

N° 388317
Département de la Seine-Saint-Denis

N° 399829
Département du Puy-de-Dôme
c/ M. et Mme B...

N° 399834
Département du Puy-de-Dôme
c/ M. et Mme C...

N° 399836
Département du Puy-de-Dôme
c/ M. D... et Mme E...

N° 400074
Ministre des affaires sociales
et de la santé
c/ M. et Mme F...

Section du contentieux
Séance du 8 juillet 2016
Lecture du 13 juillet 2016

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Ces affaires soulèvent de délicates questions juridiques emboîtées qui ont justifié leur inscription directe devant votre formation de jugement : la question, d'abord, de la répartition des compétences entre l'Etat et les départements pour l'hébergement d'urgence de familles sans abri avec enfants mineurs ; celle, ensuite, de la traduction de cette répartition dans le prétoire du juge du référé-liberté ; celle, enfin, des conditions de fond dans lesquelles ce juge peut obliger l'administration compétente à donner satisfaction aux familles demandant un toit, notamment dans le cas particulier où sont en cause des personnes déboutées du droit d'asile, familles auxquelles la complexité institutionnelle que nous vous décrirons est largement indifférente.

Ces questions, vous vous en doutez, ne sont pas délicates que sur un plan juridique : ce qui est porté devant le juge, à travers elles, ce sont aussi les limites et les contradictions de politiques publiques qui excèdent de loin le prisme étroit des conclusions individuelles dont il est saisi et des outils qu'on lui demande d'actionner et, à travers chaque dossier, ce sont des situations personnelles et familiales lourdes et complexes n'appelant pas une réponse unique, et, nous le reverrons, appelant rarement une réponse entièrement satisfaisante à tous points de vue.

Dans l'affaire n° 388317, Mme A... et ses deux jeunes enfants, sans logement, ont bénéficié de la prise en charge, par le département de la Seine-Saint-Denis, d'un hébergement en hôtel. Le département a toutefois décidé en juin 2014 de mettre fin à cette aide, au motif que, son dernier enfant ayant eu trois ans, seul l'Etat était désormais compétent pour assumer les frais liés à son hébergement d'urgence. Le département se pourvoit en cassation contre le jugement par lequel le tribunal administratif de Montreuil a annulé cette décision. Il soulève à cette occasion une question prioritaire de constitutionnalité.

Les quatre autres affaires appelées concernent des couples avec enfants dont la demande d'asile a été rejetée et qui, faute de pouvoir continuer à bénéficier des conditions matérielles d'accueil garanties aux demandeurs d'asile, ont demandé tant à l'Etat *via* le 115 qu'au département du Puy-de-Dôme à bénéficier d'un hébergement d'urgence dans la région de Clermont-Ferrand sous la forme d'une place en centre ou de nuitées hôtelières. Dans les affaires concernant les familles B... et F..., l'accès à l'hébergement a d'emblée été refusé, tandis que dans les deux autres affaires, relatives à M. D..., Mme E... et leur enfant et à la famille C..., le département a dans un premier temps financé des nuits d'hôtel, avant d'y mettre un terme. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CJA) de conclusions dirigées selon les cas contre l'Etat et le département, ou contre le département seul, le juge des référés du tribunal administratif de Clermont-Ferrand a enjoint dans trois dossiers au département de prendre ou reprendre en charge les nuitées hôtelières et, dans le dossier F..., c'est à l'Etat qu'il a enjoint de donner un hébergement d'urgence aux intéressés. Le département du Puy-de-Dôme, sous les trois premiers numéros, le ministre, sous le quatrième, font appel.

Vous admettez les interventions de l'Assemblée des départements de France (ADF) dans ces différents dossiers eu égard aux questions soulevées par les litiges (CE, Sect., 25 juil. 2013, *Office français de protection des réfugiés et apatrides*, n° 350661, au Recueil p. 224 ; CE, Ass., 14 févr. 2014, Mme G... *et autres*, n° 375081, au Recueil).

1. La première question qui se pose à vous est de savoir comment délimiter les compétences de l'Etat et des départements en matière d'hébergement d'urgence, entreprise toujours délicate dans un domaine plus vaste, l'aide sociale, qui n'a jamais ressemblé à un jardin à la française, et où les litiges de voisinage sont plus sensibles que jamais. Dans ce paysage compliqué, il est au moins une certitude : l'hébergement des personnes en difficulté relève principalement de la compétence de l'Etat.

La notion d'hébergement recouvre deux séries de dispositifs distincts sur le papier, même si l'étanchéité de la distinction¹ a pu être mise à l'épreuve dans la pratique : l'hébergement d'urgence et l'hébergement d'insertion, ces deux types d'hébergement ayant théoriquement vocation à servir de sas successifs vers l'accès à un logement durable². Le premier vise à mettre à l'abri, dans l'urgence, le second à offrir une stabilité et à préparer une sortie en logement.

Le point commun entre ces deux formes de dispositifs d'hébergement, c'est que la loi a confié à l'Etat, et à l'Etat *a priori* seul, une compétence large pour structurer l'offre de places, orienter les demandes et solvabiliser les demandeurs admis à l'aide sociale. Le 8° de l'article

¹ Distinction parfaitement exposée par Nicolas Polge dans ses conclusions sur CE, 22 avr. 2013, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, n°358427, au Recueil.

² L'hébergement d'insertion est d'ailleurs une composante du droit au logement opposable : le « DAHO ».

L. 121-7 du code de l'action sociale et des familles (CASF) met ainsi à la charge de l'Etat « Les mesures d'aide sociale en matière de logement, d'hébergement et de réinsertion (...) ».

Pour nous concentrer sur l'hébergement d'urgence³, nous soulignerons que l'article L. 345-2-2, issu de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, ouvre ce dispositif à toute « *personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique ou sociale* ». Toujours au titre de l'hébergement d'urgence, l'article L. 345-2 prévoit qu'est mis en place dans chaque département, sous l'autorité du préfet, un dispositif de « veille sociale » chargé d'« accueillir les personnes sans abri ou en détresse ». Cette veille repose notamment sur les plates-formes téléphoniques du 115 qui, lorsqu'elles sont en mesure de donner satisfaction, orientent les personnes, en fonction des disponibilités, vers une place en centre d'hébergement d'urgence ou, en cas de saturation, vers une prise en charge de nuitées d'hôtel⁴, dans des chambres recensées au préalable. Dernière précision, importante, sur cette compétence très large de l'Etat : elle n'est pas limitée quant aux publics concernés : l'article L. 345-2-2 évoque toute « personne », et l'article L. 345-1 mentionne les « personnes et familles » en difficulté.

Mais si la figure de l'Etat est omniprésente dans le paysage de l'hébergement d'urgence, les départements n'en sont pas absents. Ils disposent, pour faire simple et sans préjudice de l'aide sociale facultative⁵, de deux titres légaux pour intervenir, dans le cadre de la mission qui leur est dévolue par la loi en matière d'aide sociale à l'enfance (ASE)

Le premier titre de compétence des départements, hors de cause dans les litiges du jour mais dont le rappel est important dans l'économie générale du dispositif, est l'obligation faite au service de l'aide sociale à l'enfance par l'article L. 222-5 du CASF de « prendre en charge » certaines publics spécifiques, « 1° Les mineurs qui ne peuvent demeurer provisoirement dans leur milieu de vie habituel et dont la situation requiert un accueil à temps complet ou partiel (...) », 2° les pupilles de l'Etat (...), 3° les mineurs confiés à l'ASE par l'autorité judiciaire et « 4° Les femmes enceintes et les mères isolées avec leurs enfants de moins de trois ans qui ont besoin d'un soutien matériel et psychologique, notamment parce qu'elles sont sans domicile. » Cette notion de « prise en charge » n'est pas réductible à l'hébergement : il s'agit plus largement de rompre l'isolement, d'apporter une aide éducative, matérielle ou psychologique, qui ne passe pas systématiquement par un hébergement en structure ou même en placement familial. Mais l'hébergement, y compris d'urgence, en est l'une des dimensions⁶.

³ En ce qui concerne l'hébergement d'insertion, via notamment les centres d'hébergement et de réinsertion sociale, l'article L. 345-1 met à la charge de l'Etat l'accueil en centre d'hébergement des « personnes et les familles qui connaissent de graves difficultés, notamment économiques, familiales, de logement, de santé ou d'insertion (...) ».

⁴ La veille sociale s'inscrit elle-même, depuis 2014, dans le cadre d'un service d'insertion, d'accueil et d'orientation mis en place sous l'égide de l'Etat. Le dispositif a été récemment refondu par la loi dite « ALUR » n° 2014-366 du 24 mars 2014, et ses décrets d'application n°s 2015-1446 et 1447 du 6 novembre 2015, qui consacrent en particulier le rôle des services intégrés d'accueil et d'orientation initiés par une circulaire du 7 juillet 2010.

⁵ C'est-à-dire des prestations extralégales que les départements peuvent prendre l'initiative de créer *ex nihilo* ou des conditions d'attribution plus favorables (art. L. 111-4 du CASF) qu'ils peuvent décider par rapport aux textes nationaux (art. L. 121-4 du CASF).

⁶ Ainsi qu'il ressort des termes mêmes de l'article L. 221-2 du CASF, notamment de son 2^{ème} alinéa : « Le département organise sur une base territoriale les moyens nécessaires à l'accueil et à l'hébergement des enfants confiés au service. Un projet de service de l'aide sociale à l'enfance est élaboré dans chaque département. Il précise notamment les possibilités d'accueil d'urgence, les modalités de recrutement par le département des assistants familiaux ainsi que l'organisation et le fonctionnement des équipes travaillant avec les assistants

Le deuxième titre de compétence du département, au cœur de la problématique du jour, repose sur les aides à domicile qui peuvent être attribuées, selon l'article L. 222-2 du CASF, à la mère, au père ou à la personne qui assume la charge effective de l'enfant « lorsque la santé de celui-ci, sa sécurité, son entretien ou son éducation l'exigent ». Selon l'article L. 222-3, ces aides à domicile peuvent prendre plusieurs formes, dont « le versement d'aides financières, effectué sous forme soit de secours exceptionnels, soit d'allocations mensuelles, à titre définitif [ou d'avance], éventuellement délivrés en espèces ». Si la finalité de ces aides à domicile est précise - l'intérêt du mineur – ni les publics-cibles ni leur objet n'est délimité : elles sont *a priori* multi-usages. Et aussi contre-intuitive que cela puisse paraître pour une famille sans domicile, vous avez jugé d'abord discrètement (CE, 22 août 2002, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 247068, inédite), puis très explicitement que cet article fournissait la base légale de la prise en charge de frais d'hébergement en hôtel par un département d'une famille avec enfants (CE, 30 mars 2016, *Département de la Seine-Saint-Denis*, n° 382437 au Recueil), solution dégagée pour de l'hébergement d'insertion mais *a fortiori* transposable à l'hébergement d'urgence.

Les départements disposent donc d'un titre de compétence pour agir. Mais quelle est la portée de cette compétence, c'est-à-dire le degré de contrainte qu'elle fait peser sur les départements ?

Précisément votre décision du 30 mars 2016 a entendu préciser la doctrine d'emploi de ce titre de compétence départementale, doctrine qui repose selon nous sur deux idées.

La première idée, idée maîtresse, est que la compétence départementale et celle de l'Etat ne sont pas de même rang. Pour reprendre les termes de la décision de vos 1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies, la compétence « de principe » de l'Etat « *n'exclut pas l'intervention supplétive du département lorsque la santé des enfants, leur sécurité, leur entretien ou leur éducation l'exigent* ». Cet ordre des compétences va au-delà d'une simple hiérarchisation. La compétence du département n'est pas seulement seconde : elle est palliative et provisoire, en cas de carence de l'Etat. Elle n'a vocation qu'à opérer la « soudure » des deux interventions publiques jusqu'à ce que l'Etat assume sa responsabilité. Si l'article L. 222-3 précise que les aides à domicile peuvent prendre la forme d'allocations mensuelles ou de secours exceptionnels, on est clairement ici du côté de l'exceptionnel.

Nous ne reviendrons pas longuement sur les raisons justifiant cette subsidiarité. Elle résulte des textes législatifs mêmes, qui adressent à l'Etat une obligation rédigée sur le mode d'une obligation de résultat (art. L. 345-2-2), qu'un déplacement de responsabilité vers les départements priverait de substance. En outre, ces mêmes textes organisent en détail la fonction organisatrice de l'Etat, tandis que le département, qui peut tout au plus financer des nuitées d'hôtel, n'a pas le rôle de recensement des places ou d'orientation des demandeurs que jouent les opérateurs du service intégré d'accueil et d'orientation et du 115 : le département, s'il peut intervenir ponctuellement, n'a ni l'obligation ni les moyens d'organiser une réponse structurée aux demandes d'hébergement. Et l'élément d'équilibre du dispositif, lorsqu'un département prend malgré tout en charge l'hébergement de familles en raison de la carence prolongée de l'Etat, c'est la faculté pour lui, rappelée dans votre décision du 30 mars, d'engager une action récursoire contre l'Etat.

familiaux, qui en sont membres à part entière. Le département doit en outre disposer de structures d'accueil pour les femmes enceintes et les mères avec leurs enfants. »

Le deuxième axe de cette doctrine d'emploi, peut-être mal compris à la lecture de votre décision de mars dernier, est que la compétence supplétive du département n'est pas automatique : la carence de l'Etat ne crée pas nécessairement d'obligation, dans le chef du département, d'héberger la famille entière. Ce que vous avez jugé en mars, c'est que le département n'était pas radicalement incompétent, et que cette compétence n'était pas facultative, encore moins purement gracieuse, qualification exclue en présence d'un texte. L'abstention du département n'est donc pas à l'abri de la critique contentieuse. Mais elle sera loin d'être toujours illégale.

L'absence d'automatisme ne se justifie pas seulement par le souci de ne pas déformer l'ordonnancement des compétences. Ce risque de déformation est certes réel : pour ne prendre que les chiffres (DRIHL 2014) pour l'Ile-de-France, les familles représentent 92 % des ménages bénéficiaires d'un hébergement d'urgence en hôtel. Mais ce souci ne pèserait pas lourd devant la détresse des demandeurs, et l'action récursoire en corrigerait certains effets pour le département.

Selon nous, l'absence d'automatisme se justifie surtout par le fait que le département dispose d'autres outils, sur lesquels la loi fait peser des obligations précises, pour protéger l'enfant. La première obligation du président du conseil départemental est d'examiner, avant de refuser la prise en charge ou d'y mettre fin, la situation particulière de la famille : elle découle du devoir qui lui incombe en vertu de l'article L. 226-3 du CASF de recueillir, traiter et « *évaluer à tout moment et quelle qu'en soit l'origine, [les] informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être* ». Sa deuxième obligation c'est d'envisager le cas échéant la mise en œuvre de mesures de protection de toutes natures ciblées sur le mineur seul voire à la condition *sine qua none* de l'accord des représentants légaux du mineur (art. L. 223-2) décider son placement en dehors de son milieu habituel en application de l'article L. 222-5, placement, modulable dans sa temporalité et ses modalités, qui n'est pas synonyme de rupture des liens avec la famille. En l'absence d'accord des parents en revanche, le placement ne pourrait intervenir qu'en cas de danger, sur décision du juge des enfants (art. 375 code civil) – l'intrusion dans la vie familiale est alors bien plus brutale. Dans la pratique, donc, le président du conseil départemental ne pourra, souvent, pas faire grand-chose.

Le département doit donc s'interroger, au regard de la palette des autres outils, sur ce qu'exige la situation de l'enfant, l'hébergement de la famille entière étant un outil parmi d'autres. C'est ainsi que nous comprenons votre décision de mars 2016, où vous jugez que lorsqu'un département a pris en charge les frais d'hébergement à l'hôtel d'une famille, « *il ne peut décider de cesser le versement de son aide sans avoir examiné la situation particulière de cette famille et s'être assuré que, en l'absence de mise en place, par l'Etat, de mesures d'hébergement ou de toute autre solution, cette interruption ne placera pas de nouveau les enfants dans une situation susceptible de menacer leur santé, leur sécurité, leur entretien ou leur éducation, au sens des dispositions précitées du code de l'action sociale et des familles* ». Il y aura peut-être des cas particuliers où l'hébergement de toute la famille, pour une durée limitée, sera manifestement la meilleure voire la seule mesure pour protéger efficacement l'enfant, par exemple pour faire une brève soudure dans la perspective d'une solution durable d'hébergement. Mais ce ne peut être le cas général : la responsabilité de donner un toit à la famille incombe, avant tout, à l'Etat.

Au total, nous vous proposons de confirmer la solution retenue par vos 1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies en mars, le cas échéant en arrondissant quelques angles rédactionnels.

2. Telle nous semble être l'architecture des compétences d'hébergement d'urgence d'une famille avec enfants mineurs. Vous pourrez dès lors statuer sur le pourvoi n° 388317 du département de la Seine-Saint-Denis, en répondant tout d'abord à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qu'il soulève. Le département soutient que la portée effective donnée aux articles L. 222-2 et L. 222-3 par la jurisprudence constante du Conseil d'Etat méconnaît le principe de libre administration protégé par l'article 72 de la Constitution, ainsi que le principe de compensation financière inscrit à l'article 72-2, dès lors que cette jurisprudence entraîne, sans attribution des ressources correspondantes, un transfert de l'Etat aux départements de la compétence d'hébergement des familles en difficulté avec des enfants ou, à tout le moins, une extension de leurs compétences en matière d'aide sociale à l'enfance.

Ces dispositions étant applicables au litige et n'ayant jamais été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, le renvoi à ce dernier dépend du caractère sérieux ou nouveau de la question posée par le département. Prenons les deux griefs successivement.

L'invocation de l'article 72-2 de la Constitution nous semble inopérante. Ces dispositions, issues de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, dessinent une fusée à trois étages qui impose au législateur de compenser sur la base des coûts historiques les transferts de compétences, qui impose d'accompagner les créations ou extensions de compétences de ressources à déterminer, et n'impose rien lorsque la loi se borne à aménager une compétence préexistante. Pour reprendre une expression utilisée à ce pupitre par Claire Landais, le « fait générateur » de l'obligation éventuelle de compensation est le transfert, la création ou l'extension de compétence (concl. CE, 20 avr. 2011, *Département de la Seine-Saint-Denis et Département de l'Hérault*, n° 346204, aux Tables). La loi du 28 mars 2003 n'étant pas d'application rétroactive, elle ne peut s'appliquer qu'à des faits générateurs postérieurs, ce qu'a confirmé le Conseil constitutionnel (décision n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, cons. 8 ; v. aussi le comm. aux cahiers). Or les dispositions critiquées des articles L. 222-2 et L. 222-3 du code de l'action sociale et des familles sont antérieures, et de loin, à mars 2003. Elles sont issues de l'ordonnance – ratifiée - du 21 décembre 2000 relative à la partie législative de ce code, et figuraient auparavant aux articles 42 et 43 du code des familles et de l'aide sociale, eux-mêmes issus de la loi du 6 janvier 1986⁷. Elles n'ont, depuis cette date, pas fait l'objet de modifications substantielles, ni même d'ailleurs formelles⁸.

La circonstance que l'interprétation jurisprudentielle « constante » selon laquelle ces dispositions peuvent générer des obligations pour les départements en matière d'hébergement d'urgence, prenne sa source dans une décision postérieure, est sans incidence sur l'application dans le temps de la révision de 2003. Si la doctrine du « droit vivant » permet à tout justiciable de contester, à l'occasion d'une QPC, non pas la loi désincarnée mais la portée effective qu'une jurisprudence constante lui donne, elle ne remet en pas en cause, au contraire, la règle d'or selon laquelle la jurisprudence fait corps, rétroactivement, avec le texte interprété. Cela vaut a fortiori s'agissant comme ici d'une première interprétation révélant le sens du texte. La question se poserait peut-être en d'autres termes dans l'hypothèse d'un

⁷ Loi n° 86-17 du 7 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé.

⁸ Il n'est pas nécessaire de remonter plus en arrière mais, s'il le fallait, on s'arrêterait en 1983, date du transfert de compétence – qui avait pour le coup incontestablement le caractère d'un transfert - de l'Etat aux départements, transfert au demeurant compensé. Quelle que soit la date exacte du déplacement des compétences, l'article 72-2 est inapplicable.

revirement ou d'une inflexion jurisprudentielle accompagnée d'une modulation dans le temps des effets de la règle nouvelle⁹.

Si l'invocation de l'article 72-2 de la Constitution est inopérante, celle de l'article 72 ne l'est pas. Or on retrouve sous le frontispice de cet article une contrainte constitutionnelle certes plus lâche en intensité mais pas foncièrement différente par sa nature de celle de l'article 72-2, en combinant les deux idées présentes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon lesquelles la loi ne doit ni diminuer les ressources globales des collectivités territoriales au point d'entraver leur libre administration (v. par ex. la décision n° 98-405 DC, 29 déc. 1998, cons. 46 à 50), ni créer des obligations ou charges nouvelles qui par leur ampleur auraient pour effet de dénaturer cette même libre administration (v. par ex. les décisions n° 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, cons. 8 ; n° 2011-143 QPC, 30 juin 2011, cons. 11 à 14). D'une certaine manière, les exigences de l'article 72 peuvent même paraître plus larges – bien que moins intenses – que celles de l'article 72-2, certaines décisions du Conseil semblant prendre en compte la dynamique des dépenses induite non par les changements ultérieurs de textes, mais par l'évolution des conditions factuelles d'exercice d'une compétence (v. décision n° 2011-144 QPC, cons. 8 à 12).

Mais pour plusieurs raisons, le seuil de l'entrave ou de la dénaturation n'est pas franchi, quelle que soit, en tout état de cause, la pression induite sur les services départementaux par l'évolution des conditions factuelles d'exercice de cette compétence, et dont nous ne nions pas la réalité. La première raison est le caractère supplétif de ce titre de compétence : il s'agit d'une compétence « obligatoire » au sens strict, mais qui n'a vocation à s'exercer qu'en cas de carence de l'Etat. La deuxième raison est l'absence d'automatisme, comme nous vous l'avons indiqué, entre carence de l'Etat, en particulier lorsqu'est en cause la décision initiale de financer ou non des nuitées d'hôtel – mais aussi, pensons-nous, lorsque le département commence et que se pose la question du maintien des financements. La troisième, qui ne saurait suffire à elle seule, est la possibilité d'une action récursoire si les versements du département trouvent directement leur cause dans la carence prolongée de l'Etat : dans ce cas, la charge financière n'est que provisoire¹⁰.

Nous vous proposons donc de juger que la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, pas davantage au regard des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 mentionnés par l'ADF dans son intervention, ne présente pas un caractère sérieux. Vous pourrez d'ailleurs écarter les deux autres moyens soulevés par le département de Seine-Saint-Denis et rejeter son pourvoi. Le tribunal administratif de Montreuil a correctement qualifié les faits de l'espèce en regardant

⁹ Car pour le reste, si la problématique de la surprise qu'une jurisprudence intrinsèquement rétroactive peut générer pour certains acteurs par rapport au sens qu'ils avaient légitimement pu prêter à un énoncé législatif n'a pas encore dévoilé tous ses secrets sur le plan constitutionnel au regard notamment de la garantie des droits résultant de l'article 16 de la DDHC (cf. la décision n° 2013-336 QPC du 01 août 2013 - Société Natixis Asset Management, et son comm. aux cahiers), elle est étrangère à l'application de l'article 72-2.

¹⁰ Nous ajouterons, à titre d'élément de contexte, que la dynamique des aides à domicile, bien que conséquente, n'est pas insoutenable au regard de celle que suivent d'autres postes de dépenses. Selon la DREES (*Etudes et résultats*, N° 905, février 2015, « Dépenses d'aide sociale départementale en 2013 : une hausse soutenue par le RSA »), les dépenses d'allocations au titre de l'ASE, dont les aides financières à domicile ne sont qu'une dimension, s'élevaient en 2013 à 612 M euros, soit 5 % des dépenses de l'ASE (7,6 Mds €). Mais il ressort des dossiers de certains pourvois que les dépenses liées à l'hébergement d'urgence des familles peuvent localement constituer un poste dynamique (pour le Puy-de-Dôme, on est passé de 1 à 1,63 M€ entre 2012 et 2015). On ne vous fournit pas d'élément accréditant l'idée que la goutte d'eau de ces aides aurait fait déborder, au regard des exigences de l'article 72 de la Constitution, un vase dont nous admettons qu'il est d'ores et déjà bien plein.

les secours financiers versés avant les trois ans de l'enfant comme des « aides à domicile »¹¹. Et le tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le tribunal ne pouvait pas légalement mettre fin au versement de cette aide au seul motif que le plus jeune enfant avait atteint l'âge de trois ans, sans avoir procédé à un examen particulier de la situation de la famille et de l'enfant – sans préjuger du résultat de cet examen.

3. Transportons-nous à présent, avec les quatre autres affaires, dans l'office du juge du référé-liberté. Nous vous avons décrit ce que nous semblait être la répartition des compétences entre Etat et département. Comment, à présent, ces obligations respectives des deux collectivités se traduisent-elles dans la grammaire particulière du juge du référé-liberté ? C'est le groupe de questions suivant qui vous sont posées, et il faut tout d'abord déterminer contre qui il peut y avoir matière à prononcer des injonctions.

A titre liminaire, il est incontestable que des libertés fondamentales sont ici en cause. Certes, en l'état de votre jurisprudence, le droit au logement n'a pas le statut de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA (CE, juge des référés, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, n°245697, A, au Recueil), et il n'est pas certain que l'accès à l'hébergement d'insertion mette en œuvre une telle liberté. Mais vous avez jugé que la carence de l'Etat dans la mise en œuvre du droit à l'hébergement d'urgence explicité par la loi du 25 mars 2009 est susceptible d'affecter une liberté fondamentale (CE, juge des référés, 10 févr. 2012, *H...*, n° 356456, aux Tables). Vous n'avez pas précisé si le droit à l'hébergement d'urgence, c'est-à-dire au toit, au couvert et à un minimum d'hygiène, constitue en lui-même une liberté fondamentale autonome, ou si l'atteinte à ce droit révèle la violation d'une autre liberté sous-jacente, telle la dignité humaine (CE, juge des référés, 23 nov. 2015, *Ministre de l'intérieur – Commune de Calais*, n° 394540, au Recueil)¹². Dans un cas comme dans l'autre, sans théoriser davantage, l'essentiel est de constater que la première clé d'entrée dans les pouvoirs de l'article L. 521-2 du CJA est acquise.

En ce qui concerne l'autre clé, tenant à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, vos juges des référés ont déjà forgé une grille d'analyse pour les demandes d'hébergement adressées à l'Etat. Selon cette grille, issue de l'ordonnance du 10 févr. 2012, *H...*, n° 356456, aux Tables, le juge des référés doit mettre en œuvre ses pouvoirs lorsque la carence de l'Etat est caractérisée et entraîne des conséquences graves pour la personne, compte tenu des diligences de l'administration, de ses moyens et de la situation du demandeur. Cette grille vaut dans la généralité des cas. Dans le cas particulier des déboutés définitifs du droit d'asile, cependant, les conditions d'injonction sont bien plus étroites, l'accès à l'hébergement d'urgence n'étant ordonné par le juge du référé qu'à titre exceptionnel (CE, juge des référés, 24 sept. 2013, *I...*, n°372324, inédite). Nous reviendrons plus en détail sur les conditions dans lesquelles ces pouvoirs doivent être mis en œuvre. Pour l'heure, notons qu'il peut y avoir, dans ces hypothèses, matière à enjoindre à l'Etat de trouver une solution d'hébergement pour les demandeurs.

¹¹ Certes, avant cet âge, et s'agissant d'une mère isolée, le département aurait pu assumer une « prise en charge » au sens fort, en application de l'article L. 222-5 du CASF. Mais il a choisi – et ce choix n'a jamais été contesté – de se contenter d'une prise en charge financière de nuitées d'hôtel, prestation qui a la nature d'une aide à domicile, au sens des articles L. 222- et L. 222-3

¹² Tout comme l'accès à l'hébergement et plus largement aux conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile constitue, à travers le prisme du référé-liberté, un adjuvant du droit d'asile lui-même (CE, juge des référés, 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ J... et Mme K...*, n° 325884, aux Tables)

Y a-t-il matière le cas échéant à prononcer des injonctions à l'encontre du département, lorsque l'Etat est défaillant ? A cette question, qui a à titre principal justifié que ces affaires soient portées devant vous, nous vous proposons résolument d'apporter une réponse négative, pour trois séries de raisons.

La première raison est que, au regard de la répartition des compétences décrite précédemment, une injonction à l'encontre du département n'aurait pas d'utilité, et serait même sans objet. Si vous admettez que la compétence départementale n'a vocation à jouer qu'à titre supplétif, palliatif, en cas de carence de l'Etat, cela signifie que vous ne pourriez pas appliquer au département une grille plus exigeante que celle issue de votre ordonnance H..., en tenant compte des diligences et des moyens disponibles de l'Etat – et non des diligences et moyens propres du département. Il n'y aurait donc carence du département, et donc matière à injonction, qu'en cas de carence caractérisée de l'Etat lui-même – et encore, pas dans tous les cas.

Or s'il y a sur le papier matière à enjoindre aux deux collectivités, il est normal pour le juge du référé-liberté de privilégier l'injonction à l'encontre de l'autorité principalement responsable, cette injonction ayant, par son exécution, vocation à résorber la carence. En effet, vous jugez que, dans le cadre de l'article L. 521-2 du CJA, il doit exister un rapport direct entre l'illégalité relevée et la gravité de ses effets au regard de l'exercice de la liberté fondamentale en cause (CE ordonnance du 12 novembre 2001, n°239840, *Commune de Montreuil Bellay*). Or, à supposer même qu'une illégalité soit détectable sur le chef du département, le fait générateur le plus direct, celui qui pour paraphraser de célèbres conclusions portera normalement en lui l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, sera la carence de l'Etat. A cet égard, il nous semble neutre que soit en cause un refus initial ou bien le cas où un département commencerait à prendre en charge des nuitées d'hôtel avant d'y mettre fin sans que l'Etat prenne le relais : même dans ce second cas la situation trouve son fait générateur adéquat dans l'abstention de l'Etat. Le seul cas dans lequel le département pourrait se retrouver en première ligne serait s'il interrompait l'aide sans préavis et sans diligence auprès de l'Etat – en pratique, ces diligences ont normalement lieu.

La deuxième raison, au soutien de la solution proposée, est que l'intervention du département n'aurait aucune valeur ajoutée pour la sauvegarde des libertés en cause. Son intervention ne pourrait prendre que la forme d'aides financières visant à payer des nuitées d'hôtel, prestations qui ne sont pas d'une nature différente de ce que l'Etat lui-même pourrait délivrer. Au contraire, l'Etat pourrait faire plus et mieux, en trouvant des places adaptées en centre. Il ne s'agit donc pas de priver la famille d'une intervention sur-mesure adaptée à la présence d'enfants. Par ailleurs, nous vous proposerons tout à l'heure de juger que la présence d'enfants au foyer doit peser dans l'appréciation portée par le juge du référé-liberté sur l'existence d'une carence de l'Etat : sous cette réserve, pour le simple paiement de nuitées d'hôtel, il y a donc une neutralité de la répartition des compétences, y compris pour la mise en œuvre des finalités assignées à l'aide à domicile, dans l'intérêt de l'enfant, par les articles L. 222-2 et -3 du CASF.

La troisième raison est le risque de déformation de l'ordre des compétences : le juge du référé-liberté doit d'autant plus privilégier l'injonction à la collectivité principalement compétente que tout, ou presque tout se joue devant lui dans cette matière imprégnée d'urgence, sauf à déplacer massivement le centre de gravité de la répartition des compétences du côté du département. Il ne s'agit pas que de bonne administration, mais aussi de respect de

l'intention du législateur qui, s'il avait entendu faire jouer au département un rôle de filet systématique de sécurité, aurait dû le dire plus clairement.

C'est aussi l'une des raisons pour lesquelles ce que nous vous proposons n'est pas une théorie générale de l'office du juge du référé-liberté en présence d'une compétence concurrente entre deux collectivités publiques. La solution proposée est propre à l'hébergement de familles avec enfants sous la forme de la prise en charge de nuits d'hôtel. Dans d'autres configurations, selon les contours donnés par la loi aux compétences en cause, et l'intensité de la compétence subsidiaire, il se pourra que la collectivité de second rang ne s'efface pas derrière la collectivité de premier rang dans le prétoire du juge du référé-liberté. Vous avez d'ailleurs déjà admis de prononcer une injonction contre une autorité compétente à titre subsidiaire, dans un cas où le préfet refusait de faire usage du pouvoir de substitution au maire qu'il tient de l'article L. 2122-34 du code général des collectivités territoriales (CGCT) (v. CE, Juge des référés, 19 janv. 2016, *Association musulmane El Fath*, n° 396003, au Recueil). Mais il s'agissait de pouvoir hiérarchique, d'une substitution expressément prévue par la loi, et d'un cas où la carence du maire à exécuter une précédente ordonnance du juge du référé-liberté affectait le droit au recours effectif et, à travers lui, aux libertés fondamentales en cause.

Pour ces trois raisons, nous pensons exclu que le juge du référé-liberté enjoigne à un département d'héberger, en urgence, une famille avec enfants, sans préjudice des autres contentieux qui pourraient se nouer sur sa carence à prendre d'autres mesures, ciblées, de protection de l'enfant. Et nous ne vous proposons pas de juger, compte tenu des contraintes de son office, que le juge serait tenu de rediriger les conclusions contre l'Etat et d'appeler celui-ci en la cause¹³. Une telle obligation de redirection ne nous paraît pas nécessaire, alors que les intéressés peuvent ressaisir immédiatement le juge de conclusions bien dirigées, et que la clarification des règles qu'apportera votre décision supprimera, pour l'avenir, les hypothèses de conclusions mal dirigées.

Si vous nous suivez, vous jugerez donc que les départements ne sauraient être destinataires d'une injonction du juge du référé-liberté tendant à l'hébergement d'urgence de personnes n'entrant pas dans les prévisions de l'article L. 222-5 du CASF. Cette solution ne contredirait pas ce que vous avez jugé, dans le cadre d'un recours au fond, en mars 2016, où vous avez admis l'existence d'une compétence des départements en la matière : il s'agit seulement d'en traduire les exigences dans le langage propre au juge du référé-liberté.

Cette solution pourra utilement venir renforcer la réponse sur la QPC examinée précédemment. Elle vous permettra également de faire droit à l'appel du département du Puy-de-Dôme dans les affaires 399834 et 399836. Les demandes présentées respectivement par M. et Mme C... et par M. D... et Mme E... portaient sur la fourniture d'un hébergement d'urgence pour leur famille ou de prestations équivalentes. C'est donc à tort que le juge des référés a prononcé une injonction à l'encontre du département. Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des appels, ni le moyen supplémentaire qu'ajoutait l'ADF dans son intervention, vous pourrez donc annuler, dans cette mesure, les ordonnances attaquées.

¹³ Il est sans doute loisible au juge des référés, compte tenu de la nécessaire souplesse qui doit imprégner son office, d'appeler l'Etat en la cause comme défendeur lorsque l'Etat aura été sollicité à un moment donné dans la procédure. Mais il peut se borner à rejeter les conclusions à fin d'injonction contre le département comme mal dirigées (comp. CE, juge des référés, 30 mai 2013, *M. L...*, n° 368865, pour le relogement d'une famille), plus exactement comme manifestement mal fondées (CE, juge des référés 24 juil. 2014, *M. et Mme M...*, n°382797).

M. et Mme C..., d'une part, M. D... et Mme E..., d'autre part, présentent dans leur mémoire en défense, en appel, des conclusions contre l'Etat. Mais ces conclusions sont nouvelles en appel et, par suite, irrecevables. Rien ne fait obstacle à ce que, si un nouveau refus leur est opposé, ils ressaisissent immédiatement le juge des référés dans des conditions qui devraient permettre de minimiser le risque de rupture de continuité¹⁴.

Il ne reste donc en discussion que deux séries de conclusions d'appel : celles de l'Etat dans le dossier F..., et les conclusions provoquées soulevées par M. et Mme B... contre l'Etat – Etat contre lequel ils avaient bien présenté des conclusions en première instance.

4. Seul l'Etat peut être destinataire d'une injonction du juge du référé-liberté. Nous en venons ainsi au dernier groupe de questions posées par ces dossiers : quelles sont les obligations qui pèsent sur lui ou, pour le dire autrement, dans quels cas son abstention à proposer une solution d'hébergement adaptée caractérisera-t-elle une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ?

Comme nous l'avons indiqué tout à l'heure, on trouve dans les décisions de vos juges des référés deux grilles d'analyse distinctes, selon les publics concernés.

En principe, la grille d'analyse est celle que décrit l'ordonnance H... de 2012 : le juge du référé-liberté doit prononcer une injonction à l'encontre de l'Etat en cas de carence caractérisée de celui-ci entraînant des conséquences graves pour le demandeur ; dans ce cadre, il appartient au juge du référé-liberté d'« appréci[er] dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée ».

Mais nous vous avons dit que plusieurs ordonnances ont retenu une grille d'analyse plus restrictive pour l'accès à l'hébergement d'urgence des personnes définitivement déboutées de leur demande d'asile, jugeant que dans ce cas particulier « *le droit à l'hébergement ne peut être utilement revendiqué qu'en cas de circonstances exceptionnelles survenant ou devenant telles dans la période strictement nécessaire à la mise en œuvre du départ volontaire et dont les conséquences sont susceptibles d'y faire obstacle* » (CE, juge des référés, 24 sept. 2013, I..., n°372324, inédite)¹⁵.

Nous formulerons trois remarques ou questions sur cette double grille d'analyse.

Nous soulignerons d'abord que cette grille, tenant compte des diligences et moyens, conduit le juge du référé-liberté à ne sanctionner qu'une « obligation de moyens »¹⁶ là où la loi semble rédigée dans les termes d'une obligation de résultat. Il s'agit tout de même d'une obligation de moyen renforcée, puisque dans l'appréciation portée par le juge de

¹⁴ Certes, il est tentant de faire preuve de souplesse dans le cadre de la procédure de référé-liberté, comme il peut paraître sévère d'imposer aux deux familles de saisir de nouveau le juge de première instance de conclusions en substance identiques. Mais admettre ces conclusions nouvelles ne serait en réalité pas le plus efficace, y compris pour les requérants, qui ont tout intérêt à ce que le débat contentieux soit noué d'abord devant la juridiction la plus proche d'eux. Par ailleurs, l'irrecevabilité proposée est plus efficace aussi pour le débat d'appel qui doit, abstraction faite du renvoi devant une formation collégiale, se dénouer rapidement, dans les 48 heures selon les textes, délai qui exclut, tout comme la théorie générale de l'appel, des débats nouveaux.

¹⁵ La terminologie a fluctué, des ordonnances, antérieures à septembre 2013, n'exigeant que des circonstances « particulières ».

¹⁶ V. Daniel Guiltard, *Référés Urgence*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz § 395-1.

la gravité du résultat de l'action ou de l'inaction de l'administration intervient la situation du demandeur.

Cette adaptation du contrôle en référé-liberté, sous la forme d'une obligation de moyens renforcée, n'est pas propre à l'accès à l'hébergement d'urgence (cf. les concl. de D. Botteghi sur CE, Sect. 16 nov. 2011, *Ville de Paris et autres*, n° 353172, au Recueil, publ. RFDA 2012 p. 269) et se retrouve pour d'autres « droits de deuxième génération » tels que l'accès aux conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile (CE, juge des référés, 13 août 2010, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ N...*, n° 342330, aux Tables) ou la scolarisation adaptée d'un enfant handicapé (CE, juge des référés, 15 déc. 2010, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative c/ O...*, n° 344729, au Recueil).

Cette adaptation du contrôle n'est pas, à nos yeux, une abdication du juge devant le principe de réalité. Elle nous semble surtout viser à concilier, en des termes qui paraîtront à certains insatisfaisants, la finalité du référé-liberté et la difficulté, voire l'infirmité du juge à se faire administrateur de l'urgence, alors même qu'il en a tous les attributs potentiels. En effet, renoncer à toute hiérarchisation des demandes dans le prétoire du juge, et par là-même prononcer des injonctions de manière systématique, sans tenir compte des moyens et des places disponibles, pourrait revenir à provoquer des effets d'éviction au stade de l'exécution de l'ordonnance du juge du référé-liberté. Comment ignorer que donner des places à certains pourrait impliquer de faire sortir d'autres personnes du dispositif¹⁷, ou de ne pas les faire entrer, alors même qu'ils seraient encore plus prioritaires mais ne souhaiteraient ou ne penseraient pas à saisir le juge de leur situation particulière – même si, s'agissant de prestations financières telles que la prise en charge de nuitées d'hôtel, essentiellement mais pas seulement contraintes par les budgets disponibles, l'argument perde de sa force. Pour ces droits-créances, le juge du référé-liberté se voit en réalité sollicité pour modifier l'ordre de la file des demandeurs : il nous paraît nécessaire pour ce juge de n'entrer dans cette démarche qu'avec une grande prudence.

Notre deuxième remarque portera sur l'opportunité de distinguer les deux cercles de personnes que semblent dessiner les ordonnances de vos juges du référé-liberté : le cercle des personnes relevant du « droit commun » de l'hébergement d'urgence, dessiné par l'ordonnance *H...*, et le cercle de certaines personnes en situation irrégulière pour lesquelles le prisme d'analyse se resserre, dessiné par l'ordonnance *I...* Ont été incluses par vos juges des référés dans ce deuxième cercle, d'une part¹⁸, les déboutés définitifs du droit d'asile, c'est-à-dire les personnes dont la demande d'asile a été rejetée par l'Ofpra ou dont le recours a été rejeté par la Cour nationale du droit d'asile¹⁹ et, d'autre part, les étrangers sous obligation de quitter le territoire français (OQTF)²⁰ – étant précisé que certaines ordonnances,

¹⁷ Sous réserve bien sûr de ce qu'implique le principe de continuité de l'accueil en structure (art. L. 345-2-3 CASF).

¹⁸ v. CE, juge des référés 24 septembre 2013, *I...*, n°372324, puis d'autres ordonnances reprenant le même considérant de principe, 8 avr. 2014, *P...*, n°377095, 17 juil. 2015, n° 391778, *Mme Q...*, 17 juil. 2015, *R...*, n° 391777. V. aussi, pour une rédaction antérieure, exigeant des circonstances « particulières », et non « exceptionnelles », par ex., 18 sept. 2013, *M. et Mme S...*, n° 372227, inédite.

¹⁹ Définition de l'ancien article R. ; désormais combinaison des articles L. 743-1 et L. 743-3 du CESEDA ; auparavant résultait de l'article R. 351-6 du code du travail, auquel renvoyait l'article R. 348-3 du CASF. Les ordonnances portant sur ces situations sont nombreuses, sans doute parce que la problématique de l'hébergement se pose avec acuité lors de la sortie de CADA

²⁰ CE, juge des référés, 17 avr. 2014, *M. T...* et *Mme U...*, n° 377658, inédite ; du même jour, *M. et Mme V...*, n° 377674, inédite ; *Mme W...*, n° 377675, inédite.

un peu plus anciennes, ne rentrent pas bien dans cette épure, et visent les déboutés du droit d'asile faisant l'objet d'une mesure d'éloignement contre laquelle les recours ont été épuisés²¹.

Quelle est l'unité de ce deuxième cercle ? Ce n'est pas l'irrégularité du séjour en tant que telle, mais l'intervention, en outre, d'une décision constatant la vocation à quitter le territoire. Cette vocation est évidente pour les personnes faisant l'objet d'une OQTF exécutable d'office²². Elle est moins évidente pour un débouté du droit d'asile : le rejet définitif de la demande de reconnaissance du statut de réfugié ne vaut pas par lui-même mesure d'éloignement. Cependant, avant même l'édiction d'une OQTF, l'article L. 743-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit que le débouté « doit quitter » le territoire français sous peine de faire l'objet d'une mesure d'éloignement²³. « Obligation » de quitter, dans un cas, « devoir de quitter », dans l'autre – avec toutefois des effets juridiques différents : il y a dans les deux cas une vocation à ne pas rester.

L'autre point commun entre ces deux situations est la vocation des personnes à solliciter l'« aide au retour » volontaire de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, c'est-à-dire la possibilité d'être mis matériellement à même de quitter le territoire. Cette possibilité est ouverte par l'article L. 512-5 du CESEDA à tout étranger faisant l'objet d'une OQTF. Pour les demandeurs d'asile hébergés dans le cadre du dispositif national d'accueil, l'article R. 744-12 du code prévoit que le gestionnaire du lieu d'hébergement doit les informer, après le rejet définitif de leur demande d'asile –avant même l'OQTF - de la possibilité de solliciter cette aide volontaire²⁴.

Pour ces personnes – les déboutés définitifs du droit d'asile et les personnes sous OQTF –, donc, l'ordonnance L... et ses avatars retient une approche particulièrement restrictive. Non seulement, on l'a déjà dit, ces personnes ne peuvent accéder à l'hébergement d'urgence qu'en cas de « circonstance exceptionnelle ». Mais vos juges des référés ont en outre cantonné cet accès aux cas où ces circonstances exceptionnelles « surviennent ou deviennent telles dans la période strictement nécessaire à la mise en œuvre du départ volontaire et dont les conséquences sont susceptibles d'y faire obstacle ». Cette fenêtre temporelle est singulièrement étroite. Elle se superpose selon nous à la période de départ volontaire fixée dans l'OQTF, si OQTF il y a. Pour les demandeurs d'asile ne faisant pas encore l'objet d'une OQTF, elle dure une période à apprécier mais qui, souvent, sera consommée, nous semble-t-il, par le prolongement de l'hébergement en centre d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA) d'ores et déjà prévu par les textes après le rejet définitif de la demande (art. R. 744-12 du CESEDA). Et on a le sentiment à la lecture de l'ordonnance L... qu'au-delà de cette période strictement nécessaire au départ volontaire, sauf circonstance née antérieurement, plus aucun accès à l'hébergement d'urgence ne pourrait être admis.

Tel est donc l'état de la pratique de vos juges des référés, devant lequel nous éprouvons deux séries de gênes nous conduisant à vous proposer quelques ajustements.

²¹ CE, juge des référés, 17 sept. 2013, *M. et Mme X...*, n° 372185, inédite ; 4 juil. 2013, *M. Y...*, n° 369756, inédite

²² C'est-à-dire ne ménageant aucun délai de départ volontaire ; ou après l'expiration du délai de départ volontaire ; ou après le rejet en premier ressort d'un éventuel recours formé devant le tribunal administratif (v. les articles L. 511-1 et suivants du CESEDA, dans leur rédaction à venir au 1^{er} novembre 2016).

²³ Sauf, bien sûr, s'il peut revendiquer un droit au séjour à un autre titre.

²⁴ Sollicitation qui autorise d'ailleurs à titre exceptionnel le maintien pour un mois supplémentaire dans le dispositif national d'accueil.

Notre première gêne porte, précisément, sur la borne temporelle que nous venons de vous décrire. Appliquer le droit commun – c'est-à-dire la jurisprudence *H...* - pendant la période nécessaire au départ volontaire, même en l'absence de circonstance exceptionnelle, nous paraîtrait en réalité plus cohérent avec le signal envoyé par l'administration qui, en fixant un délai de départ volontaire ou en ne prenant pas immédiatement d'OQTF, ménage une période dont l'objet, la raison d'être, est en théorie la préparation d'un départ qui ne peut qu'être entravé par l'absence de toit, dans un contexte où il est déjà suffisamment difficile de se projeter dans l'avenir. Et au-delà de cette période, très courte, faut-il entièrement fermer la porte ? Nous ne le pensons pas. La loi ne permet pas de poser un verrou de principe, et il nous paraît plus sage de laisser la porte entrouverte.

Mais nous éprouvons une deuxième gêne, plus importante, sur le plan des principes. La rédaction de l'ordonnance *I...*, qui ne permet aux étrangers en situation irrégulière ayant vocation à partir de « revendiquer utilement » le droit à l'hébergement d'urgence qu'en cas de circonstances exceptionnelles, donne le sentiment d'ériger leur situation au regard du droit au séjour en verrou juridique, conditionnant en amont leur droit, ou plutôt leur non-droit, à l'accès à l'hébergement d'urgence. Or la loi, on l'a vu, pose un droit universel, non subordonné à la régularité du séjour : les seules conditions tiennent à l'absence de toit et à la détresse. Le juge ne saurait donc nous semble-t-il, en droit, ajouter une condition non prévue par la loi : si le législateur a entendu reconnaître un droit universel, il faut l'accepter. Nous pensons toutefois que la situation de ces demandeurs au regard du droit au séjour peut être prise en compte. Mais c'est seulement en aval, au stade de la nécessaire hiérarchisation des situations de détresse à laquelle l'administration doit se livrer, au cas par cas. Il s'agit d'un élément de fait, parmi d'autres, et non d'un verrou de droit. Vous ne sauriez donc continuer à interdire à ces personnes de « revendiquer utilement » le droit à l'hébergement d'urgence : elles peuvent, en droit, le revendiquer « utilement », même si leur vocation à quitter le territoire jouera, de fait, dans la pondération des urgences.

Comment pondérer cette vocation à quitter le territoire ? Nous comprenons qu'elle puisse peser, dans la hiérarchisation des situations par l'administration sous le contrôle du juge. Et nous comprenons qu'elle puisse peser au point de resserrer l'accès effectif au dispositif d'hébergement d'urgence, faute de places disponibles. Mais la terminologie même de « circonstance exceptionnelle » utilisée dans l'ordonnance *I...* renvoie à l'idée d'une dérogation à un droit commun, optique qui, pour les raisons déjà indiquées, nous paraît fragile. Si un signal devait être envoyé aux juges des référés, ce ne pourrait être qu'en indiquant que, pour les personnes qui doivent quitter le territoire parce que leur demande tendant à la reconnaissance du statut de réfugié a été rejetée ou parce qu'elles font l'objet d'une OQTF exécutable d'office, une atteinte grave et manifestement illégale pourra, en dépit de leur devoir ou de leur obligation de quitter le territoire, être caractérisée en présence de circonstances « particulières » - terminologie au demeurant déjà utilisée dans certaines des ordonnances de vos juges des référés.

Nous en venons à la troisième et dernière question : quelle place réserver à la présence d'enfants dans la pesée du juge du référé-liberté pour apprécier l'étendue des obligations de l'Etat en matière d'hébergement d'urgence ?

Au risque d'énoncer des évidences, il nous semble difficile de faire abstraction de la présence de mineurs, en particulier de très jeunes enfants, pour établir le degré de priorité des demandeurs qu'ils accompagnent, que ce soit dans le cas général de l'ordonnance *H...*, ou

dans celui de l'accès exceptionnel à l'hébergement des déboutés définitifs et des étrangers sous OQTF. Votre jurisprudence, qui ne l'a jamais très expressément admis, nous semble discrètement en ce sens, par une lecture a contrario de décisions relevant l'absence d'enfants (v. CE 16 mars 2015, Z..., n°388630). Et malgré l'absence de précédent explicite, la notion de « situation de famille » mentionnée dans l'ordonnance H... permet de prendre en compte des enfants – la prise en compte est, par comparaison, affichée plus nettement lorsqu'est en cause l'accès aux conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile (CE 27 oct. 2010, n°343899, *Ministre de l'immigration*).

Cette orientation, de bon sens, ne peut qu'être confortée par la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant », invoqué dans les dossiers soumis à votre examen. Cette notion, vous le savez, est issue de l'article 3-1 de la Convention de New York²⁵, dont les stipulations, selon lesquelles « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants (...) l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* », sont d'effet direct²⁶ et utilement invocables à l'encontre d'un refus d'hébergement des parents²⁷, y compris désormais en référé-liberté²⁸. Nous ne sommes pas certain que cette notion constitue en tant que telle une liberté fondamentale à part entière au sens de l'article L. 521-2 du CJA, même si la rédaction retenue par certaines ordonnances de vos juges des référés semble la traiter comme telle²⁹, faute pour elle d'avoir un objet précis, une substance propre³⁰. A nos yeux, il s'agit d'une orientation, d'une injonction de pondération s'incorporant³¹ à l'analyse des situations subjectives, ici à l'appréciation de la gravité ou de l'illégalité de l'atteinte à des droits fondamentaux dont sont titulaires les adultes et les enfants : droits à la dignité, à la vie familiale normale ou à l'éducation³².

²⁵ Convention internationale relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990. Art. 3-1 : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

²⁶ CE, 22 sept. 1997 Mlle AA..., n° 161364, au Recueil p. 319.

²⁷ Dès lors que ces stipulations peuvent être utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, et sont applicables non seulement aux décisions qui ont pour objet de régler la situation personnelle d'enfants mineurs mais aussi à celles qui ont pour effet d'affecter, de manière suffisamment directe et certaine, leur situation (CE 25 juin 2014, n°359359, AB...).

²⁸ CE, Ass., 31 mai 2016, Mme AC..., n° 396848, au Recueil.

²⁹ CE, juge des référés, 4 mai 2011, n°348778-348779, ministre des affaires étrangères c. AD..., au recueil, fichée sur un autre point, au sujet de documents de voyage permettant à des enfants d'entrer sur le territoire national ; CE 7 janv. 2016, n°390441, T..., au sujet de mesures d'expulsion de campements ; CE, juge des référés 6 janv. 2016, n°395622, AE..., au sujet d'une assignation à résidence.

³⁰ Bien que l'intérêt supérieur de l'enfant ait un titulaire – l'enfant –, qu'il soit opposable à des personnes définies – les collectivités publiques –, et qu'il soit sanctionné – par le juge –, il lui manque, faute d'avoir un objet précisément défini, l'un des éléments du « droit subjectif » tel que le définissait le professeur Rivero dans son article « Vers de nouveaux droits de l'homme ? », Rev. Sc. mor. Et pol., 1982. Pour l'auteur, « un droit implique la détermination exacte de son titulaire, la définition précise de son objet, l'identification de celui ou de ceux auxquels il est opposable et, enfin, la possibilité d'une sanction propre à en assurer le respect ».

³¹ C'est d'ailleurs la ligne du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, qui est en charge de veiller au respect des engagements pris par les Etats concernant la mise en oeuvre de la convention, et a estimé, dans son observation générale n°14 (adoptée par le Comité à sa 62^{ème} session (2013), que la notion d'« *intérêt supérieur de l'enfant* » n'est pas une notion autonome et indépendante, mais qu'il s'agit d'un « *objectif, une ligne de conduite, une notion guide* » qui doit éclairer, et irriguer toutes les normes, politiques et décisions internes, ainsi que les budgets relatifs aux enfants.

³² V. en ce sens certaines ordonnances du juge des référés greffant l'intérêt supérieur de l'enfant comme un élément susceptible d'être examiné au soutien de la recherche d'une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale (pour le droit d'asile : ordonnance du 3 août 2015, n°392252, AF...) ; v. aussi, distinguant l'ISE, d'une part, les « droits et libertés fondamentaux de l'enfant », d'autre part, CE, juges des référés, 9 janv. 2015,

Dire qu'il convient de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la pesée est tout sauf neutre, en particulier lorsqu'il s'agit de caractériser des circonstances exceptionnelles ou particulières : l'intérêt d'un enfant étant assez intuitivement qu'il ne dorme pas à la rue, de telles circonstances ne seront-elles pas toujours, de plein droit, caractérisées ? C'est une problématique délicate, qui ne peut se résoudre par des formules simples. Pour en venir aux données concrètes des deux litiges, les deux enfants de M. et Mme B... ont à peine 6 mois pour l'un, 2 ans et demi pour l'autre. Les trois enfants de M. et Mme F... ont 3 ans et demi, 7 et 11 ans.

Nous avons été et restons très partagé, gêné que nous sommes, par l'étroitesse du prisme contentieux qui conduit le juge à statuer sur l'utilisation d'un levier de politique publique assez frustré – l'hébergement de la famille entière – qui n'est pas le seul dans la palette déjà décrite pour protéger les enfants, levier sur lequel pèsent les échecs ou retards des autres leviers, y compris de la mise en œuvre effective d'un éloignement.

Dans ce contexte, il ne serait pas nécessairement incohérent de pas prononcer d'injonction dans les cas d'espèce, faute notamment d'élément inquiétant sur la santé des parents ou des mineurs, et compte tenu de ce que l'Etat a indiqué sur les cas encore plus prioritaires dans le département du Puy-de-Dôme – des familles avec enfants malades ou handicapés, dont on peut comprendre, dans la gestion d'une file d'attente, qu'elles passent avant d'autres³³. Ne pas prononcer d'injonction ne signifierait pas que le juge est indifférent à l'intérêt des enfants, mais que cet intérêt peut voire doit être pris en compte autrement, et peut-être mieux, avec le nuancier des outils de l'aide sociale à l'enfance, jusqu'à des mesures plus intrusives en cas de danger pour l'enfant, qui, au bout d'un moment, n'a plus à subir les conséquences de la situation de ses parents, voire de leurs choix.

Cependant, nous pensons finalement que l'existence d'outils alternatifs de protection – l'ASE, le placement – ou, dans un tout autre registre, la possibilité d'éloignement de la famille, ne doit pas rétroagir sur l'office du juge du référé-liberté, saisi d'une demande précise portant sur un outil donné – l'hébergement de la famille, sauf à estimer que le juge doit endosser toutes les imperfections des autres politiques publiques. Car à défaut de certitude sur la mise en place des autres mesures de protection pertinentes, l'intérêt d'un enfant en bas âge appelle, à très court terme et dans l'urgence, un hébergement qui, à travers le prisme de l'hébergement d'urgence, ne peut qu'être celui de toute la famille – ou a minima avec l'un des parents.

Nous avons peu d'hésitations pour la famille B..., compte tenu de la présence d'un enfant de 6 mois. Le très jeune âge de l'un des enfants F... nous paraît plaider pour retenir la même solution, en l'absence d'élément décisif, dans les écritures de l'Etat, sur les autres cas prioritaires ou l'impossibilité de trouver une autre solution, même plus précaire qu'une nuit d'hôtel, pour lui donner un toit, et ce, nous y insistons, sans préjudice de la mise en œuvre d'autres mesures de protection ciblées sur l'enfant³⁴, ou d'une évolution des termes de cette

Mme AG..., n° 386865, aux Tables, s'agissant de la possibilité d'éloigner un enfant mineur accompagnant une personne faisant l'objet d'une mesure d'éloignement forcé.

³³ S'il vous appartient de tenir essentiellement compte des diligences effectuées au cas d'espèce, vous ne pouvez pas ignorer que l'Etat a incontestablement produit un effort considérable de développement du nombre de places d'hébergement depuis quelques années, au plan national et en particulier dans le département du Puy-de-Dôme.

³⁴ Nous nous sommes demandé s'il n'aurait pas été envisageable, dans l'un ou l'autre de ces dossiers, de prendre une injonction cantonnée à une partie de la famille – par exemple Mme B... a, un temps, été hébergée seule avec ses enfants – mais les termes du débat devant vous rendent cette délimitation délicate.

hiérarchisation – c'est presque au jour le jour que celle-ci doit, en effet, être ajustée le cas échéant.

Par ces motifs, nous concluons, sous tous les numéros à l'admission de l'intervention de l'ADF et, sous le n° 388317, au non-renvoi de la QPC, au rejet du pourvoi et au versement par le département d'une somme de 2 000 euros en application de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 ; sous les n°s 399834 et 399836, à l'annulation des article 2 et 3 des ordonnances attaquées et au rejet des conclusions présentées respectivement par M. et Mme C... et par M. et Mme D... devant les juges des référés du tribunal administratif et du Conseil d'Etat ; sous le n° 399829, à l'annulation dans la même mesure de l'ordonnance, à ce qu'il soit enjoint au préfet d'héberger la famille B..., au versement par l'Etat d'une somme de 1 500 euros en application de la loi de 1991 et au rejet du surplus ; sous le n° 400074, au rejet de l'appel du ministre et des conclusions présentées au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.