QUELLE IMMUNITÉ DES DROITS DE L'HOMME FACE À LA PANDÉMIE ?

À propos de la valeur ajoutée de la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme

Par Maria GUDZENKO
Doctorante contractuelle à l'ILF-GERJC
UMR DICE 7318, Université d'Aix-Marseille

La lutte mondiale contre la pandémie du COVID-19 met à l'épreuve l'ensemble de droits de l'homme, revisitant le sempiternel dilemme de la liberté confrontée à la sécurité. Les efforts entrepris pour contenir la propagation du nouveau coronavirus, impliquant de nombreuses restrictions des libertés individuelles, reviennent à interroger la valeur même que nous attachons à ces dernières. Jusqu'où l'État peut-il aller dans l'exercice de sa responsabilité légitime de protection de la santé publique ? Si les réponses à cette question, relativement inspirées par les données épidémiologiques, relèvent de la discrétion politique des États, elles doivent intervenir dans des limites posées par le droit. À cet effet, lorsque le consensus national se dégage en faveur de restrictions des droits et libertés, ralliant l'ensemble des branches du gouvernement[1], le droit international et européen des droits de l'homme constitue un repère afin de retrouver les contours des limites à respecter.

Or, le droit international et européen des droits de l'homme[2] admet lui-même l'existence des situations critiques dans lesquelles l'État protecteur des droits et libertés ne serait plus capable de répondre efficacement à un danger le menaçant sans déroger à certaines garanties fondamentales. Il sépare alors le contexte « normal » de garantie des droits et libertés du contexte « exceptionnel », ce dernier pouvant justifier une dilatation des limites imposées à l'État – sans pour autant remettre en cause l'existence même de ces limites[3]. Ainsi, l'article 15 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre un tel **droit de dérogation**, en disposant qu' « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ». Les paragraphes suivants détaillent les contre-limites à son application (§ 2) ainsi que la procédure de sa mise en œuvre (§ 3).

Traditionnellement invoqué en temps de conflit armé[4] ou face à des menaces à la sécurité nationale[5], l'article 15 de la Convention EDH a reçu une attention particulière depuis mars 2020. À ce jour, neuf États membres du Conseil de l'Europe avaient notifié, conformément à la procédure prévue à l'article 15 § 3 CESDH, au Secrétaire général du Conseil de l'Europe leur intention d'exercer leur droit de dérogation. Il s'agit de l'Albanie[6],

---

[1] V. par exemple CC, décis. n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

[2] Article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; article 27 de la Convention américaine des droits de l'homme ; article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; article 4 de la Charte arabe des droits de l'homme.

[3] V. pour une analyse détaillée de la philosophie de dédoublement du standard de protection des droits de l'homme, A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *German Law Journal*, Vol. 12, n° 10, October 1, 2011, spéc. p. 1768-1773.

[4] Le conflit armé couvert par la disposition peut être international ou non international. V. les dérogations de l'Ukraine, notamment *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Ukraine,* en date du 5 juin 2015, enregistrée au Secrétariat Général le 9 juin 2015 et les déclarations subséquentes.

[5] V. par exemple la dérogation de la Turquie après une tentative de coup d'état par la *Communication de la Représentation Permanente de la Turquie,* enregistrée auprès du Secrétariat Général le 24 juillet 2016 et les communications subséquentes. V. aussi la notification du Royaume-Uni du 18 décembre 2001 introduite suite aux attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, retirée par la note de *Retrait de dérogation consigné dans une Note verbale de la Représentation Permanente du Royaume-Uni,* en date du 16 mars 2005, enregistrée au Secrétariat Général le 16 mars 2005.

[6] *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Albanie auprès du Conseil de l'Europe*, datée du 31 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 31 mars 2020.

l'Arménie[7], l'Estonie[8], la Géorgie[9], la Lettonie[10], la Macédoine du Nord[11], la Moldavie[12], la Roumanie[13] et la Serbie[14]. Cela vise des mesures potentiellement attentatoires à certains droits et libertés prises afin de contenir la propagation du COVID-19 sur leurs territoires respectifs.

Le recours à la dérogation par ces États parait paradoxal dans la mesure où il ne s'agit pas des États membres du Conseil de l'Europe les plus touchés par la pandémie[15]. Ces derniers n'ont pas, à ce jour, formulé de pareille notification concernant les mesures anti-pandémie. De plus, les restrictions aux libertés individuelles introduites en Italie ou en France paraissent plus importantes que celles mises en œuvre en Lettonie et en Estonie à la date de dépôt des notifications par celles-ci[16]. Enfin, l'État ayant adopté le dispositif le plus attentatoire de lutte contre la propagation du virus – et sans doute susceptible de critiques allant au-delà des ambitions du présent article – la Hongrie[17] n'a pas déposé une telle notification.

En même temps, en réaction à ces notifications, le porte-parole du Conseil de l'Europe, Daniel Holtgen, a exprimé son inquiétude quant à l'utilisation du droit de dérogation, déconseillant aux États d'invoquer l'article 15 CESDH en temps de crise épidémiologique[18]. La suggestion qui avait été formulée serait de rester dans les limites posées par les droits de l'homme pour les situations de « normalité ». Cette prise de position s'insère dans le contexte général de crainte d'instrumentalisation des mesures de crise pour revoir le niveau de protection à la baisse au niveau national, et ce, non seulement pour la durée de la situation d'exception, mais aussi sur le long terme[19].

L'absence de pratique uniforme des États membres du Conseil de l'Europe, ainsi que les opinions contrastées concernant la perspective de mise en œuvre des dérogations en temps de crise, soulèvent la question de savoir **quelle peut être la valeur ajoutée de la procédure prévue à l'article 15 CESDH pour l'adoption des mesures efficaces de lutte contre la propagation du COVID-19**. En vue d'y apporter des éléments de réponse, la présente contribution procédera en trois temps. Ainsi, bien que le mécanisme de l'article 15 soit

---

[7] *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie*, datée du 19 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 19 mars 2020.

[8] *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Estonie auprès du Conseil de l'Europe*, datée du 20 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 20 mars 2020.

[9] *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Géorgie*, datée du 21 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 23 mars 2020.

[10] *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Lettonie*, datée du 15 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 16 mars 2020.

[11] *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Macédoine du Nord*, datée du 1er avril 2020, enregistrée auprès du Secrétariat Général le 1er avril 2020.

[12] *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République de Moldova*, datée du 18 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 19 mars 2020.

[13] *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de la Roumanie auprès du Conseil de l'Europe*, datée du 17 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 17 mars 2020.

[14] *Dérogation consignée dans une Note verbale du Ministère des Affaires étrangères de la République de Serbie*, datée du 6 avril 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 6 avril 2020.

[15] V. *Coronavirus COVID-19 Global Cases by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at John Hopkins University* [En ligne]. URL : https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6 (consulté le 8 avril 2020).

[16] Par exemple, aux dates du 15 et du 20 mars, pour la Lettonie et l'Estonie respectivement, aucun de ces deux États n'avait encore recouru aux mesures de confinement généralisées, en vigueur depuis le 9 mars pour l'Italie, le 15 mars pour l'Espagne et le 17 mars pour la France.

[17] V. pour une analyse détaillée du pouvoir de légiférer par décrets exécutifs conféré au Premier ministre Viktor Orbán par le Parlement pour une durée indéterminée pour motif de lutte contre la propagation d'épidémie de COVID-19, R. Uitz, « Pandemic as Constitutional Moment. Hungarian Government Seeks Unlimited Powers », *Verfassungsblog*, 24 mars 2020 [En ligne]. URL : https://verfassungsblog.de/pandemic-as-constitutional-moment/ (consulté le 8 avril 2020).

[18] V. Makszimov, « Coronavirus derogations from human rights send wrong signal, say MEPs », *EURACTIV.com*, 24 mars 2020 [En ligne]. URL : https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/coronavirus-derogations-from-human-rights-send-wrong-signal-say-meps/ (consulté le 8 avril 2020).

[19] *Ibid.* V. aussi Y. N. Harari, « Yuval Noah Harari: the world after coronavirus », *Financial Times*, 20 mars 2020 [En ligne]. URL : https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75?fbclid=IwAR2xP_UKS1FmQqTvDfGumjjKM-FenmvX6RWBABmFhHiLBYDK3z0aAt5PVvU (consulté le 8 avril 2020).

pleinement applicable à la pandémie du COVID-19 (I), la dérogation n'est pas juridiquement nécessaire pour accommoder la majorité de mesures prises par les États européens (II). Nous examinerons par la suite la portée symbolique du recours à l'article 15 CESDH, en explorant en quoi la crise liée à la pandémie peut remettre en cause l'utilité même de cette disposition (III).

I. LE MÉCANISME CONVENTIONNEL D'EXERCICE DU DROIT DE DÉROGATION APPLICABLE À LA PANDÉMIE DE COVID-19

Le droit de dérogation en situation critique, prévu à l'article 15 CESDH, permet l'assouplissement du contrôle européen lorsque sont en jeu des mesures d'ordre exceptionnel. Il n'en reste pas moins que la Cour européenne des droits de l'homme continue à avoir la juridiction sur l'ensemble des actes adoptés pendant que la dérogation déploie ses effets, en vérifiant que les conditions de mise en œuvre (A) et de fond (B), propres au contentieux de cet article, sont remplies. L'ensemble des États membres ayant invoqué l'article 15 semble, pour l'heure, respecter ces conditions.

A. Les conditions de mise en œuvre pleinement respectées

De prime abord, l'État partie à la Convention demeure souverain dans sa décision d'invoquer ou non le droit de dérogation « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* ». La validité de son invocation repose sur l'existence effective d'une situation suffisamment grave, de façon à l'empêcher de remplir ses obligations conventionnelles tant qu'elle dure[20]. La Cour EDH se reconnaît compétente pour contrôler la validité de la dérogation, en vérifiant s'il est question d'« *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* »[21]. Ce contrôle laisse cependant une marge d'appréciation importante à l'État[22], de sorte qu'il paraît actuellement assez superficiel[23]. Ainsi, la dérogation du Royaume-Uni avait été reconnue comme valable en raison de soupçons de menace terroriste après les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis[24]. Cette validité n'a pas été contestée par la Cour même en l'absence d'attentats sur le sol britannique et malgré le fait que le Royaume-Uni était le seul État européen l'ayant invoquée[25]. De même, la Cour de Strasbourg avait admis le bien-fondé de la dérogation turque postérieurement à une tentative de coup d'état militaire, sans pour autant examiner en détail en quoi son maintien serait impérieux deux ans après les événements à l'origine de son invocation[26].

Au vu de ces éléments, il serait difficile de maintenir que la Cour refuserait la validité des dérogations visant à contenir l'épidémie de COVID-19. En considération du nombre de décès causés par le nouveau coronavirus ainsi que de l'ampleur de la propagation, la pandémie constitue sans aucun doute un « *danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* ». La Moldavie mise à part, l'ensemble des notifications se réfèrent à l'annonce de l'OMS confirmant l'existence d'une pandémie, seules la Géorgie et l'Arménie font état du nombre quelque peu considérable de personnes infectées. Malgré cela, pour la Cour de Strasbourg, cela rentrerait dans la compétence de l'État de prendre des mesures préventives pour protéger sa population[27]. De plus, la Cour n'exigeant pas de pratiques étatiques

---

[20] L. Hennebel, H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 2016, p. 713.
[21] CEDH, *Lawless c. Irlande (nº 3)*, nº 332/57, Arrêt, 1 juillet 1961, § 28.
[22] CEDH [GC], *A. et autres c. Royaume-Uni*, nº 3455/05, Arrêt, 19 février 2009, § 173.
[23] V. les critiques dans A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency… », *op. cit.* ; v. aussi T. Marinello, « Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court Should Raise Its Immunity System », *German Law Journal*, Vol. 20, nº 1, 2019, p. 46-71.
[24] *Ibid.*, § 181.
[25] *Ibid.*, §§ 179-180.
[26] CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, nº 13237/17, Arrêt, 20 mars 2018, § 93.
[27] CEDH [GC], *A. et autres c. Royaume-Uni*, nº 3455/05, Arrêt, 19 février 2009, § 177.

uniformes face à une situation critique[28], le fait que ce ne soient pas les États les plus touchés par l'épidémie qui invoquent l'article 15 n'aurait aucune incidence sur son appréciation.

En ce qui concerne le dépôt de sa notification, l'État n'est limité que par des conditions de forme assez permissives de l'article 15 § 3 de tenir « *le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées* ». La Convention EDH n'exige ainsi ni de faire état d'une liste exhaustive des droits dont la protection peut être suspendue ni d'indiquer la durée des mesures prises[29]. La Cour contrôlant l'obligation d'information de manière assez souple[30], les documents assez détaillés joints par les États notificateurs ne seraient pas susceptibles de soulever des interrogations sur ce point[31]. La jurisprudence exige enfin que la notification soit suffisamment prompte[32], ne dépassant pas plusieurs mois. Or, aucune des dérogations invoquées depuis mars 2020 n'est intervenue plus de deux semaines après l'entrée en vigueur de mesures restrictives concernées, délai qui ne serait pas de nature à les invalider.

B. Les contre-limites substantielles généralement observées

En plus de conditions formelles permettant d'appliquer l'article 15 CESDH à une situation critique, celui-ci énonce les contre-limites au pouvoir de l'État de déroger aux droits de l'homme. Il s'agit de prévoir des droits indérogeables dont le plein respect doit continuer à être assuré même en temps de crise. L'article 15 § 2 CESDH y inclut notamment le droit à la vie « *sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre* » (article 2 CESDH), l'interdiction de la torture et de mauvais traitements (article 3 CESDH), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (article 4 § 1 CESDH) et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale (article 7 CESDH). S'y rajoutent le principe *ne bis in idem* (article 4 du Protocole 7) et l'abolition de la peine de mort (Protocoles 6 pour le temps de paix et 13 pour l'abolition complète). La jurisprudence européenne sur les droits indérogeables est suffisamment protectrice, y incorporant non seulement des garanties substantielles découlant des dispositions susmentionnées, mais aussi des garanties procédurales[33].

Il est sans doute concevable que des actions ou des omissions des États parties à la Convention EDH puissent avoir pour effet d'induire des violations de certains de ces droits indérogeables[34]. Un contentieux des garanties afférentes à l'« *obligation de protéger le droit à la vie* »[35], du fait de carences éventuelles des États de prévenir la mort de nombreuses personnes, sera à attendre devant la Cour de Strasbourg. Il n'en demeure pas moins qu'aucune des mesures contenues dans les déclarations des États ayant invoqué l'article 15 ne remet directement en cause ces droits indérogeables. Même la déclaration du Parlement moldave, visant à « *interdire la démission des travailleurs, sauf dans les cas prévus par les actes normatifs, pendant cette période* » et à « *appeler les citoyens à fournir des services dans l'intérêt public conformément à la loi* »[36], ne tombe pas dans la catégorie d'esclavage ni de servitude. Ces mesures sont plutôt concevables comme « *tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté* », exception à l'interdiction du travail forcé ou obligatoire prévue à l'article 4 § 3 c) de la Convention, dans sa partie « dérogeable »[37].

---

[28] *Ibid.*, § 180.
[29] L. Hennebel, H. Tigroudja, *op. cit.*, p. 711-712.
[30] CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, n° 13237/17, Arrêt, 20 mars 2018, § 89.
[31] Hormis la déclaration serbe, laquelle ne fait que renvoyer au site officiel du Gouvernement pour renseignement. Le site n'est disponible qu'en langue serbe.
[32] *Guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Mis à jour au 31 décembre 2019, § 36.
[33] CEDH, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93, Arrêt, 18 décembre 1996, §§ 98-99 ; CEDH, *Kaya c. Turquie*, n° 158/1996/777/978, Arrêt, 19 février 1998, § 86.
[34] C. Nivard, « Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale », *La Revue des Droits de l'Homme*, avril 2020, § 9.
[35] CEDH, *Kaya c. Turquie*, n° 158/1996/777/978, Arrêt, 19 février 1998, § 86.
[36] *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République de Moldova*, *op. cit.*
[37] Pour une analyse plus détaillée v. J. McBride, « An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements », *ECHR Blog*, 27 mars 2020 [En ligne]. URL : http://echrblog.blogspot.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html (consulté le 9 avril 2020).

Malgré l'applicabilité de l'article 15 à la pandémie du COVID-19 (I), sa valeur ajoutée reste limitée pour la plupart des mesures envisagées par les États en vue de la gestion de la crise épidémiologique (II).

II. UNE VALEUR AJOUTÉE LIMITÉE SUR LE PLAN JURIDIQUE

La position officielle des représentants du Conseil de l'Europe, largement partagée par les contributions doctrinales[38], consiste à rappeler l'élasticité de la plupart de droits garantis par la Convention EDH face aux mesures restrictives qui s'imposent durant la pandémie. Nous souscrivons en général à ce point de vue. Sans pouvoir analyser l'ensemble des mesures envisagées dans les déclarations des États, nous en analyserons les plus fréquentes. Certaines de ces restrictions n'engagent pas la responsabilité de l'État à l'égard du contrôle de proportionnalité réservé aux situations « normales » (A) ; d'autres, en revanche, seront fort probablement jugées excessives même à l'issue du contrôle de proportionnalité assoupli (B).

A. Des mesures généralement admissibles au regard du contrôle de proportionnalité normal

1. *Le confinement généralisé : privation ou restriction de liberté* ? Il est peu probable que les restrictions du mouvement des résidents des pays européens les plus courantes, à savoir par le biais d'imposition du couvre-feu[39] et des listes exhaustives de motifs de sortie du domicile[40], tombent sous le coup de l'article 5 § 1 CESDH protégeant les personnes des privations de liberté arbitraires. Même si la différence entre la privation de liberté et sa restriction est celle de « *degré ou d'intensité et non de nature ou d'essence* »[41], la jurisprudence en la matière implique que les mesures de confinement général soient examinées en tant que « *simples restrictions à la liberté de circuler, lesquelles obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4* »[42], ne pouvant pas s'apparenter à l'assignation à résidence[43]. Or, la liberté de circulation est assujettie à des restrictions prévues par la loi, visant à protéger la santé publique, et nécessaires dans une société démocratique. Il est alors fort probable que le confinement généralisé, à condition que les actes législatifs et réglementaires soient jugés suffisamment clairs et prévisibles[44] et que leur ampleur et durée répondent au besoin de contenir la propagation du nouveau coronavirus, n'aura pas pour effet d'engager la responsabilité de l'État[45]. Il en sera de même pour ce qui concerne les restrictions de l'entrée et de sortie du territoire, dans la mesure où l'ensemble des déclarations – sauf celle de la Géorgie – prévoit explicitement la possibilité pour les citoyens et résidents réguliers de revenir dans le pays.

La privation de liberté peut cependant être établie dans le cas du confinement strict des personnes atteintes du COVID-19, que ce soit à domicile ou dans les locaux dédiés aux personnes infectées, dans lesquels ces dernières peuvent être transférées en cas de non-respect des règles du confinement à domicile[46]. Or, celle-ci demeure

---

[38] V. J. McBride, *op. cit.* ; C. Nivard, *op. cit.* ; K. Dzehtsiarou, « COVID-19 and the European Convention on Human Rights », *Strasbourg Observers*, 27 mars 2020 [En ligne]. URL : https://strasbourgobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights/ (consulté le 9 avril 2020) ;

[39] V. par exemple *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Albanie auprès du Conseil de l'Europe, op. cit ; Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de la Roumanie auprès du Conseil de l'Europe, op. cit.*

[40] *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie*, *op. cit.*

[41] CEDH [GC], *De Tommaso c. Italie*, no 43395/09, Arrêt, 23 février 2017, § 80.

[42] *Ibid.*

[43] *Ibid.*, § 83 à propos de circonstances dans lesquelles une restriction de liberté impliquant une assignation à résidence peut être considérée comme privation de liberté tombant sous le coup de l'article 5 § 1 CESDH.

[44] CEDH, *Amuur c. France*, n° 19776/92, Arrêt, 25 juin 1996, § 50. Il convient d'observer que les informations plus ou moins sommaires communiquées par les États au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ne permettent pas d'apporter une réponse définitive à cette question.

[45] V. J. McBride, *op. cit.* ; K. Dzehtsiarou, *op. cit.*

[46] Comme prévu par exemple par les réglementations arménienne (*Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie, op. cit.),* géorgienne (*Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Géorgie, op. cit.)* et du Macédoine du Nord (*Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Macédoine du Nord, op. cit.*).

possible si elle est prévue par la loi[47], « *s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse* » (article 5 § 1 e) CESDH) et qu'elle n'intervient que lorsque « *d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention* »[48]. Le confinement strict des personnes effectivement atteintes du COVID-19 est susceptible de passer le test établi par la Cour dans l'une des rares affaires appliquant l'article 5 § 1 e)[49], tout comme les mesures de placement dans les locaux dédiés, à condition que celles-ci n'interviennent qu'en cas d'insuffisance de la détention à domicile.

Il n'en reste pas moins que certaines mesures drastiques prises en vue de limiter l'importation du COVID-19 des autres États peuvent exiger la dérogation prévue à l'article 15 CESDH pour assouplir le test de proportionnalité relativement exigeant de la jurisprudence *Enhorn*. Ainsi, l'Estonie, la Macédoine du Nord et la Roumanie imposent le confinement à toutes les personnes arrivées depuis l'étranger postérieurement à la proclamation de l'état d'urgence ; l'Arménie envisage même leur transfert dans les locaux dédiés aux personnes infectées. De telles mesures d'application indiscriminée seraient difficiles à justifier au regard du test de proportionnalité aussi protecteur qu'impose la Cour de Strasbourg. Cependant, en l'absence de jurisprudence sur la question, il serait difficile d'affirmer avec certitude que l'article 15 CESDH épargnerait ces restrictions d'une éventuelle condamnation.

2. *La plupart des autres droits conditionnels ne posent pas d'obstacles à la lutte contre la propagation du virus*. Le test de proportionnalité idoine s'applique aussi au droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9), à la liberté d'expression (article 10) et à la liberté de réunion et d'association (article 11). Il est ainsi fort probable que l'annulation des manifestations et des événements publics, l'interdiction des visites dans les prisons et dans les établissements de soins de santé et la fermeture provisoire des lieux de culte seront jugées comme nécessaires à la protection de la santé, toujours selon les mêmes critères.

De même, du point de vue de la protection de la propriété (article 1 du 1er Protocole additionnel), la fermeture de certains commerces[50], les réquisitions de certains biens afin de faire face à une éventuelle pénurie d'aliments[51] et l'interdiction d'exportation du matériel médical rentrent dans « *le droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général* ». Les États disposent d'une marge d'appréciation assez importante afin de déterminer ce dernier critère[52]. Cependant, que l'article 15 soit invoqué ou non, de telles restrictions donneront lieu à un contentieux d'indemnisation intéressant[53], les États devant respecter le principe de « *juste équilibre* » entre l'intérêt public et la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu[54].

B. Des mesures toujours attentatoires au regard du contrôle de proportionnalité assoupli

1. *Restrictions de la liberté d'expression pour lutter contre les « fake news » autour de la pandémie*. Les notifications de l'Arménie et de la Roumanie contiennent des dispositions limitant la liberté d'expression sur le sujet de l'épidémie du COVID-19. Ainsi, la décision du Gouvernement arménien impose aux personnes physiques et morales qu'elles se réfèrent « *exclusivement* » aux « *informations officielles* » dans toute sorte de publication sur le sujet[55] – ou qu'elles ne

---

[47] V. *supra* par rapport à l'exigence de sa qualité. En tout état de cause, les mesures prises par les États européens n'interviennent pas en absence complete de base légale, une réglementation dérogatoire régissant les mesures de privation de liberté commentées.
[48] CEDH, *Enhorn c. Suède*, nº 56529/00, Arrêt, 25 janvier 2005, § 36.
[49] *Ibid.*
[50] *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Albanie auprès du Conseil de l'Europe, op. cit. ; Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Macédoine du Nord, op. cit.*
[51] *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie, op. cit. ; Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République de Moldova, op. cit.*
[52] CEDH, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, nº 17849/91, Arrêt, 20 novembre 1995, §§ 36-37.
[53] J. McBride, *op. cit.*
[54] *Ibid.*, § 38.
[55] La liste exhaustive des questions susceptibles d'être réglementées est également précisée dans la décision, v. *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie, op. cit.*

rentrent pas au moins en contradiction avec celles-ci. La sanction prévue est le retrait immédiat de la publication contredisant les « *informations officielles* ». L'ordonnance d'urgence n° 28 adoptée par le Gouvernement de la Roumanie va encore plus loin, prévoyant la peine d'emprisonnement allant de six mois jusqu'à deux ans, ou une amende, pour des « *affirmations fausses* » (*False Statements*) faites par des personnes physiques ou morales destinées à dissimuler l'existence du risque d'infection[56]. À la différence de la décision du Gouvernement arménien, l'ordonnance du Gouvernement roumain ne détaille pas le type d'énoncés ni le support de leur publication qui est susceptible d'entraîner la responsabilité pénale.

Certes, bien que la Cour de Strasbourg insiste sur le rôle de « *chien de garde* » de la presse dans la société démocratique et lui accorde par conséquent une protection accrue, celle-ci peut toutefois se voir « *subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique* »[57]. Toutefois, la censure des propos contredisant les « *informations officielles* », tout comme la criminalisation excessive des « *affirmations fausses* » dans le cadre du débat sur le COVID-19, si elles sont appliquées à la lettre et de façon indiscriminée, paraissent outrepasser la marge nationale d'appréciation de l'État qui lui est normalement reconnue, surtout lorsqu'il est question des publications faites par des personnes physiques[58]. En l'occurrence, il incomberait à l'État de démontrer en quoi la sanction d'une « *affirmation fausse* » répond à un « *besoin social impérieux* », de telle sorte que la Cour puisse « *se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10, et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents* »[59]. De plus, la Cour de Strasbourg, en exerçant le contrôle de proportionnalité dans le cadre du contentieux de l'article 15 CESDH, exige que « *les États contractants doivent garder à l'esprit que les mesures à prendre doivent viser la défense de l'ordre démocratique menacé et ils doivent tout faire pour protéger les valeurs d'une société démocratique, comme le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* »[60]. Ainsi, bien que ce test de proportionnalité soit moins strict, il est probable que des mesures manifestement liberticides prises sous couvert de la lutte contre les « *affirmations fausses* » ne seront pas jugées comme adoptées « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* »[61].

2. *Absence d'enseignement à distance, atteinte au droit à l'instruction* ? L'ensemble des notifications évoque les dérogations possibles par rapport au droit à l'instruction, consacré à l'article 2 du Protocole additionnel. L'ensemble des établissements d'enseignement – public et privé – est ainsi fermé dans les États ayant invoqué la dérogation. Assujettie aux « *limitations implicites* » de la part de l'État, la mise en œuvre du droit à l'instruction implique une importante marge nationale d'appréciation. La tâche de la Cour sera de veiller à ce que les mesures prises n'atteignent pas l'essence même du droit protégé. La jurisprudence antérieure avait déjà reconnu le but légitime dans la « *nécessité pour les autorités chargées de la protection de la santé publique de prendre les mesures appropriées afin de s'assurer qu'une maladie aussi grave et infectieuse que celle en cause en l'espèce cesse de produire ses effets et d'éviter ainsi tout risque de contamination* »[62]. En même temps, au vu de l'impact que la suspension temporaire de l'instruction peut avoir sur la vie des élèves, notamment en ce qui concerne le passage au niveau supérieur, la Cour pourrait exiger des autorités nationales de « *faire preuve de diligence et de célérité dans la gestion de ces mesures* »[63]. Il se pourrait alors que, indépendamment de l'existence de la dérogation, la Cour soit amenée à engager la responsabilité des États n'ayant entrepris aucun effort afin de mettre en place un quelconque dispositif d'instruction à distance, pourvu que la césure soit suffisamment importante et qu'elle affecte le passage au niveau supérieur. En d'autres termes, même si la marge d'appréciation reconnue à l'État est ample en l'occurrence, une preuve de *due diligence* pourrait être requise. À cet égard, il importe de rappeler que les notifications de l'Albanie, de la Moldavie et de la Roumanie ne contiennent aucune précision sur l'organisation de l'instruction à distance.

---

[56] Ordonnance gouvernementale d'urgence n° 28, annexée à la *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de la Roumanie auprès du Conseil de l'Europe, op. cit.*
[57] CEDH, *Harlanova c. Lettonie*, n° 57313/00, Décision finale sur la recevabilité, 3 avril 2003.
[58] CEDH, *Savva Terentyev c. Russie*, n° 10692/09, Arrêt, 28 août 2018, §§ 63-64. V. aussi J. McBride, *op. cit.*
[59] CEDH [GC], *Perinçek c. Suisse*, n° 27510/08, Arrêt, 15 octobre 2015, § 196.
[60] CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, n° 13237/17, Arrêt, 20 mars 2018, § 210.
[61] V. en même sens K. Dzehtsiarou, *op. cit.*
[62] CEDH, *Memlika c. Grèce*, no 37991/12, Arrêt, 6 octobre 2015, § 55.
[63] *Ibid.*

Ce panorama qui ne prétend pas à l'exhaustivité montre que la plupart des nouvelles limitations aux droits de l'homme pour faire face à la pandémie n'appellent effectivement pas l'État à exercer son droit de dérogation. En même temps, le contrôle européen exigeant que les mesures prises à titre de l'article 15 CESDH le soient « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* » n'excuserait aucune mesure manifestement liberticide. La valeur ajoutée limitée du droit à la dérogation sur plan juridique (II) doit néanmoins être atténuée par l'examen de son opportunité symbolique (III).

III. UNE VALEUR AJOUTÉE POSSIBLE SUR LE PLAN SYMBOLIQUE

Si l'on s'accorde sur l'inutilité relative de la dérogation prévue à l'article 15 CESDH pour prévoir les restrictions supplémentaires des droits et libertés dans le cadre de la lutte contre la propagation du COVID-19, l'intérêt de l'invoquer semble alors dérisoire. À cet égard, son invocation peut traduire l'adhésion à l'objet et au but de la Convention EDH, laquelle établit une démarcation claire entre les situations de normalité et de crise (A). De plus, l'invocation de l'article 15 CESDH dans les circonstances actuelles pourrait être nécessaire pour la survie même de ce mécanisme conventionnel (B).

A. Invoquer l'article 15, signe de respect du mécanisme européen

Le porte-parole du Conseil de l'Europe, tout en déconseillant aux États parties d'invoquer l'article 15 CESDH, avait tout de même maintenu que les notifications seraient « *un signe du respect de la Convention et du Conseil de l'Europe* »[64]. Ainsi, lesdits États, alors même qu'ils refuseraient de suivre la consigne européenne de protection maximale même en temps de crise, se sentiraient obligés d'informer les autres États parties des mesures prises.

Or, le respect de la Convention peut, en l'occurrence, se manifester également par la volonté, de la part de l'État, de suivre sa lettre même. L'interprétation systémique de la Convention EDH, ainsi que d'autres traités relatifs aux droits de l'homme[65], suggère une démarcation assez nette entre le temps « *normal* » et celui de « *danger public menaçant la vie de la nation* ». Une telle démarcation vaut l'aveu d'une éventuelle incapacité de l'État protecteur des droits de l'homme à répondre à une menace sans recourir à des mesures non désirables pour les garanties fondamentales consacrées par la Convention. La propagation rapide du COVID-19 et l'augmentation sans précédent du nombre de morts appellent des « *mesures restrictives qui vont au-delà de ce qui est normalement autorisé par la Convention européenne des droits de l'homme* »[66].

Le degré d'ingérence dans les droits de l'homme peut ainsi varier en fonction des exigences de la situation factuelle. Ainsi, les restrictions extraordinaires, du fait de leur caractère exceptionnel, ne seraient admissibles que lorsqu'elles constituent une réponse temporaire à une situation critique. Ces restrictions devraient ainsi cesser d'être considérées comme conformes à la Convention EDH une fois la situation critique disparue[67].

Or, l'idée que la « normalité » soit flexible à un point tel qu'elle puisse s'accommoder des mesures exceptionnelles inimaginables dans un État protecteur des droits de l'homme – même si la jurisprudence conventionnelle exercerait une telle accommodation dans la plupart des cas – reviendrait à gommer la frontière entre la normalité et l'exception. Elle changerait d'ailleurs la conception de départ selon laquelle les restrictions exceptionnelles n'ont pas leur place dans le régime « normal », favorisant ainsi leur survie dans le droit national au-delà de la situation critique. À cet effet, le Dr. Alan Greene plaide pour l'opportunité d'invoquer l'article 15

---

[64] V. Makszimov, *op. cit.*
[65] V. *supra.*
[66] Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *COVID-19 : le Président demande instamment aux Etats de respecter la CEDH dans leur réaction à la crise*, 24 mars 2020 [En ligne]. URL : http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-FR.asp?newsid=7825&lang=1&cat= (consulté le 9 avril 2020).
[67] A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency… », *op. cit.*, p. 1776.

CESDH face à la pandémie afin de signaler le « confinement » (*quarantining effect*) de ces restrictions à la durée de la crise[68]. Ainsi, une telle démarcation de la part des États suggérerait mieux leur levée après la disparition de la menace.

Bien que l'on ne puisse jamais être assuré de la non-transposition des mesures d'urgence dans la législation ordinaire par les États parties à la Convention EDH[69], l'opportunité de séparer les deux contextes – et, partant, les deux jurisprudences, – est claire. La solution inverse, au lieu d'offrir une meilleure garantie des droits et libertés même en temps de crise, reviendrait à revoir à la baisse le niveau de protection offert par le contrôle normal de proportionnalité. La Cour de Strasbourg étant susceptible d'éprouver une compréhension face aux présentes circonstances, ce risque paraît probable. Or, la modulation de l'intensité du contrôle, au cœur du mécanisme de l'article 15 (A), peut également être exercée *ex officio* par la Cour. Alors même qu'un tel scénario n'implique pas la baisse générale du standard de protection, il remet en question l'utilité de la procédure de l'article 15 dans la Convention en dehors des cas de conflits armés (B).

B. Invoquer l'article 15 au nom de sa survie ?

La Cour EDH étant toujours attentive aux circonstances en cause, il est peu probable que la garantie des droits soit définitivement nivelée vers le bas (*recalibrated downwards*[70]). Pourtant, la jurisprudence européenne serait enrichie de nouveaux cas de déférence – éventuellement critiquables – aux autorités nationales. Une telle déférence serait jugée justifiée par le but légitime de protection de la santé publique et nécessaire dans une société démocratique. Face à des mesures adoptées dans le contexte de lutte contre la pandémie, et sans que la dérogation soit invoquée, la Cour pourrait assouplir *ex officio* le test de proportionnalité habituel de nécessité « *dans une société démocratique* », jusqu'à atteindre le standard de contrôle propre au contentieux de l'article 15 CESDH. Une marque de déférence aux réponses apportées par les États en temps de crise transparaît déjà dans une décision d'irrecevabilité concernant la crise économique grecque[71]. La Cour de Strasbourg y observa notamment que, face à des circonstances de la sorte, elle « *n'a pas à dire* [si l'État] *a choisi la meilleure façon de traiter le problème ou s'il avait dû exercer son pouvoir différemment* »[72].

Reste à voir si la Cour EDH adoptera un raisonnement similaire dans d'éventuelles affaires concernant les restrictions prises en vue de lutter contre la propagation du COVID-19. Puisque la pandémie est clairement un « *danger public menaçant la vie de la nation* »[73], voire un « *état d'urgence par excellence* »[74], cette hypothèse ne paraît pas fantaisiste. Dans l'affirmative, une telle modulation *ex officio* de son contrôle, sans qu'il soit besoin pour l'État de recourir à l'article 15 CESDH, aura nécessairement pour effet de vider le droit de dérogation de son utilité lorsqu'il se trouve invoqué en dehors du contexte des conflits armés.

Quelle immunité des droits de l'homme face à la pandémie du nouveau coronavirus ? Le temps apportera sans doute la réponse définitive. En tout état de cause, le COVID-19 a mis à l'épreuve l'utilité du droit des États parties de déroger à la Convention EDH en circonstances exceptionnelles.

---

[68] A. Greene, « States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic », *Strasbourg Observers*, 1 avril 2020 [En ligne]. URL : https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic/ (consulté le 9 avril 2020).
[69] Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*.
[70] A. Greene, « States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR… », *op. cit.*
[71] CEDH, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, nos 57665/12 et 57657/12, Décision de recevabilité, 7 mai 2013. V. les observations de J. McBride, *op. cit.* sur la question. Il convient tout de même à préciser que le standard appliqué par la Cour, propre au contentieux de l'article 1 du Protocole additionnel (protection de la propriété), pourrait être plus élevé lorsqu'il sera question d'autres droits conditionnels.
[72] *Ibid.*, § 48.
[73] V. *supra* nos conclusions dans la partie I.
[74] A. Greene, « States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR… », *op. cit.*