



HAL
open science

”Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d’État dans le talweg gouvernemental”

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. ”Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d’État dans le talweg gouvernemental”. *Actualité juridique Pénal*, 2020, 05, pp.235-239. halshs-02612890

HAL Id: halshs-02612890

<https://shs.hal.science/halshs-02612890v1>

Submitted on 16 Feb 2023

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

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

Copyright

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

AJ Pénal 2020 p.235

Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental (1)

Serge Slama, *Professeur de droit public, Université Grenoble-Alpes, CESICE*

Que retiendra la postérité de l'attitude du Conseil d'État, comme juge garant des libertés fondamentales, dans ces deux premiers mois de crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19, en particulier s'agissant du sort réservé aux personnes privées de liberté ? Réagissant à l'ordonnance rendue le 3 avril 2020 par le juge des référés (2), le président de l'ordre des avocats aux Conseils, Louis Boré, qu'on n'accusera pas d'être hostile, par principe, aux juges du Palais-Royal, a, le mieux, saisi cet instant (non warholien) en relevant que « c'est la première fois depuis la loi des suspects de 1793 que l'on ordonne que des gens restent en prison sans l'intervention d'un juge » (3). Sous la Terreur, cette loi « de prairial » avait en effet prescrit « immédiatement après la publication du présent décret » que « tous les gens suspects [encore libres] qui se trouvent dans le territoire de la République [...] seront mis en état d'arrestation ».

Sous état d'urgence sanitaire (EUS) proclamé le 23 mars 2020 (4), le Conseil d'État valide, sans sourciller, l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale, prise sur le fondement de la loi n° 2020-290 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19. Par ces dispositions, le Gouvernement a prescrit la prolongation de « plein droit » de deux (pour les peines correctionnelles) à six mois (pour les peines criminelles) des détentions provisoires ou assignations à résidence sous surveillance électronique (5). Ces prolongations étant également applicables aux mineurs âgés de plus de seize ans, en matière criminelle ou s'ils encourent une peine d'au moins sept ans d'emprisonnement (6). Pire, la garde des Sceaux a aggravé le caractère scélérat de cette ordonnance par une circulaire du 26 mars (NOR : JUSD2008571C), non moins scélérate (7). Et, là aussi le juge des référés du Conseil d'État a rejeté, au tri (8), le référé-liberté introduit par les représentants de la profession et de syndicats d'avocats (9) mais aussi, de manière tout aussi expéditive et radicale, un référé-suspension (10).

Mais cette série d'ordonnances, qui de l'avis de nombreux universitaires a contribué à placer « l'État de droit en quarantaine » (11), n'est que la face immergée d'un iceberg à la dérive en pleine tempête (épidémique). En effet, depuis le 10 mars (12), le juge administratif suprême a été saisi, selon sa propre comptabilité (non publique), de 198 requêtes. Au 4 mai, il en avait traité plus de la moitié (98), dont 24 après audience publique, 27 après instruction mais sans audience (13) et 43 au « tri ». Ainsi 75 % des requêtes ont été traitées en dehors de la procédure de droit commun par une « task force » d'une quinzaine de présidents adjoints et de présidents de chambre de la section du contentieux (14). Or, ces requêtes se sont, pour la quasi-totalité (94 %), soldées par le rejet des prétentions (parfois fondées) des requérants-administrés (15).

Et même si le juge du référé-liberté est connu pour son pragmatisme (16), le bilan du juge administratif comme juge protecteur des libertés fondamentales n'est pas seulement, dans ces deux premiers mois d'état d'urgence sanitaire, famélique d'un point de vue quantitatif. Il l'est également qualitativement et substantiellement. Il l'est en particulier dans toutes les hypothèses où il a été saisi de cas ou mesures de privation de liberté en période de confinement général de la population et de

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

propagation de la pandémie de Covid-19 : personnes détenues, étrangers en rétention administrative, personnes âgées sur-confinées en EHPAD, personnes placées en garde à vue (17), voyageurs en « quatorzaine » dans un département ou une collectivité d'outre-mer (18), etc.

L'examen de la dizaine d'ordonnances rendues durant cette période dans le champ de la privation de liberté montre que loin de se situer sur la « ligne de crête » (19), le Conseil d'État a dû patauger, sûrement à son corps défendant, dans le talweg gouvernemental (pour reprendre une métaphore montagnaise) pour ne pas perturber davantage une gestion chaotique de la catastrophe ayant justifié la proclamation de cet état d'urgence sanitaire.

Pourtant, dans un État de droit, on aurait pu s'attendre, durant un état d'exception, à ce que le juge des référés, chargé expressément par la loi (20) d'assurer la sauvegarde des libertés fondamentales (référé-liberté), soit particulièrement protecteur à l'égard des personnes privées de liberté. Surtout lorsque que celles-ci sont exposées à un risque accru de contamination en période de crise épidémique.

Ainsi, négligeant, à l'égard de ceux qui en sont privés, son rôle de juge garant de la protection des libertés fondamentales, le juge des référés du Conseil d'État a préféré donner systématiquement du crédit à la parole et aux promesses de l'État s'agissant des moyens hypothétiquement mis à disposition.

1. L'oubli du rôle de protecteur des libertés des personnes qui en sont privées

Que ce soit à l'égard des personnes détenues du fait d'une décision de l'autorité judiciaire, s'agissant de la prolongation automatique des détentions provisoires, de la situation de surpopulation carcérale, ou de celles faisant l'objet d'une privation de liberté décidée par l'autorité administrative, comme la rétention des étrangers en séjour irrégulier, le juge administratif suprême n'a pas, selon nous, assuré une protection optimale de leurs libertés.

1.1. La validation en automate de la prolongation automatique des détentions provisoires

Si on examine attentivement l'article 11 de la loi n° 2020-290 et l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303, il était possible de les interpréter différemment afin d'assurer leur conformité à la Constitution (principe de présomption d'innocence, séparation des pouvoirs et garantie judiciaire de la liberté individuelle) et aux engagements internationaux de la France (droit à la sûreté de l'art. 5 de la Conv. EDH).

En effet, le d) du 2° du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 n'a fait qu'habiliter le gouvernement à adopter par voie d'ordonnance, toute mesure, de nature administrative ou juridictionnelle, « aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 » afin d'adapter « les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et la prolongation de ces mesures [...] ». En aucun cas, cette loi d'habilitation ne prescrit le caractère automatique de ces détentions ou assignations. De même, comme l'ont fait certaines cours d'appel (21), il était possible d'interpréter, conformément aux principes généraux de la procédure pénale, l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, lorsqu'elle prescrit que « les délais maximums de

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

détention provisoire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique [...] sont prolongés [sic : de] plein droit », de deux, trois ou six mois, en estimant que cela n'impliquait pas d'évincer l'intervention du juge des libertés et de la détention (22). Car le vice d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité résultait surtout de l'interprétation de ces dispositions retenue par la garde des Sceaux dans sa circulaire du 26 mars 2020 et dans un courriel de la Directrice des affaires criminelles et des grâces (23). Ces instructions retiennent en effet que « les délais maximums de détention provisoire » correspondent, non pas aux délais butoirs au terme desquels aucun mandat de dépôt ne peut être renouvelé, mais à la durée des mandats de dépôt elle-même. Autrement dit, les « délais maximums » visés par la loi concerneraient la durée des mandats de dépôt et l'ordonnance permettrait que l'ensemble des mandats arrivant à expiration soient prolongés de plein droit quelle que soit la durée antérieure de la détention provisoire.

Pourtant, saisi aussi bien de la légalité de l'ordonnance n° 2020-303, par voie de référé-liberté ou de référé-suspension, que de celle de ces instructions ministérielles, le juge des référés a, systématiquement, retenu l'interprétation la plus défavorable (et donc la plus liberticide) avec comme seule justification la prise en compte « des conséquences des mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19 sur le fonctionnement des juridictions » (24). Ainsi, d'une part, il estime, de manière *contra legem*, qu'« en allongeant, de plein droit et de façon générale, les délais maximums de détention provisoire fixés par la loi [d'urgence] [...] l'ordonnance contestée [...] a mis en oeuvre l'habilitation donnée par la loi du 23 mars 2020, dans le respect des conditions qu'elle y a mises, afin de limiter la propagation de l'épidémie parmi les personnes participant aux procédures en cause en réduisant les occasions de contacts entre les personnes ». Par suite, dans ces conditions, l'article 16 n'est pas jugé contraire au droit d'assister à son procès, au droit au respect de la présomption d'innocence, au droit à la sûreté ni au droit à un procès équitable garantis par les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (25).

D'autre part, s'agissant de la circulaire du 26 mars, ses dispositions ne feraient qu'en « explicite[r] la portée et expose[r] les conséquences qui découlent nécessairement de la prolongation exceptionnelle des délais de détention provisoire telle que voulue par l'ordonnance dans le contexte très particulier des circonstances liées à l'épidémie de Covid-19 » (26) et, par suite, elles ne porteraient pas davantage atteinte à ces droits fondamentaux (27).

Et, malgré la polémique sur ces ordonnances, le juge des référés du Conseil d'État n'a pas saisi l'occasion de l'examen d'autres requêtes en référé-suspension contre l'ordonnance n° 2020-303 et cette circulaire pour redresser la barre, y compris dans une ordonnance rendue cette fois-ci après instruction (mais toujours sans audience) (28). On se reconfortera en se disant que dans quelques mois, alors que confinement général et état d'urgence sanitaire relèveront - espérons-le - du passé, le Conseil d'État pourra toujours, au fond, annuler les dispositions de l'article 16 (29). Entre-temps la loi de prorogation de l'EUS aura, du reste, permis le retour au droit commun (30)...

Et pourtant, l'argument de la nécessité de limiter les contacts à l'occasion des procédures administratives et judiciaires est réversible. En effet, lorsqu'elles concernent les étrangers en instance d'éloignement, les audiences d'OQTF devant le juge administratif des 96 heures et de rétention devant le juge des libertés et de la détention ont été, envers et contre tout, maintenues (31). Par suite, le gouvernement a décidé - à rebours des mesures de distanciation sociale préconisées pour le reste de la population française - de ne pas fermer totalement les centres de rétention (32). Décision gouvernementale qui est, elle-aussi, validée par le Conseil d'État en référé.

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

1.2. Le maintien en activité coûte que coûte des centres de rétention administrative

Comme c'est souvent le cas, le Conseil d'État n'a pas appliqué aux étrangers en séjour irrégulier en instance d'éloignement les règles de précaution appliquées à l'ensemble de la population dans le cadre du confinement général. Il a en effet rejeté la requête introduite par les associations de défense des étrangers demandant la fermeture temporaire des centres de rétention administrative, pourtant déjà partiellement vidés (33).

Ainsi, malgré le contexte de catastrophe sanitaire, il a rejeté cette demande car il s'agit, selon lui, d'une part d'une « mesure de portée générale » et d'autre part qu'il ne lui appartient pas « de juger de la cohérence [des] décisions [de l'autorité administrative] avec d'autres actions menées par les pouvoirs publics ». Il a toutefois rappelé qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, « la loi donne au juge des libertés et de la détention compétence pour mettre fin [au cas par cas] à la rétention lorsqu'elle ne se justifie plus pour quelque motif que ce soit » (34).

Pourtant, peu après, les mêmes associations ont saisi le juge des référés du TA de Paris plus spécifiquement de la situation du centre de rétention administrative (CRA) de Vincennes. Or, le juge des parisien a, à l'issue d'un examen méticuleux des conditions sanitaires et prophylactiques en son sein au regard du droit à la vie et du droit à l'accès aux soins, enjoint les autorités administratives compétentes d'exclure ce CRA « comme lieu d'exécution de la mesure [d'éloignement] » mais aussi, sans paradoxe, d'isoler les personnes « symptomatiques » en les confinant ... au sein du CRA.

Saisi en appel, le Conseil d'État a néanmoins inversé la perspective en retenant l'argumentation du ministère de l'Intérieur selon laquelle, s'ils étaient remis en liberté, les étrangers concernés représenteraient « un risque important de trouble à l'ordre public, en l'absence de dispositif adapté [pour accueillir dans centres d'hébergement dits « Covid+ » gérés par l'ARS] et compte tenu du risque de compromettre le bon fonctionnement de ces établissements » (35). Le JRCE estime même, au détour d'une phrase, que les risques pour les étrangers en rétention ne seraient pas « supérieurs à ceux qui seraient encourus en cas de transfert des intéressés » dans un centre géré par l'ARS dédié aux sans-domicile...

Par suite, l'ordonnance du premier juge est partiellement censurée en ce qu'elle donnait injonction de ne plus utiliser le CRA de Vincennes pour des rétentions. En effet, compte tenu de l'ensemble des mesures prises et du nombre « très réduit d'étrangers contaminés » (un seul étranger est maintenu dans le bâtiment réservé aux contaminés), leur maintien ne présente pas, selon les JRCE, « pour leur santé et pour la sécurité sanitaire des personnes intervenant dans ce bâtiment [...], et sous réserve d'une aggravation de leur état de santé nécessitant une hospitalisation, des risques caractérisés ». En outre, pour le JCRCE il existerait toujours, pour ces étrangers retenus, « des perspectives raisonnables d'éloignement ». Certes, précise-t-il, « aucun étranger contaminé par le virus Covid-19 ne saurait faire l'objet d'un éloignement tant qu'il demeure malade et contagieux » mais, même pour ceux-ci « les perspectives d'éloignement effectif du territoire [...], une fois guéri[s], [ne] seraient, par principe, inexistantes ». Et, en tout état de cause, le JLD peut, toujours, « mettre fin à la rétention s'il estime que l'éloignement de l'étranger n'est pas ou n'est plus envisageable » (36).

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

Une telle ordonnance, hors sol (37), ne peut que laisser pantois les défenseurs des libertés. À plusieurs reprises, pourtant, la Commissaire européenne aux droits de l'Homme (38), le Défenseur des droits ainsi que la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté, après visites sur place, et le président de la CNCDH ont, avec une belle unanimité, prescrit, dans des tribunes, recommandations ou observations en justice, « la fermeture immédiate de tous les centres de rétention administrative en activité » durant la crise épidémique (39).

1.3. Des prisons moins peuplées, malgré la quasi-passivité du juge des référés

Les mêmes autorités indépendantes n'ont pas davantage été écoutées s'agissant de leurs recommandations sur les prisons, en particulier s'agissant de la nécessité de les vider afin de limiter les contaminations. Et si, au 23 avril, pour la première fois depuis bien longtemps, les prisons françaises ne sont plus en situation de surpopulation carcérale (61 100 détenus pour 61 109 places ; diminution de 11 500 personnes depuis le 16 mars), ce n'est pas, semble-t-il, en raison d'une volonté farouche de la garde des Sceaux de tirer les conséquences de la récente condamnation de la France par la CEDH dans 32 affaires, à l'initiative de l'OIP-SF (40), ou encore de réaliser - enfin - l'encellulement individuel (prévu depuis une loi de 1875). Cette déflation carcérale (41) doit bien plus au fait que le confinement s'est accompagné d'une baisse de la délinquance et d'une réduction de l'activité pénale ainsi que de la libération anticipée de 5 300 personnes détenues (42). Car, saisi d'un référé-liberté visant à ce qu'il soit enjoint aux autorités publiques de faire cesser en détention toutes les atteintes aux libertés fondamentales liées au risque de propagation de l'épidémie de Covid-19, le juge des référés a opposé le même argument d'impossibilité en référé-liberté de prononcer « des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique » (43). Cette ordonnance, ainsi que celle rendue le même jour sur requête de FO-pénitentiaire (44), qui se range pourtant rarement du même côté du prétoire que l'OIP-SF, utilise aussi, dans le champ du droit à la vie, aux soins ou de la non-soumission à des traitements inhumains et dégradants, l'étrange - et paradoxal - argument selon lequel l'appréciation de l'atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale rattachée à la dignité doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont l'administration dispose et de la « stratégie nationale » mise en oeuvre par le gouvernement.

2. Conditions de détention : appréciation de l'atteinte à la dignité eu égard à la stratégie gouvernementale de crise

Malgré un certain nombre (et même un nombre certain) de ratés depuis le début de la crise sanitaire, les annonces gouvernementales sur sa stratégie de lutte contre la pandémie sont prises, par le juge des référés du Conseil d'État, pour argent comptant pour admettre, eu égard aux moyens potentiellement développés, l'atteinte à la dignité des personnes privées de liberté.

2.1. La prise en compte des moyens de protection dont disposerait potentiellement l'administration

Dans deux ordonnances rendues consécutivement, le même juge des référés a estimé, que compte tenu des mesures prophylactiques et de distanciation physique « effectivement prises » par les chefs d'établissement, conformément aux instructions de la ministre de la Justice, l'absence de distribution de quantités supplémentaires de produits d'hygiène et d'entretien, de gel hydroalcoolique et de masques, ou de matériaux pour qu'ils puissent eux-mêmes en fabriquer, n'étaient pas, « eu égard à la stratégie de gestion et d'utilisation maîtrisée des masques mise en place à l'échelle nationale » et aux moyens dont dispose l'administration pénitentiaire, de nature à caractériser la carence des autorités étatiques qui établirait, de manière suffisamment caractérisée,

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales s'agissant d'une personne ne présentant pas de vulnérabilité particulière (45).

Cette prise en compte des moyens dont dispose l'administration, alors qu'on est dans un contentieux de l'atteinte à la dignité, n'est pas sans rappeler la jurisprudence du juge des référés du Conseil d'État s'agissant, déjà, des conditions de détention (46), de l'accès des demandeurs d'asile aux conditions matérielles d'accueil (47) et, plus largement, du droit à l'hébergement des personnes vulnérables (48) ou de la prise en charge d'un mineur isolé (49).

Dans le contexte d'une crise sanitaire telle que la pandémie de Covid-19, pour des personnes entièrement sous dépendance de l'administration, de telles considérations ne peuvent que surprendre.

En effet, comme cela vient d'être relevé, la France vient d'être condamnée dans 32 affaires, pour un montant de plus de 500 000 €, dans une série de décisions dans lesquelles la Cour de Strasbourg a expressément écarté l'approche du « juge du référé-liberté [qui] fait également dépendre son office, d'une part, du niveau des moyens de l'administration et, d'autre part, des actes qu'elle a déjà engagés » car elle « considère qu'une telle approche est incompatible avec le caractère intangible du droit protégé par l'article 3 de la Convention » (50).

Pourtant, ce même juge des référés prend non seulement en compte les actes que l'administration a déjà engagés mais aussi ceux qu'elle promet, dans le cadre d'une stratégie nationale communicationnelle, d'adopter.

2.2. La prise en compte de la « stratégie nationale » communicationnelle

Comme le relève, très justement, Olga Mamoudy, dans ces contentieux de l'état d'urgence sanitaire, « le Conseil d'État donne un poids énorme aux annonces gouvernementales qui ont presque valeur de preuve » (51). De manière convergente, Paul Cassia, avec la plume incisive qu'on lui connaît, dénonce même une « continuation de la propagande exécutive par voie juridictionnelle » poussée « jusqu'à la caricature » dans les ordonnances des 21 et 22 avril et visant « uniquement à dissimuler une pénurie coupable » (52).

Pourtant, cette référence à la « stratégie de gestion et d'utilisation maîtrisée » d'équipements de protection à l'échelle nationale sert de modulateur de l'atteinte aux libertés dans la quasi-totalité des ordonnances rendues par le juge des référés du Conseil d'État depuis le début du contentieux de la crise sanitaire (53). On la trouve aussi dans des ordonnances relatives aux personnes âgées en EHPAD, dont les sorties et visites ont été, pendant plusieurs semaines, drastiquement limitées, voire même interdites (54).

Depuis le début de l'état d'urgence sanitaire, l'attitude du Conseil d'État a déjà été sérieusement taclée médiatiquement (55), ce qui l'a amené à sortir de ses boiseries, non seulement par une déclaration à la presse du président de la Section du contentieux dans la cour du Palais Royal à l'issue d'une audience de référé (56), mais aussi pour défendre, en équilibriste, cette « ligne de crête » périlleuse (pour les libertés) par une expression, inhabituelle, non pas dans les colonnes de l'AJDA, mais dans des tribunes médiatiques (57).

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

Également très sollicités (234 requêtes au 4 mai), les juges des référés des tribunaux administratifs semblent, pour beaucoup, avoir davantage investis leur rôle de gardien des libertés en multipliant les suspensions d'arrêtés préfectoraux ou municipaux (l'inventaire reste à faire). La crise épidémique passée, ne faudra-t-il pas sérieusement réfléchir à un rééquilibrage du référé-liberté au profit des administrés en période d'état d'urgence (58) ? Car il est plausible que la période de confinement généralisé ne constitue pas seulement une parenthèse mais probablement un laboratoire, ou une répétition générale, d'un futur possible marqué par un mode de gouvernement par l'exception (59) et par un droit administratif qui, face au danger, revêt non plus seulement une fonction préventive mais, comme le droit pénal (60), de plus en plus disciplinaire et neutralisante (61). Dans ce contexte, le juge des libertés fondamentales se doit de garantir effectivement la liberté...

(1) Selon le Petit Robert, le « talweg » ou « thalweg » signifie « ligne de fond d'une vallée ». D'après le Dictionnaire historique de la langue française, emprunté à l'allemand, le mot a été introduit en géographie pour désigner « la ligne de plus grande pente d'une vallée, suivant laquelle se dirigent les eaux ». Il s'oppose à la ligne de crêtes. Il s'emploie « par analogie en météorologie, à propos d'une zone dépressionnaire allongée entre deux anticyclones ».

(2) CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439894, Synd. des avocats de France, JA 2020, n° 618, p. 12, obs. D. Castel . Fait peu courant, alors que cette ordonnance était, comme toutes les ordonnances de « tri », inaccessible sur Ariane ou sur Légifrance (mais seulement sur notre compte twitter) et non retenue dans la sélection des « dernières décisions (référés) en lien avec l'épidémie de Covid-19 » (www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19), elle a finalement été « mentionnée aux Tables » et rendue accessible.

(3) J.-B. Jacquin, Coronavirus : le Conseil d'État valide la prolongation de la détention provisoire sans juge, *Le Monde*, 4 avr. 2020.

(4) O. Beaud, C. Guérin-Bargues, L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ?, *D.* 2020. 891 .

(5) V., sur cette Ord., not. A. Jacquin et E. Daoud, L'état d'urgence sanitaire ou l'État de droit mutilé, *AJ pénal* 2020. 191 .

(6) Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020, art. 16, al. 2.

(7) Sur l'identification d'une législation scélérate, v. R. Kempf, *Ennemis d'État : Les lois scélérates, des anarchistes aux terroristes*, La Fabrique, 2019.

(8) CJA, art. L. 522-3.

(9) CE, ord., 3 avr. 2020, nos 439877, 439887, 439890 et 439898, Union des jeunes avocats de Paris, Association des avocats pénalistes, Conseil national des barreaux et a., Lebon T ; JA 2020, n° 618, p. 12, obs. D. Castel .

(10) CE, ord., 10 avr. 2020, n° 439901, UJA de Paris.

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

(11) H. Pauliat, Détention provisoire prolongée de plein droit : l'État de droit en quarantaine ?, JCP A 2020. 2129.

(12) CE, réf., 10 mars 2020, n° 439434, ADELICO.

(13) L'art. 9 de l'Ord. n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif a prévu, durant la période d'état d'urgence sanitaire, en dérogation aux règles normales du CJA, la possibilité de traiter les référés-liberté après instruction sans audience publique.

(14) J.-D. Combrexelle, Les juges administratifs du Conseil d'État se situent loin des polémiques, *Le Monde*, 12 avr. 2020.

(15) Seules 4 ordonnances ont accordé satisfaction aux requérants, parfois en aggravant les mesures étatiques (CE, réf., 22 mars 2020, n° 439674, Synd. des jeunes médecins, Lebon ; AJDA 2020. 851, note C. Vallar ; D. 2020. 687, note P. Parinet-Hodimont ; AJCT 2020. 175, obs. S. Renard ; CE, réf., 17 avr. 2020, n° 440057, Cne de Sceaux c/ LDH ; CE, réf., 30 avr. 2020, nos 440250 et 440253, min. de l'Intérieur et OFII ; CE, réf., 30 avr. 2020, n° 440179, Féd. française des usagers de la bicyclette).

(16) O. Le Bot, Crise du coronavirus : le « pragmatisme » du juge du référé-liberté, JCP 2020. 434.

(17) CE, réf., 20 avr. 2020, nos 439983 et 440008, Ordre des avocats au barreau de Marseille, Ordre des avocats au barreau de Paris.

(18) TA Guadeloupe, ord. sans audience, 20 avr. 2020, n° 2000340, Ordre des avocats au barreau de la Guadeloupe, Saint-Martin et Saint-Barthélemy.

(19) P. Gonzalès, Coronavirus : le Conseil d'État sur la ligne de crête des libertés publiques, *Le Figaro*, 6 avr. 2020 ; J.-D. Combrexelle, Les juges administratifs du Conseil d'État se situent loin des polémiques, préc.

(20) CSP, art. L. 3131-18, issu de l'art. 2 de la L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 : « 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 ». Contrairement à la disposition équivalente introduite dans la loi de 1955, le législateur n'a pas posé de présomption d'urgence, rendant cette disposition superfétatoire s'agissant de mesures de police administrative.

(21) Caen et Chambéry, Bordeaux et Nancy, selon le recensement du Synd. de la magistrature (conf. de presse du réseau d'alerte sur l'EUS, 29 avr. 2020). Dans un communiqué, la Cour de cassation a annoncé qu'elle examinerait le 19 mai les pourvois contre des décisions de cours d'appel qui ont évincé le rôle du JLD en application de l'art. 16 de l'Ord. n° 2020-303 (<https://twitter.com/Courdecassation>, 23 avr.).

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

(22) V., pour une application de la loi davantage conforme aux droits fondamentaux la « contre-circulaire » du Synd. de la magistrature, NOR : 2020/LIBERTE du 6 avr. 2020. Disponible sur son site.

(23) Accessible égal. sur le site du Synd. de la magistrature.

(24) CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439877, préc., consid. 14.

(25) CE, ord., 10 avr. 2020, n° 439901, préc., consid. 10 et 11.

(26) CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439877 préc., consid. 15.

(27) CE, ord., 10 avr. 2020, n° 439901, préc., consid. 12.

(28) CE, ord., 22 avr. 2020, n° 440039, Ordre des avocats aux Conseils, ordre des avocats au barreau de Paris, Conférence des bâtonniers de France et d'outre-mer, Lebon T., consid. 19 à 27.

(29) CE, n° 440037, Ordre des avocats aux conseils et a.

(30) La loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions prévoit qu' « à compter du 11 mai 2020, la prolongation de plein droit des délais de détention provisoire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique prévue à l'article 16 n'est plus applicable aux titres de détention dont l'échéance intervient à compter de cette date et les détentions ne peuvent être prolongées que par une décision de la juridiction compétente prise après un débat contradictoire intervenant, le cas échéant, selon les modalités prévues à l'article 19 » (Ord. n° 2020-303, futur art. 16-1).

(31) Ord. n° 2020-305 du 25 mars 2020 mod., art. 15.

(32) Contrairement à d'autres gouvernements européens (Portugal, Italie), il n'a pas procédé à une régularisation des étrangers en séjour irrégulier (v. not. pour une régularisation des migrants sur le sol français et européen, Libération, 10 avr. 2020).

(33) J. Mucchielli, Les centres de rétention se vident, l'administration persiste, D. actu. 25 mars 2020.

(34) CE, réf., 27 mars 2020, n° 439720, Gisti et a., Lebon T ; v. aussi, CE, ord., 10 avr. 2020, n° 439903, SAF et a. sur l'art. 15 de l'Ord. n° 2020-305 du 25 mars 2020 s'agissant notamment des étrangers retenus.

(35) CE, réf., 7 mai 2020, n° 440255, min. de l'Intérieur c/ Avocats pour la défense des droits des étrangers et a., pts. 10 et 17. Selon des chiffres donnés par le ministère de l'Intérieur, il reste, début mai, 191 étrangers retenus sur l'ensemble du territoire, dont 17 dans le centre de rétention administrative de Vincennes.

(36) Ibid., consid. 15 à 17.

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

(37) V. le reportage réalisé par France 2 dans le CRA du Mesnil-Amelot à l'occasion d'une visite d'un député, et relayé par A. Hazan sur son compte twitter : « Masques inexistant, WC inondés, expulsions retardées... L'inquiétude monte au centre de rétention du Mesnil-Amelot », France tv, 5 mai 2020.

(38) Défenseur des droits, communiqué du 26 mars (www.defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse).

(39) V. J. Toubon, A. Hazan et J.-M. Burguburu, Coronavirus : « Sauvegardons les droits fondamentaux pendant la crise sanitaire », *Le Monde*, 20 mars ; Communiqué du DDD du 18 avr.

(40) J. Mucchielli, CEDH : la France condamnée pour ses prisons indignes, *D. actu.* 31 janv. 2020.

(41) V. les préconisations de Mme A. Hazan pour que celle-ci soit durable : CGLPL, Poursuivre l'effort de déflation carcérale pour mettre fin à la surpopulation en prison, 5 mai 2020 (www.cglpl.fr).

(42) N. Belloubet, Le taux d'occupation moyen des prisons est inférieur à 100 %, *Le Monde*, 29 avr. 2020 ; V., aussi, A. Kensey et J.-P. Jean, Une diminution volontariste de la surpopulation carcérale, *infra*, p. 258.

(43) CE, ord., 8 avr. 2020, n° 439827, SF-OIP et a., consid. 13.

(44) CE, ord., 8 avr. 2020, n° 439821, Synd. national pénitentiaire Force ouvrière - personnes de surveillance.

(45) CE, ord. sans audience, 21 et 22 avr. 2020, nos 440007 et 440056.

(46) CE, ord., 28 juill. 2017, n° 410677, SF-OIP, Lebon avec les concl. ; *AJDA* 2017. 1589 ; *ibid.* 2540, note O. Le Bot ; *D.* 2018. 1175, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; *AJ pénal* 2017. 456, obs. J.-P. Céré .

(47) CE, réf., 19 nov. 2010, n° 344286, min. de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration c/ Panokheel, Lebon ; *D.* 2010. 2918, point de vue S. Slama et C. Pouly ; *ibid.* 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJDI* 2011. 421, chron. F. Zitouni .

(48) CE, ord., 10 févr. 2012, n° 356456, Fofana, Lebon ; *AJDA* 2012. 295 ; *ibid.* 716, note A. Duranthon ; *D.* 2012. 555, et les obs. ; *ibid.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJDI* 2012. 444 ; *ibid.* 411, étude R. Piastra ; *ibid.* 2013. 489, étude F. Zitouni .

(49) CE 27 juill. 2016, n° 400055, Dpt du Nord c/ Badiaga, Lebon ; *AJDA* 2016. 1543 ; *ibid.* 2115, concl. J. Lessi ; *D.* 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJCT* 2016. 634, obs. C. Teixeira .

Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *Actualité juridique. Pénal*, 2020, 05, p.235

(50) CEDH 30 janv. 2020, n° 9671/15, J.M.B. et a. c/ France, pts 218 et 219, *AJDA* 2020. 263 ; *D.* 2020. 753 , note J.-F. Renucci ; *JA* 2020, n° 614, p. 11, obs. T. Giraud .

(51) Citée par P. Januel, Libertés : le Conseil d'État agit le plus souvent en chien de garde du pouvoir, *Mediapart* 22 avr. 2020 ; v. aussi son intervention dans le Late law show animé par M. Touillier, *LLS #02|06* https://twitter.com/late_law.

(52) P. Cassia, État d'urgence sanitaire : le Conseil d'État (ne) change (que) sa méthode, *blogs.mediapart.fr* 2 mai 2020.

(53) V., not., CE, ord., 28 mars 2020, n° 439726, Synd. des médecins d'Aix et région, *AJDA* 2020. 700 ; CE, ord., 2 avr. 2020, n° 439763, Féd. nationale Droit au logement et a., § 13, *AJDA* 2020. 756 ; *JA* 2020, n° 618, p. 12, obs. D. Castel ; *AJ fam.* 2020. 203 et les obs. ; CE, ord., 9 avr. 2020, n° 439895, Assoc. mouvement citoyen tous migrants et autres ; CE, ord., 17 avr. 2020, Cne de Sceaux, préc. ; CE, ord., 20 avr. 2020, OABM OABP, préc.

(54) CE, réf., 15 avr. 2020, n° 440002, Union nationale des synd. Fort Ouvrière santé privée et a, *JA* 2020, n° 619, p. 12, obs. E. Autier .

(55) P. Cassia, Le Conseil d'État et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques !, *blogs.mediapart.fr* 11 avr. 2020 ; C. Saunier, La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire, *blog.juspoliticum.com* 11 avr. 2020 ; W. Bourdon et V. Brengarth, Le Conseil d'État se dévitalise alors qu'il devrait être l'ultime bastion des libertés, *Le Monde*, 12 avr. 2020 ; P. Januel, Libertés : le Conseil d'État agit le plus souvent en chien de garde, préc.

(56) Compte twitter du Conseil d'État (https://twitter.com/Conseil_Etat), 22 mars 2020.

(57) B. Lasserre, Il faut trouver le bon équilibre entre libertés et sacrifices temporaires, *Europe 1* 29 mars 2020 ; J.-D. Combrexelle, Les juges administratifs du Conseil d'État se situent loin des polémiques, préc. ; P. Roger, La ligne de crête du Conseil d'État en temps de crise du coronavirus, *Le Monde*, 15 avr. 2020 ; B. Lasserre, Le droit d'accès au juge est un droit fondamental, *Paris Normandie*, 14 avr. ; Entre santé et respect des libertés, l'équilibre est fragile, *Sud-Ouest*, 15 avr ; C. Audouin, Au Conseil d'État, avalanche de recours sur le coronavirus, *France inter* 17 avr. 2020 ; S. Douteaud, Quand l'état d'urgence sanitaire bouscule la communication au conseil d'état et au conseil constitutionnel, <http://blog.juspoliticum.com/>, dernière consultation : 11 mai 2020.

(58) V. F. Rolin, De la supériorité du juge judiciaire sur le juge administratif pour assurer la garantie des droits en période de pandémie, *Dalloz étudiants*, 27 avr. 2020.

(59) Idée exprimée par S. Hennette-Vauchez (*Late law show #6*).

(60) J.-B. Perrier, Le droit pénal du danger, *D.* 2020. 937 .

(61) V. déjà nos réflexions à propos de l'état d'urgence de 2015-2017, S. Slama et S. Hennette-Vauchez, État d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi ?, *AJDA* 2017. 1801 .