

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE DROIT D'ACCES AUX SOINS EN CONTEXTE PANDEMIQUE

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2020) "[Le droit d'accès aux soins en contexte pandémique](#)", note sous CE, Ord. Réf. 15 avril 2020, Association coronavictimes et autres, n°439910. Actualité juridique. Droit administratif (AJDA) (26). p. 1487-1496.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE DROIT D'ACCES AUX SOINS EN CONTEXTE PANDEMIQUE

Le contentieux administratif lié à la pandémie de covid-19 a principalement porté soit sur les mesures restrictives de liberté censées protéger la santé de la population (limitation de la liberté d'aller et de venir, CE, ord., 30 avr. 2020, n° 440179, *Fédération française des usagers de la bicyclette*, AJDA 2020. 919 ; limitation du droit au procès équitable, CE 10 avr. 2020, n° 439903, *Syndicat des avocats de France*, AJDA 2020. 814 ; ou prenant en compte la situation des personnes sans domicile fixe ou « migrants », CE, ord., 9 avril 2020, n° 439895, *Association Mouvement citoyen tous migrants et autres*), ou l'aggravation locale des mesures (comme l'obligation de porter un masque dans la rue, CE, ord., 17 avr. 2020, n° 440057, *Commune de Sceaux*, AJDA 2020. 1013, note B. Faure ; AJCT 2020. 250, Pratique G. Le Chatelier), soit sur le choix de laisser ouvertes des entreprises d'intérêt national (CE, ord., 18 avr. 2020, n° 440012, *FTM-CGT*), soit sur les moyens de protection des soignants (CE, ord., 28 mars 2020, n° 439726, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, AJDA 2020. 700) ou dans d'autres services restés publics ouverts (pour les auxiliaires de justice, CE, ord., 20 avr. 2020, n° 439983, *Ordre des avocats au barreau de Marseille, ordre des avocats au barreau de Paris*, AJDA 2020. 816 ; D. avocats 2020. 266 et les obs. ; pour les agents pénitentiaires, CE, ord., 8 avr. 2020, n° 439821, *Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière - personnels de surveillance*, AJDA 2020. 756 ; et pour les détenus CE, ord., 8 avr. 2020, n° 439827, *Section française de l'observatoire international des prisons*, AJDA 2020. 756 ; D. 2020. 1195, obs. J.-P. Céré, J. Falxa et M. Herzog-Evans).

L'objet de la présente requête se rapproche davantage d'une autre rendue le même jour concernant la protection des personnels des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD - CE, ord., 15 avr. 2020, n° 440002, JA 2020, n° 619, p. 12, obs. E. Autier) qui demandait le dépistage systématique et régulier des résidents, personnels et intervenants au sein de tous les EHPAD, y compris en l'absence de symptômes, la distribution et l'imposition du matériel de protection aux résidents et personnels ainsi que l'usage des matériels d'oxygénation. Toutes revendications rejetées.

Elle peut aussi se rapprocher de l'ordonnance rendue parmi les premières concernant l'injonction de commander des médicaments pour un traitement encore incertain (CE, ord., 4

avr. 2020, n° 439904, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe, ministre des solidarités et de la santé*, AJDA 2020. 1178, note P.-Y. Chicot). Le Conseil d'Etat a alors annulé l'ordonnance téméraire du tribunal administratif de la Guadeloupe qui avait enjoint l'achat de doses d'hydroxychloroquine et d'azithromycine, ainsi que de tests de dépistage en nombre suffisant pour couvrir les besoins présents et à venir de la population.

Mais elle se distingue par diverses demandes d'action qui sont autant de dénonciations d'abstention de la puissance publique : d'abord, dans la crainte d'une pénurie d'accès aux soins, établir un protocole national d'admission dans les établissements de santé des personnes susceptibles d'être atteintes d'une forme grave de covid-19 ; ensuite, face à des cas médiatisés de personnes décédant seules dans les EHPAD, assurer à toutes les personnes en fin de vie souffrant du covid-19 l'accès à des soins palliatifs et la présence d'un de leurs proches ; enfin, en vue de pouvoir produire le moment venu les preuves de carences fautives, imposer la réalisation de tests de diagnostic d'infection sur toutes les personnes décédées à domicile ou dans un EHPAD afin de le mentionner dans les dossiers médicaux de ces personnes et le porter à la connaissance de leurs familles. La demande porte aussi sur la production de statistiques globales à ce sujet. L'idée étant de pouvoir établir de façon certaine qu'elles n'ont pas eu accès à des soins de réanimation. D'une certaine façon, on demandait à l'Etat de créer les preuves de sa future responsabilité pour carence d'accès aux soins comme on demande au futur pendu de tresser sa corde.

Les fragilités d'une telle requête ne manquaient pas. La voie du référé-liberté, en vue de l'obtention de telles mesures, ne figure pas parmi les plus directes, mais sans doute était-ce la plus rapide dans un contexte d'urgence, même s'il ne faut compter, outre une annulation, que sur des mesures provisoires (v. CJA, art. L. 511-1, dont la mention expresse n'est pas généralisée dans le cadre du référé de l'article L. 521-2). Mais c'est surtout le caractère collectif et abstrait des mesures demandées qui convoquait une lecture abstraite des droits et libertés invoqués. Il était aisé pour l'administration de nier l'existence factuelle d'une atteinte à un droit ou d'estimer que des mesures suffisantes avaient été prises. Le contrôle de proportionnalité et d'adaptation du droit des libertés se distingue ainsi nettement de celui du bilan coûts-avantages exercé en excès de pouvoir. A cela s'ajoute la perspective d'un contrôle qui tient largement compte des circonstances, sur l'énoncé desquelles s'ouvre l'ordonnance, lesquelles, si elles ne découlent pas de l'état d'urgence sanitaire, ne semblent pas pouvoir s'en affranchir, donnant l'impression que le juge ne saurait exiger plus de l'administration que ce qu'elle peut donner en ces temps troublés

; sorte de théorie de l'anticipation des circonstances exceptionnelles.

Une autre difficulté, avant d'atteindre le stade de l'évaluation de la proportionnalité de la carence, résidait dans l'identification des droits invocables en référé. Sous d'autres auspices juridictionnels, le problème ne se serait pas présenté comme devant le Conseil d'Etat qui souhaite conserver l'autonomie de son « catalogue » de libertés. Face à l'absence d'accès aux soins curatifs, l'usage du droit à la santé demeure très fragile ; pour les soins palliatifs et la présence des proches, la dignité se manie délicatement (surtout lorsque les requérants ne mentionnent pas la liberté de nouer des relations personnelles issue de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et intégrable dans la liberté personnelle) ; pour l'absence de tests établissant une preuve, le recours au droit à la vie privée, au respect des biens, voire au droit au recours apparaît bien faible. Quant au droit à la vie, quand la puissance publique ne le menace pas directement, son invocation peut demeurer incantatoire.

Enfin, le juge des référés définit préalablement et restrictivement le type de mesures qu'il peut être amené à prendre : provisoires (sauf si ce n'est pas suffisant) et compatibles avec le niveau des moyens disponibles. Cette double prévention paraît atypique.

C'est bien ce que l'on constate à la lecture du dispositif. Aucun des arguments n'a fait mouche. Le juge, que l'on sent très clairement sur la défensive afin de ne pas perturber le gouvernement dans sa gestion de la crise, estime que la situation ne se présente pas telle que les requérants la décrivent ; la plupart des moyens manquent en fait. Et quand ce n'est pas le cas, ce sont les normes qui sont irréprochables et interdisent les comportements que la requête cherche à conjurer. Ou l'Etat a bien fait, ou il n'a pas à faire. Le Conseil d'Etat n'a pas même examiné la condition d'urgence, l'estimant implicitement établie mais également propice à ne pas évaluer l'équilibre entre coûts et avantages des mesures normatives demandées mais plutôt à pouvoir se retrancher derrière l'absence de moyens concrets de l'administration. Mais dans quelle mesure l'Etat doit-il assurer l'accès à des soins vitaux et peut-il se retrancher sinon derrière l'absence de moyens ? La réponse diffère entre contentieux de la responsabilité et contentieux des libertés en urgence ici examiné, lequel ne répond pas facilement à la question.

Cette ordonnance donne l'impression que le justiciable se bat avec des épées en bois contre un mur. D'une part, les droits et libertés invoqués n'apparaissent que dans leur version législative dont le Conseil d'Etat opère une interprétation restrictive inadaptée au cadre des obligations

d'action de l'Etat en matière de santé. D'autre part, le raisonnement en référé tourne court, tant les arguments collectifs et abstraits, dans l'urgence et les « circonstances », ricochent sur la cible.

I - Droits fondamentaux et obligations d'actions en matière de santé

L'article L. 1110-1 du code de la santé publique (CSP) mentionne que « le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne ». Le juge s'y réfère ici de manière ambiguë, en parallèle des principes de non-discrimination et de dignité.

A. La consécration ambiguë du droit d'accès aux soins

Une forme d'incertitude plane quand il s'agit d'invoquer la santé en référé. Le Conseil d'Etat ne fait hélas pas exception ici en l'évoquant d'abord comme objectif d'intérêt général, ligne d'horizon et condition de légalité de l'action administrative (§ 4). On parle alors de santé publique, collective et abstraite. Il s'agit de l'objectif de valeur constitutionnelle dégagé par le Conseil constitutionnel à partir de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 (Cons. const. 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, AJDA 1991. 382, note P. Wachsmann ; Dr. soc. 1991. 332, étude D. Tabuteau ; RDSS 1991. 204, étude J.-S. Cayla). Mais il l'évoque ensuite comme droit individuel, comme liberté justifiant un référé. Elle devrait alors connaître un traitement plus concret, ouvert à l'appréciation qu'en font les requérants.

En effet, sous l'angle de la prévention des atteintes à la santé, ce droit converge avec l'objectif collectif. Le juge des référés a déjà affirmé qu'il appartient à l'Etat d'assurer le bon fonctionnement des services publics, et qu'il doit, lorsque les lieux ou la nature des missions conduisent inévitablement à des contacts étroits et prolongés, mettre à disposition des équipements de protection (CE, ord., 20 avr. 2020, *Ordre des avocats au barreau de Marseille et autres*, préc.).

Mais il s'agit davantage ici d'un droit effectif à l'accès aux soins curatifs. Si le code institue explicitement un droit fondamental à la protection de la santé, des mentions législatives, même

redondantes, ne suffisent pas à consacrer un droit fondamental tel que la doctrine entend ce terme et qui exigerait une source et un regard supérieur et extérieur. Un tel droit subjectif fuit le droit constitutionnel et n'appartient pas à la convention européenne. En l'espèce, ni les requérants ni le Conseil d'Etat ne convoquent cette forme. Le droit à la vie sert alors de cheval de Troie.

Ce détour par le droit à la vie s'explique par les propres hésitations de la jurisprudence administrative. On se souvient qu'aux premiers temps des référés-liberté, le Conseil d'Etat refusait de voir dans la santé une liberté invocable en référé (CE, ord., 8 sept. 2005, n° 284803, *Bunel*, Lebon ; AJDA 2006. 376, note M. Laudijois ; D. 2006. 124, note X. Bioy), en vue d'éviter un contentieux abondant de la mise en danger d'autrui. Il a par la suite assoupli cette position en recourant au droit à la vie, sans mentionner un « droit à la santé ». « Toute personne doit recevoir les soins les plus appropriés à son état de santé, sans que les actes de prévention, d'investigation et de soins qui sont pratiqués lui fassent courir des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté » (CE, ord., 8 mars 2017, n° 408146, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, Lebon ; AJDA 2017. 497), sans que cela n'implique le droit de choisir un traitement (CE, ord., 26 juill. 2017, n° 412618, Lebon ; AJDA 2017. 1887, chron. G. Odinet et S. Roussel) ou bien le droit d'accéder à des soins appropriés en cas d'« une altération grave de l'état de santé de la personne intéressée » (pour le cas du covid-19, CE, ord. réf., 30 mars 2020, *CHU de Guadeloupe*, préc., § 4). Les affaires relatives à l'arrêt des traitements, depuis celle de Vincent Lambert, ont ainsi mis en jeu ensemble le risque pour la vie et l'interruption des traitements.

En lien avec le droit à la vie, le droit aux soins ne concerne donc que les soins vitaux, d'urgence ou de première nécessité et surtout utiles. Ce qui d'une part, renvoie à l'appréciation du juge et des experts médicaux (cas du recours à l'hydroxychloroquine jugée non utile faute d'unanimité du corps médical) et, d'autre part, évite de créer un droit aux soins qui absorberait toutes les prestations médicales. Ce faisant, le Conseil d'Etat adopte un raisonnement assez proche de celui du juge de Strasbourg, sans mentionner pour autant la convention européenne des droits de l'homme.

Pourtant, même sans consécration d'un droit à la santé ou d'un droit d'accès à des soins, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a déjà elle aussi eu l'occasion de fonder sur le droit à la vie la condamnation, *a posteriori*, d'Etats dont le défaut d'organisation de l'accès à des

services de soins de qualité a entraîné décès ou mise en danger. Les obligations positives découlant de l'article 2 de la convention impliquent « la mise en place par l'Etat d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux [...] l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades » (CEDH 17 janv. 2002, *Calvelli et Ciglio c/ Italie*, § 49). L'accès aux soins d'urgence entre encore dans cette exigence lorsqu'il est prouvé que les autorités d'un Etat contractant ont mis la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux qu'elles se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population (CEDH 10 mai 2001, n° 25781/94, *Chypre c/ Turquie*, AJDA 2001. 1060, chron. J.-F. Flauss, § 219 ; CEDH 9 avr. 2013, n° 13423/09, *Turquie*, D. 2013. 1136, obs. X. Pérez López), *a fortiori* quand seuls des soins inadaptés sont prodigués en raison du statut social de la personne (CEDH 17 juill. 2014, n° 47848/08, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c/ Roumanie*, AJDA 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen, s'agissant d'un orphelin en soins psychiatriques qui aurait besoin d'antirétroviraux). Le retard dans l'administration des soins, plus généralement, induit la responsabilité de l'Etat (CEDH 9 avr. 2009, *Silih c/ Slovénie*), comme ce pourrait être le cas des résidents d'EHPAD non diagnostiqués ou non admis en réanimation. Dans l'affaire *LCB c/ RU* (CEDH 9 juin 1998, n° 23413/94, RTD civ. 1999. 498, obs. J.-P. Marguénaud, même si finalement les prétentions de la requérante ont été rejetées, la Cour de Strasbourg a admis que l'article 2 puisse être appliqué au cas de la fille leucémique d'un militaire exposé longtemps aux radiations nucléaires et non informé des conséquences prévisibles, privant donc sa fille d'un accès précoce aux soins. L'article 3 peut aussi jouer au vu des souffrances qu'un traitement inadapté peut infliger (CEDH 8 janv. 2009, *Shishmanov c/ Bulgarie*). Seuls les soins innovants, non encore mis sur le marché, ne s'imposent pas (CEDH 28 mai 2014, n° 62804/13, *Durisotto c/ Italie*, concernant une étude clinique ; CEDH 4 avr. 2017, n°s 21320/15 et 35837/15 A, *M. et A.K. c/ Hongrie*, requête irrecevable concernant un traitement à base de cannabis).

Au Palais-Royal, on a pensé voir dans l'affaire du Levothyrox une légère évolution. Sans mentionner le droit à la vie, le juge y admet l'obligation d'action de l'Etat en vue d'éviter « une carence caractérisée d'une autorité administrative dans l'usage des pouvoirs que lui confère la loi pour mettre en oeuvre le droit de toute personne de recevoir [...], les traitements et les soins les plus appropriés à son état de santé, tels qu'appréciés par le médecin », cette carence pouvant « faire apparaître, pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle risque d'entraîner une altération grave de l'état de santé de la personne intéressée » (CE 13 déc. 2017, n° 415207,

Lebon ¹⁰ ; AJDA 2018. 1046 ¹¹, note D. Roman). Mais en l'espèce, le référé n'avait pas non plus abouti dans la mesure où le gouvernement faisait en sorte que puisse être importée l'ancienne formule du médicament, ce qui privait de fait la demande de tout objet. Ce que l'on retrouve ici où le juge montre que le gouvernement a suffisamment agi.

Il reste ici une autre trace de ce raisonnement, concernant le choix du traitement. En principe, le patient ne peut en décider mais, dans l'affaire du Levothyrox le juge a veillé à ce que l'ancienne formule soit accessible pour éviter que les patients n'interrompent leur traitement en raison des effets secondaires de la nouvelle. Ici, dès la fin mars (CE 28 mars 2020, n° 439765, AJDA 2020. 700) et dans l'ordonnance rendue en appel de la Guadeloupe (CE, ord., 30 mars 2020, *CHU de Guadeloupe*, préc.), le juge vérifie que les médecins gardent bien la possibilité de prescrire un traitement en particulier, même si son efficacité demeure douteuse, soit dans le cadre d'un protocole d'essais cliniques, soit sous la responsabilité d'un médecin hospitalier, ainsi que la loi l'a imposé. Il demeure donc nécessaire que les médicaments déjà sur le marché soient disponibles ; mais, dans le doute quant à l'efficacité, il n'estime pas nécessaire d'anticiper sur une future phase de production massive du médicament.

B. La non-discrimination liée à l'âge

L'accès aux soins (v. not., X. Bioy, *Le droit d'accès aux soins : droit fondamental ?*, in I. Poirot-Mazères [dir.], *L'accès aux soins*, LGDJ-PUSST, 2011, p. 45) ne saurait juridiquement se satisfaire d'une différence de mise en oeuvre selon l'âge de la personne. Les textes de droit européen (Conv. EDH, art. 8 et 14 ; charte sociale européenne, art. 23), le CSP (art. L. 1110-3) et le code pénal (art. 225-1) s'y opposent clairement. Mais reste à voir ce que cela désigne.

L'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 fait écho à la notion de discrimination issue des directives européennes relatives à l'égalité de traitement et reprend l'âge parmi les critères illégitimes. Ainsi, « constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [...] son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, [...] de son âge, [...] une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ». Et « constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes

par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

Ce peut être le cas des personnes âgées lorsqu'on leur refuse un traitement médical en raison de leur âge, qu'on ne leur donne pas un diagnostic exact de leurs symptômes sous couvert de vieillissement ou encore lorsqu'elles sont placées dans des services qui offrent des services inappropriés ou non spécialisés.

Cependant, toute différenciation liée à l'âge ne constitue pas nécessairement une discrimination si elle demeure en rapport avec l'objet de la décision. L'âge peut en effet être corrélé à la pertinence d'un soin. Mais sur ce point, l'approche médicale doit être prudente car l'âge en soi ne signifie rien quant à la pertinence d'un traitement. Dans la pratique médicale, la référence à l'âge agit comme un sous-entendu qui résume en fait à lui seul un certain nombre de paramètres qui évaluent l'état général d'un corps et d'une personnalité (capacité de réaction au traitement, de récupération, degré de dépendance, risques d'effets secondaires...). L'âge n'est pas en soi pertinent, mais sa mention condense des critères qui eux le sont pour savoir si la réanimation sera efficace et proportionnée pour un patient donné. Pourquoi donc maintenir ce critère dans la liste ? Si un patient doit être admis en réanimation et même s'il doit être prioritaire, ce ne peut être qu'au regard d'éléments médicaux concrets et non simplement de son âge (même parmi d'autres critères) car alors il s'agit bien de présupposés sociaux portant sur la valeur d'une personne.

Tout autre se révèle son usage en situation de pénurie de places en milieu hospitalier (situation que les pouvoirs publics nient avoir rencontrée, notamment grâce à l'évacuation de patients vers des régions ayant gardé des capacités d'accueil). Il s'agit alors de priorisation dont la référence n'est plus le meilleur choix pour un individu mais celui d'accueillir celui qui a les meilleures chances et donc de comparer pour exclure.

Le Conseil d'Etat s'en remet à la fiche « Etablissements de santé-Consignes et recommandations concernant l'appui des établissements de santé aux établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes » (1), laquelle entend se référer à une recommandation de la Société française d'anesthésie et de réanimation (SFAR) (2) : « Décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques dans un contexte d'épidémie à Covid-19 » ;

recommandation publiée par l'agence régionale de santé (ARS) d'Ile-de-France et à laquelle le Conseil d'Etat se réfère également dans la présente ordonnance.

La recommandation préconise, en cas de pénurie, le transfert dans une autre structure de réanimation qui aurait une place disponible et s'en remet au rôle de régulation du SAMU et aux « recensements faits en temps réel par l'ARS ». Cela ne fait, dans l'absolu, que déplacer le problème. Les alternatives étant soit de sortir précocement un patient intubé moins prioritaire (ce qui lui fait perdre une chance), soit, en attendant, d'optimiser l'oxygénation du patient (« mode dégradé » de la prise en charge).

Deux points attirent l'attention sous l'angle de la non-discrimination. D'abord, le rôle de prévention que joue la collégialité attendue pour une telle décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques ; ensuite les éléments à combiner, outre la volonté du patient exprimée ou rapportée par la personne de confiance. D'abord l'état antérieur du patient, c'est-à-dire sa fragilité évaluée selon une échelle comportant 9 degrés (de « très en forme » à « phase terminale »). Les stades 5 à 8 s'intitulant « légèrement », « modérément », « sévèrement », « très sévèrement fragile » ; puis son âge (« à prendre particulièrement en compte pour les patients covid ») ; ensuite ses comorbidités, son état neurocognitif, la cinétique de dégradation de son état général au cours des derniers mois ; la gravité clinique actuelle par l'évaluation du nombre de défaillances d'organe au moment de la prise de décision, l'utilisation éventuelle du score de SOFA, l'évaluation de son confort, la « garantie d'un accompagnement et de soins pour tous, respectueux de la personne et de sa dignité ».

Pourtant, certains médias ont dénoncé qu'après cette recommandation, en quelques jours, les patients de plus soixante-quinze ans en réanimation seraient passés de 19 % à 7 %, et ceux de plus de quatre-vingts ans de 9 % à 2 %. Les requérants ici tiennent pour acquis que les résidents d'EHPAD qui, en temps normal, auraient été admis en réanimation ne le sont plus, ce qui semble attester d'une discrimination systémique. Le Conseil d'Etat n'examine pas vraiment l'argument en réduisant l'âge à un facteur parmi d'autres. De fait, le covid-19 a été tôt associé aux personnes âgées et « fragiles », mais on ne saurait écarter la discrimination du seul fait que le critère illégitime se mêle à d'autres qui le sont. Ce n'est pas parce qu'un critère interdit se mêle à d'autres qu'il en devient admissible. Le juge dirait-il la même chose si parmi les critères retenus figurait le handicap ou l'obésité ?

La réserve d'interprétation du juge administratif estimant que l'âge ne saurait être le seul élément pris en compte se révèle chimérique. La loi le prohibe et le juge aurait dû l'exclure, sans que cela ne nuise, par ailleurs, à l'appréciation des critères pertinents pour un individu donné. Le risque du maintien de ce réflexe médical est d'alimenter l'impression, qu'en cas de pénurie de places ou de produits, les « vieux » sont explicitement les sacrifiés.

Cette désinvolture fait écho à celle de la Cour de cassation qui juge que « le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ni par la Constitution du 4 octobre 1958 » (Soc. 17 nov. 2017, n° 16-14.281, D. 2018. 813, obs. P. Lokiec et J. Porta).

Bien sûr, la plus grande difficulté sera celle de la preuve. Nul doute que la motivation de la décision d'admission ne mentionne ni la priorisation du patient ni le motif lié à l'âge et ainsi semblera toujours justifier le refus de soin par l'obstination déraisonnable et l'offre de soins palliatifs.

C. La dignité en soins palliatifs et le droit à des relations personnelles

Les soins palliatifs sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile visant à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage. L'article L. 1110-9 du CSP, introduit par la loi du 9 juin 1999, dispose que « toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement » et la loi du 22 avril 2005 réaffirme le droit des personnes à mourir dans la dignité. Le principe de dignité, associé au concept de personne, implique ici à la fois d'éviter la souffrance ou l'inconfort et d'assurer une socialisation continue. Entourée, la personne malade bénéficie de la considération qui concrétise sa valeur. Or, la pandémie de covid-19 a conduit, peut-être plus souvent, la puissance publique tout à la fois à ne pas hospitaliser (ni à domicile ni en établissement de santé) les personnes en fin de vie et à refuser la présence de tout entourage ; mais là encore le juge n'y voit rien à redire. Et là encore, le juge se réfère à la dignité et au droit aux soins palliatifs sous leurs formes législatives et non au principe supérieur dont il tira, il y a peu, prétexte à référé-liberté (CE, ord., 11 janv. 2014, n° 374552, *Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, AJDA 2014. 866, note J. Petit ; 129,

tribune B. Seiller ; et 473, tribune C. Broyelle; AJCT 2014. 157, obs. G. Le Chatelier ; Légipresse 2014. 76 et les obs.).

II - Le réflexe administratif du juge des référés

Les circonstances et les faits, relayés par des normes souples et expertes, norment et justifient les choix publics.

A. Des circonstances

Le lecteur remarquera que l'ordonnance commence par mentionner les « circonstances » qui entourent les demandes des requérants. Elle mentionne le contexte pandémique et les normes qui fondent les restrictions de confinement, c'est-à-dire les pouvoirs que le ministre de la santé tient du code (CSP, art. L. 3131-1) et les décrets du Premier ministre, d'abord pris en vertu de son pouvoir de police puis de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 mettant en oeuvre l'état d'urgence sanitaire. Jusqu'ici l'ordonnance fait office de norme d'habilitation. Ce préambule, presque systématiquement en exergue des ordonnances « covid », globalement éloigné de l'objet précis de la requête (sauf présence des proches en fin de vie), pourrait surprendre. Il signifie pourtant la forme de précompréhension, au sens herméneutique du terme, qui détermine le raisonnement du juge. On y trouvera une forme de théorie des circonstances exceptionnelles dont le but ici n'est pas de purger le système d'une illégalité devenue nécessaire, mais d'empêcher la reconnaissance, en référé, d'une telle illégalité. L'atteinte au droit fondamental ne saurait être constituée lorsqu'elle semble, par une analyse rapide du « manifeste », inévitable. Comme si le virus seul pouvait être coupable et non les attermolements de la police sanitaire et de l'organisation des soins. Il faudrait sinon débusquer les instances responsables et derrière elles les agents.

Il plane sur cette ordonnance, comme sur toutes celles qui ont trait à l'état d'urgence sanitaire, une approche factuelle déterminante, qui prend le pas sur le droit des libertés. Les requérants en appellent à des actions qui sont susceptibles de sauvegarder la santé à court et moyen terme, mais aussi à des dispositions imposant davantage de transparence administrative. Ces demandes se libèrent assez largement des faits et évènements en cours au moment où le juge statue et

relèvent autant du droit à une bonne administration que du droit à la vie. Cependant, pour les éconduire, le juge s'arrête à l'inexistence matérielle des faits soulevés. Son office en référé l'y contraint en partie mais pour autant, il pourrait aussi décorréler fait et mesure demandée pour établir le lien qui existe entre droit fondamental et mesure. Suffit-il d'opposer l'absence de preuve (difficile à apporter) de sélection à l'entrée des services de réanimation pour ne pas examiner la nécessité de « protocoliser » nationalement l'accès à ces services, ou au moins de rendre plus explicites ces points ? Le juge argue de l'absence de risque passé pour refuser d'enjoindre la prévention du risque futur. L'anticipation ne compte ainsi pas ici parmi les mesures exigibles en référé alors qu'il en a été autrement, par exemple pour éviter les attaques de requins à La Réunion (CE 13 août 2013, n° 370902, *Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Leu*, AJDA 2013. 2104, note O. Le Bot ; et 2137, étude X. Dupré de Boulois).

Le contexte d'urgence sanitaire restreint donc opportunément et sensiblement ce que l'on peut attendre de l'Etat : il faut tenir compte de ses moyens, des normes déjà édictées, des faits sur lesquels il ne peut rien.

B. Des obligations de moyens, sans moyens

Le paragraphe 4 pose néanmoins une obligation générale d'action des autorités en vue de sauvegarder la santé de la population, objectif à l'aune duquel la légalité des mesures prises, ou (on suppose) des carences constatées, sera évaluée.

On retiendra surtout cette étrange affirmation selon laquelle « le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises ». Cette formule apparaît systématiquement dans les décisions relatives au covid (v. CE, ord., 22 mars 2020, n° 439674, *Syndicat Jeunes médecins*, AJDA 2020. 851, note C. Vallar ; D. 2020. 687, note P. Parinet-Hodimont ; AJCT 2020. 175, obs. S. Renard ; et 250, Pratique G. Le Chatelier). Mais elle sert déjà de *ratio decidendi*, depuis 2010, dans des procédures de référé relatives à des mesures matérielles d'hébergement d'urgence de sans-abris (CE, sect., 13 juill. 2016, n° 388317, *Département de la Seine-Saint-Denis*, Lebon ; AJDA 2016. 2162, note H. Rihal ; D. 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJDI 2018. 97, étude

F. Zitouni ; AJCT 2016. 636, obs. M.-C. Rouault ; et 2017. 319, étude C. Teixeira), pour l'exigence de conditions matérielles d'accueil décentes de demandeurs d'asile (CE 17 avr. 2019, n° 428314, Lebon T. ; AJDA 2019. 904) de réfugiés (CE, ord., 11 janv. 2017, n° 406154, Lebon T. ; AJDA 2017. 1784, note O. Le Bot) ou de mineurs faisant l'objet de mesures éducatives (CE 27 déc. 2017, n° 415436, *Département de Seine-et-Marne*, Lebon T. ; AJDA 2018. 15 ; et 1099, note H. Rihal et A. Cavaniol) « dans l'attente d'un accueil du mineur [en l'occurrence étranger] dans un établissement ou un service autorisé, un lieu de vie et d'accueil ou une famille d'accueil si celui-ci n'est pas matériellement possible à très bref délai » (CE 27 juill. 2016, n° 400055, *Département du Nord*, Lebon ; AJDA 2016. 2115, concl. J. Lessi). Elle se comprend donc dans un contexte de pénurie de moyens dans le domaine des droits et prestations sociales. Sa généralisation à toutes mesures, y compris simplement normatives, ne va pas de soi. La même considération a déterminé le Conseil d'Etat de ne pas condamner les mauvaises conditions de détention (CE 28 juill. 2017, n° 410677, *Section française de l'observatoire international des prisons*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2017. 2540, note O. Le Bot), en attestant d'une politique d'amélioration de celles-ci (CE 30 juill. 2015, n° 392043, *Section française de l'observatoire international des prisons [OIP-SF]*, Lebon ; AJDA 2015. 2216, note O. Le Bot) ce que la CEDH a fini par ne pas accepter, estimant qu'une mesure de référé qui ne parvient pas à éviter un traitement dégradant n'est pas un recours effectif (30 janv. 2020, n° 9671/15, *J.M.B. c/ France*, AJDA 2020. 1064, note H. Avvenire ; D. 2020. 753, et les obs., note J.-F. Renucci). En effet, jusqu'où admettre que l'Etat se cache derrière ce qui peut être sa propre insuffisance, ses propres priorités ?

Ce n'est donc pas l'atteinte à la liberté qu'apprécie le juge mais directement le rôle que joue dans celle-ci l'éventuelle incurie de l'administration, évaluation faussée par la mesure du possible. L'Etat n'a donc qu'une obligation de moyens, sans être tenu des moyens en question.

Ainsi, comme dans les autres contentieux liés à la pandémie, le juge administratif estime nécessaire d'exposer toutes les mesures prises pour limiter l'exposition des usagers du service public, de ses agents ou des tiers, au risque de contamination : commandes, priorisations, réquisitions... Le résultat de cet exposé nourri n'aboutit qu'à relativiser la demande des requérants d'autres mesures, sans toutefois juger de l'utilité de ces mêmes mesures. On a le sentiment ainsi que les arguments se croisent sans se répondre.

Dans le cadre d'une demande collective et générale, la carence s'apprécie en tenant compte des

possibilités sans distinguer celles que « l'impuissance publique » (E. Picard, L'impuissance publique en droit, AJDA 1999. 11 ; J. Caillosse, Droit de la responsabilité administrative et impuissance publique, Politiques et management public, 2001, 19-3, pp. 13-36) subit réellement de celles que l'administration a contribué à créer par son éventuelle incurie, notamment les pénuries de matériels courants ou peu onéreux. Dans une autre ordonnance du même jour, le Conseil d'Etat précise qu'« alors qu'il est matériellement impossible de soumettre, à bref délai, à des tests de dépistage systématiques et réguliers l'ensemble des personnels et résidents des EHPAD, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'action de l'Etat en faveur de la réalisation de tests de dépistage du covid-19 dans les EHPAD, compte tenu des moyens dont dispose l'administration et des mesures déjà prises, caractériserait une carence » (CE, ord., 15 avr. 2020, *Union nationale des syndicats Force ouvrière santé privée*, préc.). Sur le terrain, proche de la présente affaire, de l'accès à l'oxygène, la même ordonnance écarte toute carence dans la mesure où des arrêtés ont « défini une stratégie de gestion de l'oxygène médical en EHPAD et à domicile », désignant ainsi une simple note d'une page du ministère, en date du 2 avril, qui ne mentionne que la priorisation des concentrateurs individuels d'oxygène, le recours à l'oxygène liquide et entend assouplir les conditions de recours à des « alternatives ». Il suffit donc que l'Etat « ait vu » le problème et réagi, même si son action n'a pas augmenté ni même réellement assuré l'accès aux soins mais seulement géré les contraintes. Ce n'est pas un contentieux de l'action mais un contentieux de la préoccupation.

Le juge, pour évaluer la carence, s'appuie sur les recommandations d'instances consultatives en santé, lesquelles, moins normatives que pragmatiques, adaptent déjà leurs recommandations aux moyens existants (c'est leur rôle de déterminer ce qu'il convient de faire médicalement avec ce que l'on a). Le Conseil d'Etat peut alors délivrer parfois un *satisfecit* au gouvernement qui serait ainsi « allé au-delà des préconisations » en étendant une mesure.

Dans ce schéma, le juge garde pour seul horizon le cadre législatif qu'il ne remet pas en cause. Ainsi, si on demande à l'Etat de s'assurer d'un stock d'un traitement prometteur, le juge ne le vérifie qu'au regard du nombre estimé de patients qui ont le droit d'en bénéficier au moment où il se prononce et non pas au regard du nombre qui attendra d'être ainsi traité si le médicament se révèle plus tard salvateur. C'est pourtant la précaution que demandaient les requérants de Guadeloupe, mais le juge, qui adopte le raisonnement du gouvernement, n'estime pas irrationnel de ne pas s'engager dans une telle politique. La carence ne peut être évaluée sans certitude et la précaution ne relève pas de l'office du juge des référés.

Il en est de même des tests de dépistage dont la pénurie n'est pas qualifiée. Refusant même d'examiner la nécessité de ces tests pour protéger collectivement et individuellement et de la mettre en rapport avec l'état insuffisant des stocks, le juge se résout à détailler les bons de commande de l'administration pour s'éviter d'enjoindre qu'il soit fait plus.

C. Des normes, sans portée normative

L'ordonnance (not., §§ 13 et 18) fait surtout la part belle à la rationalité et l'expertise médicale comme *ratio decidendi*. Elle donne la liste des « recommandations » émanant d'instances d'expertise qui attesteraient que la puissance publique ne trie pas les patients. On pourrait penser qu'il ne s'agit que de preuves factuelles, mais il n'en est rien. Le juge s'en sert pour montrer quelles sont les normes qu'il entend imposer au système de santé pour qu'il ne nuise pas aux libertés. Ce qui implique que le système de santé doive respecter ces préconisations, *a priori* dépourvues, formellement au moins, de portée normative.

Les recommandations de bonne pratique émanent généralement des conseillers du ministère, principalement la Autorité de santé (HAS - F. Savonitto, Les recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de santé, RFDA 2012. 471) ou l'Académie de médecine... mais ici le juge mentionne aussi les comités spécifiques au covid, voire diverses associations professionnelles savantes mais sans rôle officiel.

Très tôt le gouvernement a en effet souhaité surajouter à la multitude d'organes de conseil et d'expertise qui ceinturent le ministère de la santé (HAS, INCA, ANESM, ABM, ANSM...), un conseil supposé unique et *ad hoc* pour le covid-19, à la composition médicale et « sociétale ». Celui-ci disposera ensuite d'un ancrage législatif pérenne lors de la déclaration de l'état d'urgence sanitaire (CSP, art. L. 3131-19). Selon son règlement intérieur, « le conseil scientifique covid-19 est un conseil de scientifiques mis en place le 10 mars 2020 permettant au gouvernement de disposer des dernières informations scientifiques afin de l'aider dans ses décisions. Il donne des avis sur l'état de la crise sanitaire et les mesures envisagées pour y faire face. Il a été officialisé par le décret du 3 avril 2020, sous le nom de comité de scientifiques constitué au titre de l'urgence sanitaire en application de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ». Il a rendu, à ce jour onze avis et notes au

contenu souvent matériellement normatif. Ce comité, pourtant dit « scientifique », intégrant sciences médicales et sociales, a donné l'impression de prendre le pouvoir. Il s'est donc vu adjoindre un autre comité, exclusivement médical, qui ne donnerait pas la même image aux médias, mais le premier a continué, notamment par ses auditions au Parlement, à troubler l'opinion.

Mais le juge se réfère aussi, pêle-mêle, aux recommandations émanant de sociétés savantes dont les spécialités s'exercent dans la crise sanitaire qui semblent elles aussi faire foi des pratiques exigibles et garantes des libertés malgré l'absence de toute forme légale. Il tente de tranquilliser aussi les requérants, étonnamment, grâce à la mise en place de cellules éthiques de soutien covid-19 au sein des espaces éthiques régionaux susceptibles de proposer des avis en cas de situations de crise.

Selon le Conseil d'Etat, les objectifs de santé qu'auraient dû poursuivre les mesures demandées commandent de s'en remettre aux recommandations de ces instances susceptibles d'établir les normes techniques nécessaires, lesquelles, en médecine, impliquent aussi des normes comportementales. L'Etat hygiéniste retrouve ses marques, mais certaines facilités aident désormais à ce que la normativité des sachants pénètre facilement celle du droit, loi et règlement. On pense ici aux récentes avancées de la considération que le juge administratif accorde au droit souple, mou ou doux. Il acquiert ici une reconnaissance éclatante sous la plume d'un juge qui manie les recommandations des sociétés savantes non comme des faits ou dires d'experts mais comme des normes qui contraignent et expient les choix éventuellement malheureux de l'administration.

On se souvient que le *Rapport public du Conseil d'Etat pour 2013*, estimait déjà que le droit souple peut « se présenter comme une alternative pérenne au droit dur ». En matière sanitaire, les recommandations de bonnes pratiques (RBP) y « apparaissent appropriées pour concilier les besoins de standardisation et la liberté inhérente à l'exercice de la médecine » (<https://www.vie-publique.fr/rapport/34021-etude-annuelle-2013-du-conseil-detat-le-droit-souple>, p. 10). Seraient de « droit souple » les instruments répondant à trois conditions cumulatives : ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires (apanage du droit « dur ») ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.

Le premier critère permet de distinguer le droit souple des avis ou autres documents préparatoires à l'élaboration d'une règle de droit. Les recommandations médicales, même en santé publique, auraient ainsi dépassé ce stade.

Ces préconisations ne sont pas, en la forme, contraignantes, mais, d'une part, trouvent un fondement juridique à l'article L. 162-12-15 du code de la sécurité sociale qui donne compétence à la HAS pour les élaborer et, d'autre part, elles peuvent être homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé, ce qui leur confère une valeur juridique opposable aux professionnels (v., par ex., CSP, art. L. 1111-2 et L. 1111-9).

Il est vrai que le juge a d'abord entendu concrétiser la responsabilité des soignants en leur opposant un modèle de comportement et de choix. Ces RBP doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. A propos d'une recommandation de l'ANAES homologuée par le ministre de la santé relative aux modalités d'accès aux informations concernant la santé d'une personne, le Conseil d'Etat avait précisé que « si les recommandations de bonnes pratiques [...], qui visent normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès des patients aux informations médicales, n'ont pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la santé, le caractère de décision faisant grief, elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative » (CE 26 sept. 2005, n° 270234, AJDA 2006. 308, note J.-P. Markus).

Il a ensuite admis qu'étant opposables devant lui, les recommandations font grief et peuvent elles-mêmes être contrôlées, « eu égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science » (CE 27 avr. 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale indépendante*, Lebon ; AJDA 2011. 1326, concl. C. Landais ; D. 2011. 1287 ; *ibid.* 2565, obs. A. Laude ; RDSS 2011. 483, note J. Peigné).

Certains sont allés vite en besogne en en concluant que les RBP avaient ainsi acquis valeur réglementaire. Il n'en est rien car elles ne sont toujours que le référent technique de la norme légale qui exige des soins de qualité, voire à coût raisonnable (références médicales

opposables). Mais qu'en est-il de l'autorité de ces recommandations pour la puissance publique elle-même en matière de santé publique ? Désormais, le juge permet à la puissance publique de s'y référer pour justifier de ses actes (ici l'absence d'abstention attentant à la santé, bientôt l'absence de carence fautive en responsabilité). Il indique donc implicitement que ces recommandations, qui touchent à la santé publique collective et non seulement aux bonnes pratiques de soins, peuvent être considérées comme contraignantes pour l'administration qui se plie à ce qui est reconnu comme un pouvoir médical. La rationalité de santé publique devient la rationalité politique.

Cela suppose deux glissements dangereux. D'une part, cela revient à transposer aux autorités administratives en général (gouvernement compris) le schéma applicable aux soignants. D'autre part, cela revient à confondre, selon l'expression du professeur Christian Atias, « une science de données et une science de références ». « Parce qu'elles sont supposées acquises, démontrées, vérifiées, les données scientifiques ont la force de l'évidence ; elles s'imposent à tout professionnel sérieux, informé et compétent. Les références peuvent se discuter, avant d'être retenues ou éliminées ; une décision est requise, non pour confirmer leur vérité, mais pour leur donner autorité » (Ch. Atias, *Les références médicales opposables : révolution ou continuité ?*, RDSS 1995. 21). Ce qui n'est que préconisation de santé publique, appuyé sur l'autorité institutionnelle du corporatisme médical, ne devient pas impunément norme de droit (certes souple). Le risque est de voir l'action publique saisie par les débats fluctuants et incertains de l'expertise médicale : « considérer les RBP (recommandations) comme des modalités d'action publique, [...] implique de les situer au sein d'un ensemble de processus de prises de décisions politiques [...] Leur mode de gouvernement, en apparence purement technique, fait découler les décisions politiques - au sens de chargées de valeurs - de procédures scientifiques, de sorte qu'il les dépolitise[#8239] » (Ch. Rolland et F. Sicot, *Les recommandations de bonne pratique en santé. Du savoir médical au pouvoir néo-managérial*, *Gouvernement et action publique*, vol. 1, n° 3, 2012, pp. 53-75). Le juge contribue à ce dessaisissement. Comme le relevait Camille Landais dans certaines de ses conclusions, cela revient à renoncer, au moins en partie, au contrôle de légalité (concl. sur CE 23 déc. 2014, n° 362053, *Association lacanienne Internationale*, JurisData n° 2014-033094).

L'ensemble de ces éléments semble faire peser sur le contentieux du virus une atmosphère de contrôle de la concrétisation de la loi, bien plus qu'un souci de concrétisation des droits

fondamentaux.

(1) 31/03/2020 Coronavirus (COVID-19), https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/fiche_ehpad_etablissements.pdf (consulté le 13 mai 2020).

(2) <https://sfar.org/download/decision-dadmission-des-patients-en-unites-de-reanimation-et-unites-de-soins-critiques-dans-un-contexte-depidemie-a-covid-19/>