



Revue de réflexion critique sur la justice, le(s) droit(s) et les libertés, animée par le Syndicat de la magistrature et coéditée par La Découverte. <https://revue-deliberee.org>

Abonné-e de Mediapart

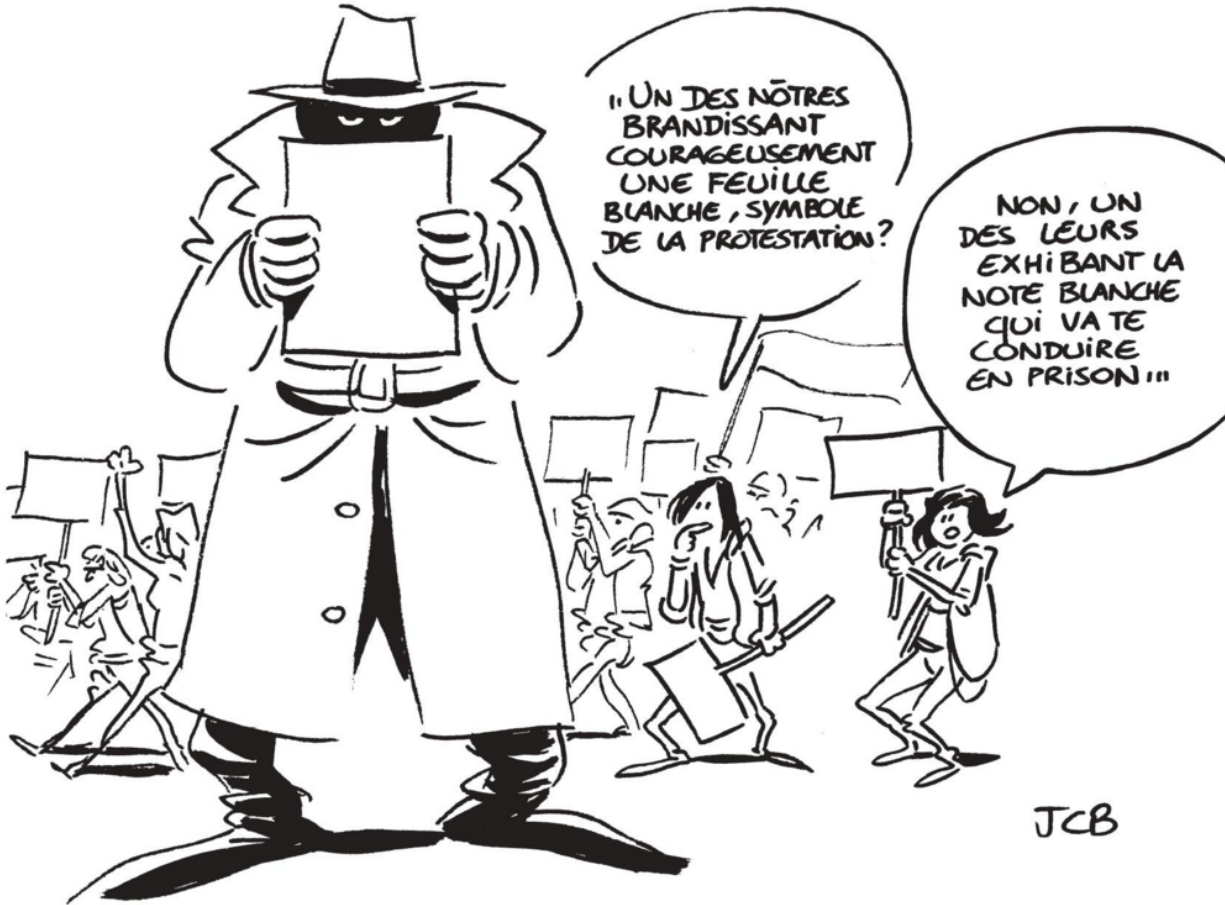
BILLET DE BLOG 26 JUIN 2023

Le piège de la fabrique administrative de la preuve

C'est sans doute dans le giron de la justice administrative que le rapport de force institutionnel à l'oeuvre dans le jeu probatoire est le plus flagrant. Les moyens amenés par l'administration au soutien de ses allégations s'appuient sur des éléments « fait-maison » très difficiles à contester. Tentative de conceptualisation d'un système de preuve circulaire qui ne souffre pas la contradiction.

Ce blog est personnel, la rédaction n'est pas à l'origine de ses contenus.

Ce texte est tiré du dossier consacré à la preuve dans le [numéro 18 de la revue *Délibérée*](#) sorti en librairie en mars. Il a été écrit par Nicolas Klausser auteur d'une thèse soutenue en 2021 portant sur l'accès au statut juridique d'étranger gravement malade, actuellement enseignant-chercheur à l'Université Paris-Nanterre. Ses travaux portent, entre autres, sur les processus d'élaboration de preuves par l'administration et leur contrôle juridictionnel.



© Jean-Claude Bouvier

Le 3 août dernier, Gérard Darmanin, ministre de l'Intérieur, a adressé une circulaire à ses préfets visant à « améliorer l'efficacité de la chaîne de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière connus pour troubles à l'ordre public »¹. Cette note se termine par l'annonce de mesures à venir visant à favoriser « la prise en compte des étrangers en situation irrégulière pour ce qu'ils font et non pour ce qu'ils sont ».

Au-delà du sens de la formule, ces quelques mots sont lourds de sens quant à la doctrine du ministère de l'Intérieur : ce que « sont » les étrangers – mariés, malades, parents d'un enfant français, bref, les motifs qui peuvent leur ouvrir un droit au séjour – doit passer au second plan par rapport à ce qu'ils « font » – qu'il s'agisse d'une infraction pénalement reconnue ou d'un comportement considéré comme une menace à l'ordre public. Cette circulaire n'est finalement qu'un exemple du fonctionnement de l'État parmi d'autres : afin de poursuivre des objectifs politiques déterminés – en matière de maîtrise des flux migratoires, de santé ou de sécurité publique –, l'administration se voit dotée de mécanismes juridiques, dans le cadre desquels elle peut développer des techniques pour construire un discours – donc des preuves – au service des objectifs assignés. Une étude de l'administration à travers des cas concrets permet de dégager trois caractéristiques nécessaires pour qu'une telle entreprise réussisse : un cadre normatif flexible pour l'administration, qui permet à cette dernière de construire un discours contraignant l'administré à « prouver l'impossible » et finalement légitimé par le juge.

L'élaboration d'un discours administratif à visée probatoire

La période récente est un exemple saillant de déploiement d'un cadre juridique flexible pour l'action administrative lorsqu'il est question de gérer une « menace ». Depuis sept ans, la France vit de manière quasi ininterrompue sous un régime d'état d'urgence, qu'il soit sécuritaire après les attentats de novembre 2015, ou sanitaire avec l'arrivée du Covid-19. L'état d'urgence en vigueur de 2015 à 2017 a considérablement accru les prérogatives de l'administration en permettant au ministère de l'Intérieur d'assigner à résidence ou de perquisitionner le domicile de personnes susceptibles de représenter une menace pour la sécurité publique. Une large partie de ces mesures ont été recyclées pour être pérennisées dans le Code de sécurité intérieure (CSI), par la loi dite « SILT »². C'est dans le cadre de celle-ci que le ministère de l'Intérieur peut prononcer des « mesures administratives de contrôle et de surveillance » (MICAS), synonymes d'assignations à résidence³, des mesures particulièrement attentatoires à la liberté d'aller et venir qui ne devraient pouvoir être légitimées que par des éléments concrets et objectifs.

Or, sur le plan organisationnel, les MICAS sont proposées par une division dédiée au service central du renseignement territorial qui recueille les notes – notamment les notes blanches – transmises par les antennes territoriales, mais aussi par la kyrielle d'instances locales créées ces dernières années, telles que les « cellules de lutte contre l'islamisme radical et le repli communautaire » (CLIR)⁴, ou des « groupes d'évaluation départementaux de la radicalisation islamiste »⁵. Une fois rédigée, la MICAS est transmise à la Direction des libertés publiques et des affaires juridiques (DLPAJ) afin que celle-ci la valide, notamment au regard des éléments de motivation qu'elle contient. Selon le site dédié au contrôle parlementaire d'application de la loi SILT⁶, 451 MICAS avaient été édictées au 18 juin 2021. Une source informée du ministère de l'Intérieur précise que « *seule une petite partie des notes blanches reçues peuvent réellement motiver une MICAS. Mais la politique du chiffre venant d'en haut pousse les services à en adopter même si elles sont parfois peu justifiées* »⁷. L'instrumentalisation des MICAS peut ainsi être reliée à la concurrence entre services de renseignement et à la (re)légitimation de ces derniers auprès des responsables politiques⁸.

Le champ des MICAS n'est bien évidemment pas le seul dans lequel l'administration dispose d'un cadre juridique suffisamment flexible pour poursuivre certains objectifs. Le droit des étrangers est aussi largement concerné, à l'image de la procédure de délivrance des titres de séjour pour raisons médicales, prévue par l'article L. 425-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Jusqu'il y a peu, les préfets devaient prendre leurs décisions au regard d'un avis médical émis par un médecin de l'Agence régionale de Santé (ARS), sans pour autant être liés par ce dernier avis : même si ce médecin estimait que l'étranger remplissait les conditions – notamment celle du défaut d'accès aux traitements médicaux dans son pays d'origine –, le préfet pouvait refuser la délivrance du titre sollicité pour « menace à l'ordre public ». Cependant, mécontents du taux d'avis favorables au séjour émis par certains médecins ARS, des préfetures ont pratiqué des « contre-enquêtes médicales »⁹ : sans connaître l'état de santé des demandeurs, elles refusaient le titre de séjour et prononçaient une mesure d'éloignement en considérant simplement que la maladie en question pouvait être traitée dans le pays d'origine. Cette stratégie visait à forcer les étrangers à lever le secret médical devant le tribunal administratif, afin de permettre aux préfetures de « reprendre la main » sur le volet médical. Pour ce faire, une organisation dédiée a été mise en place au sein de la Direction générale des étrangers en France (DGEF), avec le recrutement d'un médecin dont la mission consiste à assister les préfetures pour démontrer que les traitements médicamenteux sont disponibles dans le pays d'origine de l'étranger. Autrement dit, sa mission est de produire une doctrine médicale propre au ministère de l'Intérieur, et à la diffuser auprès des préfetures. La quarantaine de préfetures ayant pratiqué ces contre-enquêtes médicales entre 2011 et 2016 a ainsi pu recourir à ce médecin pour transformer un objectif politique – la réduction du nombre de titres de séjour pour soins délivrés – à l'aide de preuves médicales. Ces architectures juridico-administratives facilitent ainsi la prise de mesures et la construction de *discours*

nécessaires à la poursuite des objectifs assignés.

Le piège de la *probatio diabolica* : devoir prouver l'impossible

Dans toute entreprise juridique, il est nécessaire d'apporter la preuve de ses allégations ; autrement dit, les éléments probants qui permettront d'obtenir gain de cause en cas de recours contentieux. Pour ce faire, l'administration doit disposer de certains moyens : en matière de menace à l'ordre public, l'interconnexion entre fichiers, dont l'une des plus récentes est celle entre le fichier des personnes hospitalisées sous contrainte (HOPSYWEB) et le fichier des signalements pour la prévention de la radicalisation à caractère terroriste (FSPRT)¹⁰, doit permettre d'accroître la surveillance et les possibilités de contraintes des patients psychiatriques. Ces fichiers, et en particulier le Fichier des personnes recherchées (FPR), ont fait l'objet d'un certain nombre de critiques portant sur la fiabilité des données y figurant¹¹. L'enjeu est de taille, puisque la simple inscription d'une personne au sein de l'un d'eux peut suffire à l'administration pour justifier une mesure administrative. Cette inscription pourra également servir à alimenter un autre document bien connu en la matière : la note blanche des services de renseignement. Réactivé par l'état d'urgence « sécuritaire » après les attentats de 2015¹², ce support permet au renseignement territorial de faire remonter des informations sur des individus susceptibles de représenter une menace au regard de « signaux faibles de radicalisation » du fait de leurs fréquentations (telle personne, telle mosquée), de caractéristiques personnelles (tenue vestimentaire ; conversion récente à l'Islam) ou de leurs activités, notamment en ligne (consultations de vidéo de propagande).

Le Conseil d'État considère, de longue date, que l'administration peut s'appuyer sur ces notes pour démontrer l'existence d'une menace pour la sécurité publique justifiant une assignation à résidence ou une perquisition, à condition qu'elles soient contradictoirement débattues¹³. L'expérience récente a néanmoins démontré la difficulté de contester les éléments contenus dans une note blanche devant les tribunaux¹⁴ : en effet, comment une personne souhaitant contester les allégations de l'administration peut-elle démontrer qu'elle ne côtoie pas tel individu, ou qu'elle ne fréquente pas telle mosquée ? De par le récit factuel qu'elle expose, soit une série de signaux plus ou moins faibles de radicalisation, la technique des notes blanches revient à piéger l'administré dans le jeu probatoire, qui ne parviendra que rarement à construire un contre-récit solide devant le juge.

Cette contrainte de rapporter une preuve difficile, voire impossible, ne concerne pas seulement le champ de la sécurité publique, comme le démontre l'exemple du contentieux de la responsabilité de l'État pour défaut de prise en charge des enfants concernés par des syndromes autistiques. Le manque de places en milieu ordinaire ou en établissements spécialisés pour ces derniers¹⁵ amène certains parents à engager la responsabilité de l'État afin d'obtenir des indemnités du fait des préjudices subis. Dans ces contentieux, la principale stratégie de l'administration – ici représentée par les Agences régionales de santé et les académies – pour limiter les possibilités d'engagement de la responsabilité publique repose sur une exigence : « *les parents doivent contacter l'ensemble des établissements listés dans l'avis de la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH)¹⁶ pour que le recours soit recevable* »¹⁷. Or, comme le relève une avocate familière de ce contentieux, « *la preuve est souvent impossible à donner, tout simplement parce que les établissements sont difficiles à contacter* »¹⁸. Les cours administratives d'appel de Versailles et Paris ont récemment exaucé le vœu de l'administration en retenant cette exigence¹⁹, compliquant ainsi considérablement les possibilités pour ces parents d'engager un tel contentieux. Les contraindre à rapporter une preuve difficile à obtenir produit un effet dissuasif : « *J'ai beaucoup de dossiers où les parents pourraient potentiellement faire valoir leurs droits, mais faute des documents établissant la preuve de ces prises de contact, ce ne sera pas possible* »²⁰, un problème directement lié à la situation sociale des concernés, qui sont souvent « *des parents isolés, en situation de précarité, et qui ne tiennent plus leur dossier à jour car ils sont débordés* »²¹.

Ainsi, qu'il s'agisse du champ de la sécurité ou de la santé publique, l'administration mobilise la même stratégie probatoire

visant à contraindre l'administré à rapporter une preuve quasi impossible. Les mécanismes décrits ici – l'interconnexion de fichiers, les notes blanches, l'exigence de démarches administratives complexes – peuvent être reliés à ce que Michel Foucault a qualifié de « *technologique du pouvoir* », visant à faire de l'individu « *un corps assujéti, pris dans un système de surveillance et soumis à des procédures de normalisation* »²². En effet, les mécanismes déployés par l'administration visent à *normaliser* l'appréhension de la notion de « menace » à l'ordre public, à *normaliser* la conception de l'étranger « gravement malade », à *normaliser* le seuil d'exigences attendues de la part des parents souhaitant engager la responsabilité de l'État. Et cette *normalisation* nécessite d'être validée par le juge.

"Emballé, c'est pesé": la validation juridictionnelle

L'étude quantitative de certains contentieux démontre que le juge administratif valide très majoritairement les preuves présentées par l'administration. Autrement dit, le discours qu'elle produit. Ainsi, le taux d'annulation des arrêtés d'assignation à résidence pris pendant l'état d'urgence dit « sécuritaire » est de 10,8 %²³, et de 6,5 % pour les MICAS (137 recours, 9 annulations)²⁴. Concernant les recours exercés par des étrangers malades à l'encontre de contre-enquêtes médicales dans lesquelles est intervenu le médecin-conseil de la DGEF, ce taux de rejet est de 74 % (188 rejets sur 254 jugements). Pour trois quarts des contre-enquêtes, le juge administratif valide la doctrine médicale du ministère de l'Intérieur selon laquelle l'étranger pourra avoir accès au traitement approprié dans son pays d'origine, alors même que le médecin de l'ARS avait dit le contraire dans son avis.

Ces données brutes démontrent ainsi le succès de l'entreprise probatoire de certaines administrations. Plusieurs raisons à cela, la première étant la proximité entre le juge administratif et l'administration, qui est régulièrement critiquée²⁵. Une autre tient aux conditions de travail des juges administratifs : comme le souligne la Cour des comptes dans un rapport de 2019, leur productivité est « *entièrement déterminée par la norme "Braibant"* », qui l'évalue à environ 250 affaires réglées par an et par magistrat²⁶. Cette norme, régulée à l'échelle de chaque tribunal « *en fonction des spécificités des flux contentieux observables localement* »²⁷, amène à une hiérarchisation entre les dossiers : les juridictions traitant un volume important de droit des étrangers ont « *tendance à compter pour un dossier "ordinaire" le traitement de deux voire trois dossiers de refus de titre de séjour et d'obligation de quitter le territoire français* »²⁸. En d'autres termes, un dossier en droit des étrangers équivaut à un tiers ou à la moitié d'un dossier « classique » (le droit des marchés publics ou de la responsabilité médicale, par exemple), avec pour conséquence évidente, moins de temps à y consacrer.

Les conséquences de ce mélange entre proximité avec l'administration et logiques de comptabilité contentieuse sont particulièrement saillantes au regard de la doctrine de l'actuel ministre de l'Intérieur évoquée en introduction à propos de l'éloignement des étrangers représentant une menace à l'ordre public. Selon un juge administratif ayant à connaître de tels dossiers, « *on est au degré zéro de l'appréciation de la menace : on n'a aucune méthode, aucune rigueur. On ne prend même pas en compte le fait que quand un juge pénal est intervenu, il a donné 3 mois avec sursis alors que la peine max, c'est 10 ans ferme, parce qu'on ne va même pas voir la durée de peine maximale pour savoir si c'est grave ou pas. À partir du moment où le gars est dans le TAJ [traitement des antécédents judiciaires], on prend tout ce que dit l'administration pour argent comptant* »²⁹, étant précisé que le TAJ est un fichier de police dont les mentions ne sont pas validées par une décision judiciaire, que les faits pour lesquels la personne a été mentionnée dans le fichier ont donc pu donner lieu à un classement ou une relaxe. Cet exemple vaut également pour d'autres fichiers, tels que le FSPRT, ou pour les éléments contenus dans les notes blanches. Ainsi, l'administration alimente elle-même ses fichiers, produit elle-même ses supports probatoires qui, faute de pouvoir être sérieusement contestés par l'administré, seront très majoritairement validés par le juge : la boucle de l'autoproduction de preuves par l'administration est ainsi bouclée. CQFD.

L'année passée, lors des vœux du jour de l'an adressés au personnel d'un service du ministère de l'Intérieur, un haut gradé a

effectué la prédiction suivante dans son discours : « *L'avenir, c'est les mesures administratives* »³⁰. Cette annonce tend à confirmer que les mécanismes déployés pour réguler les « indésirables » servent également de laboratoire pour s'appliquer ensuite au plus grand nombre.

* * * *

Pour vous abonner à Délibérée c'est [là](#). Vous pouvez aussi nous commander au numéro chez votre libraire ou à l'article sur [cairn.info](#) et consulter notre site internet [ici](#).

Pour nous contacter : revuedeliberee@gmail.com

* * * *

¹ Circulaire du 3 août 2022, *Mesures nécessaires pour améliorer l'efficacité de la chaîne de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière connus pour troubles à l'ordre public*, NOR IOMK2223218J [non publiée à la date de cet article].

² Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

³ Prévues par les articles L. 228-1 et suivants du CSI.

⁴ Voir notamment la circulaire du Premier ministre du 14 janvier 2022, *Mobilisation des cellules de lutte contre l'islamisme radical et le repli communautaire (CLIR) pour lutter contre le séparatisme islamiste et les atteintes aux principes républicains*, n° 6328/SG.

⁵ Pour un aperçu détaillé, voir Asiem El Difraoui, « Chapitre IV. Radicalisation et déradicalisation », *Le djihadisme*, Presses universitaires de France, 2021, p. 94-109.

⁶ <https://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/controle-parlementaire-silt/controle-parlementaire-de-la-loi-renforçant-la-securite-interieure-et-la-lutte-contre-le-terrorisme/donnees-chiffrees/mesures-de-police-administrative>

⁷ Entretien, 2022.

⁸ À propos de cette (re)légitimation après le 11 septembre 2011, lire Laurent Bonelli, « Un ennemi “anonyme et sans visage” », *Cultures & Conflits* [En ligne], 58 | été 2005, consulté le 2 novembre 2022, <http://journals.openedition.org/conflits/1818> ; doi : <https://doi.org/10.4000/conflits.1818>.

⁹ Pour une analyse détaillée, voir Nicolas Klausser, *L'accès au statut juridique d'étranger gravement malade*, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie (IFJD), LGDJ-Éditions Lextenso, coll. « Thèses », 2021, p. 375 et s. ; également disponible au lien suivant : <https://bdr.parisnanterre.fr/theses/internet/2021/2021PA100003/2021PA100003.pdf>

¹⁰ Lisa Carayon, « [Quelle folie !](#) » [en ligne], *La Revue des droits de l'homme*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 2020.

- [11](#) Sénat, *Rapport d'information sur l'amélioration de l'efficacité des fiches S*, François Pillet (rapporteur), 19 décembre 2018, n° 219, p. 49.
- [12](#) Jean-Philippe Foegle et Nicolas Klausser, « [La zone grise des notes blanches](#) », *Délibérée*, vol. 2, n° 2, 2017, p. 41-45 ; Bertrand-Léo Combrade, « [Les notes blanches des services de renseignement](#) », *RFDA*, 2019, p. 1103 et s.
- [13](#) CE sect. 3 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur c/M. Rakhimov*, Lebon, p. 75 ; voir également CE, ord., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009.
- [14](#) Pour une étude détaillée, voir Stéphanie Hennette-Vauchez, Maria Kalogirou, Nicolas Klausser, Cédric Roulhac, Serge Slama & Vincent Souty, « L'état d'urgence au prisme du contentieux : analyse transversale du corpus », dans *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut universitaire de Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 233-339.
- [15](#) Ces prises en charge sont prévues par l'article L. 246-1 du Code de l'action sociale et des familles, modifié en 2005 par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.
- [16](#) Cette dernière est tenue, conformément à l'article L. 241-6 du Code de l'action sociale et des familles, de « se prononcer sur l'orientation des enfants atteints du syndrome autistique » et de « désigner les établissements ou les services correspondant aux besoins de ceux-ci », ces derniers étant tenus de se conformer à la décision de la commission.
- [17](#) Entretien avec des responsables de ce contentieux au sein d'une ARS, mai 2022.
- [18](#) Entretien avec une avocate spécialisée dans ce contentieux, mai 2022.
- [19](#) CAA Versailles, 23 novembre 2021, n° 19VE02623 ; CAA Paris, 17 janvier 2020, n° 18PA0081.
-
- [20](#) Entretien avec un avocat spécialisé dans ce contentieux, mai 2022.
Le journal MEDIAPART est édité par la Société Editrice de Mediapart - 127 avenue Ledru-Rollin, 75011 Paris.
RCS Paris 500 631 932. Numéro de CPPAP : 1224Y90071 - Directeur de la publication : Edwy Plenel
- [21](#) Entretien avec une avocate spécialisée dans ce contentieux, mai 2022.
- [22](#) Michel Foucault, *Le pouvoir psychiatrique*, Paris, Gallimard-Seuil, 2003, p. 59.
- [23](#) Stéphanie Hennette-Vauchez, Marie Kalogirou, Nicolas Klausser, Cédric Roulhac, Serge Slama & Vincent Souty, « L'état d'urgence au prisme du contentieux [...] », préc., p. 321.
- [24](#) Au 18 juin 2021, selon le site dédié au contrôle parlementaire d'application de la loi SILT.
- [25](#) Voir par exemple Danièle Lochak, « [Mettre à l'abri... l'administration. Le Conseil d'État, le Covid et les étrangers](#) », *Délibérée*, vol. 11, n° 3, 2020, p. 21-25.
- [26](#) Cour des comptes, *Approche méthodologique des coûts de la justice. Enquête sur la mesure de l'activité et l'allocation des moyens des juridictions françaises*, décembre 2018, p. 85.

[27](#) *Ibid.*, p. 86.

[28](#) *Ibid.*

[29](#) Entretien avec un juge administratif, novembre 2022.

[30](#) Entretien, 2022.

Ce blog est personnel, la rédaction n'est pas à l'origine de ses contenus.