La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars 2020

Jeanne de Gliniasty

Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/9447>

DOI: 10.4000/revdh.9447

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Jeanne de Gliniasty, « La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars 2020 », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 01 June 2020, connection on 10 December 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9447> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.9447>

This text was automatically generated on 10 December 2020.

Tous droits réservés

La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars 2020

Jeanne de Gliniasty

- 1 La profusion des recours déposés par des associations ou syndicats contestant la politique gouvernementale en matière de lutte contre le Covid-19 sur le fondement de l'article L. 521-2 CJA², laisse penser que le référé liberté est devenu depuis 2005 la procédure de droit commun en matière d'état d'urgence. Difficile pour autant de claironner qu'il serait victime de son succès, presque aucun de ces nombreux recours n'ayant trouvé grâce aux yeux de la Haute Juridiction. Ce monopole a en réalité contribué à une logique renouvelée du référé-liberté tendant à un élargissement continu de l'office du juge, mais aussi à un ajustement de son contrôle qui conduit sérieusement à s'interroger sur le maintien de sa finalité originelle : la protection des libertés fondamentales.
- 2 La première ordonnance du juge des référés-liberté à l'origine d'une longue série contentieuse date du 22 mars 2020 et porte sur le premier décret du Premier ministre instituant le confinement de la population nationale. Le 16 mars 2020, après l'annonce faite aux Français par le Président de la République, le Premier ministre Édouard Philippe cosigne avec le ministre de la Santé un décret visant à interdire le déplacement de toute personne hors de son domicile, sous réserve d'exceptions limitatives, avec la possibilité, pour le représentant de l'État dans le département d'adopter des mesures plus strictes si des circonstances locales l'exigent. Estimant ces mesures insuffisantes, le Syndicat Jeunes Médecins saisit en référé le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort pour les actes réglementaires des ministres, afin qu'il enjoigne au gouvernement de prononcer, d'une part, un confinement total de

la population et, d'autre part, de prendre les mesures propres à assurer la production à échelle industrielle de tests de dépistage ainsi que le dépistage des personnels médicaux. Le décret attaqué, modifié le 19 mars puis abrogé par le décret du 23 mars pris en application de l'état d'urgence sanitaire³, reposait sur une base juridique si fragile – qu'il s'agisse du pouvoir de police générale du Premier ministre ou de la théorie des circonstances exceptionnelles – que certains auteurs sont allés jusqu'à le juger illégal⁴.

- 3 Rendue après audience publique dans des circonstances particulières – distanciation et dispositif de vidéoconférence –, l'ordonnance écarte la requête dans son ensemble, mais le Conseil d'État choisit toutefois d'enjoindre au gouvernement de préciser certaines mesures, notamment en ce qui concerne les exceptions à l'interdiction de déplacement et l'ouverture des marchés.
- 4 Sur la forme déjà, l'ordonnance suscite quelques remarques. Outre sa prolixité – 11 pages quand même – et sa rédaction très rudimentaire – pour ne pas dire lacunaire dans sa ponctuation, on a connu le Conseil d'État meilleur glossateur –, l'affaire a été renvoyée en formation collégiale en vertu du 3^e alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative. La requête s'appuie en outre sur deux interventions – dont l'une, peu explicite : qui connaît... Monsieur Le Mailloux ? Tous ces éléments contribuent sans doute à l'impression de fébrilité qui émane de la lecture de l'ordonnance et qui traduit l'embarras des juges à rendre une décision qu'ils savent pionnière dans la crise actuelle.
- 5 Sur la recevabilité, on pourrait également s'étonner que le juge ne discute pas l'intérêt à agir du Syndicat Jeunes Médecins s'agissant au moins de la demande de confinement total de la population. Si par un raisonnement *a fortiori* les professionnels de santé sont évidemment intéressés au risque de propagation du virus, le principe de spécialité des personnes morales paraît toutefois ici quelque peu fragilisé⁵.
- 6 Du point de vue strictement contentieux, l'ordonnance commentée apparaît originale à plus d'un titre. Alors que le référé-liberté a été instauré par la loi du 30 juin 2000 dans l'objectif de renforcer la mission de protection des libertés par le juge administratif, l'ordonnance du 22 mars témoigne d'une lente conversion et d'un détournement inédit des finalités même de cet instrument contentieux. Parce qu'elle met le juge dans une position paradoxale, tiraillé par des considérations souvent antagonistes, l'articulation du référé-liberté et du moyen tiré de la carence de l'autorité publique dans l'exercice de ses pouvoirs de police, le conduit à adopter une posture empreinte de pragmatisme qui le détourne de sa mission première **(I)**.
- 7 La volonté du juge de coller aux considérations administratives quitte à cautionner toute intervention de la puissance publique l'empêche de développer les potentialités contentieuses du référé-liberté et de se positionner juridiquement sur l'atteinte aux libertés par les mesures de police sanitaire. Un tel constat conduit à s'interroger sur l'intérêt, pour les administrés, d'actionner le moyen pourtant désormais généralisé tiré de la carence des autorités publiques comme ultime recours contre les politiques qu'elles mettent en place ; il demeure en effet un instrument inefficace et n'offre pas aux administrés le recours effectif contre les mesures de gestion de la crise actuelle que l'on aurait été en droit d'espérer **(II)**.

I/- La liberté s'arrête là où commence la liberté ... le référé-liberté à l'âge du paradoxe

- 8 Par l'objet même de la requête, l'ordonnance du 22 mars est spécifique en ce qu'elle tend à la protection d'une liberté fondamentale – le droit à la vie – au détriment de la préservation d'autres libertés ; éprouvant ainsi la finalité du référé-liberté, elle place le juge devant un conflit de droits fondamentaux (A). Il ne le résout qu'au détour d'un contrôle pragmatique marquant un point de bascule dans l'équilibre du diptyque ordre public/libertés pourtant déjà fragilisé en temps de crise (B).

A/- Une saisine à contre-emploi du juge administratif des libertés

1. Une requête paradoxale

- 9 Instrument contentieux permettant la défense en urgence d'une liberté, le référé-liberté prévu à l'article L. 521-2 du code de justice administrative s'est imposé comme la procédure par excellence de sauvegarde des libertés fondamentales face aux mesures adoptées par l'administration, notamment pour le maintien de l'ordre public. Depuis son instauration en 2000, il n'a cessé de s'enrichir, tant par le large éventail des libertés fondamentales reconnues par le Conseil d'État que par les moyens qui peuvent être soulevés devant son juge⁶ ou encore par l'affermissement même des pouvoirs de ce dernier⁷. Réservé à la protection des libertés, il s'accommode de subtilités qui l'éloignent parfois de sa finalité première, comme le montre l'ordonnance du 22 mars.
- 10 La condition d'urgence, même propre au référé-liberté, n'a pas, en l'espèce, prêté à discussion, l'ensemble des acteurs politiques n'ayant en effet cessé de marteler la gravité de la situation et la nécessité des mesures adoptées. L'adoption de l'état d'urgence sanitaire le lendemain de l'ordonnance commentée peut laisser penser, en outre, que l'urgence est désormais présumée pour les mesures qui, prises dans ce nouveau cadre légal, restreignent les libertés⁸ ; sans qu'il l'ait affirmé explicitement, le juge des référés ne discute pas l'urgence dans les contentieux intervenus dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire. En l'espèce toutefois, outre que la loi du 23 mars n'avait pas encore été votée, l'absence de développement sur l'urgence impérieuse qu'il y aurait à renforcer les mesures de police sanitaire – et non pas donc à les limiter – soulève une certaine ambiguïté.
- 11 L'originalité de la requête portée devant le juge du référé-liberté réside en effet dans son objet principal : pour les requérants, l'urgence d'agir dans les 48 h, n'est pas celle de mettre fin à une mesure de confinement par définition attentatoire aux libertés publiques – parmi lesquelles les libertés d'aller et de venir, de réunion, de manifestation, d'entreprendre, de mener une vie familiale normale, etc. –, mais bien au contraire de renforcer des mesures de confinement jugées trop laxistes. Initialement conçu pour sanctionner une action prétendue liberticide de l'administration, le référé-liberté est ici actionné comme un instrument de contrôle de la gestion de la pandémie par les pouvoirs publics, dans le sens du renforcement des mesures de contrainte.
- 12 À quelle liberté fondamentale la carence présumée de l'administration de ne pas avoir pris une mesure de confinement total est-elle alors susceptible de porter atteinte ? Comme c'est souvent le cas dans les recours dénonçant la carence ou l'insuffisance de l'action publique, notamment en matière environnementale ou de santé publique, les

requérants invoquent en l'espèce le droit à la vie, prévu à l'article 2 de la CEDH⁹. L'atteinte au droit à la vie ou au droit au respect à la vie est également le fondement principal de l'ensemble des requêtes dirigées contre les mesures de police administrative sanitaire dont la finalité est de prévenir la propagation du virus ou du covid-19¹⁰. Le droit à la protection de la santé, en tant qu'il constitue un droit créance, ou le principe de précaution, bien qu'ils soient tous deux reconnus comme des principes à valeur constitutionnelle – article 11 du préambule de 1946 et charte de l'environnement –, ne figurent pas au nombre des libertés fondamentales protégées par le juge du référé-liberté¹¹. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Ville de Paris*, le rapporteur public D. Botteghi justifie l'intégration de la protection du droit à la vie dans le champ des libertés fondamentales de l'article L. 521-2 par une conception pragmatique – voire opportuniste – de la mise en œuvre du référé-liberté, selon laquelle la reconnaissance d'une liberté fondamentale n'est pas réservée aux seuls principes protecteurs du particulier contre l'administration¹². Devant le moyen tiré de l'atteinte au droit à la vie causée par l'autorité de police à raison de sa carence, le juge doit alors rechercher si les mesures prises par l'administration pour enrayer l'épidémie étaient suffisantes ou, plus précisément, pour citer le considérant de la jurisprudence *Ville de Paris* repris en l'espèce par le Conseil d'État, s'il n'existe pas une carence de nature à créer « un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes »¹³.

- 13 Pourtant, il est un point sur lequel le juge ne se prononce pas et qui mérite pourtant une attention particulière car il est significatif du renversement de la logique du référé-liberté en l'espèce : le lien de causalité entre la carence présumée des mesures prises par l'administration et l'atteinte au droit à la vie. Alors même que l'idée selon laquelle un confinement total réduit les risques encourus semble pouvoir être discutée – plus particulièrement en ce qui concerne les professionnels de santé –, le juge adopte le point de vue du requérant selon lequel le confinement est indéniablement une « stratégie thérapeutique qui fonctionne », « nécessaire pour endiguer la progression du virus ». L'adoption d'un tel point de vue conduit à une conversion du concept même de liberté et, partant, de la finalité du référé-liberté : le droit à la vie trouve sa meilleure protection dans des mesures de confinement total, ce qui revient à dire que « La » liberté – la vie même – est préservée par l'absence de liberté(s). Tout le paradoxe de l'ordonnance commentée vient ainsi du fait que les mesures de confinement sont autant de restrictions aux droits et libertés que de garanties au droit à la vie. Par l'élargissement progressif du champ du référé-liberté, les objectifs de santé et de salubrité publiques que poursuit l'ordre public sanitaire constituent également une composante de la liberté fondamentale qu'est le droit à la vie. Qu'un des intervenants à la procédure puisse soulever, comme c'est le cas en l'espèce, le moyen selon lequel l'insuffisance présumée des mesures de confinement porterait atteinte au droit de mener une vie familiale normale traduit bien ce paradoxe, pour ne pas dire cette schizophrénie.
- 14 Ces premières observations conduisent alors à se demander si le référé-liberté était bien, en l'espèce, l'instrument contentieux à privilégier pour contester les mesures de gestion de la crise actuelle. Le contrôle du Conseil d'État saisi dans le cadre du référé-liberté afin qu'il ordonne aux autorités centrales un renforcement des mesures d'ordre public sanitaire – en l'occurrence de confinement – le conduit nécessairement à des contorsions et des approximations dommageables pour la défense des libertés. Plutôt que d'invoquer une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie, n'aurait-il pas été plus judicieux pour les requérants et plus conforme à la logique de la loi de 2000

de fonder leur demande d'injonction sur l'article L. 521-3 du code de justice administrative – relatif au référé-conservatoire ou « mesures utiles » – en demandant au juge qu'il enjoigne à l'autorité publique de prendre des mesures conservatoires destinées à faire échec ou à mettre un terme à la propagation du virus¹⁴ ? Dans ses conclusions sur l'arrêt *Ville de Paris* déjà cité, D. Botteghi rappelle que les deux procédures des articles L. 521-2 et L. 521-3 peuvent ainsi être mobilisées en cas d'action ou de carence administrative présentant un danger pour la vie des personnes et rappelle tant les larges pouvoirs du juge saisi par la voie de l'article L. 521-3 – de la suspension des effets d'une situation dommageable à l'injonction de faire ou de s'abstenir – que son accès aisé puisqu'il peut être saisi de « toute requête », sans décision administrative préalable ni recours au fond. Le recours à la procédure de l'article L. 521-3 aurait ainsi évité la contorsion dont le juge des libertés a dû faire preuve pour rattacher son contrôle à un contrôle objectif de protection des libertés fondamentales. Cependant, le Conseil d'Etat a fait du référé « mesures utiles » une procédure subsidiaire ne pouvant déployer toutes ses potentialités¹⁵. Tout recours sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative susceptible d'obtenir les mêmes effets par la voie des procédures de référé régies par les articles L. 521-1 et L. 521-2 ou qui tend à ordonner à l'autorité compétente de prendre des mesures réglementaires semble dès lors condamné à l'échec¹⁶.

2. La résolution d'un conflit de droits fondamentaux

- 15 S'il y a donc un certain paradoxe à demander au juge du référé-liberté d'ordonner aux autorités publiques un renforcement des mesures d'ordre public sanitaire – en l'occurrence de confinement –, celui-ci n'est pas étranger à la volatilité même du concept de liberté et à son caractère polymorphe. Outre que, philosophiquement, sécurité et liberté sont intrinsèquement liées comme conditions de vie sociale, le concept de liberté peut être saisi dans ses différentes dimensions, tant positive – comme possibilité d'agir –, que négative – comme non-ingérence – et se présente aussi sous différents angles, politique ou économique. En outre, la liberté est un concept dont la construction est influencée par la culture dans laquelle il s'inscrit : la justice anglaise pensée comme un contre-pouvoir, un instrument de protection des justiciables contre l'arbitraire – *habeas corpus* –, ne lui donne pas le même sens que celui que lui octroie une justice française au moins originellement au service du pouvoir politique¹⁷...
- 16 Peu étonnant, alors, que les contours flous de la liberté se retrouvent dans les approximations voire les contradictions de la protection juridictionnelle qui lui est réservée, tant au plan interne – une liberté garantie par la Constitution et reconnue par le Conseil constitutionnel n'est pas nécessairement une liberté « fondamentale » pour le Conseil d'État, et réciproquement¹⁸ – qu'au plan européen – où certains droits sont qualifiés d'intangibles, tandis que d'autres, conditionnels, sont susceptibles de faire l'objet de dérogations. Par l'ordonnance du 22 mars, le juge administratif se conforme ainsi parfaitement à la conception européenne, le droit à la vie étant explicitement cité au paragraphe 2 de l'article 15 CESDH comme ne pouvant faire l'objet d'aucune dérogation ; il fait partie du noyau dur des droits fondamentaux, « normes fondamentales bénéficiant à tous et partout, en toutes circonstances »¹⁹.
- 17 Est-ce à dire que le Conseil d'État admet une sorte de hiérarchie entre les libertés fondamentales consacrées en vertu du contrôle prévu à l'article L. 521-2 CJA ? Par principe, la protection renforcée de certains droits contre les atteintes des autorités

publiques n'implique pas nécessairement une hiérarchisation des libertés fondamentales. Toutefois, la confrontation de libertés telle qu'elle apparaît dans l'ordonnance du 22 mars introduit, de fait, cette hiérarchisation. Car il s'agit bien, en l'espèce, d'un conflit de droits fondamentaux entre, d'une part, le droit à la vie et, d'autre part, les libertés – de circulation, d'aller et venir, etc. – auxquelles les mesures de confinement portent nécessairement atteinte. Cette confrontation n'oppose pas des droits individuels concurrents comme c'est souvent le cas devant le juge judiciaire – en matière de droit d'auteur par exemple. Elle oppose – et c'est là justement la spécificité des mesures prises dans le cadre de la gestion de la crise – des libertés fondamentales garanties au bénéfice des mêmes personnes : ceux qui invoquent le droit à la vie pour demander un renforcement du confinement voient également leurs libertés réduites par les mesures qu'ils sollicitent.

- 18 De façon inédite et à la manière du juge européen, le juge administratif résout en l'espèce ce conflit de droits original en adoptant une posture empreinte de pragmatisme qui n'est pas sans opérer une conversion du référé-liberté par un détournement de sa finalité.

B/- Un ajustement pragmatique du contrôle des mesures de police administrative

1. Vers une subjectivisation de l'ordre public

- 19 En ne discutant pas le principe selon lequel le renforcement des mesures de police puisse être la meilleure façon de protéger le droit à la vie, le juge administratif admet implicitement l'existence d'une coïncidence entre les finalités d'ordre public et la protection des droits fondamentaux. Aussi est-ce toute la logique du contrôle des mesures de police qui se voit bouleversée. Le rapport de conciliation entre des intérêts par nature contradictoires, propre au contrôle des mesures de police administrative, se transforme en un rapport d'adéquation ; il en modifie par là même la philosophie libérale qui trouve son expression dans le principe selon lequel la liberté est la règle, la restriction de police l'exception²⁰. Plus que jamais, la mesure de police devient la meilleure alliée des libertés.
- 20 Cette évolution, qui fait écho à une demande croissante de sécurité dans nos sociétés, marque un point de basculement dans le contrôle du juge des libertés, vers toujours davantage de répression. Elle s'inscrit dans un mouvement plus général qui s'est intensifié dans les périodes de crise et en particulier en période d'état d'urgence. Outre une surenchère des lois sécuritaires depuis la loi « Sécurité et Liberté » de 1981²¹, les instruments et les organes de protection des libertés n'ont pas été épargnés par cette poussée sécuritaire. L'intégration progressive d'éléments subjectifs dans la définition de l'ordre public en a été le déclencheur. L'encadrement des libertés fondamentales au profit d'une composante morale de l'ordre public dans la police du cinéma a pu marquer un tournant dans le contrôle des mesures de police²². Dans la célèbre affaire du lancer de nains, l'intégration à l'ordre public du concept de dignité, principe matriciel au cœur de la reconnaissance même des libertés fondamentales, conduit à un mélange des genres qui contribue à brouiller la frontière entre les intérêts pourtant contradictoires de l'ordre public et des libertés. Aussi la protection de la dignité, en tant que composante de l'ordre public, va-t-elle pouvoir justifier la restriction d'autres libertés fondamentales – liberté du commerce et de l'industrie dans la décision

*Commune de Morsang-sur-Orge*²³. Cette subjectivisation progressive de l'ordre public qui n'est plus seulement constitué d'éléments matériels susceptibles de faire l'objet d'un contrôle objectif, a trouvé racine dans la malléabilité du concept même de liberté.

- 21 En outre, la perméabilité entre ordre public et libertés se renforce à chaque crise que rencontre l'État de droit, chacune apportant son grain au moulin sécuritaire. Justifiant l'adaptation des pouvoirs de police par la nécessité de l'efficacité de l'action administrative, les circonstances exceptionnelles, encadrées ou non par les textes, subordonnent la protection des libertés à la capacité de l'État d'assurer sa propre survie – *salus populi suprema lex est*. Le temps de la crise est ainsi plus propice encore à la schizophrénie des acteurs juridiques : justiciables, juges et même commentateurs aspirent tout à la fois à un maintien des libertés et à un renforcement, dans une logique sécuritaire, des mesures qui en limitent l'exercice. Ainsi, la montée de l'islamisme en France a vu se transformer le concept de laïcité, d'origine libérale, en un principe de limitation de l'expression de la liberté religieuse ; la déclaration de l'état d'urgence en réponse aux attentats terroristes s'est conclue par un renforcement permanent des pouvoirs de police hors même du contexte d'état d'urgence – puisqu'intégré désormais dans le droit commun²⁴ ; de même, aujourd'hui, la propagation du Covid-19 a engendré une gradation des mesures de police depuis le décret du 16 mars jusqu'au nouveau régime de l'état d'urgence sanitaire particulièrement limitatif des libertés. L'objectif de sauvegarde de l'ordre public, même restreint à la protection de la santé ou de la salubrité publiques, est un puits sans fond quand il n'est pas strictement contrebalancé par une prise en considération des atteintes causées aux libertés.

2. Quand le juge des libertés devient le juge de l'ordre public : le principe de proportionnalité rendu inefficace par la seule appréciation des mesures administratives

- 22 La subjectivisation de l'ordre public a conduit à une évolution du contrôle juridictionnel des mesures de police tendant à prendre davantage en compte les circonstances administratives au détriment de la protection des libertés. L'ordonnance du 22 mars illustre bien cette évolution, le juge des référés refusant de faire jouer au principe de proportionnalité son rôle de correctif indispensable au contrôle des mesures de police administratives, particulièrement en temps de circonstances exceptionnelles.
- 23 Le contrôle de proportionnalité des mesures de police administrative a pour but d'éviter que des mesures par trop excessives ou radicales puissent être de nature à porter atteinte à la substance même des droits et libertés. Dans l'ordonnance du 22 mars commentée, le juge des référés s'y réfère explicitement : « Dans cette situation, il appartient à ces différentes autorités de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ou encore la liberté d'exercice d'une profession doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent » (cons. 3). Une telle référence aurait classiquement dû le conduire à rejeter la requête en arguant que les autorités publiques se sont limitées à adopter la mesure de police – confinement avec dérogations – la moins attentatoire aux libertés au regard de l'objectif poursuivi de sauvegarde de l'ordre public sanitaire²⁵. Elle aurait pu également lui servir à accueillir une partie de la demande en enjoignant à

l'administration de rendre obligatoire le port de masques ou de mettre en place des dépistages massifs – ce que le Conseil d'État s'est refusé à faire jusqu'alors dans les affaires contentieuses qui ont suivi – comme étant les moyens les plus efficaces et les moins attentatoires aux libertés pour prévenir la contagion. Pourtant, le principe de proportionnalité ne joue ici qu'un rôle d'affichage ; il est une sorte de pétition de principe que le juge se doit d'exhiber, mais il n'en tire pour autant aucune conséquence quant à l'issue de son contrôle et l'on est bien loin de la pratique du triple test²⁶. Dès lors qu'il ne s'agit pas d'un recours contre des mesures restrictives de liberté en tant qu'elles seraient disproportionnées à la sauvegarde de l'ordre public sanitaire, mais d'un recours contre des mesures considérées au contraire comme étant insuffisantes, la technique de la proportionnalité semble ici mal adaptée à la résolution du conflit : autant il est possible de mesurer le caractère proportionné ou non d'une mesure, autant il paraît difficile de chercher à justifier le caractère proportionné ou non d'une inaction. Alors même que la logique du référé est ici inversée, la référence au principe de proportionnalité intervient donc plutôt comme une volonté du juge des référés de rattacher son contrôle aux catégories traditionnelles. Car si l'équilibre entre ordre public et libertés est affaire de proportion, on ne voit pas très bien de quelle proportion il est question quand il s'agit de contrôler, au regard du respect du droit à la vie, si les mesures de police – par ailleurs restrictives de libertés – sont suffisamment rigoureuses... À moins de considérer que le principe de proportionnalité en matière de police administrative, au regard de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public sanitaire, n'ait plus seulement pour finalité de modérer le pouvoir des autorités publiques²⁷, mais puisse également être utilisé aux fins de le renforcer.

- 24 **Où le juge des libertés est devenu juge de l'ordre public.** Malgré l'artifice d'une référence exclusivement formelle au contrôle de proportionnalité, le juge des référés choisit plutôt en l'espèce d'opérer un bilan entre les mesures contestées comme étant insuffisantes – confinement avec dérogation – et celles préconisées par le syndicat de médecins – confinement total –, notamment au regard de leurs risques respectifs. Aussi relève-t-il qu'un confinement total aurait des effets contraires à ceux recherchés par les requérants, comme des ruptures d'approvisionnement ou un retard d'acheminement de matériels ayant des implications graves pour la santé de la population. De même, un confinement total porterait atteinte à la poursuite de certaines activités vitales – de santé, de sécurité, de production ou de distribution de l'alimentation – qui rend donc nécessaire, selon la Haute juridiction, le maintien en fonctionnement des transports en commun et d'autres activités qui leur sont directement ou indirectement indispensables²⁸.
- 25 Plutôt qu'un contrôle de proportionnalité des mesures attentatoires aux libertés, le juge de l'urgence opère donc un contrôle *in concreto* de l'alternative choisie par le gouvernement pour limiter la propagation de l'épidémie, autrement dit un contrôle de l'opportunité des mesures de police administrative. Alors même que son contrôle ne devrait être que sommaire et se limiter à la qualification d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale, il s'assimile plutôt ici – et en matière de crise – à un véritable recours au fond et n'a plus le caractère d'une procédure accessoire ; la multiplication des saisines du juge des référés-libertés depuis cette première ordonnance est à cet égard significative.
- 26 La faiblesse de la motivation juridictionnelle est donc d'autant plus regrettable. Pour écarter l'éventuelle carence de l'administration, le Conseil d'État construit toujours son

raisonnement autour des considérations administratives qu'il cherche systématiquement à justifier et ne contrôle que superficiellement l'atteinte aux libertés²⁹. Cette conversion du juge des libertés en juge de l'ordre public est encore plus frappante dans les ordonnances qui suivent celle du 22 mars. À leur lecture, il semble que le Conseil d'État, par une méthode bien rodée et une motivation standardisée, ait réussi à paralyser l'efficacité du référé-liberté. Chaque fois, il formule comme une incantation deux paragraphes : le premier concerne « les circonstances » et contient le plus souvent deux ou trois considérants stéréotypés relatifs au fondement juridique des mesures prises par le gouvernement ou rappelant plus spécifiquement celles-ci sur le point contesté. Cette prise en compte accrue des circonstances ayant justifié les mesures administratives l'amène ainsi à énoncer des généralités en guise de motivation³⁰. Le second paragraphe réitéré à chaque ordonnance de référé-liberté est relatif à « l'office de juge des référés » et permet au Conseil d'État de rappeler les limites de son contrôle³¹. Cette motivation standardisée a pour but de neutraliser tout recours en montrant que les limites de sa décision tiennent plus de l'office du juge des référés ou des circonstances que de sa volonté.

- 27 Un peu à la manière de Jacques Brel – « au suivant ! » – les ordonnances se succèdent et se ressemblent toutes. Leur issue, systématiquement défavorable aux requérants qui n'ont pourtant aujourd'hui aucune autre voie de droit pour contester la politique gouvernementale de gestion de la crise, a certainement motivé la tribune défensive du président de la section du contentieux du Conseil d'État dans *Le Monde* du 12 avril 2020. Sans doute était-il en effet nécessaire de rappeler aux administrés déboutés que la Haute Juridiction administrative restait le gardien privilégié des droits et libertés. Pourtant, face aux critiques nombreuses dont cette dernière fait l'objet dans la gestion contentieuse de la crise³², J.-D. Combrexelle dessine un juge qui, bien plus qu'un protecteur des libertés devant l'éventuel arbitraire des autorités publiques, plus même qu'un conciliateur entre des intérêts par nature contradictoires³³, est avant tout un médiateur entre les requérants et l'État – « l'audience a souvent permis au juge de prendre l'initiative d'évoquer des mesures et des avancées très concrètes. Ces mesures qui ont fait l'objet d'accords entre les requérants et les représentants de l'État ont pu être ensuite actées dans l'ordonnance de référé ».
- 28 L'ordonnance du 22 mars affirme désormais explicitement la logique renouvelée du référé-liberté : l'insuffisance des mesures de police, et non plus seulement leur disproportion ou leur excès, peut porter atteinte aux libertés et, du moins en période de circonstances exceptionnelles, c'est désormais à partir d'un contrôle de l'équilibre général de la mesure de police que le juge procède, au risque d'écorner sa mission première de défenseur des libertés.
- 29 Reste à savoir si les citoyens peuvent, dans ces conditions, se prévaloir d'un recours effectif contre les mesures prises par les autorités publiques dans la gestion de la crise actuelle.

II/- L'enjeu du recours effectif contre les mesures de gestion de la crise sanitaire : de l'inutilité du moyen tiré de la carence fautive de l'État pour mettre en cause les politiques publiques

- 30 L'ordonnance du 22 mars 2020 pose les conditions d'exercice du référé-liberté contre la gestion de la pandémie par le gouvernement. Le moyen tiré de la carence des autorités publiques en matière de police sanitaire apparaît, dans ce cadre, inefficace (A), le Conseil d'État n'offrant pas la possibilité d'un recours effectif aux administrés qui souhaiteraient mettre en cause les politiques publiques, celles-ci demeurant, par principe même, injusticiables (B).

A/- La généralisation d'un moyen inefficace

- 31 L'association de la procédure du référé-liberté et du moyen tiré de la carence des autorités aurait pu permettre un contrôle approfondi des mesures prises par le gouvernement dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire. Pourtant, qu'il s'agisse de l'ordonnance du 22 mars ou de celles qui suivent, le juge des référés s'obstine à rejeter les recours portés devant lui.

1. Carence fautive, carence manifeste ou caractérisée, carence préventive : un contrôle de l'opportunité de l'(in)action gouvernementale

- 32 Selon une logique finaliste de la responsabilité, le juge administratif admet que l'inaction ou plus largement la carence des autorités publiques, et non seulement leur action, puisse porter préjudice aux administrés et même constituer une atteinte, au moins indirecte, aux libertés fondamentales dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.
- 33 De manière générale, dès lors qu'est reconnue une obligation positive pour l'autorité de police de prévenir les risques d'atteinte à l'ordre public, une abstention de faire usage de ces pouvoirs, autrement dit de prendre une mesure de police, est bien susceptible d'engager la responsabilité des autorités nationales ou locales³⁴. La carence peut aussi bien être constituée par le défaut d'action des autorités que par son insuffisance, mais non, en principe, par son inefficacité, l'obligation d'agir ne relevant que d'une obligation de moyens. Le juge administratif a ainsi admis la responsabilité de la puissance publique pour carence normative – absence de réglementation – dans l'exercice, notamment, de son pouvoir de police sanitaire. Cet aspect de la responsabilité administrative trouve son origine dans la faute : le recours à la notion de « carence fautive » permet d'insister sur le comportement de l'administration qui ne pouvait rester passive³⁵.
- 34 Le contrôle du juge des référés étant quant à lui par principe un contrôle de l'évidence, il a pu de prime abord apparaître mal adapté à un tel moyen. La jurisprudence *Ville de Paris* déjà citée a pourtant ouvert le référé-liberté à cette conception finaliste des obligations de la puissance publique, offrant aux administrés la possibilité de faire enjoindre aux autorités de prendre en urgence les mesures matérielles ou normatives de nature à sauvegarder une liberté fondamentale³⁶. L'abstention ou la défaillance –

sans qu'elle soit constitutive d'une faute, cette dernière notion étant mal adaptée à la procédure d'urgence³⁷ – est alors la source de l'illégalité ; le juge du référé-liberté est conduit à vérifier l'existence d'une « carence caractérisée » susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale dans la mise en œuvre d'une liberté fondamentale³⁸.

- 35 Cette idée selon laquelle les autorités ont des obligations à accomplir – obligations positives, donc – pour mettre les administrés en mesure d'exercer effectivement leurs droits et de jouir de leurs libertés procède du droit européen³⁹ et le droit à la vie consacré à l'article 2 de la Convention s'accorde particulièrement bien à cette doctrine : l'État doit non seulement s'abstenir de porter atteinte de manière arbitraire à la vie, mais il doit également prendre toutes les mesures qui s'imposent pour la protéger⁴⁰. Il ne s'agit plus dès lors d'apprécier un manquement objectif à une obligation légale d'agir identifiée ou facilement identifiable, mais plutôt de déterminer, avec la subjectivité que cela suppose parfois, l'obligation à laquelle l'abstention de la puissance publique aurait porté une atteinte manifestement illégale. Dans le contentieux de la gestion de la crise actuelle, l'usage du moyen tiré de la carence des autorités publiques devant le juge du référé-liberté relève ainsi d'appréciations qui se trouvent souvent à la frontière entre la légalité et l'opportunité.
- 36 Dans l'ordonnance du 22 mars 2020, la carence de la puissance publique dans la mise en œuvre de ses pouvoirs de police ne peut sérieusement être ici invoquée sur le plan matériel vu le nombre et l'étendue considérables des mesures de police administrative prises par les autorités nationales et locales depuis le début du mois de mars. Elle ne vise donc pas l'abstention, le défaut d'action de l'administration, mais la défaillance présumée dans la gestion de la crise par l'État, question qui relève par nature du politique. En outre, alors que dans l'arrêt *Ville de Paris*, la saisine du juge des référés a pour but de « prévenir ou faire cesser un péril dont il n'est pas sérieusement contestable qu'il trouve sa cause dans l'action ou la carence de l'autorité publique », le péril en l'espèce – la calamité sanitaire mondiale – ne trouve pas directement sa cause dans la carence de l'autorité publique. À la différence des scandales de l'amiante ou du sang contaminé, l'État n'est à l'origine ni de l'apparition du virus ni de sa diffusion.
- 37 Dans la décision du 22 mars comme dans celles qui la suivent, c'est donc uniquement au regard des moyens dont dispose l'administration et des mesures qu'elle a déjà accomplies que le juge va déterminer le seuil de l'obligation d'agir de la puissance publique. Mais il ne sanctionnera que la mauvaise volonté de l'administration d'accomplir sa mission, cette mauvaise volonté se matérialisant par le refus de faire usage de l'ensemble des moyens juridiques ou matériels dont elle dispose alors même qu'elle ne pourrait plus ignorer la situation qui nécessite qu'elle les mette en œuvre. Derrière l'apparente objectivité de la carence se cache ainsi l'appréciation subjective d'une situation administrative.
- 38 En l'espèce, le juge des référés ne décèle aucune carence caractérisée, solution peu surprenante au vu de l'état des connaissances scientifiques à la date de la décision rendue – le choix du confinement n'avait alors pas même fait l'objet d'un consensus au sein de l'Europe, certains États européens ayant opté pour la stratégie de l'« immunité collective » comme les Pays-Bas ou, dans une moindre mesure, le Portugal. Depuis le début de la crise sanitaire que nous traversons, les données scientifiques ne convergent pas, mais relèvent d'interprétations évolutives et instables conduisant à l'hétérogénéité des mesures prises par les autorités pour enrayer l'épidémie. L'obligation positive de

l'État en l'état actuel de la situation est donc difficilement déterminable, les moyens mis en œuvre par les autorités publiques ne pouvant objectivement constituer une carence. La propagation extrêmement rapide du virus différencie la situation actuelle des scandales sanitaires rencontrés jusqu'alors et pour lesquels un temps long avait contribué à la maîtrise des connaissances scientifiques. Avant que l'état de la science ne permette d'évaluer les mesures nationales prises pour endiguer définitivement l'épidémie, le contrôle de celles-ci reste limité à des considérations économiques ou politiques, plus que juridiques. Un tel contrôle confine à un contrôle de l'opportunité des mesures, en l'espèce, toujours dans le sens du gouvernement.

39 **Carence préventive et injonction inconséquente.** S'il rejette l'existence d'une carence grave et manifestement illégale dans l'absence de confinement total, le Conseil d'État, dans le considérant 9 de sa décision, reconnaît que la carence puisse être « susceptible d'être caractérisée si les dispositions sont inexactement interprétées et leur non-respect inégalement ou insuffisamment sanctionné ». Il admet ainsi la possibilité d'une carence non seulement dans l'édiction des mesures de police, mais également dans leur mise en œuvre concrète⁴¹. Alors même qu'il affirme que le non-respect des mesures par la population « ne saurait constituer une carence manifeste des pouvoirs publics » (cons. 15), il choisit d'apprécier la portée effective des dispositions prises : il juge que le caractère trop général, ambigu ou imprécis de certaines dispositions du décret du 16 mars est susceptible de constituer une carence et enjoint alors aux autorités de préciser et de compléter sous quarante-huit heures la portée de certaines mesures dérogatoires au confinement – autorisations de sortie pour déplacements brefs ou pour des motifs de santé et maintien des marchés ouverts. Au regard de l'office du juge des référés ou de la demande du syndicat, une telle injonction apparaît plutôt inédite⁴². Et si le juge du référé-liberté peut prendre toutes mesures nécessaires à la sauvegarde des libertés, il statue en l'état de l'instruction au jour de la décision – autrement dit à la date à laquelle il se prononce – et dans un délai très court – 48 h –, ce qui l'empêche en principe de prendre en considération les potentielles conséquences de l'interprétation des mesures de police. L'appréciation qu'il porte sur ces mesures ne relève plus alors d'un simple contrôle de l'évidence, mais bien d'un contrôle approfondi lorsqu'il juge, par exemple, que la portée d'une disposition du décret apparaît « trop large [...] notamment en rendant possibles des pratiques sportives individuelles, tel le « jogging » ».

40 Comment justifier alors une telle témérité de la part d'un juge qu'on connaît plutôt enclin à ne pas contrarier l'action gouvernementale ? En anticipant une carence éventuelle du fait de l'imprécision de certaines mesures, le juge ne prend en réalité aucun risque en ce sens. D'abord, la portée de l'injonction apparaît si peu contraignante – préciser, réexaminer la portée ou évaluer les risques pour la santé des mesures adoptées –, qu'on peut même en discuter le caractère impératif. Dans le même sens, alors que l'injonction s'adresse en principe à la partie perdante, le gouvernement ne peut pas en l'espèce être assimilé à la partie perdante puisque le Conseil d'État a refusé d'accueillir l'ensemble des demandes du Syndicat. Pseudo injonction, donc, qui ressemble davantage à une conformité sous réserve permettant au juge de ménager des intérêts contradictoires en continuant à se poser en défenseur des libertés sans risque de voir le gouvernement désavoué⁴³. Car, à la date de l'ordonnance rendue, le Conseil d'État n'est pas sans savoir que le renforcement des mesures qu'il préconise aura de toute façon lieu. Dans un avis rendu le 18 mars sur le projet de loi d'urgence qui souscrit à la mise en place d'un nouveau cadre juridique, sa formation consultative a déjà proposé au gouvernement de préciser la portée des mesures de polices

réglementaires dans un sens plus strict prévoyant notamment l'interdiction de tout déplacement hors de son domicile⁴⁴. Au lendemain de l'ordonnance du 22 mars commentée, le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 – déjà modifié 6 fois depuis – est ainsi venu préciser les mesures de police prises désormais sur le fondement de la nouvelle loi, notamment en ce qui concerne deux points qui constituent l'objet même de l'injonction du 22 mars : il limite les déplacements à une heure dans un périmètre d'un kilomètre autour du domicile et pose un principe d'interdiction des marchés sauf circonstances particulières locales⁴⁵. L'ordonnance de référé qui anticipe ce décret avait donc probablement davantage une fonction administrative – orienter le gouvernement en l'incitant à la rigueur dans la formulation des dispositions à venir – que contentieuse – le contraindre à rectifier les mesures antérieures. Cette façon de faire peu orthodoxe contribue à un mélange des genres qui n'est pas sans nourrir les critiques dont a pu faire l'objet le Conseil d'État dans son contrôle juridictionnel des mesures de police sanitaire.

2. Rejet du moyen tiré de la carence nationale, renforcement du contrôle juridictionnel des mesures locales

- 41 Qu'il s'agisse de réclamer la fourniture de gants et de masques de protection ou de test de dépistage, d'enjoindre la fermeture des centres de rétention administrative pendant la durée de l'épidémie ou la réquisition de logements ou encore d'ordonner la généralisation de l'autorisation du traitement à la Chloroquine, c'est toujours sur l'absence de carence de l'autorité publique telle qu'elle serait susceptible d'entraîner une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale – le plus souvent le droit à la vie – que se construit la défense de l'État et que le juge des référés décide d'écarter les requêtes. Un raisonnement rationnel et standardisé ainsi que l'adoption de certaines techniques contentieuses lui permettent en effet de baliser le contrôle juridictionnel des mesures de police sanitaire dans le sens d'un rejet quasi systématique.
- 42 Ainsi, dans la décision du 22 mars, le juge se réfère à l'« économie générale » des mesures pour démontrer l'absence de carence manifeste⁴⁶ ; dans toutes les ordonnances qui suivent, c'est la formule sésame « en l'état de l'instruction » qui vient justifier le constat de l'absence de carence des autorités administratives et le rejet corrélatif de toute demande d'injonction⁴⁷. Les considérants stéréotypés « sur les circonstances » et « sur l'office du juge des référés » mentionnés précédemment le conduisent à préciser la mise en œuvre de son contrôle, toujours dans un sens favorable à l'administration. Faisant jouer les limites de son office, il écarte parfois la requête en se fondant sur la nature de la décision sollicitée par les requérants⁴⁸. Le plus souvent, toutefois, il tient compte non seulement « des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente », mais également « des mesures qu'elle a déjà prises »⁴⁹. Ces deux points ne pouvant être appréciés, dans le cadre du référé, qu'au vu des pièces soumises à son examen par le gouvernement pour sa défense, il en reprend consciencieusement les données dans sa décision. Cette appréciation des données administratives le conduit par exemple à relever l'absence de moyens matériels de l'administration, justifiant, par une sorte d'application de la théorie des formalités impossibles, l'action défailante de cette dernière – comme si l'insuffisante disponibilité de matériel était étrangère à l'action gouvernementale. Dans la décision du 22 mars, outre la demande principale de confinement généralisé, le juge des référés rejette également celle tendant à enjoindre

aux autorités à prendre les mesures propres à assurer la production à échelle industrielle de tests de dépistage, en considérant qu'au jour de la décision, l'État n'a pas les moyens matériels d'assurer un dépistage généralisé⁵⁰. C'est également avec une bienveillance qui confine parfois à la mauvaise foi que le juge examine les mesures déjà prises par les autorités⁵¹, assoie sa motivation sur des actions qu'aurait entreprises le gouvernement, quand bien même celles-ci n'auraient pas été encore concrétisées⁵² ou invoque une amélioration hypothétique de la situation⁵³. Un tel contrôle le conduit paradoxalement à sortir des limites de son office pour éviter de constater une carence caractérisée du gouvernement dans la gestion de la crise. Mais tandis qu'il se refuse absolument à contester de quelque manière que ce soit les choix gouvernementaux, le juge des référés se donne les moyens d'exercer un contrôle approfondi des mesures prises par les autorités de police locales.

- 43 Qu'il s'agisse des décrets ou des ordonnances prises par le gouvernement dans le cadre de la gestion de la crise, de leur avis préalable rendu par le Conseil d'État ou des décisions des juridictions administratives, le pouvoir de police des autorités locales est présenté, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, comme un complément indispensable du pouvoir de police nationale.
- 44 Ainsi, dans l'ordonnance du 22 mars, le Conseil d'État rappelle à plusieurs reprises⁵⁴ la possibilité pour les autorités locales compétentes en matière de police générale d'adopter des mesures plus contraignantes « compte tenu du contexte local » (cons. 2) ou « si des circonstances locales l'exigent » (cons. 7), se référant à une jurisprudence constante sur ce point⁵⁵. De même, la reconnaissance, cette fois au seul représentant de l'État dans le département, de la possibilité d'organiser un confinement total de la population « dans certaines zones », est présentée comme un argument en faveur d'un confinement plus souple « au plan national » (cons. 8). La référence itérative à l'exercice possible des pouvoirs de police des autorités locales semble avoir pour fonction de pondérer le rejet de la demande du syndicat.
- 45 Comme l'ont confirmé les contentieux suivants, l'ensemble des rappels du Conseil d'État dans l'ordonnance du 22 mars reste applicable au nouveau cadre juridique dessiné par la loi du 23 mars 2020⁵⁶. Toutefois, la référence à une véritable obligation positive à la charge des autorités de police locales (cons. 15) a disparu des décisions juridictionnelles qui ont suivi celle du 22 mars. On aurait pu alors imaginer qu'une telle obligation était susceptible de fonder un recours sur la carence – fautive ou manifeste – des autorités locales à l'instar des autorités de police nationales. Mais ce n'est pas sur le terrain contentieux de la carence que se sont joués les recours juridictionnels à l'encontre des mesures de police locale dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire⁵⁷. Face à la surenchère de mesures parfois particulièrement liberticides – interdictions de circulation, couvre-feux, quarantaines –, le juge a limité son contrôle juridictionnel à la question de l'étendue du pouvoir de police générale des autorités locales et plus précisément de son articulation avec le pouvoir de police spéciale des autorités nationales. C'est dans ce cadre plus classique – concours des polices, contrôle de proportionnalité, existence de circonstances locales particulières – que les juridictions administratives ont progressivement précisé les règles applicables au contrôle des mesures de police locale, celles du préfet étant généralement moins soumises à la censure – et alors même que des arrêtés préfectoraux ont pu être particulièrement liberticides⁵⁸.

- 46 Ainsi, à la lecture de l'ordonnance du 22 mars et à la veille d'une réforme des institutions censée renforcer les collectivités territoriales⁵⁹, les compétences des autorités de police locale, quoique strictement encadrées par la jurisprudence, auraient pu être non seulement un moyen d'adapter sur le territoire les mesures nationales en fonction des particularités locales, mais également, du point de vue contentieux, un expédient au rejet systématique de la carence des autorités nationales dans la gestion de la crise. Pourtant, en censurant le plus souvent la mesure de police du maire sur le motif tiré de l'absence de circonstances locales particulières⁶⁰, les juridictions administratives se sont montrées soucieuses de maintenir les acteurs locaux – préfet et surtout maire – dans un rôle d'exécutant des choix politiques nationaux tout en leur faisant porter la charge des effets négatifs de l'atteinte aux libertés.
- 47 Le déplacement de l'enjeu du contrôle des mesures de police locales est aisé à comprendre : en matière d'urgence sanitaire, le gouvernement dans l'exercice de ses pouvoirs de police spéciale a absorbé toutes les obligations de la puissance publique. S'il incombe au maire le maintien de l'ordre public local, ses mesures de police doivent être strictement limitées à la mise en œuvre des mesures nationales. C'est bien dans ce sens que le Conseil d'État, dans une décision très politique⁶¹, a explicité les conditions strictes de mise en œuvre du concours des polices en période d'urgence sanitaire. Dans son ordonnance du 17 avril, il limite l'intervention du maire aux seules mesures répondant à des motifs impérieux propres à la commune qui s'inscrivent en cohérence avec l'action gouvernementale⁶². Le renforcement de la condition relative aux circonstances locales particulières – raisons *impérieuses* propres à la commune –, mais surtout la condition supplémentaire de ne pas porter atteinte à l'efficacité des mesures prises par l'État marquent bien ici une affirmation du caractère subordonné du pouvoir des autorités de police locale.
- 48 Le contrôle strict des arrêtés des maires, par contraste avec la validation en chaîne des décisions de l'État, témoigne de ce que la gestion sanitaire demeure l'expression d'une politique publique dont il n'est pas question pour l'État de perdre la maîtrise.

B/- L'injusticiabilité⁶³ des politiques publiques

- 49 Les politiques publiques et les mesures qui en découlent, sans être aujourd'hui qualifiées d'actes de gouvernement, marquent l'« irréductibilité du politique au juridique »⁶⁴ ; elles trahissent la réticence du juge administratif à faire usage de l'étendue de ses pouvoirs juridictionnels, comme le montre l'étude du contentieux administratif dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire.

1. Injusticiabilité structurelle, injusticiabilité « par nature »

- 50 La réserve systématique du Conseil d'État, malgré les instruments contentieux qu'il a aujourd'hui à sa disposition, à exercer un véritable contrôle des mesures prises par le gouvernement dans le cadre de la gestion de la crise trouve diverses explications. La première, plutôt circonstancielle, on l'a dit, relève du peu de données scientifiques disponibles en l'état actuel de la situation, rendant difficile pour le juge de déterminer précisément l'étendue de l'obligation positive de l'administration. Une autre explication, structurelle cette fois et largement partagée par les commentateurs, met en avant un lien de connivence – pour ne pas dire une consanguinité – entre les énarques à l'origine des décisions politiques et ceux qui les contrôlent. D'une part, pour

s'être formés aux mêmes écoles et avoir été nourris aux mêmes considérations de la raison d'État ; d'autre part, et outre l'histoire même du Conseil d'État, la formation de ses membres et, disons, leur pédigrée, du fait de la double fonction consultative et contentieuse de l'institution. Cette dualité fonctionnelle pose sans aucun doute un problème d'impartialité des décisions juridictionnelles, particulièrement patent en période d'état d'urgence : les ordonnances qui font l'objet d'un recours devant la section contentieuse sont d'abord prises, comme l'exige l'alinéa 2 de l'article 38 de la Constitution à son alinéa 2 « *après avis du Conseil d'État* » rendu par l'une de ses sections administratives⁶⁵. Ainsi, pour le Conseil d'État, juger (vraiment) l'administration reviendrait alors à se déjuger.

- 51 Une telle explication permet d'éclairer la seule ligne jurisprudentielle que tient pour l'instant le Conseil d'État dans le contrôle des mesures de police sanitaire et qui consiste à ne pas désavouer le gouvernement dans la gestion de la crise ; elle le conduit à une autocensure dans la défense des libertés auxquelles les mesures du gouvernement seraient susceptibles de porter atteinte.
- 52 Ce constat frappe surtout à la lumière de certains contentieux pour lesquels on aurait pu attendre de la part de la Haute juridiction plus de vigilance. Sans en faire cas⁶⁶, le Conseil d'État a rejeté tous les recours d'institutions, d'associations et d'acteurs sociaux mobilisés pour la défense des libertés des personnes les plus vulnérables et à cet égard les plus exposées au risque sanitaire – qu'il s'agisse des personnes âgées, des sans-abri⁶⁷, des étrangers retenus dans des centres de rétention administrative⁶⁸, ou des détenus⁶⁹.
- 53 L'autolimitation du Conseil d'État s'observe également au prisme d'une comparaison de part et d'autre de la dualité juridictionnelle – entreprise le plus souvent difficile à réaliser tant les champs de contrôle sont généralement exclusifs l'un de l'autre. Ainsi, ce que le Conseil d'État, jugeant en référé, s'est refusé d'exiger de l'État⁷⁰, quelques jours plus tôt, le tribunal judiciaire de Nanterre l'a imposé à une multinationale⁷¹. De même, à contre-courant de la position du juge administratif⁷², différentes juridictions pénales se sont opposées, en mars dernier, à la prolongation automatique des détentions provisoires⁷³. Ce décalage entre les deux ordres juridictionnels a pu également s'illustrer par le rôle respectif de filtrage des juridictions suprêmes dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire : alors que la nature délictuelle des sanctions pour violation répétée des obligations imposées lors du confinement a fait l'objet d'un renvoi au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation, cette même demande avait été écartée sans ménagement par le Conseil d'État⁷⁴.
- 54 Ces exemples montrent que la seule ambition du Conseil d'État dans cette crise sanitaire n'est pas de jouer son rôle de contre-pouvoir, mais de ne pas gêner – voire de soutenir – l'administration dans sa pratique du pouvoir. Si l'on conçoit qu'une juridiction étrangère aux arcanes du pouvoir puisse plus facilement censurer les décisions politiques par l'exercice d'un contrôle de légalité approfondi, la crise actuelle pourrait conduire à repenser certaines propositions doctrinales préconisant de mettre fin de la dualité juridictionnelle⁷⁵.
- 55 Récemment, des ordonnances de référés décidant d'injonction au gouvernement, peuvent laisser penser à un revirement dans la ligne particulièrement frileuse d'un Conseil d'État las d'essayer les critiques ; mais elles peuvent aussi avoir pour seule vocation de redorer son image de protecteur des libertés. Quoi qu'il en soit, les faibles

conséquences pratiques qu'elles emportent ne suffisent pas encore à y voir un rééquilibrage salubre⁷⁶.

- 56 Face à l'ineffectivité des recours devant le juge des référés du Conseil d'État qui, « en l'état de l'instruction », se refuse à observer une quelconque carence caractérisée de la puissance publique, la question est celle de savoir si, tôt ou tard, le justiciable pourra malgré tout se prévaloir d'un recours effectif à l'encontre des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Rien n'est moins sûr. Car la frilosité du contrôle de la juridiction administrative suprême, outre qu'elle s'appuie sur des éléments de technique contentieuse, n'est que la preuve, s'il en fallait, de l'injusticiabilité par nature des actes politiques.
- 57 L'injusticiabilité qu'on pourrait donc dire structurelle des choix politiques en matière de gestion de la crise – un juge génétiquement administrateur est naturellement et même inconsciemment enclin à une servitude volontaire –, est en effet intrinsèquement liée à la doctrine largement admise d'une injusticiabilité « par nature » des politiques publiques. Une telle doctrine a, de tout temps, fondé les réserves des juges à mettre en cause certaines décisions ou à reconnaître la responsabilité de ceux qui les prenaient⁷⁷ ; elle est également à l'origine de la « marge d'appréciation » laissée par la Cour EDH aux États membres dans les domaines relevant de l'ordre public national et ne bénéficiant pas d'un consensus européen⁷⁸ ; elle est d'ailleurs largement adoptée par le juge lui-même⁷⁹.
- 58 Si l'on connaît déjà, par le biais de la théorie des actes de gouvernement, la « pudeur » du Conseil d'État à se prononcer sur toute décision susceptible de relever de choix gouvernementaux, les périodes de crise, plus encore, sont propices à laisser libre jeu aux autorités politiques afin d'éviter de les déstabiliser davantage. Crise économique⁸⁰, crise politique ou sociale⁸¹ et aujourd'hui crise sanitaire, chacune conduit à une normativité d'exception qui n'est jamais favorable à la défense des libertés. La légalité est alors mise de côté au profit d'un contrôle de l'opportunité au soutien de la validation des choix politiques⁸².

2. Une ouverture possible ?

- 59 Encore faut-il pouvoir définir ce que sont des mesures de « politique publique » et ce qui les distingue de celles susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de légalité approfondi. La mesure de confinement est une mesure réglementaire générale, impersonnelle et de portée nationale. Si elle est la manifestation d'une stratégie politique, elle induit un certain nombre d'interdictions ou de restrictions aux libertés qui doivent pouvoir faire l'objet d'un recours effectif – mais le peuvent-elles sans remettre indirectement en cause les choix politiques qui en sont à l'origine ?
- 60 Faut-il alors se résigner à l'impossibilité d'engager la responsabilité de la puissance publique à l'encontre des mesures, même préjudiciables, qui relèvent de choix politiques ? Derrière la question du recours effectif des mesures de politiques publiques et plus précisément ici de celles relevant de la gestion de crise, c'est indirectement celle de l'utilité même du droit qui est posée. À quoi sert le juge s'il est incapable de remplir son rôle, si ce n'est de contre-pouvoir, au moins d'encadrement de l'exercice du pouvoir ?⁸³
- 61 L'avenir juridictionnel n'est peut-être pas complètement noir. Le contentieux environnemental offre un exemple d'ouverture contentieuse où le Conseil d'État fait

preuve d'une certaine témérité à mettre en cause les politiques publiques nationales⁸⁴. À l'instar des contentieux relatifs aux grandes affaires d'État⁸⁵ – le moyen tiré de la carence fautive apparaît, en matière de lutte climatique, comme un instrument juridique au service d'une véritable action politique⁸⁶. Un tel moyen pourrait alors être susceptible de contrer la doctrine de l'injusticiabilité des actes de politiques publiques.

- 62 L'impossibilité pour le juge des référés d'accueillir favorablement les demandes actuelles trouve sa raison d'être dans la volonté de ne pas ajouter aux difficultés du gouvernement. Peut-être n'augure-t-elle pas nécessairement d'une issue négative pour les actions futures sur le fondement de la responsabilité de la puissance publique, notamment pour toutes les questions relevant de la disponibilité de matériel – tests, masques et plus généralement moyens hospitaliers. Le moyen tiré de la carence fautive pourrait alors devenir une arme juridique bienvenue contre les défaillances des politiques de santé publique, notamment en cas de crise. Car si l'on comprend bien la difficulté à enjoindre à l'État d'agir d'une certaine façon, plus respectueuse des libertés, alors qu'il n'est matériellement pas en mesure de choisir d'autres alternatives que celles mises en œuvre, rien n'empêche le juge administratif, une fois la crise passée, d'interroger les choix politiques à l'origine des dysfonctionnements ou des failles observés. En effet, les mesures de gestion de la crise sanitaire ne sont que l'arbre qui cache la forêt de politiques économiques si ce n'est dommageables, du moins discutables. Or, le lien de causalité entre, d'une part, ces politiques successives, le désengagement systématique de l'État, l'affaiblissement continu des services publics dont les gouvernants découvrent seulement aujourd'hui la nécessité et, d'autre part, les mesures drastiques attentatoires aux libertés comme seul moyen de limiter la propagation du virus semble peu contestable – la réalité à laquelle ces choix politiques ont conduit est bien directement et concrètement mesurable (combien de lits en moins, d'hôpitaux fermés, etc.)⁸⁷. Aujourd'hui, la question d'une responsabilité publique des choix politiques et plus précisément économiques à long terme reste posée. Qu'elle soit politique – le vote blanc n'a pas d'impact et l'abstention augmente sans jamais inquiéter les gouvernants – ou juridique – aucun instrument contentieux ne peut s'en saisir⁸⁸ –, cette responsabilité n'est pas encore en France à l'ordre du jour.

*

- 63 Avec l'instauration de l'état d'urgence sanitaire, la possibilité pour le gouvernement de légiférer par ordonnances dans un grand nombre de domaines a, par ricochet, largement renforcé les pouvoirs du juge administratif et du Conseil d'État en particulier. Celui-ci ne s'est pourtant pas jusqu'alors montré apte à assurer son rôle de contre-pouvoir, pour des raisons relevant plus de choix politiques que des moyens juridiques à sa disposition. En ce sens, l'ordonnance du 22 mars donne le la des décisions contentieuses qui se succèdent devant le juge des référés du Conseil d'État. Elle nous renseigne sur la fragilité de l'objet même des droits et libertés et incidemment des instruments contentieux mis en place pour les garantir, particulièrement à un moment où ils nécessitent justement une protection renforcée. Le juge des libertés, qui voudrait sans doute bien continuer à se revendiquer garant d'un juste équilibre entre ordre public et libertés est confronté à une nouvelle ère où la sécurité – des personnes physiques ou des valeurs morales – prévaut au détriment de tout autre considération. Cette évolution implique un ajustement des rapports ordre public/libertés, dans un sens toujours plus favorable au premier. Elle conduit au

paradoxe de l'usage du référé-liberté pour réclamer davantage de contraintes. L'ordonnance rendue est alors le reflet de cette nouvelle configuration où les frontières entre des intérêts jusqu'alors contradictoires ne sont plus si étanches. Le juge des libertés y est amené à se satisfaire d'un contrôle de l'équilibre général de la mesure de police, se positionnant davantage comme juge de l'ordre public.

- 64 Le moyen tiré de la carence des autorités publiques – carence fautive ou caractérisée selon la procédure contentieuse – aurait pu constituer une révolution au moins théorique quant à la possibilité pour le juge d'exercer un contrôle approfondi des obligations positives qui reviennent aux autorités nationales en temps de crise. Pourtant, tout le potentiel contentieux de cet instrument est gommé par une utilisation *a minima* du juge qui fait de l'association référé-liberté/droit à la vie/carence des autorités de police, une combinaison perdante à tous les coups pour la défense des libertés – comme le montre l'échec des recours engagés jusqu'à présent devant le juge du référé-liberté. Mettant son contrôle au service d'une justification des mesures administratives et donc des choix politiques qui en sont à l'origine, il le rend inopérant en pratique.
- 65 Le risque est loin alors d'un gouvernement des juges, s'il faut penser cette expression comme une intrusion de la justice dans la gestion des affaires publiques ; imminent, en revanche, est celui d'un juge du gouvernement, tout prêt à soutenir l'action de ce dernier et à légitimer ses choix.

*

Conseil d'Etat, ord., Syndicat Jeunes Médecins, n°439674.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. CE, ord., Syndicat Jeunes Médecins, n°439674.
2. R. Lecadre, « Le Conseil d'État n'est pas confiné », Libération, 26 mars 2020, https://www.liberation.fr/france/2020/03/26/coronavirus-le-conseil-d-etat-n-est-pas-confine_1783143
3. Décret n° 2020-279 du 19 mars 2020 modifiant le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 ; 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'état d'urgence sanitaire
4. J. Boudon, « De quelques problèmes juridiques et politiques dans les circonstances actuelles » et « Note complémentaire sur l'illégalité du décret n° 2020-260 du 16 mars », tribunes du Club des juriste des 3 et 7 avril 2020. D'autres auteurs ont pu qualifier le décret du 16 mars de «

Léviathan juridique » : P. Cassia, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique ? », *Médiapart*, le Blog de Paul Cassia, 24 mars 2020.

5. Aux termes de l'article L. 2131-1 du code du travail : « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». On peut en outre lire sur le site du syndicat requérant : « Organisation syndicale, laïque et indépendante des partis politiques, Jeunes Médecins a pour vocation l'étude, la défense morale et matérielle des intérêts tant collectifs qu'individuels des jeunes médecins et de tout ce qui se rattache à l'exercice de la profession ».

6. Par ex., CE Ass., 31 mai 2016, Gonzalez-Gomez, n° 396848.

7. Comme la redéfinition de la voie de fait ou plus encore l'approfondissement du contrôle de proportionnalité.

8. À l'instar des mesures d'assignation à résidence ordonnées en 2015 par l'administration en application de la loi du 3 avril 1955 – CE, Sect., 11 décembre 2015, M. Cédric Domenjoud, n° 395009 –, certains auteurs invoquant d'ailleurs une « assignation à résidence collective » – Vincent Brengarth, « La France fait l'expérience de l'assignation à résidence collective », *lemonde.fr*, 19 mars 2020 : « Depuis quelques jours, la France fait l'expérience collective d'une privation de liberté croissante au fil des heures ».

9. Art. 2 CEDH, §1. « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. »

10. Pour un rejet de la requête précisément sur ce point : CE, ord., 27 mars 2020, GISTI, n° 439720, cons. 14.

11. Ainsi que l'a d'ailleurs rappelé, pour le droit de la santé, une ordonnance du tribunal administratif de Martinique : JRCE, 8 septembre 2005, Garde des Sceaux c/ Bunel, n° 284803, au Lebon 338.

12. « Il semble que vous affirmiez, sans le justifier, le caractère de « liberté fondamentale » en fonction à la fois de ce que vous voulez protéger – l'objet de la liberté doit être important et suffisamment précis pour qu'on puisse s'en prévaloir – et de ce que vous pouvez protéger – votre crédibilité est aussi en jeu », CE, Sect., 16 nov. 2011, Ville de Paris, n°353172, https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2011-11-16/353172?download_pdf

13. L'ordonnance du 22 mars reprend le considérant de principe de l'arrêt en affirmant : « Lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par [l'article L. 521-2 du CJA], prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence ». À noter que dans cette décision le juge avait là encore fait une interprétation extensive de l'intérêt à agir en admettant qu'une société commerciale pouvait engager un référé-liberté en vue d'assurer la protection du droit au respect de la vie des clients et des salariés de son magasin du Forum des Halles : CE, Sect., 16 nov. 2011, Ville de Paris, n°353172.

14. L. 521-3 CJA : « En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ». L'article L. 521-3 habilite le juge des référés à adresser des injonctions à l'administration (CE, 29 avr. 2002, n° 240322, Capellari, au Lebon 876). Dans le cadre du contentieux universitaire, par exemple, où il est enjoint à l'administration de faire usage de ses pouvoirs de police : TA Toulouse, ord., 2 mai 2018, Association Nationale Inter-Universitaire et autres, n°1801960 ; TA Montpellier, ord. 18 avr. 2018, n° 1801733.

15. JRCE, Sect., 27 mars 2015 Syndicat « Lutte pénitentiaire », n° 385332.

16. Pour une demande fondée sur le référé « mesures utiles » dans le contentieux de l'état d'urgence sanitaire et rejetée selon la procédure prévue par l'article L. 522-3 du code de justice administrative : CE, ord., 2 avril 2020, n°439844, M. Cassia et autres : « (...) l'existence même d'une carence à prendre l'une des mesures auxquelles le législateur a autorisé le gouvernement, à sa demande, à recourir, est sérieusement contestable et, à supposer même que les mesures sollicitées soient au nombre de celles qui peuvent être ordonnées sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, l'utilité d'enjoindre à l'administration de les prendre, de manière urgente, n'est pas établie ».

17. Dans ce sens, cf. R. Badinter, « De la demande de liberté à l'exigence de sécurité. Entretien », *Le Débat*, 2007/1, n° 143, pp. 21-29.

18. Pour le premier cas, par ex., le droit à la santé consacré par le préambule de la Constitution de 1946 est reconnu comme droit fondamental par le Conseil constitutionnel – QPC, n° 2015-458, 20 mars 2015, « Obligation de vaccination » – mais non par le Conseil d'Etat – JRCE, 8 septembre 2005, n° 284803 ; pour le second, le droit pour un patient en état d'exprimer sa volonté de consentir à un traitement médical a, pour le Conseil d'État, le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA : CE, 16 août 2002, Mme Feuillat, n° 249552.

19. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2015, 12ème éd., p. 197 ; Paradoxalement, la vie ne faisant l'objet d'aucune définition par la CEDH, notamment quant au moment où il peut y être porté atteinte, le droit à la vie demeure un droit incertain.

20. Commissaire du gouvernement Corneille dans les conclusions sous CE, 10 août 1917, Baldy, n°59855, Rec. 638.

21. Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

22. CE, sect., 18 décembre 1959, n°s 36385 et 36428, Société « Les films Lutétia », limité toutefois à des circonstances particulières. Cf. également plus tard, toutes les jurisprudences relatives au contrôle des visas d'exploitation des films, dont les requêtes sont souvent portées par l'association Promouvoir : CE, sect. 30 juin 2000, n° 222194 n°22195, Association Promouvoir ; CE, 4 février 2004, n°261804, Association Promouvoir. Cette dernière affaire est révélatrice de l'étendue du contrôle du juge administratif en matière de police dans le sens du renforcement de la mesure, allant jusqu'à la substitution de son appréciation à celle du ministre ; CE, 30 septembre 2015, n°s 392461 et 392733, Ministère de la culture et de la communication et autres c/ Association Promouvoir.

23. CE, Ass., 27 octobre 1995, n°136727, Commune de Morsang-sur-Orge.

24. Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme intégrant diverses mesures de l'état d'urgence dans le droit commun.

25. CE, Ass., 22 juin 1951, Daudignac, Rec. 362.

26. Dont il s'est prévalu dans le cadre de l'état d'urgence issu de la loi de 1955 : S'agissant par exemple des assignations à résidence (CE Sect., 11 décembre 2015, M. Doumenjoud, n° 395009) ou des perquisitions administratives (CE Ass. Avis, 6 juillet 2016, M. Napol et M. Thomas, n° 398234 et 399135).

27. M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, p. 156.

28. C'est le considérant 8 de la décision : « Si un confinement total de la population dans certaines zones peut être envisagé, les mesures demandées au plan national ne peuvent, s'agissant en premier lieu du ravitaillement à domicile de la population, être adoptées, et organisées sur l'ensemble du territoire national, compte tenu des moyens dont l'administration dispose, sauf à risquer de graves ruptures d'approvisionnement qui seraient elles-mêmes dangereuses pour la protection de la vie et à retarder l'acheminement des matériels indispensables à cette protection. En outre, l'activité indispensable des personnels de santé ou aidants, des services de sécurité de l'exploitation des réseaux, ou encore des personnes participant à la production et à la distribution de l'alimentation rend nécessaire le maintien en fonctionnement, avec des cadences adaptées, des transports en commun, dont

l'utilisation est restreinte aux occurrences énumérées par le décret du 16 mars 2020. *Par ailleurs, la poursuite de ces diverses activités vitales dans des conditions de fonctionnement optimales est elle-même tributaire de l'activité d'autres secteurs ou professionnels qui directement ou indirectement leur sont indispensables, qu'il n'apparaît ainsi pas possible d'interrompre totalement. Par suite, il n'apparaît pas que le Premier ministre ait fait preuve d'une carence grave et manifestement illégale en ne décidant pas un confinement total de la population sur l'ensemble du territoire selon les modalités demandées par le syndicat requérant.* »

29. Pour M.-O. Peyroux-Sissoko « un glissement est ici effectué : alors qu'il devrait s'agir de savoir si la carence porte ou non une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, c'est à l'absence de gravité et d'illégalité de la carence que le juge aboutit », « Quel rôle pour le Conseil d'État dans le confinement des libertés ? », Le blog Droit Administratif, 4 mai 2020.

30. Cf. par exemple, pour une ordonnance de tri non publiée concernant notamment la prolongation de plein droit et sans intervention du juge des délais maximums de détention provisoire : CE ord., 3 avril 2020, n° 439894, cons. 19 : « En adoptant de telles mesures et en retenant des allongements de deux, trois ou six mois, dans les limites imparties par la loi d'habilitation, l'ordonnance contestée ne peut être regardée, eu égard à l'évolution de l'épidémie, à la situation sanitaire et aux conséquences des mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, sur l'action des auxiliaires de justice et sur l'activité des administrations, en particulier des services de police et de l'administration pénitentiaire, comme d'ailleurs sur l'ensemble de la société française, comme portant une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées par le syndicat requérant ».

31. Citant les termes de l'article L. 511-1 du code de justice administrative – « Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais » – il y précise que les mesures qu'il peut prescrire dans le cadre de son office « doivent, en principe, présenter un caractère provisoire, sauf lorsqu'aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte ».

32. Tant dans la presse générale par les journalistes : J.-B. Jacquin, « Coronavirus : le Conseil d'État valide la prolongation de la détention provisoire sans juge », *lemonde.fr*, 4 avril 2020 ; P. Gonzalès, « Le Conseil d'État sur la ligne de crête des libertés publiques », *Le Figaro*, 7 avril 2020, p. 7, que par les juristes : Cl. Saunier, « La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire : entre interventionnisme ambigu et déférence nécessaire » ; P. Cassia, « Le Conseil d'État et l'urgence sanitaire : bas les masques ! », 11 avril Médiapart : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/100420/le-conseil-d-etat-et-l-etat-d-urgence-sanitaire-bas-les-masques> que par les juristes. Pour une vue d'ensemble des critiques doctrinales de l'état d'urgence sanitaire : A. Gelblat et L. Marguet, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 avril 2020, <http://journals.openedition.org/revdh/9066>.

33. « L'essence du juge administratif est de concilier les exigences du fonctionnement normal de l'État, au sens le plus large du terme, avec la protection des libertés publiques. Loin de remettre en cause cette mission, cette crise historique est l'occasion d'illustrer le fait que cette conciliation s'impose quelles que soient les circonstances. » https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/12/jean-denis-combrexelle-les-juges-administratifs-du-conseil-d-etat-se-situent-loin-des-polemiques_6036387_3232.html

34. CE, 23 octobre 1969, Sieur Doublet, Rec. 540.

35. Pour un exemple de carence normative dans le contentieux de l'amiante : CE, 30 avril 2009, n° 231153, n° 231152, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/consort X. et consort T.

36. Par ex., pour le droit à l'hébergement d'urgence : CE, ord., 10 févr. 2012, n° 356456, Fofana ; sur les conditions de détention : CE, ord., 22 déc. 2012, n° 364584, Section française de l'observatoire international des prisons ; dans le cadre de la prise en charge de mineurs placés : CE, ord., 27 juill. 2016, n° 4000508, Département du Nord ; ou encore, s'agissant d'une demande d'injonction de prononcer l'interdiction d'une réunion : CE, ord., 14 août 2017, n°s 413354 et 413355, M. Dupont-Aignan.

37. On peut trouver quelques exceptions : carence « fautive » pour l'AP-HP de ne pas avoir pris des mesures de nature à mettre fin au harcèlement moral caractérisé d'un fonctionnaire : JRCE, 21 mai 2015, n° 390056.

38. Pour un exemple récent où le Conseil d'État prend en compte les conséquences concrètes de la carence de l'autorité publique pour déterminer l'illégalité et la gravité de l'atteinte : CE, ord., 25 janvier 2019, n° 427169, M. A. c/ Conseil départemental d'Indre-et-Loire.

39. La Cour européenne est ainsi amenée à reconnaître tout à la fois des obligations matérielles d'agir à la charge de l'État et des obligations normatives, cf. les jurisprudences citées par X. Dupré de Boulois, « On nous change notre...référé-liberté » (Obs. sous CE, ord. 22 mars 2020, n° 439674) in Droit et Coronavirus. Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles, RDLF, 2020, chron. n° 12 <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/on-nous-change-notre-refere-liberte-obs-sous-ce-ord-22-mars-2020-n439674/> Par ex., en ce qui concerne la France, CEDH, 26 juill. 2005, Siliadin / France, n°73316/01 : condamnation en ce que sa législation pénale ne comporte pas d'incriminations spécifiques de l'esclavage, de la servitude, du travail forcé ou obligatoire.

40. La Cour de Strasbourg prévoit non seulement une obligation négative d'abstention, mais impose à toutes les autorités publiques une obligation positive de prévenir les risques d'atteinte à la vie (voir, par exemple, LCB c/ Royaume-Uni, arrêt du 9 juin 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, p. 1403, § 36).

41. En matière de responsabilité de la puissance publique, l'insuffisance des mesures d'exécution d'une obligation légale constitue une carence fautive : par ex. CE, Ass., 20 octobre 1972, Ville de Paris c. Marabout, n° 80068, Rec. 664.

42. Pour ne pas dire *contra legem* suivant l'interprétation même du Conseil d'État : CE, ord., 21 nov. 2005, n° 287112, Commune de Lyon, Rec., p. 1039.

43. Pour une injonction similaire, cf. CE, ord. 20 avril 2020, n° 439983.

44. Cf. Avis du 18 mars sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, n° 399873, respectivement §15 et §22. D'ailleurs, le Conseil d'État fait lui-même référence à au projet de loi sur l'instauration d'un état d'urgence sanitaire au considérant 2 de sa décision.

45. Dispositions prévues respectivement au chapitre 2 et à l'article 8 du nouveau décret. Sur ce dernier point, cf. également, CE, 2 avril 2020, n° 439762, Fédération Nationale des Marchés de France : demande de suspension et d'injonction d'autoriser la tenue des marchés, rejetée sans surprise.

46. Cf. cons. 9 de la décision.

47. Par exemple, concernant les demandes d'injonction de prendre des mesures de lutte contre l'épidémie autres que le confinement, comme la généralisation du traitement à la chloroquine, l'approvisionnement en masques, en gels hydroalcooliques et en tests de dépistage, les choix du gouvernement ne peuvent être regardés, « en l'état de l'instruction, comme portant une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie et au droit de recevoir, sous réserve de son consentement libre et éclairé, les traitements et les soins appropriés à son état de santé » : CE, ord., 28 mars 2020, n°s 439693, 439726 et 439765 ; CE, ord., 20 avril 2020, n° 439983, Ordre des avocats au barreau de Marseille et au barreau de Paris.

48. CE, ord., 29 mars 2020, n° 439798, Debout la France : « une telle décision, non provisoire, qui n'est à l'évidence pas la seule de cette nature susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la

liberté invoquée ». Cf. égal., CE, ord., 6 avril 2020, n° 439950, M. Hervé ; CE, ord., 7 avril 2020, n° 439806, M. Michel.

49. Pour une jurisprudence antérieure : CE, 28 juillet 2017, n° 410677, Section française de l'observatoire international des prisons ; cf. égal. CE, 30 août 2018, n° 423240.

50. Cf. le cons.18 de la décision : « les autorités ont pris les dispositions avec l'ensemble des industriels en France et à l'étranger pour augmenter les capacités de tests dans les meilleurs délais, d'autre part (...) la limitation, à ce jour, des tests aux seuls personnels de santé présentant des symptômes du virus résulte, à ce jour, d'une insuffisante disponibilité des matériels ». Sur cette même motivation, il est intéressant de comparer l'ordonnance du Tribunal administratif de la Guadeloupe qui accueille les demandes d'injonction du syndicat UGTG adressées au CHU de Pointe-à Pitre Abymes et à l'ARS de commander notamment des tests de dépistage du covid 19 (TA Guadeloupe, 27 mars 2020, n° 2000295) et l'annulation de l'ordonnance ainsi que le rejet des conclusions par le Conseil d'État : CE, ord., 4 avril 2020, n°s 439904 et 439905, CHU de la Guadeloupe.

51. Cf. CE, ord. 15 avril 2020, n° 439910, Association Coronavictimes et autres, cons. 14 : « Par suite, en l'état de l'instruction, il n'est pas établi qu'il y aurait une pratique générale de refus d'admission dans les établissements de santé des personnes résidant dans les EHPAD atteintes par une infection pouvant être attribuée au covid-19. [...] ». Cf. égal. cons. 21.

52. Pour écarter la requête, le juge des référés relaie l'annonce faite par le ministre chargé de la santé d'une campagne de dépistage systématique des personnels et résidents des EHPAD dans lesquels un cas de contamination au covid-19 a été constaté : CE, ord., 15 avril 2020, n° 440002, Union Nationale des Syndicats Force Ouvrière Santé Privée et autres.

53. Le juge des référés, tout en reconnaissant la pénurie de masques, estime que la situation « devrait connaître une nette amélioration au fil des jours et des semaines à venir » : CE, ord., 28 mars 2020, n° 439693. Concernant les tests de dépistage, il se fonde sur une conférence de presse du ministre des solidarités et de la santé pour assurer notamment que les autorités ont pris les dispositions avec l'ensemble des industriels en France et à l'étranger pour augmenter les capacités de tests : CE, ord., 28 mars 2020, n° 439726, SMAER et autres.

54. Considérants 2, 7, 8, 15 et 16 de la décision.

55. CE, 7 juin 1902, Maire de Nérès-les-Bains, au GAJA. Cf. en matière de santé publique, s'agissant du contentieux relatif aux antennes-relais : CE, Ass., 26 octobre 2011, n° 326492, Commune de Saint-Denis ; pour les organismes génétiquement modifiés : CE, 24 septembre 2012, Commune de Valence.

56. Dispositions des articles L. 3131-15 à L. 3131-17 du Code de la santé publique qui instaurent une police administrative spéciale de l'urgence sanitaire concentrée entre les mains du Premier ministre, du ministre chargé de la santé et, sur habilitation des deux premiers, du représentant de l'État dans le département

57. Pour des exemples de responsabilité de la commune au titre d'une carence dans l'exercice de ses pouvoirs de police : CE, 28 novembre 2003, n° 238349, Commune de Moissy Cramayel ; en matière de déchet : CE, 13 octobre 2017, n° 397031, Commune de Six-Fours-les-Plages ; CE, 9 novembre 2018, n°411626 ;

58. Par ex. : TA Montpellier, ord., 26 mars 2020, n° 2001502 : rejet sur la condition d'urgence du recours en référé liberté contre la fermeture administrative des établissements de vente de boissons alcoolisées par le préfet de l'Hérault ; cf. égal. TA Paris, ord., 31 mars 2020, n°s 2005891 et 2005892.

59. Projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique n°2203 présenté au Conseil des ministres le 28 août 2019.

60. TA Caen, ord., 31 mars 2020, n° 2000711 ; TA Montreuil, ord., 3 avril 2020, n° 2003861 ; TA de Cergy Pontoise, ord. 9 avril 2020, n° 2003905 et CE, ord. 17 avril 2020, Commune de Sceaux,

n°440057 ; TA Nancy, ord., 21 avril 2020, n° 20001055. Pour un jugement au contraire exceptionnellement clément dans l'appréciation de la justification des circonstances locales : TA Nice, ord., 22 avril 2020, n° 2001782.

61. P. Cassia, « Le Conseil d'État démasque Sceaux et vice-versa », blog de Médiapart, 19 avril 2020 <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/180420/le-conseil-d-etat-demasque-sceaux-et-vice-versa>

62. CE, ord. 17 avril 2020, Commune de Sceaux, n°440057 : Le maire ne peut prendre que des « dispositions destinées à contribuer à la bonne application, sur le territoire de la commune, des mesures décidées par les autorités compétentes de l'État », (cons. 6 et cf. égal.cons. 9). Aussi, confirmant l'ordonnance du TA de Cergy Pontoise, le juge des référés du Conseil d'État a considéré que l'arrêté du maire de Sceaux imposant le port du masque dans sa ville portait une atteinte manifestement illégale à la liberté fondamentale d'aller et de venir et au droit de chacun au respect de sa liberté personnelle, estimant que « ni la démographie de la commune de Sceaux ni la concentration de ses commerces de première nécessité dans un espace réduit, ne sauraient être regardées comme caractérisant des raisons impérieuses liées à des circonstances locales propres à celle-ci » (cons. 11) – TA de Cergy Pontoise, ord. 9 avril 2020, n° 2003905.

63. Le terme d'injusticiabilité constitue un néologisme utilisé épisodiquement au fil de l'histoire pour désigner les personnes, d'abord, puis les actes qui échappent au principe de juridicité : Ch. Mengès-Le Pape, « Injusticiable, injusticiabilité : histoire des mots et de leurs applications », in P. Serrand, P. Szvedo (dir.), *L'injusticiabilité : émergence d'une notion ?* Etudes publiées en hommage au professeur Jacques Leroy, biblioteka Jagiellonska, Krakow, pp. 41-50.

64. P. Serrand, « Les explications doctrinales de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement : contribution à une typologie des injusticiabilités » in P. Serrand, P. Szvedo (dir.), *ibid.*, p. 69.

65. Comme le souligne P. Cassia, « il est impensable que le Conseil d'État statuant comme juridiction de référé vienne, en aval d'une ordonnance de l'article 38 de la Constitution, faire échec à l'application d'un texte pour lequel ce même Conseil d'État, se prononçant en amont comme garant de la sécurité juridique des actes du Conseil des ministres, a donné un avis favorable », Blog de Médiapart du 11 avril 2020 déjà cité.

66. Il est intéressant de noter que la liste des décisions reprises sur son site n'est pas exhaustive : outre celles qui sont rejetées sur le fondement de l'article L. 522-3 du CJA, c'est-à-dire sans audience publique ni contradictoire, le Conseil d'État sélectionne les décisions sur lesquelles il souhaite communiquer.

67. Le Conseil d'État a rejeté la requête de plusieurs associations et organisations (DAL, Droits d'urgence, Elu/es contre les violences faites aux femmes, LDH, KALI) au soutien desquelles le Gisti, l'ACAT et Droits d'urgence étaient intervenus en se fondant, une fois encore, sur les dispositifs et mesures déjà mis en œuvre par le gouvernement : CE, ord., 2 avril 2020, n°439763 ; également CE, ord., 9 avril 2020, n° 439895, Association Mouvement citoyen tous migrant.

68. Alors même que le risque d'éloignement des personnes étrangères actuellement retenues dans les centres de rétention administrative (CRA) a disparu du fait de la fermeture des frontières, le Conseil d'État a refusé d'ordonner la fermeture temporaire des CRA malgré les diverses recommandations d'autorités ou d'institutions de protection des droits comme le défenseur des droits qui a réitéré ses recommandations le 18 avril 2020 – n° 2020-96 <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2020/04/covid-19-le-defenseur-des-droits-recommande-a-nouveau-la-fermeture>. CE, ord., 27 mars 2020, n° 439720 ; CE, ord., 7 mai 2020, n° 440255, Association « Avocats pour la défense des droits des étrangers » qui annule l'injonction prononcée par le TA de Paris – TA Paris, ord., 15 avril 2020, n° 2006287/9.

69. Malgré les nombreux risques de contaminations et l'atteinte à la présomption d'innocence, le Conseil d'État ne relève aucun manquement dans la prolongation des détentions provisoires prononcées par une simple ordonnance, qu'il justifie par les circonstances actuelles : CE, ord. de tri, 3 avril 2020, n°439894, Syndicat des avocats de France ; égal. CE, ord., 8 avril, n°439821 et

n°439827 [2 ordonnances différentes] ; en référé-suspension : CE, ord., 10 avril 2020, Union des Jeunes avocats de Paris, n° 439903 ; CE, ord., 14 avril 2020, n°439924 et n° 439899 [2 esp.].

70. Constatant encore une fois l'absence de carence des autorités publiques « en l'état de l'instruction », le juge des référés du Conseil d'État, saisi par le syndicat CGT de la métallurgie, a refusé d'enjoindre à l'État de dresser la liste des entreprises de métallurgie « essentielles à la vie de la nation », de fermer les autres entreprises et de prendre des mesures de protection au sein des entreprises poursuivant leurs activités : CE, Ord. 18 avril 2020, n° 440012, Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT.

71. Cf. R. Letteron, « Covid-19 : Amazon v. Métallurgie », Blog Libertés chéries, 20 avril 2020. Le juge des référés du tribunal de Nanterre, saisi par l'Union syndicale Solidaires, a enjoint à la société Amazon France Logistique de procéder sur ses sites, dans les 24 heures, à une évaluation des risques professionnels liés à l'épidémie de Covid-19 et de mettre en œuvre les gestes barrières et moyens de protection en les adaptant aux métiers et aux postes occupés. L'injonction s'accompagne d'une astreinte de 1 000 000 € par jour et par infraction constatée : TJ Nanterre, ord., 14 avril 2020, n°20/601, n°20 00503. Le jugement a été confirmé en appel le 24 avril par la Cour d'appel de Versailles, n° 2001993.

72. Cf. note .

73. Cf. également la contre-circulaire de syndicat de la magistrature du 6 avril 2020 relative à l'adaptation de l'activité pénale des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie COVID-19 (CRIM-2020-SM-06.04.2020). En outre, le 26 mai 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation devrait se prononcer sur les pourvois de trois détenus non encore jugés dont le maintien en détention avait été prolongé sans décision juridictionnelle.

74. Comparer Cass. crim, 13 mai 2020, n° 20-990.003 et CE, ord. 4 avril 2020, n° 439888 : R. Letteron, « Covid-19 : Cour de cassation v. Conseil d'État, à propos du renvoi d'une QPC », Blog Libertés chéries, 15 mai 2020.

75. D. Rousseau, Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation : attribuer le contentieux administratif à une chambre de la Cour de cassation, Seuil, avril 2015.

76. Outre les injonctions proprio motu de l'ordonnance du 22 mars dont on a vu qu'elles n'avaient pas de caractère impératif : CE, ord., 30 avril 2020, n°440250 et 440253, Office français de l'immigration et de l'intégration : suivant le tribunal administratif de Paris – TA Paris, 21 avril 2020, n° 2006359/9 – le Conseil d'État fait droit à la Ligue des droits de l'homme en ordonnant la reprise de l'enregistrement des demandes d'asile le jeudi 7 mai... soit quelques jours avant la fin du confinement ; CE, ord., 30 avril, n° 4401799, Fédération française des usagers de la bicyclette : le juge des référés enjoint pour l'essentiel au gouvernement de publier un communiqué sur l'utilisation de la bicyclette...« indiquant publiquement et largement que le vélo peut être utilisé pour les déplacements autorisés durant le confinement » ; CE, ord. 7 mai 2020, n° 440151, Ordre des avocats du barreau de Martinique : le Conseil d'État ordonne à l'administration de fournir, à compter du 11 mai, un masque de protection aux personnes détenues, mais uniquement lorsqu'elles sont appelées à se rendre à un « parloir avocat », une commission de discipline ou un entretien avec un conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation – injonction a minima en comparaison de l'ordonnance du TA réformée : TA de la Martinique, ord., 4 avril 2020, n° 2000200.

77. Qu'on pense, bien sûr, à la théorie des actes de gouvernement ou à la responsabilité tardive du fait des lois inconvencionnelles ou inconstitutionnelles.

78. Par exemple : CEDH, 29 octobre 1992, Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, aff. n° 14234/88 ; CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, aff. n°65192/11 ; 14235/88 ; ou encore CEDH, 1^{er} juillet 2014, SAS c. France, n° 43835/11 sur la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public

79. Comme le rappelle Paul Cassia qui cite un des juges des référés (Frédéric Aladjidi) avant une audience : « Je rappelle qu'il n'est pas possible pour le Conseil d'État de remettre en cause une

politique publique quelle qu'elle soit... » en reprenant le compte-rendu du Parisien du 27 mars 2020, « Le Conseil d'État et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques ! », op. cit.

80. A. C. Ferreira décrit le sacrifice des droits fondamentaux sur l'autel de la stabilité économique in *La société d'austérité. L'avènement du droit d'exception*, Issy-les-Moulineaux, LGSJ, 2017, spéc. p. 118.

81. On peut rappeler ici les propos de Dominique Rousseau, valables également pour la période actuelle : « Un contrôle est-il possible au moment de l'application de l'état d'urgence ? Par définition, c'est une mission impossible puisque, précisément, l'instauration de l'état d'urgence a pour objet de permettre ce que l'État de droit interdit : les atteintes au libre exercice des libertés et l'affaiblissement des garanties, notamment juridictionnelles, de leur protection », « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Revue Projet*, 2006/2 (n° 291), p. 19-26. DOI : 10.3917/pro.291.0019. URL : <https://www.cairn.info/revue-projet-2006-2-page-19.htm>

82. Pour quelques décisions venant au soutien du politique, notamment dans le contrôle de l'état d'urgence, cf. D. Lochak, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, vol. 123, no. 4, 2007, pp. 19-32 ; plus récemment, on peut également citer la décision du Conseil d'État qui écarte le vice de procédure reconnu par la Cour administrative d'appel de Paris pour confirmer l'opération de privatisation de la société concessionnaire de l'Aéroport Toulouse-Blagnac : CE, Sect., 9 octobre 2019, n°s 430538, 431689, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. G... et autres*.

83. A. Alimi, « La responsabilité des décideurs publics en période de crise sanitaire », *Dalloz actualité*, 2 avril 2020 ; égal. J. Andriantsimbazovina, B. Francos, J. Schmitz et M. Touzeil-Divina (dir.), *JDA*, 2016. Doss. 1, art. 48 ; E. Dubout, « La fin du droit ? Droit, politique et expertise scientifique en période de crise sanitaire », *Jus Politicum blog*, 21 avril 2020, <http://blog.juspoliticum.com/2020/04/21/la-fin-du-droit-droit-politique-et-expertise-scientifique-en-periode-de-crise-sanitaire-par-edouard-dubout/>

84. Sur la réglementation des pesticides, cf. par ex. CE, 26 Juin 2019, n°s 415426, 415431, *Association générations futures et Association eaux et rivières de Bretagne : la haute juridiction administrative annule en partie l'arrêté qui régit l'usage des pesticides, estimant qu'il ne protège pas suffisamment la santé des citoyens et l'environnement*.

85. *Sang contaminé* : CE, Ass., 9 avril 1993, n° 138652 ; *amiante* : CE, Ass., 3 mars 2004, n° 241150, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Cts Bourdignon*, n° 241150) ; *pollution des sols* : CAA de Nantes, 1^{er} décembre 2009, n° 07NT03775, *Ministre d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la mer* ; *Médiateur* : CE, 9 nov. 2016, n°s 393902, 393108 et 393904.

86. Cf. « L'Affaire du siècle » et notamment la décision CE, 12 juillet 2017, n° 394254, *Association Les Amis de la Terre France*, au Rec., où le Conseil d'État, reconnaissant indirectement une obligation de résultat à la charge de l'État en matière de respect des valeurs limites de polluants dans l'air – directive 2008/50 (CE) du 21 mai 2008 – a enjoint au Premier ministre et au ministre chargé de l'environnement de « prendre toutes les mesures nécessaires pour que soit élaboré et mis en œuvre (...) un plan relatif à la qualité de l'air permettant de ramener les concentrations en dioxyde d'azote et en particules fines PM 10 sous les valeurs limites (...) dans le délai le plus court possible et de le transmettre à la Commission européenne avant le 31 mars 2018 ». Le 14 mars 2019, les associations *Notre Affaire à Tous*, *Greenpeace France*, *Oxfam France* et la *Fondation pour la Nature et l'Homme* ont déposé une requête sommaire devant le TA de Paris dénonçant les carences de l'État en matière de lutte contre le changement climatique – cf. Ch. Cournil, « "L'affaire du siècle" devant le juge administratif », *AJDA*, 2019. p. 437.

87. Dans ce sens, cf. *Le Monde* du 6 avril 2020 qui n'est pas le quotidien le plus polémique, annonçant, en réponse à la « vague libérale de ces trente dernières années », « Le grand retour de l'État », p. 16.

88. Pour une ouverture européenne, cf. le Portugal qui apparaît comme l'un des meilleurs exemples d'interventionnisme judiciaire en matière de politiques d'austérité : CJUE, gr. ch., 27 févr. 2018, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* où les juges portugais ont

cherché à contester, au regard du droit de l'Union européenne, des mesures de restriction budgétaire prises par les États membres en vue de réduire leur endettement. La Cour administrative suprême portugaise s'était en amont montrée réceptive à cette thèse, considérant que les mesures de réduction temporaire du montant des rémunérations du secteur public présentaient un lien de rattachement suffisant avec le droit de l'Union. Sur une ouverture quant à la responsabilité de l'Union européenne en matière de politique d'austérité : cf. CJUE, gde ch., 20 décembre 2016, aff. C-8/15, Advertising Ltd c/ Commission et BCE.

ABSTRACTS

C'est par une ordonnance du 22 mars 2020¹ que le juge des référés du Conseil d'Etat a ouvert le bal contentieux contre les mesures de gestion de la crise sanitaire actuelle. Cette décision en demi-teinte nous renseigne sur l'état de nos libertés et sur les instruments juridiques dont dispose le citoyen pour les défendre. La spécificité de la requête et notamment l'objet même du recours met en lumière la malléabilité du référé-liberté et sa fragilité comme instrument de défense des libertés conduisant à une interrogation sur l'existence même, à travers le moyen fondé sur la carence des autorités publiques, d'un recours effectif pour contester la gestion de la crise et plus largement les choix politiques potentiellement préjudiciables.

AUTHOR

JEANNE DE GLINIASTY

Maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris Nanterre et membre du Centre de Recherches et d'Etudes sur les droits fondamentaux (CREDOF).