



HAL
open science

**Le masque et la plume, Dr. adm., 2020, n° 6, Focus,
alerte 79**

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. Le masque et la plume, Dr. adm., 2020, n° 6, Focus, alerte 79. Droit administratif, 2020. hal-03006073

HAL Id: hal-03006073

<https://hal.science/hal-03006073>

Submitted on 13 Jun 2023

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

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

Le masque et la plume

(Droit Administratif n° 6, Juin 2020, alerte 79)

**Focus par Christophe ROUX professeur de droit public - université Jean-Moulin – Lyon 3
- IEA – EDPL (EA 666)**

Le 25 avril 2020.

« *Nous sommes en guerre* ». C'est par ces mots que, le 16 mars dernier, le président de la République annonçait le début du confinement pour faire face à la pandémie de Covid-19. Approximative (V. M. Labouazi, *La définition de la guerre en droit public français : RDP 2019*, p. 321), la formule a fait couler beaucoup d'encre, compte tenu de la singularité de « l'ennemi » en présence ; au regard de la lucide poésie observée ailleurs (v. la Première ministre danoise, utilisant l'image du funambule pour évoquer le (dé)confinement), d'aucuns, sans doute, se sont sentis mal armés. Elle n'a cependant pas tardé, matériellement, à renvoyer à des réalités connues des conflits : rapatriements et/ou fuites en « lieu sûr », réquisition de produits devenus « de première nécessité » en quelques heures, montage d'hôpitaux de fortune et transferts de malades, fermeture des frontières, etc. Juridiquement, la période s'est traduite comme on le sait par la mise en place d'un « état d'urgence sanitaire » autorisant l'adoption d'une législation (*lato sensu*) de crise qui présente, elle aussi, quelques parentés avec certains épisodes belliqueux : concentration et amplification des pouvoirs de police, restrictions généralisées de certaines libertés, réquisition de personnels et biens, injection et perfusion de moyens financiers d'une ampleur inégalée, industries et recherche dirigées vers l'effort de guerre... C'est au fond tous les pans du droit français qui ont dû s'acclimater, en urgence et par voie d'ordonnances, à cette étrange atmosphère (V. J. Petit, *L'état d'urgence sanitaire : AJDA 2020*, p. 833). Du côté de la doctrine enfin, le climat guerrier s'est installé sans coup férir (V. déjà, Ch. Jamin, *Ce que le Covid-19 (la guerre) fait aux juristes : D. 2020*, p. 761. – A. Gelbalt, L. Marguet, *État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? : RDH, avr. 2020*) : dès la veille du discours présidentiel, les spécialistes s'échangeaient les premières salves d'arguments et invectives sur le sort des élections municipales ; en s'éternisant (*via* promotions, publications, interviews, voire service après-vente sur les réseaux sociaux), ce long dimanche électoral se sera transformé en guerre de tranchées, à moins qu'il n'ait révélé, avant l'heure, le souhait d'emprunter les sentiers de la gloire.

La suite des opérations n'a pas démenti ce constat, ce qui pourra rassurer les défenseurs de nos droits et libertés : s'il en est au moins une qui se porte bien (merci pour elle), c'est la liberté d'expression. Au front, la doctrine aura réagi avec diligence. Son temps a de fait répondu à celui, écourté, du droit positif, ce qui pourra susciter l'admiration : à l'heure où la sensation de dystopie gagne du terrain, il faut assurément quelque courage pour tenter d'affronter le présent. Peut-être aussi que, à l'ère des experts, certains juristes existentialistes-survivalistes n'ont éprouvé aucune envie de délaisser le champ de bataille, le risque d'usucapion par les scientifiques, médecins ou économistes étant présent à l'esprit. Blogs, journaux numériques, colloques virtuels en temps réel (O. Mamoudy, F. Rolin, S. Slama, R. Tinière, X. Dupré de Boulois (dir.), *Droit et coronavirus, liens vidéos sur le site de la RDLF*) ont ainsi rapidement pris le relais d'une presse spécialisée dont la périodicité, malgré les variations, s'est parfois révélée inadaptée à l'urgence et l'ampleur des changements. La doctrine s'accommode de tous les supports ; nul doute que sa numérisation a subi un net coup d'accélérateur, qu'il s'agisse de rattraper le retard (en entreprenant celle des écrits du passé, qui n'ont jamais autant manqués) ou de construire son virtuel futur. Reste à déterminer si c'est pour le pire ou le meilleur. Dans une acception organique (la doctrine comme « *autorité autorisée ou habilitée à parler du droit* » : V. E. Millard, *Ce que « doctrine » veut dire, in La doctrine en droit administratif, AFDA :*

Litéc 2010, p. 3), ces nouvelles formes d'expression viennent avec une certaine fraîcheur aplanir des « distinctions » dont la raison d'être reste discutée et discutable ; si elles obéissent aussi à certains codes, force est de constater qu'elles s'éloignent également des *habitus* doctrinaux. C'est en revanche avec tiédeur que l'on pourra, d'une part, songer aux dommages collatéraux liés au développement de l'enseignement numérique (*A. Sée et J.-M. Février, L'enseignement supérieur face au Covid-19 : AJDA 2020, p. 822*) ; d'autre part, accueillir l'avènement de certains genres littéraires, l'art de la punch-line (juridique ?) en 280 signes maximum (140 auraient suffi...) laissant parfois sceptique, souvent pantois.

Diligente, cette « doctrine de guerre » aura été aussi véhémente, ce qui n'étonnera guère au regard de son pedigree, dont elle arbore tout à la fois les traits saillants et stigmatisés ; les comparaisons avec les doctrines durant les deux guerres mondiales permettent de le mesurer. Pour s'en tenir à certaines conclusions (*M. Millet, La doctrine juridique pendant la Guerre : à propos de Maurice Hauriou et de Léon Duguit : Jus Politicum 2016, n° 15*), la Grande Guerre - celle de 1914-1918 - avait été le théâtre d'un « front commun en faveur de l'engagement civique des juristes » ; comme aujourd'hui, « la publication d'adresses, appels et pétitions (...) se multiplient tout au long du conflit », certains rompant déjà avec « l'attitude du scholar-researcher ». À la lumière des critiques récurrentes proférées aujourd'hui contre l'État, l'administration et « son » juge, d'autres constats auraient en revanche du mal à soutenir la comparaison (« *L'heure est à l'effort de guerre par la propagande. Les juristes s'y emploient* »). Sauf à hisser l'étendard de la protection des libertés et à opter pour la plume, il ne fait guère de doute que « la plupart des hommes préfèrent glisser leur peau sous les draps que la risquer sous les drapeaux » (*R. Devos*). Il faut dire que, à cette prestigieuse lignée, s'est greffée une génération moins vertueuse lors du second conflit mondial. Nul n'ignore qu'elles furent, pour « la doctrine sous Vichy (...), les mésaventures du positivisme » (*D. Lochak, in Les usages sociaux du droit : CURAPP-PUF, 1989, p. 252*), sa distanciation pour le moins relative (ou, du reste, sa froide distance) vis-à-vis du droit positif l'ayant conduite à commettre des écrits qui, de nos jours, apparaissent aussi surréalistes que condamnables. De cette mise en garde, on peut penser que la doctrine actuelle a retenu les leçons ou, selon, subi les séquelles, la figure du « professeur intellectuel-engagé » semblant s'être irrémédiablement imposée. À présent, quand ce ne sont pas les citations de Proudhon (pas le juriste, l'autre...) qui viennent tagger nos murs virtuels, ce sont des commentaires pour le moins acides – sur la législation édictée ou la jurisprudence rendue en cette période – qui se succèdent à la lecture. Au fond, pour marquer sa distance envers « l'objet » droit et, plus encore peut-être, pour écarter tout soupçon de complaisance, il serait devenu de bon ton pour une certaine doctrine de se poser (ou de prendre la pose) en opposante systématique, par l'adoption d'un point de vue critique. Qu'il soit permis, successivement, de réhabiliter la voie de la description, de la tempérance et du silence.

En arpentant la première (*V. déjà, J. Boudon, Plaidoyer en faveur de la description : D. 2020, p. 593*), on y verrait d'abord que le Léviathan se met en branle et que, si « une administration n'est point conçue pour résoudre des problèmes neufs » (*A. de Saint-Exupéry, Pilote de guerre : Gallimard, NRF, 1942, p. 85*), il lui reste quelques réserves. Alors oui, parfois, « être gouverné, c'est être gardé à vue, inspecté, espionné, dirigé, légiféré, réglementé, parqué, endoctriné, prêché, contrôlé... » (*P.-J. Proudhon, Idée générale de la révolution au XIXe siècle, 1851*) ; c'est, au moins aussi souvent, être protégé, soigné, informé, éduqué, aidé. On y verrait encore que notre droit administratif, certes bousculé, n'a peut-être pas tant changé, par-delà les discontinuités constitutionnelles (*G. Vedel, Mél. M. Waline : LGDJ 1974, p. 777*) : outre que, demain, il sera loisible de faire renaître de ses cendres la théorie des circonstances exceptionnelles, l'urgence a toujours constitué une « norme d'habilitation implicite » (*A. Froment-Maire, La notion d'imminence en droit administratif : Civitas Europa, 2019, n° 142, p. 149*), autant qu'un assouplissant de premier ordre (droit des aides ; de la commande publique). Les notions-phares continuent d'éclairer la matière (prérogatives de puissance publique, continuité du service public, imprévision), autant que les points de tension en fournissent les classiques étincelles (centralisation vs décentralisation ; police spéciale vs police générale ; intérêts privés vs utilité commune ; juge

administratif gardien de la légalité *vs* juge administratif gardien administratif de la légalité – J. Rivero, *Mélanges M. Waline : LGDJ, 1974, p. 701*). Quant aux défis de demain, à défaut d'être surmontés, certains ont déjà le mérite d'avoir été identifiés, que l'on songe à celui de l'anticipation (*Ch. Testard, L'anticipation, principe ou défi de l'action administrative ? : RFDA 2017, p. 303*) ou de la numérisation (*Le droit administratif au défi du numérique, AFDA : Dalloz, 2019*). Pour d'autres, comme la transparence et la confiance, il faudra sans doute repasser, peut-être toutefois en amendant le projet : à leur égard, c'est moins l'administration que les gouvernants qui pourraient être mis au banc des accusés.

Nous aurait-on, encore, changé notre référé-liberté (X. Dupré de Boulois : *RDLF, 2020, chron. 12*) et, plus encore, notre Conseil d'État ? C'est du moins la thèse qui semble partagée par beaucoup, à la suite de certaines ordonnances ultra-vilipendées. Le juge administratif serait un « *Conseil de l'État* » dont le « *conservatisme structurel* » le conduirait à se transformer en caisse enregistreuse des décisions administratives (V. not. P. Cassia, *Le Conseil d'État dé masque Sceaux, et vice-versa ; Le Conseil d'État et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques !, consultable sur blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog*) ; à ce jour, le bilan statistique famélique des censures juridictionnelles plaiderait en ce sens. De même raille-t-on, sur courant alternatif, sa jurisprudence timorée ou ses penchants à se muer en administrateur. On a encore appelé, au nom de la séparation des pouvoirs bafouée, à ce qu'en période exceptionnelle, son contrôle fasse montre d'une même intensité. À tenter la tempérance (à moins que ce ne soit le diable ?), chacune de ces apostrophes mérite objections. Outre qu'il est délicat, qui plus est en période de crise, de tirer sur l'ambulance, encore faudrait-il s'assurer qu'on ne se trompe pas de cible ; il y a, en toute hypothèse, « *beaucoup plus à attendre de la révolte des victimes que de la caricature de leurs bourreaux* » (R. Barthes, *Mythologies : Seuil 1957, p. 65*). S'agissant de la dernière remarque, il reste singulier d'en appeler à la course aux armements et à une « *justice d'exception* » ; c'est le moins qu'on en attend, mais peut-être faudrait-il se satisfaire déjà que le Conseil d'État maintienne, en l'état (sans mauvais jeux de mots), un contrôle « *normal* ». À supposer l'argument statistique probant, il devrait être manié avec précaution : outre que le bilan antérieur n'était pas plus fameux (*Dr. adm. 2020, alerte 31, focus Ch. Roux*), il faudrait tenir pour acquis, par souci de cohérence, que le juge administratif a été durant l'état d'urgence « *terroriste* » un gardien sourcilieux des droits et libertés : sauf à dire que *ceux-là* mentent, les chiffres sont en effet plutôt bons (*Conseil d'État, Rapport public 2017, spéc. p. 40*). Surtout, s'il n'est pas interdit d'attaquer les positions du Conseil d'État, il conviendrait d'énoncer d'abord – et, le cas échéant, de juger avec sévérité – le mode d'emploi de l'outil (quitte à se réclamer de Foucault, cette forme de « *discipline* » est un « *principe de contrôle de la production du discours* » – *L'ordre du discours : Gallimard, NRF, 1971, p. 53*), avant d'évaluer la dextérité du bricoleur. Or il est un fait que, d'abord, seule l'atteinte « *grave et manifestement illégale* » peut ici prospérer, ce qui mécaniquement a pour effet de placer le curseur juridictionnel plus haut ; le standard apparaît, ensuite, intrinsèquement inadapté à l'hypothèse de la carence en protection d'une liberté ; il en va autant du critère de l'urgence, la carence se caractérisant par répétition ou prolongation dans le temps ; enfin, le contrôle de proportionnalité joue (mal) à front renversé : là où une mesure « *positive* » de police doit éprouver sa nécessité *a priori* dans une logique de probabilité, la carence « *négative* » ne peut apparaître qu'au regard d'une nécessité... déjà existante. Il serait encore plus « *juste* » de dévoiler toute l'équation, plutôt que de tenir (dans) l'inconnu (dans) quelques variables : il est une chose de stigmatiser l'insuffisante protection du droit à la vie dans telle décision ; il en est une autre de masquer que la liberté d'aller et venir a alors été préservée par la même décision (et *vice versa*). Enfin, si l'on peut légitimement regretter que le juge ne fasse peser qu'une obligation de moyens sur l'administration... il n'aura probablement échappé à personne que les masques et gels hydro-alcooliques sont, à ce jour, en pénurie. L'État eut-il été condamné qu'ils auraient été produits ou acheminés plus vite ? Certainement auprès des requérants, toute la question étant de savoir si cela ne conduirait pas à démasquer Pierre pour confondre (de bonheur) Paul (*CE, 20 avr. 2020, n° 439983*). Eut-il été juste de valider qu'à Sceaux, à la date du 6 avril, il soit interdit de sortir sans ces produits rares ? Sauf à créer une oligarchie par les masques, on se félicitera du contraire (*CE, 17 avr. 2020, n° 440057*).

Ces décisions témoignent dès lors probablement moins d'une quelconque allégeance vis-à-vis du pouvoir central que d'une fidélité aux racines libérales et à la démarche holiste sur lesquels le droit administratif français s'est bâti. On peut certes leur préférer le mariage de la carpe et du lapin (des fondements sociaux et une démarche individualiste) ; peu ou prou, ils forment le lit d'une logique subjectiviste où le droit objectif doit s'effacer devant le dogme de l'autonomie personnelle, mais réapparaître au stade de la responsabilité par une socialisation des risques. En témoignent l'exemple polémique de la vaccination obligatoire ou, encore, certaines analyses sectorielles menées durant la période (M. Rebourg et S. Renard, *De l'éventualité d'une prolongation du confinement spécifique aux personnes âgées : que sommes-nous prêts à sacrifier ?* : RDLF 2020, *chron. n° 30*). Si, depuis lors, le politique (conseillé par le savant ?) a finalement décidé que les personnes âgées seraient autant déconfinées que les autres, espérons en revanche, à suivre cette doctrine, que personne n'osera demain protester contre la carence de l'État en matière de protection de la (leur ?) vie.

Resterait enfin à prêter quelques vertus au silence observé par d'autres collègues, à moins qu'il ne s'agisse de conformisme, les deux termes étant parfois confinés à la synonymie (« *Des gens qui n'interviennent pas dans les médias, mais qui représentent sans doute le vrai "milieu juridique", celui qui enseigne dans les amphis. Pour la plupart, des tenants du positivisme juridique, très respectueux des règles, acquis à l'idée qu'il ne faut pas faire de vagues, que le gouvernement est fondé à prendre ces mesures. Voir à aller plus loin* », S. Slama, *propos reportés in D. Albertini, « Un contre-pouvoir a disparu : le monde du droit à l'heure du coronavirus »*, *Libération.fr*, 26 mars 2020). Peut-être que la sidération et le chaos ankylosent la main. Peut-être que, au regard de la plasticité vérifiée de notre objet d'étude, certains, désabusés, n'ont pas le cœur à l'ouvrage. Les blâmerait-on ? Certaines discussions doctrinales ont une espérance de vie plus longue que les normes ou, plutôt, projets, débats et autres hypothèses traités ici et là. Peut-être que, pour quelques-unes des raisons exposées ici et surtout bien d'autres – personnelles, familiales, sanitaires –, une partie de la doctrine n'était pas - ou n'est toujours pas - sur pied.