

LA CRISE SANITAIRE DE 2020 ET LE DROIT ADMINISTRATIF

Par

Jean-Marie Pontier

Professeur émérite de l'université d'Aix-Marseille

L'essentiel : La crise sanitaire qui a frappé la France constitue un choc violent pour les personnes, les activités, les structures, et provoque un ébranlement profond de la société. Le droit est mobilisé dans toutes ses composantes et le droit administratif, en particulier, se trouve en première ligne parce qu'il est l'instrument par excellence de l'action des personnes publiques, au premier chef l'Etat. Sa mise en œuvre révèle, en même temps que la nécessaire intervention de l'Etat, des questions nouvelles qui ne touchent pas seulement aux relations entre l'Etat et les individus mais également à des choix difficiles à faire entre les droits des citoyens.

Le droit administratif est d'abord un droit de l'action, de l'action administrative, on avait eu peut-être un peu tendance à l'oublier, cela n'apparaît jamais autant évident que lorsque l'on se trouve en période de crise.

Le terme de « crise » est, en soi, est relativement neutre, c'est un moment critique, la manifestation soudaine, brutale, d'un phénomène, dont l'issue peut être favorable ou défavorable. Mais, de fait, il prend souvent une connotation péjorative, il désigne une réalité qui emporte des conséquences dramatiques, voire catastrophiques.

Chaque fois qu'une crise survient le droit est sollicité. Cela est particulièrement vrai du droit administratif parce que ce dernier est une expression et un instrument de l'intervention des pouvoirs publics qui ne peuvent demeurer spectateurs d'une crise, qui sont amenés à intervenir, ils y sont sommés.

Il n'y a rien de nouveau apparemment à cela : les crises accompagnent l'histoire des pays et des sociétés, la théorie des « circonstances exceptionnelles » a été inventée par le juge en temps de crise et pour les temps de crise. Ces derniers se caractérisent toujours par l'existence de « législations d'exception », en entendant par là aussi bien les normes législatives que les normes de toutes sortes émises par le pouvoir exécutif. Si la formule *Salus populi suprema lex* vaut toujours, d'autres considérations interviennent aujourd'hui, notamment celles relatives aux droits et libertés, et l'on peut (on doit) s'interroger sur les mesures adoptées à ce titre.

L'impression que l'on retire de ce moment particulier de notre histoire, du point de vue auquel on se place ici, est celle d'une « valorisation » du droit administratif, comme, peut-être, du droit en général. Cela découle du fait que des normes spécifiques sont adoptées en temps de crise. Plus largement, on peut se demander si toutes ces mesures entraînent ou non des infléchissements dans le droit administratif, dans la signification qu'on peut lui attribuer.

En effet, parce que le droit administratif est un droit de l'action administrative, les crises se traduisent par une adaptation inévitable de nombre de normes de droit administratif. Mais parce qu'il s'agit de crise, l'appréciation des intérêts en présence s'effectue différemment.

I – LA CRISE, FACTEUR D’UNE ADAPTATION DANS L’URGENCE DES NORMES

Les crises donnent lieu à des changements ou des bouleversements dans la plupart des domaines. La crise de 2020 entraîne des changements qui vont dans des sens différents, elle se traduit surtout par un accroissement des pouvoirs des autorités administratives.

1 – Des incidences plurielles

S’il n’est pas encore possible de dresser un tableau complet des conséquences de tous ordres qu’entraîne l’épidémie, d’ores et déjà des incidences sont perceptibles.

A – Le bousculement des principes

Le principe de continuité des services publics donne lieu à des dispositions ou des décisions aux contenus contrastés. C’est pour assurer la continuité du fonctionnement des conseils municipaux que le gouvernement a adopté, sur le fondement de la loi du 23 mars 2020 (titre III de la loi qui était, dans le projet de loi initial, le titre Ier), toute une série de mesures destinées à faire face à cette situation particulière résultant d’un report inévitable du second tour de scrutin.

Le principe de continuité est en même temps gravement affecté par l’épidémie de covid-19, tout au moins pour certains services publics. Le service public des transports a fonctionné, mais de manière atténuée, le service public de la poste n’a fonctionné qu’épisodiquement, pour certaines communes, et pendant un certain temps l’interruption du service a été totale.

Le principe d’égalité a subi des atteintes, qu’il s’agisse de la rupture d’égalité de candidats à un poste, à une fonction, à un examen, de personnes dans l’accès à un service public, ou autre. Les inégalités observées durant cette période ne sont pas des inégalités de droit, ce sont, le plus souvent, des inégalités qui découlent d’une situation donnée (ex. des élèves confinés chez eux, avec un suivi qui dépend, notamment, du milieu social ou/et de l’intérêt porté par la famille à l’enfant).

Le principe de solidarité nationale devrait connaître des développements nouveaux. Les pouvoirs publics ont créé des fonds de soutien pour venir en aide aux activités et aux professionnels directement affectés par l’épidémie. L’aide financière de l’Etat, sous différentes formes, a concerné un grand nombre de personnes et d’entreprises. Même si le mot ne figure pas directement dans les textes adoptés jusqu’à présent, c’est bien d’une solidarité nationale qu’il s’agit. La solidarité n’est pas seulement le fait de l’Etat, elle provient d’autres personnes publiques (collectivités territoriales, établissements publics), de personnes morales privées et, bien entendu, de particuliers.

B – L’assouplissement des procédures

La loi du 23 mars a procédé à des adaptations des délais et procédures applicables au dépôt et au traitement des déclarations et demandes présentées aux autorités administratives, ainsi qu’aux délais et modalités de consultation du public ou de toute instance ou autorité préalable à la prise d’une décision par une autorité administrative.

Elle a également prévu l’adoption de mesures, prises par ordonnances, adaptant, interrompant, suspendant ou reportant le terme des délais prévus à peine de nullité, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, déchéance d’un droit d’un agrément ou d’une autorisation

ou cessation d'une mesure « à l'exception des mesures privatives de liberté et des sanctions ». Ces dispositions ont été applicables à compter du 12 mars, c'est-à-dire qu'elles ont été rétroactives.

S'agissant de la justice, ont été adaptées, « aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 » selon la loi, les règles relatives à la compétence territoriale et à la formation de jugement des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, ainsi que les règles relatives aux délais de procédure et de jugement, à la publicité des audiences et à leur terme, au recours à la visioconférence devant ces juridictions et aux modalités de saisine de la juridiction et d'organisation du contradictoire devant les juridictions. Le Conseil d'Etat a cependant rappelé sur ce point que « ces adaptations ne pourront porter atteinte à la substance même des différentes garanties constitutionnelles ou conventionnelles qui régissent la conduite du procès » (Avis 18 mars). Il en a été de même s'agissant des gardes à vue, pour permettre l'intervention à distance de l'avocat, ainsi que pour la détention provisoire et l'assignation à résidence. Ont également été adaptées les règles relatives à l'exécution et à l'application des peines privatives de liberté pour assouplir les modalités d'affectation des détenus dans les établissements pénitentiaires, ainsi que les modalités d'exécution des fins de peine.

2 – L'extension des pouvoirs

La crise se traduit par une extension significative des pouvoirs des autorités compétentes. Cela comporte une logique : il faut autoriser ou interdire, aider, protéger, ce qui se traduit par des normes. Cela ne va pas sans soulever des interrogations.

A – L'extension du pouvoir réglementaire

Le Premier ministre est, à l'échelon national, la principale autorité titulaire du pouvoir réglementaire puisque « le gouvernement dispose de l'administration » et qu'il est le chef du gouvernement. La crise que nous connaissons en 2020 a eu pour effet d'accroître doublement ce pouvoir réglementaire du Premier ministre et de certains ministres.

D'une part, le Parlement a habilité le gouvernement à adopter des ordonnances pour lutter rapidement contre l'épidémie. Le nombre d'ordonnances prises en 2020 sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'habilitation, est impressionnant. Il n'est guère de secteur d'activités qui n'ait échappé au champ d'une ordonnance. Les autorités administratives acquièrent un pouvoir immense, qui existait certes sans les ordonnances, mais qui est amplifié, intensifié, de ce fait.

D'autre part, la loi a reconnu un pouvoir réglementaire spécifique au Premier ministre et à d'autres ministres. La loi précitée énumère un certain nombre de mesures que le Premier ministre et le ministre chargé de la santé peuvent prendre au titre de leur pouvoir réglementaire.

L'extension du pouvoir réglementaire du Premier ministre a été réalisée par le nouvel article L. 3131-15 du code de la santé publique créé par la loi du 23 mars 2020. Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, et « aux seules fins de garantir la santé publique » (termes de la loi), prendre de telles dispositions dans un certain nombre de domaines qui sont énumérés. La liste de ces domaines s'est accrue au fil des débats et après passage devant les assemblées, le gouvernement ayant lui-même déposé des amendements pour compléter cette liste, qui comporte 10 chefs d'intervention.

Ces pouvoirs très étendus portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte à la plupart des droits et des libertés. C'est pourquoi la loi a ajouté – reprenant une exigence classique posée par le juge administratif et le juge constitutionnel – que les mesures prescrites sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il est mis fin sans délai à ces mesures lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

Le ministre chargé de la santé s'est vu, lui aussi, reconnaître un pouvoir réglementaire par la loi. Dans les circonscriptions territoriales dans lesquelles l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le ministre chargé de la santé a pu prescrire, par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé, à l'exception naturellement des mesures qui relèvent du Premier ministre.

Lorsque le Premier ministre ou le ministre chargé de la santé ont pris des mesures, ils pouvaient habilitier le représentant de l'Etat territorialement compétent à prendre toutes les mesures générales ou individuelles d'application de ces dispositions.

B – L'extension des pouvoirs de police

L'extension des pouvoirs de police vaut en temps de crise pour un certain nombre d'autorités disposant d'un pouvoir de police, qu'il s'agisse des autorités ministérielles à l'échelon national, des préfets à l'échelon local. Le cas des maires est un peu différent puisqu'il n'y a pas d'extension de leur pouvoir de police mais un usage de ce pouvoir, par certains d'entre eux, qui a suscité des réactions.

Avant l'adoption de la loi du 23 mars 2020 le Premier ministre a pris des décrets (décrets n° 2020-260 du 16 mars, n° 2020-279 du 19 mars) comportant des mesures de police exceptionnelles. Il a invoqué notamment, à l'appui de ces mesures, les circonstances exceptionnelles. Compte tenu de la jurisprudence, le Premier ministre pouvait (avis du Conseil d'Etat), à titre de ses pouvoirs de police générale, et au nom des circonstances exceptionnelles, prendre le décret du 16 mars 2020. Le ministre de la santé a pu, sur le fondement, lui, de l'article L. 3131-1 précité, prendre l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus.

Le Premier ministre a pris un nouveau décret, le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 « prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'urgence sanitaire ». La mesure la plus évidente, la plus forte, a été le « confinement » de la population. Ces mesures de police ont été prises par le Premier ministre, non plus en invoquant les circonstances exceptionnelles, comme le décret du 16 mars, mais dans le cadre de l'urgence sanitaire décidée par la loi du 23 mars, cette urgence sanitaire constituant cependant par elle-même une catégorie de circonstances exceptionnelles.

Le ministre chargé de la santé s'est vu lui aussi reconnaître un pouvoir de police. L'alinéa premier du décret du 16 mars dispose : « En cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas d'épidémie, le ministre chargé de la santé publique peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population ». L'alinéa 2 précise que le ministre peut habilitier le représentant de l'Etat territorialement compétent à prendre toutes les mesures d'application de ces dispositions.

Pour les maires il ne s'est pas agi d'une extension de leurs pouvoirs de police, puisqu'il existe déjà un texte applicable et qu'aucun texte spécifique n'a étendu ces pouvoirs, la question a été celle de l'usage fait, par un certain nombre de maires, de leur pouvoir de police. Les maires sont habilités à intervenir dans ce domaine en vertu du 5° de l'article L. 2212-2.

Outre les arrêtés municipaux rappelant ce qui devrait être une évidence (ex. l'interdiction de cracher), deux types de mesures ont été particulièrement à relever, les arrêtés « couvre-feux » pris par certains maires en vue d'éviter des rassemblements nocturnes qui contourneraient les mesures de confinement, et ceux imposant à la population le port de masques, toujours en vue de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19.

C – La question des contrôles

La mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire soulève de nombreuses interrogations, dont toutes ne sont sans doute pas encore apparues.

La notion qui commande les autres est celle d' « état d'urgence sanitaire », consacrée par la loi et dont découlent des mesures très variées dans les différents domaines d'activité. Cette notion d'urgence sanitaire ne soulève, par elle-même, pas d'objection particulière sur le plan juridique parce que le législateur a déjà, dans le passé, institué des situations d'urgence, notamment par la loi de 1955 modifiée. Il ne s'agit pas, en 2020, d'une application de cette loi, mais d'une catégorie spécifique d'urgence. C'est tout ce qui est prévu par la loi au titre de cette notion qui peut soulever des interrogations et des inquiétudes.

Nous le savons depuis longtemps, toute personne qui dispose de pouvoirs a tendance à en abuser, elle va jusqu'à ce qu'elle trouve des limites. Cela vaut d'autant plus lorsque l'on se trouve en période de crise et que des législations d'exception sont mises en œuvre par les pouvoirs publics. D'où l'importance du contrôle, des contrôles, susceptibles d'être exercés sur l'exercice de ces pouvoirs, car l'attribution de pouvoirs exceptionnels ne saurait signifier la suppression des contrôles, ces derniers étant d'autant plus essentiels que les autorités disposent de pouvoirs plus étendus.

Parmi ces contrôles figure en France, au premier chef, le contrôle juridictionnel. Les ordonnances adoptées sur le fondement de l'habilitation législative ont prévu des aménagements importants en matière de procédure juridictionnelle, avec notamment la prolongation ou la prorogation des délais, ces dispositions sont destinées à permettre le fonctionnement normal des juridictions, elles ne sont pas pensées pour faciliter le contrôle des mesures prises par l'exécutif.

Les deux ordres de juridictions sont concernés mais si l'on s'attache uniquement ici au juge administratif, une vague de contentieux a déjà commencé (plus de 200 décisions prises par le Conseil d'Etat en quatre mois). Selon la loi du 23 mars les mesures à prendre devaient adapter les règles relatives à la compétence territoriale et à la formation de jugement des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, ainsi que les règles relatives aux délais de procédure et de jugement, à la publicité des audiences et à leur terme, au recours à la visioconférence devant ces juridictions et aux modalités de saisine de la juridiction et d'organisation du contradictoire devant les juridictions. Le Conseil d'Etat a cependant rappelé sur ce point que « ces adaptations ne pourront porter atteinte à la substance même des différentes garanties constitutionnelles ou conventionnelles qui régissent la conduite du procès ».

Reste une autre question, beaucoup plus délicate, qui est susceptible d'être posée au juge, celle d'une éventuelle responsabilité des autorités publiques. Cette responsabilité ne porterait vraisemblablement pas sur la gestion proprement dite de la crise, mais sur la « carence » dont auraient fait preuve ces autorités en ne prévoyant pas les mesures de prévention nécessaires (la question notamment des masques, des respirateurs artificiels, des blouses, des réactifs, etc.). La question sera naturellement posée sur le plan politique, qui ne nous intéresse pas ici. Mais qu'en sera-t-il sur le plan juridique ? La question risque d'être celle de la prévisibilité ou de l'imprévisibilité de l'épidémie de covid-19, le président de la République ayant qualifié le virus d'« imprévisible » dans son allocution télévisée du 13 avril 2020 (sur l'imprévisibilité V. J.-M. Pontier, L'imprévisibilité, RDP 1986 p. 1) et l'on peut attendre avec beaucoup d'intérêt la réponse qu'apportera (ou qu'apportera) le juge.

Selon certains, il existe également un risque que certaines juridictions fassent du « maximalisme » en ordonnant à l'administration d'agir d'une certaine manière (comme le TA de Basse-Terre, statuant en référé-libertés, qui a ordonné le 27 mars 2020 à l'ARS et au CHU de commander un certain nombre de tests de dépistage du covid-19, de l'hydroxychloroquine et de l'azithromycine comme traitement « défini par l'IHU Méditerranée Infection », injonction annulée par le Conseil d'Etat le 4 avril), et qu'elles sortent ainsi de leur rôle. Les mois et les années qui viennent montreront si un tel risque est envisageable.

D'autres contrôles que celui du juge interviendront. Parmi eux on peut penser au contrôle parlementaire. Cette préoccupation n'a pas échappé aux parlementaires, notamment au Sénat où le rapporteur du projet de loi a insisté sur la nécessité de suivre l'application de la loi et l'évolution de l'épidémie et la prolongation à titre exceptionnel des pouvoirs des commissions d'enquête parlementaire. La loi est sur ce point succincte, elle comporte un article sur le contrôle, cet article constitue le titre IV et dernier de la loi. Il dispose que pour les commissions d'enquête constituées avant la publication de la loi et dont le rapport n'a pas encore été déposé le délai mentionné à l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires est porté à huit mois, sans que leur mission puisse se poursuivre au-delà du 30 septembre 2020.

II – LA CRISE, RÉVÉLATEUR D'UNE AUTRE APPRÉCIATION DES INTÉRÊTS

Les crises sont toujours le révélateur de quelque chose, de l'évolution ou de la transformation d'une situation. Dans le cas présent, les crises sont un double révélateur : révélateur d'un retour de la puissance publique, appelée à intervenir dans tous les secteurs d'activité, révélateur également d'une nouvelle opposition qui peut apparaître entre les droits.

1 – La crise, révélateur de la place de l'intervention publique

Le droit administratif des temps de crise, de la crise que nous connaissons avec l'épidémie de covid-19, met en évidence deux phénomènes, le retour de l'exorbitance dans l'action de l'Etat mais également la manifestation d'une puissance d'action des collectivités territoriales.

A – Un droit de l'intervention de l'Etat

Le droit administratif fut considéré, dans le passé, comme étant d'abord un droit de l'exorbitance. L'exorbitance avait paru passer au second plan (V. sous la dir. de F. Melleray,

L'exorbitance du droit administratif en question(s), LGDJ 2004), voire s'effacer. Elle ne semblait plus correspondre aux besoins de notre époque. L'Etat a perdu de sa superbe, il n'a plus été considéré comme cette entité, peut-être critiquée, mais respectée, que les citoyens ne remettaient guère en cause. L'Etat a perdu de sa crédibilité, voire de sa légitimité, entraînant avec lui un désintérêt pour le droit administratif traditionnel, qui était avant tout le droit de l'Etat, (sauf peut-être en matière contractuelle).

Le contrat, précisément, est apparu comme l'instrument normal des relations entre les personnes, la voie contractuelle s'est présentée comme la seule de nature à faire accepter les interventions de l'Etat, qui a donc dû adapter ses interventions, adopter la modalité contractuelle. Il y a été d'autant plus porté, par ailleurs, que les collectivités territoriales ont été émancipées, que la tutelle, jugée insupportable, a été en principe supprimée.

La voie contractuelle est ainsi apparue comme la « voie royale », qu'il s'agisse des relations avec les personnes privées ou avec les collectivités territoriales. Mais la crise montre, quelles que soient les préférences des uns et des autres, que l'Etat demeure dans une telle situation la référence inévitable, la seule institution capable de prendre les décisions indispensables, de coordonner les efforts, de mettre en place une politique cohérente pour faire face à la crise.

On peut se demander également si, de ce fait, le droit administratif ne connaît pas une forme de « renationalisation ». Le droit administratif est, à l'origine, purement national, doublement même en ce que le droit administratif est né en France et qu'il est, historiquement, l'œuvre d'un juge lui-même original, le juge administratif (ceci expliquant évidemment cela). Mais à notre époque le droit administratif a été de plus en plus pénétré par d'autres droits, imprégné d'autres influences. Il l'a été là encore doublement, par le fait, d'abord, que ce droit a moins été qu'auparavant un droit jurisprudentiel mais est devenu un droit d'application de normes législatives (elles-mêmes étant, dans un certain nombre de cas, la transposition de normes de l'Union européenne), par le fait, ensuite, que le juge administratif français a intégré de plus en plus les normes de la CJUE et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Par renationalisation il faut entendre ici que le contenu de ce droit de crise est un contenu défini principalement, presque exclusivement, à l'échelon national. D'une part, les initiatives pour faire face à l'épidémie sont des initiatives nationales, les gouvernements, en Europe occidentale mais également ailleurs dans le monde, réagissant en ordre dispersé, et pas de la même manière. Chacun apprécie à sa façon les dispositions qu'il convient de prendre, les recommandations à donner à la population, les décisions dans tous les domaines. S'il y a eu des formes de solidarité (l'accueil de malades d'un autre pays, par ex.) la concurrence a été vive entre les Etats, y compris pour se doter des équipements dont ils manquaient en matière sanitaire. D'autre part, le fonctionnement des institutions européennes a montré la difficulté des gouvernements à se mettre d'accord sur une politique, les divergences d'intérêts réapparaissant plus fortement en période de crise qu'en période normale.

B – L'affirmation des élus locaux

Les crises mettent en relief le rôle que peuvent jouer les collectivités territoriales. Durant la crise, des régions, des départements, ont passé commande de masques, d'équipements. Plus

personne ne se préoccupe, durant ces périodes de crise, de savoir si les collectivités territoriales respectent ce faisant leurs compétences, les préfets incitant les élus locaux à agir.

C'est surtout l'échelon communal qui a retrouvé aux yeux de l'Etat un lustre et un intérêt qui avaient été quelque peu perdu de vue. D'une part, les autorités locales font preuve d'initiatives diverses, et appréciées diversement par l'Etat, pour mettre en œuvre une solidarité locale qui est quelquefois redécouverte. En temps de confinement, la dimension restreinte des communes, vue comme un inconvénient depuis des dizaines d'années, se révèle un atout, par la proximité des habitants dont peuvent faire preuve les élus.

D'autre part, les crises mettent également en évidence une autre forme de présence, celle des maires. Ces derniers, vus quelquefois avec condescendance par les autorités nationales, surtout lorsqu'il sont maires de petites communes, apparaissent comme des relais précieux, des alliés indispensables du pouvoir national, des autorités qui sont les plus à même d'apprécier « sur le terrain » la situation, parce qu'ils connaissent leur territoire et ses habitants, qu'ils prennent des initiatives qui, quelque contestables qu'elles puissent paraître à certains, manifestent une capacité de réaction aux événements.

2 – La crise, révélateur d'une opposition entre les droits

La crise que nous connaissons aujourd'hui est un révélateur de tensions nouvelles et que l'on n'avait pas imaginées, entre le droit à la santé et les autres droits, avec une interrogation sur un éventuel changement de paradigme.

A – Le droit à la santé et les autres droits

Le « droit à la santé », tel que nous le percevons et l'appréhendons aujourd'hui, est un droit récent dans son affirmation. La santé est certes une préoccupation depuis des siècles, voire des millénaires. On trouve des conseils pour se maintenir en bonne santé chez les auteurs les plus anciens. C'était d'ailleurs beaucoup plus des conseils pour bien vieillir, éviter la décrépitude, que des conseils de santé à proprement parler. Les auteurs font valoir également que le « droit à la santé » est le produit d'une longue évolution (droit à l'assistance en 1848, solidarisme, etc.).

Cependant, malgré ces réflexions et ces propositions, le droit à la santé n'a pas été consacré avant la Constitution de 1946 : d'une part, la conception tendant à faire consacrer des « droit à » n'était guère partagée ; d'autre part, pour que les « droit à » puissent être effectifs, il faut que l'Etat soit en mesure de répondre à ce qu'ils impliquent, il ne suffit pas de dire que la société est débitrice à l'égard de ses membres de ce droit. L'Etat est l'institution par laquelle passe nécessairement la mise en œuvre de ce droit mais il ne peut lui-même assurer cette mise en œuvre que si la société, prise globalement, est suffisamment « riche » pour supporter financièrement la charge de la mise en œuvre de ce droit.

Mais progressivement le droit à la santé est devenu un droit de plus en plus fortement revendiqué. Les crises sanitaires diverses que nous avons connues depuis quelques décennies ont rendu la question de ce droit extrêmement sensible. Après l'affaire du « sang contaminé », d'autres « affaires » concernant la mise en cause de la santé ont avivé l'exigence de garantie de la santé des citoyens par l'Etat (loi n° 2002-403 du 4 mars 2002 qui a introduit l'article L. 1110-1 dans le code de la santé).

La mise en œuvre du droit à la santé implique d'abord un financement. Ce financement, c'est celui, réclamé par les soignants des hôpitaux qui ont estimé que l'on a demandé à l'hôpital trop de sacrifices et qui ont manifesté en ce sens. Le thème devenu un peu rengaine de « la santé n'a pas de prix mais elle a un coût » renvoie à une réalité difficile, celle des financements à opérer et des choix à opérer dans ces financements. Les capacités médicales, techniques, dans le domaine de la santé vont plus vite que la croissance des financements. Si des choix se présentent et s'imposent, c'est parce que nous disposons de moyens que n'avaient pas nos prédécesseurs et que n'ont pas, à l'heure actuelle, de nombreux pays.

Cependant, la principale interrogation qui découle des dispositions adoptées en 2020 porte sur les droits et libertés. Les périodes de crises entraînent des restrictions aux droits et libertés et sur le principe de restrictions il n'y a pas de véritable objection, car l'on sait bien que des limitations sont inévitables. Toute la question est de savoir jusqu'où elles peuvent aller, jusqu'où la protection de la santé peut excuser, justifier, des atteintes aux libertés.

La liberté d'aller et venir, qui nous est apparue longtemps comme allant de soi et ne donnait lieu qu'à un contentieux limité, a été réduite, voire anéantie par les mesures de confinement prises, malgré les exceptions prévues, qui étaient limitées. Nous ne sommes pas du tout dans le même cas de figure que les dames Dol et Laurent.

Une autre liberté fondamentale est atteinte profondément par les mesures de confinement, et par contrecoup pourrait-on dire, il s'agit de la liberté religieuse. Les cérémonies religieuses, qui impliquent rassemblement de personnes, célébrations en commun, n'ont pu avoir lieu, les fêtes religieuses n'ont été célébrées même si cette liberté a subsisté en tant que telle, certaines de ses manifestations n'ayant pu avoir lieu au nom de la protection de la santé.

B – Faut-il changer de paradigme ?

Nous vivons sur un modèle qui, grossièrement résumé, pourrait être ainsi présenté. Nous sommes un Etat de droit démocratique dans lequel sont affirmés et consacrés constitutionnellement un certain nombre de droits fondamentaux, principalement ceux proclamés en 1789, avec l'ajout des droits économiques et sociaux énoncés dans le Préambule de 1946, la nécessité de concilier les deux, et une tendance du juge constitutionnel à faire prévaloir les droits et libertés qui respectent les droits et libertés individuels. Cette démocratie est qualifiée de « démocratie libérale » parce que les droits et libertés des citoyens sont premiers et ne peuvent faire l'objet que d'atteintes limitées, strictement proportionnées aux menaces rencontrées.

Avec la crise sanitaire que nous connaissons, les atteintes à ces droits et libertés dépassent largement ces limites. Outre le confinement, le traçage numérique des malades, quelles qu'en soient les modalités (plus ou moins intrusives) est également une atteinte avec en jeu à la fois les libertés individuelles, le droit à la vie privée et le secret médical. D'où la double question qui se pose : est-ce constitutionnellement possible et, dans l'affirmative, est-ce acceptable ?

Cela revient à se demander, d'une manière sans doute un peu abrupte ou simplifiée, si l'on peut sacrifier les droits et libertés, même fondamentaux, à la protection de la santé. Cette dernière justifie-t-elle, mérite-t-elle, un tel sacrifice ? Il n'existe aucune réponse préétablie à une telle interrogation. La question est encore compliquée par une autre interrogation qui croise la

précédente, celle qui porte sur l'incidence des décisions afin de lutter contre l'épidémie sur l'économie, les « morts économiques » risquant d'être, à terme, plus nombreux que les morts causés directement par le virus : faut-il choisir entre la santé et la prospérité ?

L'issue des crises ne dépend certes pas du droit administratif. Mais ce dernier, en tant qu'instrument de l'action de la puissance publique, peut y contribuer par les potentialités qu'il offre. Reste la question, dont la réponse ne peut être donnée qu'après coup, du bon usage de ce droit par les autorités publiques.