées par les requérants, le juge des référés préférant alors trouver une solution de compromis plutôt que de sanctionner l'administration. Cette position du juge des référés a le mérite de trouver une solution de remplacement, mais elle empêche l'administration d'être placée face à ses éventuelles erreurs. Cependant, le rôle du référé-liberté est d'éviter la violation d'une liberté fondamentale par l'administration et non de rechercher la culpabilité de celle-ci.

³⁴⁵ CE, ord., 11 décembre 2015, n° 395009, précité.

³⁴⁶ CE, réf., 20 avril 2020, n° 439983.

En adoptant cette position médiane, le juge des référés s'assure une amélioration future des conditions matérielles d'exercice de la profession d'avocat.

167. De manière moins flagrante, le juge des référés a également étendu la solution concernant l'impossibilité d'imposer des « réformes d'ordre structurel » à l'Administration. Ce refus apparaissait déjà dans certaines décisions avant l'état d'urgence sanitaire³⁴⁷, mais celui-ci a vu apparaître un nombre impressionnant de revendications plus ou moins censées, revitalisant ainsi cette position du juge du référé. Certainement compréhensible en dehors des états d'urgence, bien qu'elle ait servi de justification au refus d'un certain nombre d'aménagements pour les prisonniers, cette jurisprudence a sans doute été parfois trop élargie au cours de l'état d'urgence sanitaire. Au-delà de cas caricaturaux de modifications sensibles de l'ordre juridique, économique et social du pays, comme la nationalisation d'entreprises du domaine médical³⁴⁸, le développement d'une politique industrielle³⁴⁹, la fabrication massive d'un médicament prétendument miracle³⁵⁰ ou la remise en cause de l'installation d'un couvre-feu³⁵¹, le juge des référés a sans doute inhibé ses pouvoirs de manière flagrante.

168. Le juge des référés a ainsi refusé de procéder à la modification du protocole sanitaire au sein des établissements scolaires³⁵². En l'espèce, les demandes improbables des requérants, comme fournir un certain nombre de matériels de filtration à air au sein des lieux d'enseignement dans des délais rapprochés ont certainement joué dans le refus du juge. Le juge a également maintenu le protocole sanitaire en Martinique, malgré des demandes de durcissement de la part de certains requérants³⁵³. Si certaines demandes paraissaient irréalistes du point de vue des pouvoirs du juge, comme la fermeture des frontières maritimes de l'île, d'autres ne semblaient pas aussi extravagantes. Ainsi, l'amélioration des conditions sanitaires dans les aéroports ou la transmission des informations relatives à l'évolution de l'épidémie sur l'île ont également été refusées. Si dans une affaire similaire d'aggravation du protocole sanitaire le juge des référés a refusé de procéder à une telle injonction³⁵⁴, il avait du moins amené le gouvernement à reconsidérer un certain nombre de mesures pour vérifier leur

³⁴⁷ CE, réf., 26 juillet 2018, n° 422237.

³⁴⁸ CE, réf., 7 avril 2020, n° 439806.

³⁴⁹ CE, 2 avril 2020, n° 439844, précité.

³⁵⁰ CE, réf., 11 décembre 2020, n° 441676.

³⁵¹ CE, réf., 12 mars 2021, n° 450315.

³⁵² CE, réf., 27 janvier 2022, n° 460594.

³⁵³ CE, 19 mars 2020, n° 439592, précité.

³⁵⁴ CE, ord., 22 mars 2020, précité.

efficacité. Tel n'a pas été le cas en l'espèce, le juge n'imposant pas aux autorités compétentes de reconsidérer la situation sanitaire de l'île et l'adéquation des mesures prises en conséquence.

169. Dans un certain nombre de décisions, le juge des référés donne l'impression de ne pas avoir suffisamment exploité le plein potentiel de ses pouvoirs du fait d'une autolimitation peut-être parfois malvenue. Hors période d'état d'urgence, le juge des référés n'hésite pas à ordonner à l'administration de fournir aux requérants des biens ou des services dont l'administration prétend pourtant leur indisponibilité. Le juge peut ainsi ordonner à l'administration de mettre à disposition un appartement à un demandeur de logement social³⁵⁵ ou d'affecter un auxiliaire de vie à un enfant handicapé et ce même si le département prétend ne pas disposer de logements et de personnels spécialisés en nombre suffisant³⁵⁶. Le juge des référés a semblé rechigner à user de tels pouvoirs lors de l'état d'urgence sanitaire. Par exemple, le juge a refusé de fournir des masques en quantité suffisantes aux détenus alors que les stocks de matériel médical étaient reconstitués³⁵⁷ ou de mener des campagnes de dépistages systématiques au sein des EPHAD³⁵⁸. Sans doute le juge des référés entend mener une jurisprudence plus conciliatrice envers les autorités administratives qu'en dehors du cadre strict des états d'urgence. Si « le juge administratif est moins réticent à admettre que son office est aussi d'être un juge administrateur »³⁵⁹, cette position semble s'atténuer dans les actes concernant les états d'urgence.

170. Cette proposition se trouve renforcée par l'ordonnance du 22 juin 2021 du Conseil d'État³⁶⁰ qui suspend l'entrée en vigueur de nouvelles mesures de l'assurance-chômage après une analyse du contexte socio-économique du pays et en réalisant un véritable contrôle d'opportunité de la position du gouvernement. Certaines demandes de requérants, notamment dans le domaine carcéral, paraissaient bien moins impactantes pour l'administration que cette ordonnance. Le calcul de l'assurance-chômage, *a fortiori* dans un contexte économique dégradé, semble plus *structurel* que le nettoyage en urgence de lieux de détention ou la distribution de masques disponibles. Une explication plausible peut être avancée. Le juge des référés se refuse certainement à intervenir de manière trop affirmée dans des domaines jugés sensibles pour l'administration, que ce soit dans le milieu carcéral ou dans la lutte contre

³⁵⁵ TA. Lyon, ord., 25 avril 2012, n° 1202684.

³⁵⁶ TA, Montpellier, ord., 12 janvier 2011, n° 110063.

³⁵⁷ CE, ord., 7 mai 2020, précité.

³⁵⁸ CE, réf., 15 avril 2020, n° 440002.

³⁵⁹ F. Donnat et D. Casas, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Dr. Adm.* 2004, Etudes n°9, p. 12.

³⁶⁰ CE, réf., 22 juin 2021, n° 452210.

diverses menaces nécessitant le déclenchement de l'état d'urgence. Une telle position est loin d'être isolée parmi les juridictions nationales. En effet, le juge administratif français n'est pas le seul juge frileux à remettre fondamentalement en question les mesures prises par les gouvernants dans la lutte contre le virus³⁶¹. La position conciliatrice du juge des référés ou équivalent semble avoir été partagée par d'autres juridictions compétentes dans le domaine administratif, bien au-delà du territoire national.

171. Enfin, le juge des référés a pour habitude de tenir pour acquies les promesses formulées par l'administration pendant les audiences³⁶². Cette confiance envers l'administration est certes louable dans la perspective de maintenir des rapports harmonieux entre les institutions, mais elle peut paraître insuffisante dans un contexte de crise sanitaire au sein duquel de nombreuses carences matérielles de sa part ont été constatées. Les engagements de l'administration ont ainsi servi de fondement au rejet de requêtes de justiciables demandant l'obtention de masques supplémentaires³⁶³. L'absence ultérieure de contentieux prouve que l'administration a tenu ses engagements. D'une certaine façon, il est rassurant de constater que le juge des référés n'a pas à user de tous ses pouvoirs pour satisfaire la requête du justiciable. Toutefois, la simple parole d'honneur de l'administration paraît constituer un engagement bien faible dans un contexte de crise.

172. La position du juge de conserver les mêmes éléments de contrôle de l'administration, en les adaptant tout de même aux états d'urgence, joue un rôle délétère dans un certain nombre de situations. Chaque injonction susceptible de modifier la feuille de route gouvernementale sur la lutte contre l'épidémie apparaît alors comme une « mesure structurelle » dont le juge des référés ne se reconnaît pas la légitimité d'imposer. La crainte du « juge administrateur » a donc amené le juge des référés à desserrer en partie le contrôle de l'action administrative. Cet état de fait a entraîné des effets dommageables sur la protection des libertés fondamentales par le juge des référés. À cette timidité consentie du juge des référés s'adjoint de sa part une certaine inconstance dans son office.

³⁶¹ D. Le Prado (sous la direction de), *L'état de droit et la crise sanitaire*, Actes de la conférence du 17 juin 2021, Société de législation comparée, Collection Colloques, Volume 50, 2022.

³⁶² O. Le Bot, « Vingt ans de référé-liberté », *AJDA*, 2020, p. 1342.

³⁶³ CE, réf., 15 avril 2020, précité.

Section 2 - Des solutions parfois versatiles au détriment des libertés fondamentales

173. Le juge des référés a en effet adopté des mesures mouvantes au cours des états d'urgence. Si l'état d'urgence terroriste a plutôt été épargné par des revirements de jurisprudence, l'état d'urgence sanitaire et son lot d'incertitudes scientifiques, a obligé le juge à revoir certaines de ses positions (Paragraphe 1). Par ailleurs, au-delà même des solutions adoptées pour résoudre les litiges, la notion d'urgence, fondamentale pour l'office du juge des référés a été utilisée pour maîtriser le flot des demandes (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Le défaut de lisibilité de certaines solutions adoptées par le juge des référés

174. Les contentieux liés à l'état d'urgence terroriste démontrent une certaine cohérence de la juridiction administrative pendant toute sa durée. Comme indiqué précédemment, les grands principes de l'action du juge des référés ont très vite été définis au début de l'état d'urgence terroriste. Les contentieux concernant la fermeture administrative des lieux de culte, la dissolution des associations ou encore les assignations à résidence ont été résolus par des solutions dont les grands principes sont restés immuables sauf parfois dans leur formulation. La menace terroriste n'évoluant que très peu dans ses fondements, l'action du juge ne nécessitait pas de réels ajustements au fil des mois. Certaines solutions du juge des référés étaient même antérieures à la proclamation de l'état d'urgence terroriste³⁶⁴.

175. Ce qui ne fut pas le cas pour l'état d'urgence sanitaire, dont la menace mouvante planant sur l'ensemble de la population requérait de la part du juge des référés une certaine adaptabilité. C'est ainsi qu'un certain nombre de principes édictés par le juge des référés ont été adaptés aux circonstances de l'épidémie. Cette versatilité du juge est en soi une force, mais elle l'a conduit en pratique à adopter une solution à un moment précis, pour finalement statuer le contraire quelques mois voire quelques semaines plus tard. Le manque de lisibilité des ordonnances du juge des référés prend également racine dans l'obscurité de certaines de ses décisions.

176. Le juge des référés a appuyé un certain nombre de décisions sur le principe de lisibilité des mesures gouvernementales de lutte contre l'épidémie. Ce principe raisonne dans

³⁶⁴ Par exemple, le contentieux de la dissolution des associations a peu évolué avec l'état d'urgence terroriste.

d'autres principes du droit, comme l'accessibilité et l'intelligibilité du droit³⁶⁵. Il apparaît parfois en complément de ce dernier principe³⁶⁶. La lisibilité s'entend, dans un contexte d'état d'urgence, comme une certaine cohérence de l'action gouvernementale afin de permettre une bonne compréhension des mesures prises dans la lutte contre la pandémie. Ce principe avait déjà été utilisé par le juge administratif³⁶⁷ et le juge des référés avant les états d'urgence³⁶⁸. La lisibilité du droit était également invoquée dans diverses branches juridiques. L'état d'urgence sanitaire et les tâtonnements gouvernementaux dans la lutte contre l'épidémie l'ont remis sur le devant de la scène juridique.

177. Le principe de lisibilité va ainsi apparaître comme une justification à une atténuation du principe de proportionnalité. Sa réapparition coïncide en effet avec le contentieux portant sur l'obligation générale du port du masque. Dans des ordonnances du 6 septembre 2020³⁶⁹, des requérants contestaient l'obligation du port du masque dans tous les lieux publics, intérieurs et extérieurs, et à toute heure de la journée. Le juge des référés reconnaît que les mesures prises ne prennent pas en compte la fréquentation des lieux visés. Alors que la menace spectre d'un contrôle de proportionnalité « classique » se précisait, le juge des référés indique dans une formule laconique : « Le caractère proportionné d'une mesure de police s'apprécie nécessairement en tenant compte de ses conséquences pour les personnes concernées et de son caractère approprié pour atteindre le but d'intérêt général poursuivi. Sa simplicité et sa lisibilité, nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application par les personnes auxquelles elle s'adresse, sont un élément de son effectivité qui doivent, à ce titre, être prises en considération ». Le principe de lisibilité fait ainsi perdre à un acte administratif potentiellement disproportionné son caractère illégal. Il devient ainsi un véritable enjeu des contentieux devant le juge administratif, tant pour justifier les décisions des autorités³⁷⁰ que pour les contester³⁷¹. À ce titre, la lisibilité apparaît presque à double niveau, la justification des mesures des gouvernants paraissant plus efficace que leur contestation sur ce même fondement. Le nombre de décisions favorables à l'administration ne se compte plus. Par exemple, le principe de

³⁶⁵ CC, 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, relative à la loi portant habilitation au Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de certaines parties législatives de certains codes.

³⁶⁶ CE, 1^{ère} chambre, 21 juillet 2017, n° 408059.

³⁶⁷ CE, 17 décembre 1997, n° 130319.

³⁶⁸ CE, réf., 18 avril 2006, n° 291692.

³⁶⁹ CE, réf., 6 septembre 2020, n° 443750 et n° 443751.

³⁷⁰ Idem, mais bien d'autres exemples sont citables.

³⁷¹ CE, réf., 25 novembre 2020, n° 446615.

lisibilité fait obstacle à des aménagements de mesures de distanciations sociales au niveau d'un département³⁷² ou d'une commune³⁷³.

178. En revanche, le principe de lisibilité s'oppose à une différenciation de la population injustifiée du point de vue scientifique, notamment l'allongement de la durée du passe sanitaire pour les personnes disposant d'une immunité naturelle au virus, bien supérieure à celle développée à la suite d'un vaccin, ou entre les personnes âgées de plus de soixante ans et les autres d'âge moindre³⁷⁴. Le principe de lisibilité ne permet pas non plus d'obtenir des précisions sur le déroulé des épreuves du baccalauréat en pleine période d'épidémie³⁷⁵. Cette décision étonne, alors que le principe de lisibilité est supposé assurer une bonne compréhension des mesures prises par le gouvernement. Les explications avancées au cours de l'audience paraissent en l'espèce suffisantes pour le juge des référés. La fermeture d'un magasin spécialisé dans la vente de produits de toilette et d'hygiène alors que les grandes surfaces peuvent continuer la vente de ces mêmes produits ne constitue pas non plus une atteinte au principe de lisibilité³⁷⁶. La lisibilité se retrouve parfois sans être directement nommée. Par exemple, le juge des référés a refusé d'alléger les couvre-feux et confinements pour les personnes vaccinées au nom de l'impossibilité pour les forces de l'ordre de reconnaître les personnes ayant complété leur schéma vaccinal des autres³⁷⁷. Derrière cette décision se retrouve la même problématique de cohérence des mesures gouvernementales pour ceux qui doivent les faire appliquer, en l'occurrence les forces de l'ordre.

179. La lisibilité apparaît ainsi comme un principe prometteur du droit administratif, voire fondamental pour faire front à l'inflation législative. Son maniement par le juge des référés pendant les états d'urgence apparaît en revanche plus douteux. Le principe de lisibilité semble en effet avoir été utilisé dans un sens unique. La lisibilité des actes de l'administration peut être opposée aux requérants, mais ceux-ci ne peuvent obtenir de l'administration une plus grande cohérence de ses actes. À ce titre, la lisibilité paraît être la justification commode des actions de l'administration de quelque nature qu'elles soient. L'alalio du juge des référés dans ce domaine est ainsi dommageable, si ce n'est sur le plan de la sauvegarde des libertés fondamentales, du moins du point de vue de la cohérence de son action. Pourtant, le principe

³⁷² CE, réf., 24 mars 2021, n° 450406.

³⁷³ CE, réf., 30 novembre 2020, n° 446201.

³⁷⁴ CE, réf., 11 mars 2020, n° 461570.

³⁷⁵ CE, réf., 22 avril 2021, n° 450334, précité.

³⁷⁶ CE, réf., 26 novembre 2020, n° 446432.

³⁷⁷ CE, réf., 6 mai 2021, n° 451940.

de lisibilité pourrait devenir à terme un principe exigeant imposé à l'administration, permettant aux requérants d'éviter de subir des revirements ou des exceptions dont elle fait parfois preuve.

180. L'omniprésence de cette notion devant le juge des référés ne semble toutefois pas avoir influé son principal instigateur. Obscurité et incohérence semblent en effet être les maîtres mots de l'action du juge des référés dans un certain nombre de contentieux, notamment ceux autour du port du masque. Alors que le gouvernement actait la généralisation du port du masque à l'extérieur, que le temps des pénuries de stocks était révolu et que le Conseil d'État lui-même sanctionnait les autorités de santé pour défaut de clarté dans leurs indications, la haute juridiction n'ordonne pas à l'administration pénitentiaire une généralisation de cette mesure dans le domaine carcéral³⁷⁸ malgré la promiscuité inhérente aux conditions de vie des prisonniers. Pire, le Conseil d'État entreprend de savants calculs pour décider des lieux au sein des établissements carcéraux soumis au port du masque ou non, soit l'exact inverse des injonctions de lisibilité formulées au Gouvernement.

181. Le caractère spécial du contrôle des lieux d'emprisonnement par le juge des référés a déjà été évoqué. Les solutions semblent plus favorables dans ce domaine que dans d'autres secteurs. Le Conseil d'État se désavoue lui-même avec cette solution. Il refuse d'endosser le rôle de juge-administrateur, mais impose à l'administration des calculs abscons pour déterminer les lieux de vie des détenus soumis au port du masque. Le Conseil d'État entend également préserver la *lisibilité* du droit, mais saucissonne arbitrairement les lieux de détention en différentes zones selon leur fréquentation supposée. Il fonde enfin son action sur les conseils des autorités sanitaires et scientifiques, mais ignore leurs recommandations dès qu'il s'agit de généraliser le port du masque.

182. L'appréhension de l'épidémie sous un angle matériel a de plus amené le Conseil d'État à adopter des solutions contraires, parfois à quelques semaines d'intervalles. Par exemple, dans des ordonnances de septembre 2020, le Conseil d'État refuse de censurer des arrêtés préfectoraux définissant de manière large des zones soumises au port du masque au nom du principe de lisibilité des mesures et de la virulence de l'épidémie, quitte à englober des zones peu fréquentées³⁷⁹, mais en atténuant parfois la portée de tels arrêtés³⁸⁰. Pourtant, quelques mois plus tard, la juridiction administrative impose au préfet de la Marne de mettre fin à la généralisation du port du masque au sein de son département et de le limiter aux seuls lieux

³⁷⁸ CE, 8 octobre 2020, n° 444741, *Syndicat des avocats de France*, précité.

³⁷⁹ CE, réf., 8 septembre 2020, n° 443752.

³⁸⁰ CE, ord. réf., 6 sept. 2020, n° 443750, précité.

considérés comme réellement à risques³⁸¹. Bien sûr, le contexte épidémique diffère sensiblement entre les deux ordonnances. Le principe même d'un contrôle de proportionnalité est d'adapter des mesures aux risques auxquels elles apportent une réponse. Néanmoins, la juridiction administrative se désavoue elle-même encore une fois en préconisant tout et son contraire à quelques mois d'intervalles. Le principe phare de lisibilité, que le juge entendait mettre en avant pour rassurer la population et lui permettre de s'adapter au mieux aux contraintes épidémiques semble s'évanouir à mesure que la pandémie régresse. Déjà évoquées précédemment, les solutions souvent très sévères du Conseil d'État sur la gestion de l'épidémie au sein des établissements carcéraux ont cédé progressivement à mesure que le choc créé par la survenue de l'épidémie s'est estompé³⁸². Le juge administratif a ainsi pu considérer conformes aux libertés fondamentales des dispositions qu'il considérait comme attentatoires aux libertés quelques mois plus tôt.

183. Le défaut de lisibilité et de cohérence des solutions du Conseil d'État s'explique en partie par l'instabilité de la situation sanitaire. Premièrement, le manque de connaissances scientifiques établies au sujet de la Covid-19 ont empêché le juge des référés de stabiliser sa jurisprudence. Le juge fondant en partie son action sur les rapports des autorités sanitaires, des incohérences peuvent apparaître à mesure que les connaissances des médecins sur la maladie se précisent. Le port du masque est ainsi un exemple topique, le Conseil refusant d'abord sa généralisation en partie sur son inutilité supposée, puis l'accepte précisément en raison de son efficacité. Ensuite, l'action gouvernementale elle-même souffre d'un défaut de cohérence. Le juge des référés refusant d'empiéter sur les plates-bandes du gouvernement ou des autorités compétentes en matière sanitaire, il ne pouvait qu'avaliser les revirements et changements au sein de la politique sanitaire. Enfin, la situation matérielle justifie en partie ces revirements, le juge ne pouvant fabriquer des masques ou du matériel de protection sanitaire faisant défaut à l'échelle nationale.

184. L'instabilité jurisprudentielle est certes compréhensible mais n'en demeure pas moins délétère pour les libertés fondamentales et la population. Le juge des référés autorise le gouvernement à adopter des mesures liberticides, qui seront annulées tambour-battant quelques mois plus tard. Le Conseil d'État se congratulait sur son site Internet parfois d'interdictions de mesures qu'il avait lui-même avaliser auparavant, comme l'interdiction de l'utilisation sans accord des parties de moyens de communication électronique entre un accusé et son conseil.

³⁸¹ TA. Châlons-en-Champagne, ord., réf., 10 mai 2021, n° 2100991.

³⁸² Voir plus haut.

Quant à la population, l'instabilité du juge des référés participe au climat d'instabilité inhérent à ce type de situation mais dont le juge des référés devait se garder de nourrir. Les réseaux sociaux paraissent peut-être de plus en plus déconnectés de la réalité politique et sociale du pays, mais le succès de vidéos ou de commentaires critiquant la supposée navigation à vue du gouvernement pendant l'état d'urgence sanitaire ne peuvent qu'interpeller, de même que certains articles très sévères de la doctrine sur les revirements au sein des politiques de lutte contre le virus³⁸³

185. Les solutions utilisées par le juge des référés ont ainsi subi des changements notables à mesure de l'avancée des connaissances sur le virus. Il est important de garder à l'esprit la volonté du juge de ne pas apparaître comme « un juge administrateur ». Cette versatilité du juge des référés s'étend également à la notion d'urgence, fondamentale dans le cadre des procédures d'urgence.

Paragraphe 2 – Le resserrement relatif de la notion d'urgence devant le juge des référés

186. Condition de validité des procédures étudiées, la notion d'urgence impose depuis longtemps un certain nombre d'interrogations. Dans son ouvrage de 2003 sur les référés administratifs d'urgence³⁸⁴, Paul Cassia interprétait la notion d'urgence devant le juge des référés comme le résultat d'une double interprétation de la situation du requérant par ledit juge, d'abord concrète puis générale et abstraite.

187. L'interprétation concrète de la notion d'urgence ne semble pas avoir subi de modifications lors des états d'urgence. Dans cette approche, l'urgence provient d'une triple condition alternative, issue de l'ordonnance du 19 janvier 2001 dite *Confédération nationale des radios libres*³⁸⁵ dans laquelle le juge précise que « la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. » Ces trois conceptions se sont retrouvées au sein des états d'urgence. Les associations ont pu défendre les intérêts qu'elles entendaient représenter, notamment les associations de défense des droits de l'Homme, comme la LDH intervenue au sein de

³⁸³ C. Dounot, « La démesure du “Pass sanitaire” », *D.*, 2021, p. 1386.

³⁸⁴ P. Cassia, « Les référés administratifs d'urgence », *LGDJ*, 2003, p. 83.

³⁸⁵ CE, sect., 19 janvier 2001, n° 228815, *Confédération nationale des radios libres*.

nombreuses audiences pendant les états d'urgence³⁸⁶. Les requérants ont également pu défendre leurs intérêts, notamment dans le cadre de l'état d'urgence terroriste. Enfin, l'intérêt public, le plus difficilement invocable devant le juge des référés³⁸⁷, a également trouvé sa place au sein du prétoire, notamment lorsque des requérants ont contesté l'utilisation d'un médicament comme palliatif pour certains malades du coronavirus. La dichotomie évoquée en introduction entre l'état d'urgence sanitaire, attentant aux libertés publiques de la grande majorité de la population, et l'état d'urgence terroriste, dont les mesures paraissaient plus individuelles se retrouve au sein de la notion d'urgence. La grande majorité des recours en procédure d'urgence introduits durant l'état d'urgence terroriste concernait des intérêts privés ou à portée limitée. Par exemple, une association de croyants défend son lieu de culte menacé de fermeture administrative, des particuliers contestent leur assignation à résidence, etc. Seuls les contentieux autour de l'utilisation de drones de surveillance relèvent d'un intérêt public évident.

188. À l'inverse, les recours concernant l'état d'urgence sanitaire concernaient régulièrement des intérêts publics ou des intérêts d'une frange importante de la population. Il en va ainsi des contentieux autour des conditions de vie des détenus qui défendaient les intérêts d'une catégorie particulière de la population ou des contentieux initiés par les familles de victimes de l'épidémie. L'intérêt public était également défendu lors des contentieux autour du port du masque ou des mesures de restriction de déplacement de la population. Certains recours concernaient cependant des situations individuelles, comme des accusés contestant l'extension de leur délai de jugement³⁸⁸.

190. La mobilisation par le juge des référés de plusieurs définitions de la notion d'urgence souligne la difficulté de mener un contrôle *a priori*, *a fortiori* durant des périodes d'état d'urgence, car la généralisation des atteintes aux libertés fondamentales impose d'appréhender des situations extrêmement diverses et autant légitimes les unes par rapport aux autres. C'est la raison pour laquelle la notion d'urgence a généré diverses interprétations. Aussi, la pratique de cette notion par le juge des référés ne diffère pas sensiblement de ses utilisations pendant les périodes hors états d'urgence. Elle apparaît ainsi comme une valve régulant l'accès au juge des référés. En effet, la condition d'urgence a rapidement été considérée comme un moyen de rationalisation de l'action du juge du référé-suspension³⁸⁹. Cette utilisation

³⁸⁶ Par exemple, CE, ord., 27 janvier 2016, précité.

³⁸⁷ O. Le Bot, « Le guide des référés administratifs », *Dalloz*, 2017, p. 189.

³⁸⁸ CE, 6 avril 2020, n° 439921.

³⁸⁹ P. Chrétien, « La notion d'urgence », *RFDA*, 2007, p. 38.

de la notion d'urgence s'impose dès lors que le référé-suspension est la procédure de référé principalement utilisée par les requérants, contentieux de l'éloignement du territoire excepté³⁹⁰.

191. Le contrôle concret de la condition d'urgence apparaît ainsi stable au cours des états d'urgence, au contraire sans doute de son appréciation générale et abstraite. Cette appréciation tend à réaliser un « contrôle global »³⁹¹ de la situation, en prenant en considération les intérêts publics et ceux des tiers en cas de modification de l'ordre normatif. La balance a été rééquilibrée en faveur des intérêts publics, comme évoqué précédemment. Néanmoins, ce rééquilibrage pouvait être prédit à partir d'une ordonnance de 2001 dans laquelle le juge du référé-suspension avait indiqué que la condition d'urgence n'était pas remplie du fait de l'intérêt général à établir des mesures de lutte contre la propagation de la fièvre aphteuse³⁹². Quant aux intérêts des tiers, ils apparaissent parfois en filigrane, notamment lors des mesures concernant le passe sanitaire et l'interdiction d'exercer toute profession médicale pour le personnel non-vacciné³⁹³. Les requérants ont en partie fondé leur argumentaire sur l'intérêt des patients à ce que les personnels vaccinés soient réintégrés dans les services hospitaliers pour faire face au flot de contamination.

192. Enfin, chacune des procédures d'urgence possède des caractéristiques propres dans l'appréhension de l'urgence, le référé-liberté s'attachant à protéger des libertés fondamentales illégalement menacées, tandis que le référé-suspension se concentre uniquement sur l'illégalité de la mesure contestée. C'est ici que l'influence des états d'urgence se fait le plus sentir. Le référé-liberté paraissait épargné par de tels débats, du fait de la place prépondérante de la notion de liberté fondamentale en son sein. Devant la violation d'une liberté fondamentale, l'urgence devient presque secondaire³⁹⁴. En effet, comment considérer qu'il n'y aurait pas urgence à mettre un terme à une violation grave et manifeste d'une liberté fondamentale ? Le rejet d'une requête pour défaut d'urgence apparaît même lié au défaut d'une atteinte à une liberté fondamentale du requérant³⁹⁵. Pour autant, les référés-libertés vont également être le lieu de retournement du juge des référés sur la question de l'urgence.

193. Cette conception somme toute classique va être le cœur de l'action du juge des référés pendant l'état d'urgence terroriste. Dans les décisions concernant les assignations à

³⁹⁰ O. Le Bot, le guide des référés administratifs, précité, p. 13.

³⁹¹ P. Cassia, Les référés administratifs d'urgence, précité, p. 83.

³⁹² CE, réf., 2 avril 2001, *Communauté d'agglomération de Laval*.

³⁹³ CE, réf., 30 juin 2022, n° 465040, précité.

³⁹⁴ P. Chrétien, « La notion d'urgence » précité.

³⁹⁵ O. Le Bot, le guide des référés administratifs, précité.

résidence de jeunes activistes environnementaux, le Conseil d'État³⁹⁶ a annulé les ordonnances des tribunaux administratifs qui ont dénié le caractère urgent de la situation d'un requérant visé par une telle mesure³⁹⁷. Le tribunal administratif appliquait pourtant la jurisprudence classique en la matière³⁹⁸. La haute juridiction considérait en effet « eu égard à son objet et à ses effets, notamment aux restrictions apportées à la liberté d'aller et venir, une décision prononçant l'assignation à résidence d'une personne [...] porte, en principe et par elle-même, sauf à ce que l'administration fasse valoir des circonstances particulières, une atteinte grave et immédiate à la situation de cette personne, de nature à créer une situation d'urgence ». Les qualités des concernés, dénués de tout lien avec la mouvance terroriste, visés par les mesures jouent sans doute beaucoup dans l'édiction de cette présomption³⁹⁹, qui sera tout de même conservée pendant toute la période de l'état d'urgence terroriste.

194. La présomption d'urgence du fait d'une atteinte à la liberté d'aller et venir est complètement abandonnée⁴⁰⁰, menaçant l'antique lien entre la violation d'une liberté fondamentale et la caractérisation de l'urgence. Le Conseil d'État a ainsi pu indiquer que « la circonstance [d]'une atteinte à une liberté fondamentale, portée par une mesure administrative, serait avérée n'est pas de nature à caractériser l'existence d'une situation d'urgence justifiant l'intervention du juge des référés dans le très bref délai prévu par les dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »⁴⁰¹. Un tel retournement de la part du juge du référé-liberté peut surprendre dans un premier temps, si ce n'est que l'urgence et les principes ont été sacrifiés sur l'autel de la rationalisation du contentieux administratif. Submergé par une vague sans précédent de demandes en référé-liberté contre les mesures sanitaires, le juge des référés doutait certainement de sa capacité à traiter efficacement l'ensemble des contentieux soumis à sa sagesse. En tout cas, la procédure de « tri » a fonctionné à plein régime pendant cette période⁴⁰². Dans le même temps, la présomption d'urgence pour les requêtes contestant une mesure issue de l'état d'urgence terroriste demeurait, comme le montre le contentieux de la dissolution des associations⁴⁰³. Un tel différentiel entre les états d'urgence interroge. Est-il conforme à la volonté des initiateurs de la réforme du 30 juin 2000 ?

³⁹⁶ CE, ord., 11 décembre 2015, n° 395009, précité.

³⁹⁷ Par exemple, TA. Rennes, 30 novembre 2015, n° 1505394, précité.

³⁹⁸ CE, ord., 7 juin 2011, n° 349817, *Malonga*.

³⁹⁹ L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « L'urgence dans tous ses états », précité.

⁴⁰⁰ CE, ord., Syndicat jeunes médecins, précité.

⁴⁰¹ CE, 7 décembre 2020, n° 446997.

⁴⁰² L. Roulet, « Pratique du tri et de la collégialité dans le cadre des référés-libertés "Covid-19" : l'écueil d'une "ajustice" administrative », *RDP*, 2022, p. 757.

⁴⁰³ CE, 16 mai 2022, n° 462954, précité.

Dans leur esprit, le juge du référé-liberté devait rester le juge de l'exceptionnel, intervenant dans un champ d'action limité mais disposant de larges prérogatives à l'encontre des actes de l'administration portant atteinte illégalement et manifestement aux libertés fondamentales⁴⁰⁴. Cette conception s'incarne dans les états d'urgence, dont le caractère liberticide et exceptionnel ne laisse guère de doute. La force des choses a rendu caduque cette conception, voire l'a inversée. Le juge du référé-liberté a dû faire face à un nombre sans précédent de recours au cours des états d'urgence. Un tel revirement peut décevoir, mais sans doute était-il nécessaire dès lors que le Conseil d'État avait réuni une *task force* d'une quinzaine de juge pour traiter des centaines de requêtes s'amoncelant sur le bureau du juge des référés.

195. Enfin, le référé-suspension va également être sollicité pendant les états d'urgence. Considérant la légalité de manière plus affirmée qu'un juge du référé-liberté puisant son inspiration pour les libertés fondamentales au sein de normes supra législatives, le juge du référé-suspension ne pouvait que pâtir de l'édiction de normes législatives liberticides puisqu'il devait contrôler la légalité de mesures liberticides sur le fondement d'une loi elle-même attentatoire aux libertés. Le juge du référé-suspension ne pouvait dès lors qu'avaliser un certain nombre de situations.

196. La notion d'urgence n'est pas simplement un détail technique de l'office du juge des référés. Elle fonde son action, permet sa rationalisation et la maîtrise de son extension. En étendant son office, ou au contraire en le restreignant, le juge des référés affirme de manière très nette sa position vis-à-vis de l'administration. Lorsqu'il étend la notion, sa capacité d'intervention croît également. Cette extension précoce de la notion d'urgence pendant les jeunes années de la réforme du 30 juin 2000 avait fait craindre à une partie de la doctrine le retour d'un juge administrateur⁴⁰⁵. La restriction, certes toute relative, de la notion indique au contraire que le juge des référés entendait relâcher son contrôle sur l'action de l'administration. La notion d'urgence a ainsi évolué à la marge sous l'effet des états d'urgence. Cette évolution a pourtant entraîné de lourdes conséquences sur la sauvegarde des libertés fondamentales, notamment lors de l'état d'urgence sanitaire avec les mesures de confinement, les restrictions de la liberté d'aller et venir, de la liberté de réunion, etc. L'instabilité de certaines notions et solutions jette une ombre certaine sur le bilan de l'action du juge des référés pendant les états d'urgence.

⁴⁰⁴ D. Labetoulle, « Genèse de la loi du 30 juin 2000 », *Le nouveau juge administratif des référés*, P. Wachsmann (sous la direction de) 2000, p. 15.

⁴⁰⁵ P. Chrétien, « La notion d'urgence », précité.

Conclusion

197. La conciliation des libertés fondamentales aux états d'urgence par le juge des référés s'est réalisée dans un contexte évidemment tendu et complexe. En plus des menaces terroristes ou sanitaires, le juge a dû composer avec un débat politique hautement inflammable, d'autant que certaines de ses solutions auraient pu être instrumentalisées à des fins partisans. Pourtant, le juge administratif a tenu son rôle quel que soit les circonstances, y compris au plus fort de l'épidémie. Cette action du juge des référés, évidemment imparfaite, a permis tout de même d'assurer un contrôle sur l'action des gouvernants pendant ces temps troublés et surtout dans des délais raisonnables permettant une action efficace du juge, c'est-à-dire au-delà des contentieux *a posteriori* (excès de pouvoir, indemnitaire) dont l'utilité reste sujette à caution dans ce type de contentieux. La plus grande liberté dont jouit traditionnellement l'Administration lors des états d'exception se confirme une nouvelle fois pour les états d'urgence, sans toutefois déborder trop fortement de son cadre originel. La crainte des auteurs s'intéressant aux états d'urgence quant à l'extension presque infinie de la législation extraordinaire au détriment de la législation ordinaire s'est révélée en partie infondée grâce à l'action du juge des référés. Les tentatives de débordement de l'administration envers ses prérogatives issues de la législation de l'état d'urgence ont ainsi pu être limitées autant que possible grâce à l'action du juge des référés. Les états d'urgence constituent le terrain de prédilection des procédures d'urgence. Leurs qualités, si elles apparaissent évidentes, peinent toutefois à masquer certaines faiblesses, notamment pour les contentieux mettant en jeu des expertises complexes, en l'occurrence dans le secteur médical.

198. Après mûre réflexion, le contentieux des états d'urgence paraît presque décevant pour l'observateur, tant nombre de décisions du juge des référés prennent leurs racines dans des contentieux antérieurs à ces états d'urgence. Ces derniers apparaissent ainsi comme des catalyseurs des procédures d'urgence, mettant en exergue leurs points forts et leurs défauts. Une telle continuité de l'action du juge des référés entre les périodes ordinaires et les états d'urgence doit sans doute s'inscrire à son crédit. Certains ont cependant pu s'émouvoir d'une telle continuité, y voyant le signe de la stagnation de la puissance du juge des référés quand les pouvoirs des gouvernants se renforçaient continuellement. Encore plus ennuyeux, cette continuité ne doit pas faire occulter un certain nombre de renoncements de sa part sur la cohérence de son action ou de ses principes traditionnels. Quant à la conciliation des libertés

avec les états d'urgence, elle ne pouvait que désoler les défenseurs les plus ardents des libertés fondamentales. Certains auteurs ont pu s'étonner que le juge n'utilise pas l'essentiel des pouvoirs à sa disposition. Cette affirmation paraît juste, tant les pouvoirs du juge du référé-liberté sont importants en comparaison de certaines de ses mesures. Mais c'est oublier le compromis sur lequel cette mesure a été bâtie : soit la procédure dispose d'un champ d'application large mais de pouvoirs amoindris, soit son champ d'application est restreint en échange d'un pouvoir renforcé. Comme indiqué précédemment, le choix du législateur s'était porté sur la deuxième option au moment de la réforme du 30 juin 2000. La force des choses, et de la massification du recours au référé-liberté pendant les états d'urgence, a toutefois obligé le juge à ouvrir davantage son office. Pour ne pas dénaturer complètement l'œuvre du législateur, le retour à l'alternative proposée par celui-ci reste une solution compréhensible. Il en résulte toutefois un enrichissement de ces libertés fondamentales, désormais éprouvées dans des contextes extrêmement liberticides.

199. En réalité, la focalisation des critiques de la doctrine sur un faible nombre de décisions (*Cédric D.* et autres et l'ordonnance du 8 avril 2020 sur les droits des prisonniers principalement) démontre une certaine efficacité de l'action générale du juge des référés, malgré des ombres qui subsistent. En point d'orgue de ces difficultés apparaît le traitement des détenus par l'action du juge des référés. Sa trop grande timidité dans ce domaine a ainsi entraîné des conséquences délétères non seulement sur les droits fondamentaux des détenus, mais également sur leur situation sanitaire pendant l'épidémie. Il reste néanmoins à inscrire au crédit du juge de l'urgence d'avoir su éviter un laisser-faire total de l'administration dans des contextes liberticides.

200. Enfin, il reste à conclure que, malgré les nombreuses incertitudes émises avant, pendant et après les états d'urgence, les référés d'urgence administratifs ont su tenir toute leurs promesses pendant les états d'urgence mais sans doute d'une façon inattendue. Sauf à considérer que le juge du référé doit dépasser le cadre de ses compétences et ignorer les lois instaurant les états d'urgence, l'action menée durant ces périodes ne peut être fondamentalement critiquée sur une supposée complaisance avec les gouvernants. Si le juge du référé ne peut qu'avaliser l'extension des compétences de police de l'Administration inhérente à l'état d'urgence et aux états d'exception de manière plus générale, il semble tout de même avoir prouvé son utilité en empêchant l'Administration d'outrepasser trop fortement ses prérogatives, tant dans le champ d'action qui lui a été confié que dans les mesures prises pour lutter contre les différents fléaux. Pour certains, il s'agit peut-être d'une victoire à la Pyrrhus,

en raison des renoncements consentis pendant cette période. En réalité, l'extension démesurée des prérogatives de l'administration a été évitée en partie grâce aux pouvoirs du juge des référés, ce qui souligne ses qualités en tant que contre-pouvoir effectif de l'Administration.

Bibliographie

I - Articles

ACH Nelly, « Police et morale », in *La Police administrative*, Charles Vautrot-Schwarz (sous la direction de), Thémis, Essais, PUF, Paris, 2014, p. 99.

AFROUKH Mustapha, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'Homme », *RFDA*, 2016, p. 685.

ALONSO Christophe, « Les contours de l'office du juge du référé-liberté durant l'état d'urgence », *AJDA*, 2016, p. 1303.

ALONSO Christophe, « le référé-liberté, la police administrative et l'état d'urgence : contexte actuel », *AJ Collectivités territoriales*, 2016, p. 552.

AUDIT Pierre-Emmanuel, « Le Conseil d'État et la légalité de l'utilisation des drones : quelle place pour la vie privée ? », *D.*, 2020, p.1336.

BACHELIER Gilles, « Le référé-liberté », *RFDA*, 2002, p. 261.

BARANGER Denis, « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, 2016, p. 355.

BEAUFILS Cyrille et MALVERTI Clément, « Le référé en liberté », *AJDA*, 2020, p. 1154.

BERTRAND Brunessen et SIRINELLI Jean, « L'affaire *Doctolib* devant le Conseil d'État, le secret de la Licorne », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 518.

BLANCO Florent, « Les référés au fond de la loi du 30 juin 2000 », *AJDA*, 2020, p. 1367.

BON Pierre « Le burkini au Conseil d'État », *RFDA*, 2016, p. 1227.

BRETONNEAU Aurélie et LESSI Jean, « Référé, l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, p. 1484.

BROYELLE Camille, « Les mesures ordonnées en référé », *RFDA*, 2007, p. 73.

BROYELLE Camille, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 1355.

CASTEL Delphine, « L'État de droit (co)vidé de sens ? », *JA 2020*, n°618, p.12.

CHEVALIER Emilie, « État d'urgence sur la liberté d'aller et venir des supporters », *JS*, 2016, p.33.

COSTA Delphine, « Le référé-suspension à l'épreuve du temps », *AJDA*, 2020, p. 1348.

CHRETIEN Patrice, « La notion d'urgence », *RFDA*, 2007, p. 38.

DONNAT Francis et CASAS Didier, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Dr. Adm.* 2004, Etudes n°9, p. 12.

DORE François et NGUEYEN-DUY Pearl, « Le contrôle du juge administratif à l'épreuve du terrorisme, l'exemple des interdictions de territoire », *AJDA*, 2016, p. 886.

DOUNOT Cyrille, « La démesure du "Pass sanitaire" », *D.*, 2021, p. 1386.

DUBREUIL Charles-André, « Le référé-provision, référé administratif au fond ? », *RFDA*, 2007, p. 1005.

DUPRE DE BOULOIS Xavier et MILANO Laure, « Le juge administratif et la convention européenne des droits de l'Homme », *RFDA*, 2017, p. 762.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis et ODINET Guillaume, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, p. 247.

FALLON Damien, « État d'urgence, assignations à résidence et référé-liberté », *AJDA*, 2016, p. 269.

FAURE Bertrand, « État d'urgence sanitaire et pouvoir municipal », *AJDA*, 2020, p. 1013.

FLEURIOT Caroline, « État d'urgence : le Conseil d'État très "attentif" à la préservation des compétences du juge judiciaire », *Dalloz actualités*, 20 janvier 2016.

FRIEDRICH Clemmy, « Le référé-liberté en carence de l'administration », *RDP*, 2018, p. 1297.

GERVIER Pauline, « Concilier l'ordre public et les libertés, un combat continu », *AJDA*, 2016, p. 2122.

GONDOUIN Geneviève, « L'oralité dans la procédure de référé », *RFDA*, 2007, p. 68.

GRUNDLER Tatiana, « Le juge comme remède à la défiance en santé ? », *RDSS*, 2021, p. 109.

JAN Pascal, « Du dialogue à la concurrence des juges », *RDP*, 2017, p. 341.

JENNEQUIN Anne, « La dignité de la personne détenue », *RFDA*, 2016, p. 1082.

JOBART Jean-Charles, « État d'urgence étatique et ordre public communal », *AJ collectivités territoriales*, 2016, p. 544.

JUSSEAUME Anne, « Résistances à la laïcisation, le maintien des congrégations soignantes dans les arrondissements parisiens sous la Troisième République, de 1880 à 1914 », *Histoire urbaine*, 2018/2, n°52, p. 49.

KOHLHAUER Elsa, « La notion de droit fondamental dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RFDA*, 2022, p. 305.

LABETOULLE Daniel, « Le référé nouveau est arrivé », *AJDA*, 2001, p. 211.

LABETOULLE Daniel, « Genèse de la loi du 30 juin 2000 », *Le nouveau juge administratif des référés*, P. Wachsmann (sous la direction de) Strasbourg, P.U.S., Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série n°5, 2002, p. 15.

LACOSTE LAREYMONDIE Augustin (de), « Le risque d'atteinte à la liberté fondamentale suffit-il pour restreindre l'exercice d'autres libertés fondamentales ? », *LPA*, 29 avril 2020, n°153h6, p. 22.

LANTERO Caroline, « Présentation et quelques réflexions sur les concurrences et complémentarités du juge des référés et du juge du fond », *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, Bilan critique d'une réforme exemplaire*, Colloque, Université Clermont Auvergne, 30 juin 2021, *RFDA*, 2021, p. 639.

LE BOT Olivier, « Référé-liberté et état d'urgence », *LPA*, 2016, p. 8.

LE BOT Olivier, « Prorogation de l'état d'urgence et mesure de lutte anti-terroriste », *AJDA*, 2016, p. 1914.

LE BOT Olivier, « Les perquisitions administratives en état d'urgence », note sous Conseil d'État, 6 juillet 2016, *Napol et autres*, n°398234 », *RFDA*, 2016, p. 943.

LE BOT Olivier, « Un état d'urgence permanent ? », *RFDA*, 2017, p. 1115.

LE BOT Olivier, « Vingt ans de référé-liberté », *AJDA*, 2020, p. 1342.

LE BOT Olivier, « Le référé-liberté est-il victime de son succès ? », *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, Bilan critique d'une réforme exemplaire*, Colloque, Université Clermont Auvergne, 30 juin 2021, *RFDA*, 2021, p. 639.

LINGIBE Patrick, « Vaccination et liberté d'aller et venir : application du principe de précaution par le Conseil d'État », *Gaz. Pal.*, 2021, p. 420.

MAUPIN Emmanuelle, « Encadrer l'état d'urgence de garde-fous », *AJDA*, 2020, p. 2473.

MONTECLER Marie-Christine (de), « Le juge administratif face à l'état d'urgence », *AJDA*, 2016, p. 70.

MONTECLERC Marie-Christine (de), « Le maire presque privé de pouvoirs de police pour lutter contre le coronavirus », *AJDA*, 2020, p. 815.

MORALES Martin, « L'office du juge du référé-liberté à l'épreuve du principe d'impartialité », *RDP*, 2018, p.115.

MUCCHIELLI Julien, « Un référé-liberté contre l'état d'urgence permanent », *Dalloz actualité*, 27 janvier 2016.

PASTOR Jean-Marc, « Des référés-liberté tous azimuts », *AJDA*, 2020, p. 756.

PASTOR Jean-Marc, « Le droit d'accès au juge est-il préservé pendant la crise sanitaire ? », *AJDA*, 2020, p. 814.

PAULIAT Hélène, « Le Conseil d'État, gardien de l'état d'urgence ou des libertés ? », *RDP*, 2021, p. 247.

PETIT Jacques, « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 833.

PONTIER Jean-Marie, « La moralité publique », *AJDA*, 2022, p. 384.

POUPEAU Diane, « Office du juge saisi d'une demande d'annulation d'assignation à résidence », *Dalloz actualité*, 21 mars 2016.

REDOR-FICHOT Marie-Joelle, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les droits et libertés que la Constitution garantit », *CRDF*, vol. 9, 2011, p.45.

RENAULT Thérèse, « Du rififi chez les juges », *AJDA*, 2016, p. 1677.

ROBLOT-TROIZIER Agnès, « Assignations en résidence en état d'urgence », *RFDA*, 2016, p. 123.

ROBLOT-TROIZIER Agnès, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p.424.

ROBLOT-TROIZIER Agnès et TUSSEAU Guillaume, « Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2017, p. 539.

ROULET Louis, « Pratique du tri et de la collégialité dans le cadre des référés-libertés "Covid-19" : l'écueil d'une "ajustice" administrative », *RDP*, 2022, p. 757.

ROULHAC Cédric, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative – retour sur l'appropriation du 'triple test de proportionnalité' par le juge administratif », *RFDA*, 2018, p. 343.

SCHMITZ Julia, « L'entêtement carcéral du juge du référé-liberté », *AJDA*, 2021, p. 41.

SIRINELLI Marie, « Police administrative et terrorisme : quel contrôle juridictionnel ? », *RFDA*, 2013, p. 1024.

SLAMA Serge « Constat d'insalubrité des Baumettes : de la justiciabilité à l'effectivité du contrôle sur les conditions de détention par le juge des référés-liberté », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 déc. 2012.

STIRN Bernard, « La pratique du référé devant le Conseil d'État », Justice et Cassation, 2005, p. 164.

STRICKLER Yves, « Réflexions sur le référé-judiciaire : retour sur le provisoire », *Le nouveau juge administratif des référés*, P. Wachsmann (sous la direction de) Strasbourg, P.U.S., Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série n°5, 2002, p. 73.

SYMCHOWICZ Nil, « État d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police », *AJDA*, 2020, p. 2001.

TESTARD Christophe, « A la recherche de l'utilité du référé mesures-utiles », *RFDA*, 2021, n°4, p. 66.

TREMOLIERE Alexandre, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *RFDA*, 2017, p. 731.

TROPER Michel, « Chapitre III. L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *Le droit et la nécessité*, M. Troper (Sous la direction de.), Presses Universitaires de France, 2011, p. 99.

TRUCHET Didier, « Covid-19 : point de vue d'un "administrativiste sanitaire", *blog.juspoliticum.com*, 27 mars 2020.

TUKOV Christophe, « L'autorité judiciaire gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », *AJDA*, 2016, 936.

VANDERMEEREN Roland, « Commentaire de la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *AJDA*, 2000, p. 706.

VIALA Alexandre, « L'état d'urgence sanitaire et la tentation de l'épistocratie », *RDP*, 2021, p. 55.

WACHSMANN Patrick, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA*, 2007.

II – Ouvrages juridiques Généraux et Spécialisés

BEAUD Olivier et GUÉRIN-BARGUES Cécile, *L'état d'urgence*, LGDJ, 2016.

CASSIA Paul, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, 2003.

DUHAMEL Olivier et MÉNY Yves (sous la direction de.), *Dictionnaire constitutionnel*.

FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, *Droit administratif*, 2019, 12^e édition.

FONTBAUSTIER Laurent, *Manuel de Droit de l'environnement*, PUF, 2018, 1^{ère} édition.

FOULON Marcel et STRICKLER Yves, *Les référés en la forme*, Dalloz, 2013.

LE BOT Olivier, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté : Etude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Thèse, 2007.

LE BOT Olivier, *Le guide des référés administratifs*, Dalloz, 2017.

LEROY Paul, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, LGDJ, Thèses, 1966.

LE PRADO Didier (sous la direction de), *L'état de droit et la crise sanitaire*, Actes de la conférence du 17 juin 2021, Société de législation comparée, Collection Colloques, Volume 50, 2022.

LOCHAK Danièle, *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1994.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DEVOLVE Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 22e édition, 2019.

SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, 2001, PUF.

TROPER Michel (Sous la direction de), *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011.

VAUTROT-SCHWARZ Charles (sous la direction de), *La police administrative*, Thémis, essais, PUF, 2014.

WACHSMANN Patrick (sous la direction de), *Le nouveau juge administratif des référés*, Strasbourg, P.U.S., Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série n°5, 2002.

III - Presse

ANDRE Jérémy et LEPLONGEON Marc, « Le gouvernement n'a pas dit la réalité sur les masques, selon Delfraissy », *Le Point*, 22 juillet 2022.

BOURDON William et BRENGARTH Vincent, « Le Conseil d'État se dévitalise alors qu'il devrait être l'ultime bastion des libertés », *Le Monde (site web)*, 12 avril 2020.

COLLECTIF CERCLE DROIT ET DEBAT PUBLIC, « Expulsion d'Hassan Iquioussen : "Au nom de l'État de droit, le Tribunal administratif de Paris désarme l'État de droit" », *Le Figaro*, 8 août 2022.

GORCE Bernard, « "Il ne faut pas opposer la liberté à la sécurité", Bruno Lasserre, Vice-Président du Conseil d'État », *La Croix*, 20 juillet 2020, p. 6.

JACQUIN Jean-Baptiste, « L'assignation à résidence de militants écologistes devant le Conseil d'État », *Le Monde*, 10 décembre 2015.

MARGUERITAT Elsa, « Quand le pouvoir du juge (surtout européen) remet en cause la démocratie », *Marianne*, 16 avril 2022.

MERCHET Jean-Dominique, « L'état d'urgence, un dispositif dont l'efficacité s'amenuise avec le temps », *L'Opinion*, 21 juillet 2016.

ROGER Patrick, « "La ligne de crête" du Conseil d'État sur les référés », *Le Monde*, 6 avril 2020, p. 11.

SCHETTL Jean-Éric, « Sollicité de toute part, le juge ne doit pas sortir de son rôle », *Le Figaro*, 6 avril 2020.

IV - Autres

AGAG-BOUDJHALAT Fatiha, *Combattre le voilement : Entrisme islamiste et multiculturalisme*, Paris, Éditions du Cerf, 2019.

CAHUC Pierre et ZYLBERBERG André, *Le négationnisme économique et comment s'en débarrasser*, 2016, Flammarion.

Conseil d'État, *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, Etude annuelle 2021, 29 septembre 2021.

JOUVEL Bernard, « Discours prononcé lors du colloque sur "le statut du magistrat" organisé en partenariat avec l'université Panthéon-Assas (Paris 2) et l'association française pour l'histoire de la justice (AFHJ) », 18 décembre 2015.

LASSERRE Bruno, « Le Conseil d'État face à la crise sanitaire du Covid-19 », *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 58, 2/2021, str. 401-417.

PLATON, *La République*.

JOMIER Bernard, "Le gouvernement instrumentalise nos instances de santé publique", *Public Sénat*, 3 février 2022, YouTube.

« Règlement intérieur du conseil scientifique Covid 19 » [archive], sur *solidarités-santé.gouv.fr*, 15 et 30 avril 2020.

« Olivier Véran installe un conseil scientifique » [archive], sur *solidarités-santé.gouv.fr*, 11 mars 2020.

Table de jurisprudence administrative

I – Arrêts et avis du Conseil d’État

CE, 28 juin 1918, n° 63412, *Heyriès*, § 8

CE, Ass., 22 décembre 1978, n° 11604, *Ministre de l’Intérieur c/ M. X*, § 96

CE, ass., 11 octobre 1991, n° 128128, *Ministre de l’intérieur c/ Diouri*, § 25

CE, 17 décembre 1997, n° 130319, § 176

CE, 3 mars 2003, n° 238662, *Ministre de l’intérieur c/ Rakhimov*, § 26

CE, Ass., 6 juillet 2016, n° 398234, § 74

CE, 1^{ère} chambre, 21 juillet 2017, n° 408059, § 176

CE, 2 juillet 2021, n° 451741, § 79

CE, 22 juillet 2022, n° 451456, § 77, 79

II – Ordonnances

A – Ordonnances hors période d’état d’urgence terroriste ou sanitaire

CE, sect., 19 janvier 2001, n° 228815, *Confédération nationale des radios libres*, § 187

CE, réf., 31 janvier 2001, *Saint Laurent du Var*, § 91

CE, réf., 2 avril 2001, *Communauté d’agglomération de Laval*, § 191

CE, réf., 31 mai 2001, *Commune d’Hyères les Palmiers*, § 40

CE, ord., 7 juin 2011, n° 349817, *Malonga*, § 193

TA Cergy Pontoise, réf., 29 juin 2001, n° 012893, *Menadjou Piwele*, § 92

CE, réf., 11 octobre 2001, *Hauchemaille*, § 83

CE, Sect., 30 octobre 2001, n° 238211, *Ministre de l’intérieur c/ Tliba*, § 83

CE, 15 mars 2002, *Delaplace*, § 95

CE, ord., 30 décembre 2002, n° 240430, *Ministre de l’aménagement du territoire et de l’environnement c/ Carminati*, § 93

CE, ord., 16 février 2004, n° 264314, § 130

CE, ord. 25 août 2005, n° 284307, § 130

CE, 20 décembre 2005, n° 288253, *Rollin*, § **43**

CE, réf., 18 avril 2006, n° 291692, § **176**

CE, ord., 6 mars 2008, n° 313915, § **93**

CE, 29 octobre 2009, n° 332898, § **108**

CE, ord., 16 juin 2010, n° 340250, *Diakité*, § **97**

TA, Montpellier, ord., 12 janvier 2011, n° 110063, § **169**

CE, réf., 16 novembre 2011, n° 353172, § **122**

TA. Lyon, ord., 25 avril 2012, n° 1202684, § **169**

TA Marseille, ord., 13 décembre 2012, n° 1208103, *Section française de l'observatoire internationale des prisons*, § **94, 161**

CE, ord., 22 décembre 2012, n° 364584, *Section française de l'observatoire internationale des prisons*, § **94, 157, 161**

TA Paris, ord., 31 octobre 2013, n° 1315396/9, *Association Droit au logement de Paris et environs*, § **76**

CE, ord., 9 janvier 2014, n° 374508, *Société Les Productions de la Plume et M. D.*, § **37, 129**

TA Fort-de-France, ord., 17 octobre 2014, n° 1400673, § **157**

CE, ord., 30 juillet 2015, n° 392043, *Section française de l'observatoire international des prisons [OIP-SF]*, § **157**

CE, 28 juillet 2017, n° 410677, *Section française de l'observatoire international des prisons*, § **157**

CE, réf., 13 décembre 2017, n° 415207, § **122**

CE, réf., 26 juillet 2018, n° 422237, § **167**

CE, réf., 20 mai 2022, n° 463713, § **137**

B – Ordonnances liées à l'état d'urgence terroriste

1) 2015

TA. Rennes, 30 novembre 2015, n° 1505394, § **143, 193**

TA Melun, 3 décembre 2015, n° 1509659, § **54**

CE, sect., 11 décembre 2015, n° 395009, *Cédric D.*, § **26, 46, 94, 96, 143, 165, 193**

CE, ord., 29 décembre 2015, n° 395590, § 26

2) 2016

CE, ord., 4 janvier 2016, n° 395622, § 53

CE, 6 janvier 2016, n° 395653, § 123

CE, 15 janvier 2016, n° 395091 et n° 395092, *Ligue des droits de l'Homme*, § 97

CE, ord., 16 janvier 2016, n° 404787, § 100

CE, ord., 27 janvier 2016, n° 396220, *Ligue des droits de l'Homme*, § 24, 43, 188

CE, 29 janvier 2016, n° 396449, § 27

CE, 12 février 2016, n° 396738, § 27

CE, 23 février 2016, n° 396872, § 100

CE, 25 février 2016, n° 397176, § 26

CE, ord. 25 février 2016, n° 397153, § 130

CE, ord., 20 mai 2016, n° 399692, § 53

CE, 25 juillet 2016, n° 400777, § 133

CE, ord., 5 août 2016, n° 402139, § 110

CE, ord., 12 août 2016, n° 402348, § 110

CE, ord., 19 août 2016, n° 402457, § 26

TA Nice, réf., 22 août 2016, n° 1603508, § 146

CE, ord., 23 août 2016, n° 402571, § 110

CE, 23 novembre 2016, n° 404916, § 53

CE, 6 décembre 2016, n° 405476, § 26, 131, 133

CE, 7 décembre 2016, n° 404984, § 26

3) 2017

CE, réf., 25 avril 2017, n° 409575, § 138

4) Ordonnances postérieures à la fin de l'état d'urgence terroriste

CE, réf., 11 janvier 2018, n° 416398, § 55, 131, 133

CE, ord., 25 novembre 2020, n° 446303, § 133

CE, ord. 29 novembre 2021, n° 458385, § **131**

CE, réf., 3 mai 2021, n° 451743, § **138, 145**

CE, 16 mai 2022, n° 462954, § **145, 194**

CE, réf., 26 avril 2022, n° 462685, § **124, 135**

CE, 21 juin 2022, n° 464648, § **150, 151**

C – Ordonnances liées à l'état d'urgence sanitaire

1) **2020**

CE, réf., 11 mars 2020, n° 461570, § **178**

CE, 19 mars 2020, n° 439592, *Association pour le patrimoine martiniquais et autres*, § **87, 168**

CE, ord., 22 mars 2020, n° 469674, *Syndicat des jeunes médecins*, § **62, 168**

CE, 2 avril 2020, n° 439844, § **42, 167**

CE, 3 avril 2020, n° 439894, § **46, 97**

CE, 3 avril 2020, n° 439877, *Union des jeunes avocats de Paris*, § **102, 158**

CE, réf., 7 avril 2020, n° 439806, § **167**

CE, 6 avril 2020, n° 439921, § **188**

CE, 8 avril 2020, n° 439821, § **158**

CE, 8 avril 2020, n° 439827, § **158**

CE, 8 avril 2020, n° 439894, § **158**

CE, 14 avril 2020, n° 439899, § **159**

CE, 15 avril 2020, n° 439910, *Association Coronavictimes*, § **37**

CE, 15 avril 2020, n° 439948, *Syndicat des jeunes médecins*, § **56, 112, 194**

CE, réf., 15 avril 2020, n° 440002, § **126, 169, 170**

CE, 17 avril 2020, n° 440057, *Ville de Sceaux*, § **34, 62**

CE, réf., 20 avril 2020, n° 439983, § **166**

CE, ord., 30 avril 2020, n° 440179, § **92, 124**

CE, ord., 7 mai 2020, n° 440151, *Ordre des avocats du barreau de Martinique* § **163, 168**

CE, réf., 18 mai 2020, n° 440366, § **135**

CE, ord., 18 mai 2020, n° 440442, § **112**
CE, ord., 18 mai 2020, n° 440445, § **112**
CE, réf., 10 juillet 2020, n° 441316, § **34**
TA Toulouse, 4 septembre 2020, n° 2004355, *Syndicat des avocats de France*, § **161**
CE, réf., 6 septembre 2020, n° 443750, § **177, 182**
CE, réf., 6 septembre 2020, n° 443751, § **177**
CE, réf., 8 septembre 2020, n° 443752, § **182**
CE, 8 octobre 2020, n° 444741, *Syndicat des avocats de France*, § **160, 180**
CE, ord., 13 octobre 2020, n° 444937, § **113**
CE, ord., 19 octobre 2020, n° 439372, § **161**
CE, réf., 25 novembre 2020, n° 446615, § **133, 177**
CE, réf., 26 novembre 2020, n° 446432, § **178**
CE, réf., 30 novembre 2020, n° 446201, § **177**
CE, 7 décembre 2020, n° 446997, § **194**
CE, réf., 11 décembre 2020, n° 441676, § **167**
CE, ord. 22 décembre 2020, n° 446155, *La Quadrature du Net*, § **112**

2) **2021**

CE, ord., 5 février 2021, n° 449081, § **35, 162**
CE, ord., 12 mars 2021, n° 449743, § **92**
CE, ord., 12 mars 2021, n° 450163, *InterHop*, § **114**
CE, réf., 12 mars 2021, n° 450315, § **167**
CE, réf., 24 mars 2021, n° 450406, § **177**
CE, ord., 1^{er} avril 2021, n° 450956, *M. B.*, § **125**
CE, 15 avril 2021, n° 451390, § **135, 138**
CE, 22 avril 2021, n° 450334, § **56, 178**
CE, réf., 23 avril 2021, n° 451276, § **162**
CE, réf., 6 mai 2021, n° 451940, § **178**

TA. Châlons-en-Champagne, ord., réf., 10 mai 2021, n° 2100991, § **182**

CE, réf., 11 juin 2021, n° 453326, § **42, 138**

CE, 12 juin 2021, n° 453513, § **135**

CE, réf., 22 juin 2021, n° 452210, § **170**

CE, ord., 6 juillet 2021, n° 453505, § **115**

CE, 15 juillet 2021, n° 454401, § **136**

CE, 4 août 2021, n° 447916, § **158**

CE, ord., 12 octobre 2021, n° 456917, § **36**

CE, réf., 22 novembre 2021, n° 456924, § **162**

CE, réf., 14 décembre 2021, n° 458876, § **124**

3) 2022

CE, réf., 11 janvier 2022, n° 460002, § **33**

CE, réf., 27 janvier 2022, n° 460594, § **168**

CE, réf., 31 mai 2022, n° 459085, § **136**

CE, réf., 30 juin 2022, n° 465040, § **136, 191**

TA Nice, 8 juillet 2022, n° 2203325, § **63**

Table des matières

<u>Sommaire</u>	7
<u>Abréviations</u>	9
<u>Introduction</u>	11
<u>Partie I – L’arbitrage délicat par le juge des référés des changements institutionnels pendant les états d’urgence</u>	21
<u>Chapitre 1 – Les référés administratifs d’urgence, vecteurs des inquiétudes politiques issues des états d’urgence</u>	21
<u>Section 1 – L’incidence sur l’action du juge des référés de problématiques communes aux états d’urgence</u>	22
<u>Paragraphe 1 - L’accroissement du poids des experts au sein du débat public</u>	22
<u>Paragraphe 2 - La génération d’inquiétudes politiques par l’action du juge administratif</u>	28
<u>Section 2 – La médiation des relations entre les différents acteurs des états d’urgence à travers l’action du juge administratif</u>	34
<u>Paragraphe 1 – Le rôle médiateur du juge des référés entre le gouvernement et les citoyens</u>	34
<u>Paragraphe 2 – Une médiation largement favorable à l’administration centrale ou déconcentrée</u>	40
<u>Chapitre 2 – L’approfondissement des évolutions des référés d’urgence pendant les états d’urgence</u>	45
<u>Section 1 – Une concurrence accrue entre les procédures administratives</u>	45
<u>Paragraphe 1 – L’accélération de l’autonomisation inachevée des procédures de référés par rapport aux recours au fond</u>	45
<u>Paragraphe 2 – Une préférence discutable du référé-liberté au détriment du référé-suspension</u>	50
<u>Section 2 – La poursuite de la diversification des sources invocables devant le juge des référés</u>	54
<u>Paragraphe 1 : La diversification des sources d’inspiration du juge du référé</u>	54
<u>Paragraphe 2 : L’approfondissement du dialogue entre le juge du référé et les autres juges</u>	58
<u>Partie II – Le maintien d’un contrôle juridictionnel important de l’Administration</u>	63
<u>Chapitre 1 – La construction d’un édifice jurisprudentiel protecteur des libertés</u>	63
<u>Section 1 – La modernisation du champ de contrôle du juge des référés face aux états d’urgence</u>	63
<u>Paragraphe 1 – La considération nouvelle de la protection des données de la part du juge du référé</u>	64

<u>Paragraphe 2</u> – La relecture d’un certain nombre de droits et libertés à la lumière des états d’urgence...	69
<u>Section 2</u> – Le contrôle du champ de l’état d’urgence.....	73
<u>Paragraphe 1</u> – La restriction de la notion d’ordre public à ses composantes matérielles.....	73
<u>Paragraphe 2</u> – Le juge face à la problématique de l’expansion incontrôlée de l’état d’urgence.....	79
<u>Chapitre 2</u> – L’instabilité d’un édifice jurisprudentiel soumis aux contraintes des états d’urgence.....	87
<u>Section 1</u> – Le spectre du « juge administrateur » et l’inhibition partielle de son contrôle des carences matérielles de l’Administration.....	87
<u>Paragraphe 1</u> – La naissance d’une jurisprudence peu contraignante sur les carences matérielles de l’Administration dans le domaine carcéral.....	87
<u>Paragraphe 2</u> – L’extension mesurée mais dommageable de la jurisprudence sur les carences matérielles de l’Administration en dehors du domaine carcéral lors de l’état d’urgence sanitaire.....	92
<u>Section 2</u> – Des solutions parfois versatiles au détriment des libertés fondamentales.....	96
<u>Paragraphe 1</u> – Le défaut de lisibilité de certaines solutions adoptées par le juge des référés	96
<u>Paragraphe 2</u> – Le resserrement relatif de la notion d’urgence devant le juge des référés.....	101
Conclusion	107
Bibliographie	110
Table de jurisprudence administrative	117
Sommaire	123