



**HAL**  
open science

# La crise sanitaire en France au regard du droit international des droits de l'homme ou les limitations des libertés en quête d'un juste équilibre

Catherine Le Bris

► **To cite this version:**

Catherine Le Bris. La crise sanitaire en France au regard du droit international des droits de l'homme ou les limitations des libertés en quête d'un juste équilibre. La Revue des droits de l'Homme, 2021, 19, 10.4000/revdh.10931 . hal-03463134

**HAL Id: hal-03463134**

**<https://hal.science/hal-03463134>**

Submitted on 2 Dec 2021

**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.

## La crise sanitaire en France au regard du droit international des droits de l'homme ou les limitations des libertés en quête d'un juste équilibre

Catherine Le Bris

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/10931>

DOI : [10.4000/revdh.10931](https://doi.org/10.4000/revdh.10931)

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Catherine Le Bris, « La crise sanitaire en France au regard du droit international des droits de l'homme ou les limitations des libertés en quête d'un juste équilibre », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 19 | 2021, mis en ligne le 04 février 2021, consulté le 30 mars 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/10931> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.10931>

---

Ce document a été généré automatiquement le 30 mars 2021.

Tous droits réservés

---

# La crise sanitaire en France au regard du droit international des droits de l'homme ou les limitations des libertés en quête d'un juste équilibre

Catherine Le Bris

---

- 1 Assigner une population à domicile, fermer les établissements scolaires, les universités, les restaurants, les cafés, limiter les sorties « de loisir » à une heure quotidienne dans un rayon d'un kilomètre et restreindre drastiquement la circulation des personnes aux frontières extérieures de l'espace Schengen comme en son sein : à partir du 16 mars 2020<sup>1</sup>, dans un contexte de pandémie de covid-19, l'état des libertés a brusquement basculé en France, comme ailleurs dans le monde<sup>2</sup>. Pour nombre de destinataires de ces mesures, nés, bien souvent, en temps de paix, dans un État de droit, une telle situation est inédite. A propos de ce confinement domiciliaire durable<sup>3</sup> imposée à une nation, Edgar Morin<sup>4</sup> souligne que, même dans le ghetto de Varsovie, il était possible de circuler ; mais, précise-t-il aussi, ce ghetto était l'antichambre de la mort alors que le confinement d'aujourd'hui vise à protéger la vie.
- 2 L'état d'urgence n'est pas une nouveauté en France : de 2015 à 2017, il s'est inscrit dans la durée<sup>5</sup>. Toutefois, parce qu'il faisait suite à des attentats, ses modalités étaient différentes de celles que l'on connaît avec la crise sanitaire actuelle<sup>6</sup> : les mesures prises visaient principalement des individus déterminés, à savoir le terroriste – réel, potentiel, voire virtuel<sup>7</sup> -.
- 3 Le terroriste est considéré dans l'ordre international comme un ennemi du genre humain, *hostis humani generis*, qualification qui entraîne classiquement un régime d'exception. Après le 11 septembre 2001, il a, de plus, connu une forme de « bannissement »<sup>8</sup> du droit international : appréhendé comme un « ennemi

combattant », il a été considéré comme susceptible de résister aux interrogatoires et traitements les plus durs ; il est devenu l'hydre.

- 4 L'état d'urgence, notamment en France, a pu alors être perçu comme scindant l'humanité en deux : il venait protéger les « honnêtes gens » - selon une formule de Durkheim<sup>9</sup> - contre un être « surpuissant », « assoiffé de vengeance »<sup>10</sup>, le terroriste.
- 5 La crise sanitaire actuelle est différente : l'hydre est désormais un virus et l'ennemi du genre humain est donc intérieur. Il est le voisin, l'étudiant, le collègue de travail, le contrôleur de train. Le but reste la sécurité, désormais sanitaire, et comme en 2015, l'objectif est toujours de protéger la vie ; la terminologie de l'état d'urgence a, aujourd'hui encore, des accents martiaux<sup>11</sup>. Cependant, les limitations de libertés touchent, cette fois, tout un chacun : elles sont généralisées et deviennent, ainsi, pour un temps, la *norme*<sup>12</sup>.
- 6 Les limitations sont inhérentes droits de l'homme (notamment aux droits de l'homme internationaux) ; il ne s'agit pas d'opposer les premières aux seconds : « La préservation de l'intérêt général et des intérêts d'autrui n'est pas l'« Autre » des droits et libertés, mais, dans une très large mesure, une condition de leur effectivité »<sup>13</sup>.
- 7 L'Homme des droits de l'homme, il est vrai, est pensé de manière autonome : il n'est pas seulement la partie d'un tout qui le transcenderait ; ses droits lui permettent de s'autodéterminer<sup>14</sup>. Pour autant, il n'est pas placé *hors* du groupe, comme détaché de la cité ; il est, au contraire, « projet(é) dans une relation avec son alentour constitué par autrui, par la société, par le Pouvoir »<sup>15</sup>. Seule la communauté permet, d'ailleurs, « le libre et plein développement de sa personnalité »<sup>16</sup> ; c'est pourquoi, il a des devoirs envers elle.

La crise sanitaire actuelle met en lumière cette dimension des droits de l'homme qui, en période « normale », se manifeste davantage par touches impressionnistes. Elle rappelle que ces droits reposent sur une « tentative permanente de combinaison des tendances antagonistes à la revendication des droits et à l'organisation des droits, des besoins simultanés et contraires de liberté et de Pouvoir »<sup>17</sup>. L'État peut -voire, doit, dans certains cas - limiter les libertés pour faire respecter les droits d'autrui et « satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique »<sup>18</sup>. C'est dans cet esprit que les décrets de mars 2020<sup>19</sup> relatifs à la lutte contre la propagation du covid-19 ont été adoptés.

- 8 Reste que si des limitations des droits de l'homme sont possibles, il existe aussi des limites à ces limitations.
- 9 Il s'agira dans cet article d'examiner, à l'aune du droit international des droits de l'homme, et sans prétendre à l'exhaustivité, les principales mesures qui ont été prises en France dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire déclaré à partir de mars 2020, et de s'interroger sur leur conventionnalité.
- 10 Le droit international et européen des droits de l'homme présente un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits et libertés. Reconnaissant l'autonomie des Etats parties, la Cour européenne des droits de l'homme affirme ainsi qu'« elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention »<sup>20</sup>. Pour autant, les normes supranationales de droits de l'homme ont primauté sur le droit national (tout au moins, sur la loi au regard du droit français ou sur l'ensemble du droit français au regard de

l'ordre juridique international<sup>21</sup>). Cette primauté n'implique pas nécessairement que la règle internationale de droits de l'homme se substitue à la règle interne ; elle n'implique pas, non plus, que le juge national substitue aux dispositions françaises les normes conventionnelles<sup>22</sup>. En revanche, elle oblige à écarter la norme interne contraire aux conventions internationales de droits de l'homme, y compris en cas de crise sanitaire.

- 11 « L'espace de liberté »<sup>23</sup> des Etats est strictement encadré. Certains droits de l'homme échappent à l'emprise des limitations tandis que lorsque des dérogations ou restrictions sont permises, l'ingérence étatique dans le droit garanti est soumise à un certain nombre de conditions. Lorsque l'État entend limiter les droits de l'homme dans son ordre interne, il doit satisfaire à trois types de conditions. Il doit, d'abord, conformément au droit international, respecter des règles d'ordre formel et procédural ; or, le choix qu'a fait la France de ne pas utiliser son droit de dérogation dans le contexte de cette crise soulève un certain nombre de questions au regard de certaines mesures adoptées (I). Ensuite, en cas de danger public, l'Etat doit s'assurer que les mesures adoptées n'entraînent pas une « discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale »<sup>24</sup>. D'autre type de discriminations, liées, en particulier, à la précarité sociale et à la vulnérabilité, ont aussi été signalées dans le contexte de la crise sanitaire française<sup>25</sup> : il convient d'y revenir pour les confronter aux normes internationales de protection des droits de l'homme (III). Enfin, la limitation des droits doit satisfaire aux conditions, classiques, de nécessité et de proportionnalité (II) : la mesure en cause doit contribuer à la réalisation du but poursuivi qui doit être légitime (en l'occurrence protéger la santé et la vie) et les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport à ce but ; il ne doit pas exister, non plus, d'autre mesure appropriée qui serait moins coûteuse en termes de libertés. L'approche de la proportionnalité en droit international et européen des droits de l'homme est traditionnellement considérée comme « plus libérale et donc plus protectrice des droits et libertés » que celle adoptée dans le cadre interne, en particulier français<sup>26</sup>. Elle est, toutefois, surtout « téléologique, modulant les solutions au regard de leurs conséquences politico-sociales »<sup>27</sup>. Les limitations des droits s'apprécient, en effet, de manière très concrète, à l'aune des circonstances ; elles ne se laissent pas enfermer dans un modèle donné d'avance. L'empirisme sur lequel elles reposent peut expliquer que les titulaires de ces droits rencontrent parfois des difficultés à déterminer si une situation déterminée constitue ou non une violation, comme ont pu le montrer des enquêtes menées en France ou dans d'autres États, notamment auprès des plus jeunes<sup>28</sup>. Ce caractère empirique peut dérouter dans un contexte de crise sanitaire. L'équilibrage entre liberté et sécurité, en effet, est « tout sauf simple »<sup>29</sup> : on ne peut quantifier les bénéfices respectifs de l'une et l'autre et, même si tel était le cas, ces bénéfices ne seraient pas comparables pour autant. La liberté et la sécurité sont des besoins congénitaux à l'homme ; « la tragédie du politique et, avec elle, celle des droits de l'homme, réside dans ce déchirement schizophrénique », disait Jacques Mourgeon<sup>30</sup>. L'État doit, néanmoins, rechercher l'équilibre entre les deux, trouver cette juste mesure « qui ne comporte, ni exagération, ni défaut »<sup>31</sup>.

## I. Dérogations et restrictions aux droits

- 12 Déroger aux droits de l'homme n'est possible qu'en cas de danger public exceptionnel, à des conditions particulièrement strictes (A). Toutefois, lorsqu'un État décide d'instaurer l'état d'urgence et que les limitations apportées aux droits sont importantes et multiples comme cela a été le cas en France à partir de mars 2020, le recours à cette procédure s'impose pour des raisons de transparence, notamment, de manière à éviter un hiatus entre la situation interne et internationale (B).

### A. Des exigences formelles sont attachées à la dérogation

- 13 Les dérogations aux droits de l'homme protégés au niveau international ne peuvent intervenir qu'« en cas de danger public exceptionnel »<sup>32</sup>, lorsque l'existence même de la nation est en cause et « dans la stricte mesure où la situation l'exige »<sup>33</sup>. Ce danger exceptionnel peut être lié à un conflit armé, une catastrophe, une menace terroriste ou une pandémie - « guerre sanitaire » contre un ennemi « invisible »<sup>34</sup> -, mais quoi qu'il en soit, la situation doit être particulièrement grave. Deux conditions doivent être réunies : d'une part, la menace doit être dirigée, à la fois, contre la *totalité* de la population et contre tout ou partie du territoire ; d'autre part, la situation doit menacer l'indépendance politique de l'État, son intégrité territoriale, les fonctions essentielles de ses institutions ou, comme dans le cas d'une crise sanitaire, l'intégrité physique de sa population<sup>35</sup>.
- 14 Si ces conditions doivent être réunies, l'État dispose toutefois d'une grande latitude dans leur appréciation : c'est lui qui décide en premier lieu et sans étape préalable<sup>36</sup> d'user de son droit de déroger. Il est considéré comme étant le plus à même pour déterminer si un danger public existe ; le contrôle international sur l'opportunité de cette décision est faible, pour ne pas dire inexistant. Dans ce type d'hypothèse, l'impératif d'efficacité prend, vraisemblablement, le pas sur l'impératif de légalité<sup>37</sup>.
- 15 En revanche, l'État doit pouvoir justifier *chaque mesure concrète* qui découle de cette situation. C'est à ce stade que le contrôle des organes internationaux des droits de l'homme se fait plus marqué. L'approche de ces organes est ainsi conséquentialiste : elle se focalise principalement sur les effets de la décision. Il ne s'agit pas tant de juger les motifs qui ont conduit l'État à déclarer l'état d'urgence que d'apprécier les conséquences concrètes de cette décision sur les droits de l'homme.
- 16 Pour être conforme aux exigences internationales, toute mesure doit être nécessaire, c'est-à-dire « dirigée contre un danger réel, manifeste, présent ou imminent et ne peut être imposée par simple crainte d'un danger potentiel »<sup>38</sup>. Elle doit être, aussi, strictement proportionnée, c'est-à-dire que l'intensité de l'atteinte aux droits et libertés doit être fonction de la gravité de la menace<sup>39</sup>. Avant de l'adopter, les autorités doivent s'assurer que les autres moyens, moins liberticides, sont manifestement inefficaces. Ainsi, si le port de masques ou des dépistages massifs sont susceptibles de constituer une réponse appropriée à la pandémie, ils doivent être préférés aux autres mesures, en particulier aux interdictions de sortie, ce qui pose question en cas de pénurie de ce type de matériel sanitaire<sup>40</sup>.
- 17 Dans les situations d'état d'urgence, déroger à la liberté de mouvement et de réunion est, en général, suffisant de l'avis du Comité des droits de l'homme des Nations Unies<sup>41</sup>.

S'agissant de la crise du covid-19, toutefois, de nombreux autres droits ont été impactés, en particulier le droit à une vie familiale normale qui s'est vu limité puisque les rapports entre petits-enfants et grands-parents étaient à éviter, sinon proscrits ; quant au droit au travail, il a été soit aménagé (avec le télétravail), soit entravé, selon les cas.

- 18 Certains droits ne peuvent souffrir d'aucunes limitations, y compris en cas de danger exceptionnel ; les organes internationaux sont particulièrement vigilants sur ce point. La liste de ces droits indérogeables varie quelque peu d'une convention de droits de l'homme à une autre mais il existe un noyau dur de droits absolus. Celui-ci – qui interdit notamment la torture ou les traitements inhumains et dégradants<sup>42</sup> ainsi que les atteintes arbitraires à la vie – vise à protéger l'irréductible humain<sup>43</sup>. A ce titre, il est interdit, en particulier en cas d'épidémie, de soumettre une personne, sans son libre consentement, à une expérience médicale ou scientifique<sup>44</sup> : ni la liberté de recherche<sup>45</sup>, ni les préoccupations de santé publique ne justifient qu'un médicament soit testé sur une personne qui n'a pas donné son accord dans le seul but d'en vérifier les propriétés. Le Conseil d'État a insisté sur ce principe du consentement dans sa décision relative à l'hydroxychloroquine<sup>46</sup>.
- 19 Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, la liberté de religion présente un caractère indérogeable<sup>47</sup>. Toutefois, des restrictions à cette liberté sont possibles dès lors qu'elles sont prévues « par la loi »<sup>48</sup> et nécessaires à la protection de la santé publique. Des cérémonies ou rassemblement religieux ont pu ainsi être temporairement interdits en France durant les premiers temps de la crise du covid-19<sup>49</sup>. Ce type de mesures, toutefois, doit être régulièrement réévalué en fonction des circonstances. Le Conseil d'État l'a rappelé<sup>50</sup> : en période de déconfinement, l'interdiction générale et absolue de tout rassemblement dans les lieux de culte présente un caractère disproportionné et constitue une atteinte grave à la liberté de religion.
- 20 Par ailleurs, l'État qui décide de déroger aux droits de l'homme protégés au niveau international est tenu de respecter certaines règles formelles. Il doit adopter un « acte officiel »<sup>51</sup> proclamant le danger public exceptionnel de manière à en informer sa population. Il doit aussi le notifier au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (ONU), s'agissant du PIDCP, ou du Conseil de l'Europe, pour la CEDH, et signaler ainsi la situation aux autres États parties<sup>52</sup> au traité. L'État qui n'a pas activé la clause de dérogation ne peut arguer devant l'organe international de droits de l'homme de la situation d'urgence pour justifier d'éventuelles violations de droits individuels en cas de « plainte »<sup>53</sup>. Dans sa notification, l'État fournit, en principe, des explications précises et circonstanciées sur les motifs qui l'ont conduit à prendre de telles mesures et sur les libertés ou droits auxquels il entend déroger<sup>54</sup>. Cette obligation de motivation a été plus ou moins respectée durant la crise du covid-19 : ainsi alors que certaines Parties au PIDCP, tels que le Salvador, ont détaillé les limitations aux droits<sup>55</sup>, d'autres États membres à ce traité, comme la Colombie, se sont contentés de signaler la situation et de renvoyer aux textes nationaux concernés<sup>56</sup>.
- 21 La notification doit intervenir « aussitôt » l'état d'urgence décrété, conformément au PIDCP<sup>57</sup>. La République Dominicaine, en état d'urgence depuis le 19 mars 2020, ne l'a, pourtant, notifié à l'ONU que le 25 juin<sup>58</sup>. La CEDH est plus imprécise sur ce point mais si un délai de deux semaines est acceptable, une déclaration qui interviendrait après plusieurs mois serait, en revanche, trop tardive<sup>59</sup>. Durant l'épidémie de covid-19, la

Serbie a déclaré le 15 mars l'état d'urgence mais ne l'a notifié au Conseil de l'Europe que plus de trois semaines après (le 6 avril)<sup>60</sup>.

- 22 Pour adopter l'« acte officiel » déclarant l'état de danger exceptionnel, l'État suit « les procédures prévues par la *loi nationale* »<sup>61</sup>; selon les Principes de Syracuse, ces procédures doivent être « établies *avant* la survenance du danger »<sup>62</sup>. Cette dernière précision, qui conduit les États à agir, en principe, dans le cadre de leur constitution et des dispositions législatives régissant l'exercice des pouvoirs exceptionnels<sup>63</sup>, est essentielle; il n'est jamais bon, en effet, de légiférer sur les droits et libertés pour l'avenir en période de crise.

En France, c'est par le décret du Premier ministre du 16 mars<sup>64</sup>, cosigné par le ministre de la Santé, que les libertés ont initialement été limitées. Il s'agissait d'un acte réglementaire, et non d'une « loi » *stricto sensu*, mais ce décret se fonde sur un texte législatif de 2007 relatif aux menaces sanitaires de grande ampleur<sup>65</sup> qui avait été adopté à la suite de l'épidémie de grippe aviaire (H5N1). Ce texte autorise le ministre de la Santé (et non pas directement le Premier ministre) à prendre « toute mesure » pour protéger la santé de la population. Ces mesures doivent être « proportionnée(s) »<sup>66</sup>, mais elles sont néanmoins susceptibles d'affecter une liste de droits et libertés « impressionnante et presque sans limite »<sup>67</sup>. De plus, le Premier ministre peut, en vertu de ses pouvoirs propres, édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire, en particulier en cas de circonstances exceptionnelles, telle une épidémie<sup>68</sup>.

- 23 Par ailleurs, le dispositif de la loi du 3 avril 1955 permet de déclarer l'état d'urgence pour douze jours « en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique »<sup>69</sup>: la pandémie de coronavirus remplissait vraisemblablement cette condition.
- 24 Néanmoins, en réponse à la crise sanitaire, le choix a été fait en France de légiférer. Adopter ainsi une nouvelle loi, qui s'ajoute ainsi à celle du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence de « droit commun », n'est pas en phase avec l'esprit des textes internationaux de droits de l'homme. La finalité poursuivie était, certes, peut-être légitime puisqu'il s'agissait d'associer le Parlement dans un contexte de crise sanitaire sans précédent et de chercher à « concilier les impératifs d'efficacité dans cet objectif de santé publique avec les droits et libertés »<sup>70</sup> mais « toute législation d'exception porte des risques de dérives »<sup>71</sup>.

- 25 La loi du 23 mars 2020 relative à l'épidémie de covid-19 permet de déclarer un « état d'urgence *sanitaire* »<sup>72</sup> « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ». Elle autorise le Premier ministre, chaque fois que ces conditions sont réunies, à limiter les droits et libertés par de nombreuses mesures, qu'il s'agisse de « restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par décret »<sup>73</sup>, d'« interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé »<sup>74</sup> ou encore d'ordonner des mises en quarantaine. Ces mesures toutefois, doivent avoir pour « seules fins de garantir la santé publique »<sup>75</sup>. Elles doivent aussi être « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu »; de plus, « il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires »<sup>76</sup>.



## B. Les suspensions ou aménagements de droits sont tributaires de la situation interne

- 26 Lors de la crise du covid-19, quelques États seulement ont notifié à l'Organisation des Nations Unies des dérogations au Pacte international relatif aux droits civils et politiques conformément à son article 4<sup>77</sup>. De même, une minorité d'État ont invoqué auprès du Secrétariat général du Conseil de l'Europe l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>78</sup>. Ces États s'appuient sur la Déclaration de l'Organisation mondiale de la santé du 11 mars 2020 relative à la pandémie de coronavirus<sup>79</sup>, qualifiant ainsi celle-ci de « danger public menaçant la vie de la nation »<sup>80</sup> (dans le cadre de la CEDH) ou de « danger public exceptionnel »<sup>81</sup> (dans le cas du PIDCP). Cette qualification est une première s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme puisqu'antérieurement, étaient en cause des attentats terroristes ou des guerres civiles<sup>82</sup>. Dans le cas du Pacte, en revanche, des dérogations pour ce type de motifs avaient connus un précédent lors de la crise du H1N1<sup>83</sup>.
- 27 La liste des droits qui ont été suspendus à l'occasion de la pandémie de covid-19 varie sensiblement d'un État à un autre. Tous indiquent déroger à la liberté de circulation et de réunion et, la plupart, à la liberté d'association. Toutefois, le droit à la liberté et à la sûreté<sup>84</sup>, le droit au procès équitable<sup>85</sup>, le droit à la vie privée et familiale<sup>86</sup>, le droit de propriété<sup>87</sup> ou encore le droit à l'instruction<sup>88</sup> ont aussi été visés par plusieurs États.
- 28 Si la France a déclaré l'état d'urgence sur son territoire, elle a, en revanche, fait le choix de ne pas exercer son droit de dérogation tant pour le PIDCP que s'agissant de la CEDH, se plaçant ainsi sur le terrain des restrictions<sup>89</sup>.
- 29 On sait que les dérogations conduisent à suspendre provisoirement un ou plusieurs droits en cas de circonstances exceptionnelles tandis que les restrictions constituent davantage de simples aménagements : prévues pour les temps « ordinaires », elles permettent à l'État de limiter les droits de l'homme tout en poursuivant l'application « normale » de la convention de droits de l'homme. Ainsi, la liberté de circulation<sup>90</sup> et le droit à la vie privée et familiale<sup>91</sup> peuvent être restreints pour protéger la santé.
- 30 Les restrictions peuvent être explicitement prévues par les conventions internationales, comme dans le cas des droits qui viennent d'être évoqués, mais aussi être implicites au droit protégé ; tel est le cas, par exemple, s'agissant du droit d'accès à un tribunal<sup>92</sup> ou du droit à l'instruction<sup>93</sup>. Toutefois, dans tous les cas, elles doivent être prévues par la loi et poursuivre un but légitime, par exemple celui de protection de la santé<sup>94</sup>, tout en étant strictement nécessaires et proportionnelles<sup>95</sup>.
- 31 Certains droits peuvent être restreints ; d'autres non. Tel est le cas du droit à la liberté et à la sûreté : la liste des exceptions prévues pour ce droit est exhaustive et son interprétation restrictive<sup>96</sup> ; pour le limiter davantage, il faut y déroger en se prévalant de la clause prévue à cet effet dans la convention de droits de l'homme.
- 32 Dans l'absolu, une simple restriction est préférable à une dérogation : cette option juridique est davantage en phase avec le « principe de normalité » vers lequel les États doivent tendre ; il permet d'insister sur le plein respect des droits et libertés. On pourrait craindre en effet qu'une dérogation n'entraîne des limitations en cascade et ne conduise à ériger la situation d'urgence en « nouvelle norme »<sup>97</sup>. De plus, lorsque le juge international examine une simple restriction des droits, il réalise un contrôle plus strict

que quand il s'agit d'une dérogation<sup>98</sup> ; la marge laissée à l'État dans cette hypothèse est, ainsi, plus restreinte.

- 33 Toutefois, les droits de l'homme ne sont pas des droits éthérés : ils sont amenés à composer avec les sinuosités du réel, en particulier avec la pratique des États. Or, l'importance et la multiplicité des limitations apportées aux droits et libertés en France dans le contexte de la crise du covid-19 justifiait de se placer sur le terrain des articles 4 du PIDCP et 15 de la CEDH.
- 34 Cette option apparaît la plus cohérente : une distorsion importante entre la situation interne - à savoir celle d'un état d'urgence, qui conduit, notamment, à assigner à domicile une population - et la situation internationale - celle d'une application « normale » des conventions de droits de l'homme - pourrait être tendancieuse. La « normalité » ne serait, en effet, alors plus qu'apparente et dissimulerait, tel un voile pudique, des limitations importantes des libertés pour l'individu. Un tel hiatus pourrait placer le juge supranational dans une position délicate et être contre-productive, à long terme, pour les droits de l'homme. En effet, lorsque celui-ci se prononcera sur une mesure liée à cette crise sanitaire, il sera amené, en l'absence de dérogation de la part de l'État, à apprécier la situation en cause comme si elle constituait un simple aménagement de droits en période ordinaire. Or ladite mesure, prise dans un contexte d'état d'urgence, ne sera pas nécessairement ordinaire. Le juge sera, alors, peut-être, tenté d'assouplir son contrôle, de malléer le principe de proportionnalité à l'image des « montres molles de Salvador Dali »<sup>99</sup>. Tel serait le cas par exemple s'il se prononçait sur le droit au procès équitable et sur le délai raisonnable sachant que la Cour européenne des droits de l'homme, elle-même, a restreint son activité juridictionnelle à l'essentiel en cette période exceptionnelle. Cette affaire créera un précédent dont l'on connaît l'importance dans la jurisprudence de la Cour. Au bout du compte, tordre ainsi les conventions ne peut que fragiliser la protection des droits de l'homme.
- 35 Par ailleurs, la dérogation ne doit pas être caricaturée : invocable seulement pour les droits qui ont été notifiés aux instances internationales compétentes, elle ne conduit pas à suspendre ceux-ci de manière totale et absolue puisque chaque mesure est régie par les principes de nécessité et de proportionnalité<sup>100</sup>. S'il existe bien une différence de contrôle de la part du juge international sur une restriction ou une dérogation, elle ne réduit en aucun cas à néant ce contrôle dans la seconde hypothèse. Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a précisé, « les États ne jouissent pas (...) d'un pouvoir illimité en ce domaine. La Cour a compétence pour décider, notamment, s'ils ont excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen (...). Quand elle exerce celui-ci, la Cour doit en même temps attacher le poids qui convient à des facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé »<sup>101</sup>.
- 36 De plus, en notifiant une dérogation aux instances internationales compétentes, l'État peut, ce faisant, manifester une volonté de transparence ou, tout au moins, un souci d'« apprivoiser la situation d'urgence »<sup>102</sup> : les non-dits, les manières de faire opaques favorisent l'arbitraire et l'incertitude juridique. Il convient, à cet égard, de souligner que la Hongrie n'a pas dérogé aux conventions internationales de droits de l'homme durant la crise du covid-19 alors que son Premier Ministre avait décrété, sans contrôle

parlementaire, l'état d'urgence pour une durée illimitée ; la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe<sup>103</sup> l'a d'ailleurs déploré.

- 37 Un certain nombre de garanties est, en effet, attaché à la dérogation : une fois qu'il a informé sa population de l'état d'urgence par un « acte officiel », puis les autres États par la notification en exposant les raisons qui l'ont conduit à déroger<sup>104</sup>, le Membre doit tenir ces derniers au courant de l'évolution de la situation, en particulier en indiquant quand l'état d'urgence prend fin ou s'il est prolongé. Or, il est sans aucun doute plus difficile d'opter pour la prolongation lorsque l'on doit le signaler aux autres États du monde que quand on y procède plus discrètement dans son seul ordre interne. De ce point de vue, la dérogation peut limiter la tentation d'inscrire l'état d'urgence dans le long terme. Elle peut aussi, préserver son caractère exceptionnel et favoriser un retour plus rapide à la « normale ».
- 38 Certes, la dérogation est un droit de l'État, et non une obligation en ce sens que le juge international ne vient pas censurer son abstention<sup>105</sup>. Toutefois, dans la mesure où la France en avait fait usage en 2015 à l'occasion des attentats terroristes, il aurait été pertinent d'activer cette clause durant la crise sanitaire. Il est, semble-t-il, plus acceptable pour l'État de reconnaître une dérogation aux droits de l'homme pour lutter contre un ennemi du genre humain que lorsque les limitations de droits de l'homme affectent toute sa population.
- 39 D'autant que certaines mesures françaises prises dans le cadre de la crise sanitaire posent question eu égard au fonctionnement « normal » des conventions internationales de droits de l'homme. Certes, le droit à la liberté et à la sûreté est interprété de manière étroite par les organes internationaux de protection des droits de l'homme : il ne confère pas un droit de faire ce que l'on veut ou d'aller où bon nous semble ; il est « seulement » une liberté physique. Ainsi le confinement ou les règles de distanciation sociales ne rentrent pas, en principe, dans son champ<sup>106</sup>. Toutefois, « entre privation et restriction de liberté, il n'y a (...) qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence »<sup>107</sup> selon la Cour européenne des droits de l'homme. Le lien est donc tenu. La question se pose de savoir si la mesure de confinement domiciliaire qui a été imposée en France du 17 mars au 11 mai 2020, a, ou non, franchi ce seuil d'ingérence. Pour répondre à cette question, toute une série de critères doit, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, être prise en compte, qu'il s'agisse des modalités de la mesure, de sa durée, de ses effets ou encore de ses conditions de mise en œuvre<sup>108</sup>. De ce point de vue, il est possible de considérer notamment que si le confinement avait été total (c'est-à-dire si le Conseil d'État et les autorités avaient accédé à la demande des médecins qui préconisaient une telle mesure<sup>109</sup>) ou si le confinement avait été prolongé de manière outrancière compte tenu du contexte sanitaire, la qualification de privation de liberté aurait été justifiée. Considérant toutefois que des exceptions au confinement existaient et que celui-ci a pris fin une fois le risque majeur de contagion écarté, la mesure semble pouvoir être considérée comme une simple restriction à la liberté de circulation.
- 40 La mesure de quarantaine stricte d'une durée de 14 jours qui a été appliquée aux personnes arrivant en Outre-mer et Nouvelle Calédonie pose, en revanche, davantage question. Le Conseil d'État a été saisi de cette mesure par des personnes ainsi mises en « quatorzaine » en Guadeloupe<sup>110</sup>, avec interdiction de se déplacer hors de l'hôtel selon les requérants<sup>111</sup> ; il a estimé que cette mesure ne portait pas d'atteinte disproportionnée aux droits et libertés. Quelques jours plus tard, le Conseil

constitutionnel a pourtant considéré qu' « en cas d'interdiction de toute sortie, les mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement constituent une privation de liberté. Il en va de même lorsqu'elles imposent à l'intéressé de demeurer à son domicile (...) pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour »<sup>112</sup>.

- 41 Par ailleurs, la prolongation de plein droit des détentions provisoires prévues par l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020<sup>113</sup> déroge, de fait, au droit à la liberté et à la sûreté tel que protégé dans les conventions internationales de droits de l'homme<sup>114</sup>.

## II. Nécessité et proportionnalité des mesures

- 42 En période de crise sanitaire comme en d'autres temps, la responsabilité internationale de l'État peut être engagée tant parce que celui-ci a porté atteinte, de manière active, à un droit de l'homme, que lorsque, passif, il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient (A). Une mise en balance est ainsi nécessaire, y compris lorsque celui-ci envisage de recourir à des techniques de traçage aux fins de protection de la santé (B).

### A. Les limitations aux droits ne doivent pécher ni par excès, ni par insuffisance

- 43 Les limitations aux droits de l'homme prises en cas de crise sanitaire ne doivent pas pécher par excès. Toutefois, elles ne doivent pas, non plus, pécher par insuffisance : l'État a l'obligation internationale de prendre toutes les mesures qui sont nécessaires pour sauvegarder les droits. Si sa responsabilité internationale peut être engagée parce qu'il a porté atteinte, de manière active, à un droit de l'homme, tel est également le cas lorsque, passif, il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient. Au titre des obligations positives, il peut, en effet, par son inertie ou ses insuffisances, violer également ses obligations conventionnelles. Ainsi, s'agissant du droit à la vie, l'État doit non seulement s'abstenir de porter atteinte de manière arbitraire à celui-ci, mais il doit aussi prendre toutes les mesures qui s'imposent pour le protéger à l'égard tant d'un individu déterminé que d'une population *dans son ensemble*<sup>115</sup>. Ni trop, ni pas assez : il importe pour l'État de trouver le juste équilibre.
- 44 Dès les premiers temps de la crise sanitaire, le Conseil d'État s'est prononcé sur cette mise en balance<sup>116</sup>. Saisi par le syndicat Jeunes Médecins dans le cadre d'un référé-liberté, il lui a été demandé de prononcer un confinement total de la population. De l'avis du syndicat, une interdiction absolue de sortie, sauf motif médical, devait être décidée et un ravitaillement de la population instauré ; les transports en commun devaient s'arrêter, de même que les activités professionnelles non vitales : en s'abstenant de prendre de telles mesures, l'État portait atteinte, selon les médecins requérants, au droit à la vie protégé par l'article 2 de la CEDH, notamment, et à la santé de la population, en particulier du personnel soignant. Le Conseil d'État n'a pas donné suite à cette demande de confinement total mais il a enjoint le Gouvernement de « réexaminer le maintien de la dérogation « pour déplacements brefs, à proximité du domicile » compte tenu des enjeux majeurs de santé publique » et de « préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé »<sup>117</sup>, en particulier la pratique du jogging qui paraissait assez floue<sup>118</sup>. Dès le lendemain de l'ordonnance du Conseil d'État, le 23 mars, le Premier ministre indiquait que l'activité sportive était

désormais limitée à une heure par jour dans un rayon d'un kilomètre autour de son domicile<sup>119</sup>.

- 45 Cette affaire peut sembler quelque peu paradoxale dans la mesure où les requérants recourent ici au référé-liberté pour demander, précisément, une limitation plus importante de plusieurs libertés. Toutefois, le droit à la vie, protégé par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme comme le rappelle le Conseil d'Etat<sup>120</sup>, est considéré, aussi, comme une « liberté » au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative<sup>121</sup>. Il est ainsi possible dans le cadre de cette procédure - qui s'apparente finalement davantage à un référé « droits de l'homme » qu'à un référé-liberté<sup>122</sup> -, de se tourner vers le juge en cas de carence de l'autorité publique pour protéger la vie, quitte, dans ce cas, à mobiliser ce droit contre les libertés. Or, dans cette affaire, les droits à la vie et à la santé<sup>123</sup> étaient opposés, notamment, aux libertés de circulation et de réunion<sup>124</sup>.
- 46 La nature spécifique du droit à la vie dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme tend à orienter la politique des États en cas de crise sanitaire. Considéré comme la « valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international »<sup>125</sup> et « la condition nécessaire à l'exercice de tous les autres droits »<sup>126</sup>, il présente un caractère intangible ; il est bien « le premier des droits de l'homme »<sup>127</sup>. Les privations arbitraires de la vie sont interdites en toute circonstance. Il appartient notamment à l'État de « protéger la vie de l'individu (...) contre le risque de maladie »<sup>128</sup>. En revanche, la liberté de circulation ou de réunion et le droit à la liberté, qui se trouvent limités dans le contexte de la crise sanitaire actuelle, présentent un caractère dérogeable. Ces deux types de droits, c'est-à-dire, d'un côté, le droit à la vie et, de l'autre, ces libertés, ne sont ainsi pas totalement sur un pied d'égalité dans l'ordre juridique international, ce qui est susceptible d'influencer le règlement des conflits entre les deux. D'autant que, tel qu'il est interprété par le juge international, le droit à la vie ne s'apparente pas, en tant que tel, à un droit à une qualité de vie ; il consiste principalement en un droit de rester en vie, à la survie<sup>129</sup> ; l'approche est quasi-biologique.
- 47 Dès lors, si l'on admet, avec Marcel Gauchet, que les droits de l'homme deviennent « l'étalon de l'action publique »<sup>130</sup>, le caractère prééminent de la protection juridique de la vie tend à placer l'État en administrateur de celle-ci dans le cadre du biopouvoir<sup>131</sup>.
- 48 Reste que la finalité des droits de l'homme est d'établir des « meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande »<sup>132</sup> ; ces droits visent « l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère »<sup>133</sup>. Il n'y a pas de liberté sans sécurité mais une « sécurité dénuée de liberté ne peut être l'objectif d'une démocratie »<sup>134</sup> ; en toute hypothèse, la sécurité absolue (y compris la sécurité sanitaire) est contraire à la condition humaine<sup>135</sup>.
- 49 Même s'il existe un noyau dur de droits de l'homme spécialement protégés en cas de circonstances exceptionnelles, ceux-ci sont régis par le principe d'indivisibilité. En cas de conflits de droits, l'arbitrage opéré est donc par nature « relatif » et « l'établissement d'une hiérarchie donnée une fois pour toute est illusoire »<sup>136</sup>. En d'autres termes, le droit à la vie n'a pas vocation à primer nécessairement, et en toute hypothèse, sur les autres droits de l'homme.

## B. La mise en balance des droits s'applique aussi aux techniques de traçage aux fins de protection de la santé

- 50 Cette mise en balance entre droits est particulièrement nécessaire s'agissant du « traçage » - terme initialement utilisé pour les produits qui a été étendu aux personnes, notamment dans le cadre de l'épidémie de covid-19. Le traçage numérique peut prendre des formes variées et poursuivre des objectifs divers ; de nombreux pays y ont eu recours depuis le début de la crise sanitaire. Son but peut être de déterminer comment se déplacent les personnes et, ainsi, où se trouvent les fortes zones de contagion. Les détenteurs d'un téléphone portable, en sollicitant des antennes relais, donnent, en effet, à l'opérateur de services de télécommunications un aperçu de leurs déplacements ; l'opérateur (et le cas échéant l'autorité de santé lorsque les données lui sont transmises) peut alors agréger ces données pour établir des cartes, et évaluer, ainsi, combien de personnes se trouvent dans un endroit déterminé ; cela peut contribuer à apprécier le risque de transmission du virus et à adapter ainsi les soins<sup>137</sup>. Dans d'autres cas, l'objectif peut être, pour les autorités, de s'assurer du respect de la quarantaine par les individus contaminés ou susceptibles de l'être. En Pologne, une application mobile reposant sur des *selfies* pris par les personnes revenant de l'étranger a ainsi été développée durant la crise ; ces photos permettaient aux autorités de contrôler que les intéressés restaient bien à leur domicile<sup>138</sup>. Les personnes ainsi placées en quarantaine n'avaient pas l'obligation de télécharger cette application mais à défaut, elles étaient susceptibles de recevoir des visites imprévues de la police.
- 51 Pour sa part, la France a, dans un premier temps (à partir de juin 2020), mis en place l'outil StopCovid à la suite d'un vote du Parlement conformément à l'article 50-1 de la Constitution<sup>139</sup>.
- 52 Basée sur le Bluetooth, l'application avait vocation à tracer les interactions sociales de ses utilisateurs afin de les avertir s'ils avaient été en contact avec une personne infectée par le virus (*contact tracing*).
- 53 Le recours à cette méthode de suivi numérique a soulevé des « questions inédites »<sup>140</sup>, qui vont au-delà du Règlement général sur la protection des données (RGPD)<sup>141</sup> pour interroger les droits de l'homme. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit les immixtions illégales dans la vie privée, mais également arbitraires<sup>142</sup>, c'est-à-dire l'immixtion qui, tout en étant prévue par la loi, n'est pas conforme aux buts et objectifs de ce traité<sup>143</sup> ; la Convention européenne des droits de l'homme va aussi dans ce sens<sup>144</sup>. Dès 1988, le Comité des droits de l'homme a précisé que « la protection la plus efficace » de la vie privée implique que chaque individu ait le droit de déterminer, sous une forme intelligible, si « des données personnelles le concernant et, dans l'affirmative, lesquelles, sont stockées dans des fichiers automatiques de données, et à quelles fins »<sup>145</sup> ; il a aussi enjoint l'État de « prendre des mesures efficaces afin d'assurer que ces renseignements ne tombent pas entre les mains de personnes non autorisées par la loi à les recevoir, les traiter et les exploiter, et ne soient jamais utilisés à des fins incompatibles avec le Pacte »<sup>146</sup>. Selon le Comité, cependant, « étant donné que toutes les personnes vivent en société, la protection de la vie privée est nécessairement relative. Toutefois, les autorités publiques compétentes ne doivent pouvoir réclamer que celles des informations touchant la vie privée de l'individu dont la connaissance est *indispensable* à la société, au sens du Pacte »<sup>147</sup>. De même, seules des exigences graves peuvent conduire à limiter le droit à la vie privée

selon la Cour européenne des droits de l'homme : l'outil doit être justifié par un besoin social *impérieux*<sup>148</sup>. En d'autres termes, si la protection de la santé peut légitimer l'utilisation d'une telle application, elle ne la justifie pas en toute hypothèse. Ici encore, tout est affaire de mesure.

- 54 A cet égard, plusieurs considérations permettent d'apprécier la conformité de la mesure établissant une telle application de « traçage » au droit international des droits de l'homme. Tout d'abord, le caractère anonymisé des données revêt une importance essentielle. L'application mise en place en France attribue, certes, des pseudonymes mais dans la mesure où il existe un lien entre ces pseudonymes et les applications téléchargées par une personne physique déterminée, ce dispositif implique le traitement de données à caractère personnel. Il faut donc rester prudent à l'égard de la qualification d'« anonymisation » : même si des précautions techniques sont prises, un risque de réidentification de la personne infectée subsiste<sup>149</sup>.
- 55 Le caractère volontaire de la démarche doit lui-même être appréhendé avec vigilance. Le consentement, en effet, ne constitue en aucun cas une limite absolue aux droits de l'homme. Même si la démarche est basée sur le volontariat, la collecte et la conservation des données doit être strictement limitée à ce qui est nécessaire de manière à « minimiser l'atteinte portée à la vie privée des personnes »<sup>150</sup>.
- 56 Par ailleurs, les atteintes à la vie privée doivent être mises en balance avec l'efficacité du dispositif. Celle-ci repose « sur le bon calibrage des algorithmes permettant d'identifier une interaction susceptible d'avoir engendré une contamination »<sup>151</sup>. Or, comme le Bluetooth est une technique « aveugle », il n'identifie pas si la personne avec laquelle l'individu a été en contact était masquée ou se trouvait derrière une plaque de plexiglass par exemple ; il y a donc un risque de faux positifs<sup>152</sup>. A l'inverse, un risque de faux négatifs existe, l'application n'ayant pas détecté une personne contaminée. Ce problème s'est posé en France s'agissant de StopCovid qui s'est avéré être un échec : quatre mois après sa mise en service, l'application n'avait été téléchargée que 2,6 millions de fois et avait généré seulement 472 notifications à de potentiels cas contacts tandis que 7 969 personnes se déclaraient positives au Covid-19<sup>153</sup>. Faute de présenter l'efficacité escomptée, StopCovid a finalement été remplacé en octobre 2020 par une nouvelle application, TousAntiCovid. Cet outil s'apparente au précédent, même si des fonctionnalités ont été ajoutées pour encourager les Français à la télécharger<sup>154</sup>.
- 57 Par ailleurs, une autre considération essentielle pour apprécier la proportionnalité de cette mesure prise en réponse à la crise sanitaire tiendra à sa durée. Son caractère temporaire ou, au contraire, pérenne sera pris en compte pour apprécier sa conformité aux conventions internationales de droits de l'homme, et ce, en fonction du contexte (la récurrence ou non de l'épidémie est notamment un facteur à examiner). A cet égard, le risque d'effet cliquet a été souligné par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH)<sup>155</sup>. L'état d'urgence, en effet, habitue les esprits à ce type de dispositifs qui pourrait être maintenu, une fois sortie de la crise. Or, par-delà le droit à la vie privée, le *contact tracing* comporte des « risques d'atteintes transversales aux droits et libertés fondamentaux »<sup>156</sup>, en particulier de discriminations. Dans un contexte de pandémie, l'acceptabilité sociale de cet outil tend à favoriser une accoutumance aux limitations de libertés.
- 58 Ces analyses valent également pour d'autres techniques utilisées par les autorités pour lutter contre l'épidémie telles que les drones. A la requête d'une association invoquant notamment l'article 8 de la CEDH, le Conseil d'État leur avait demandé, une fois le

déconfinement intervenu, de cesser la surveillance du respect des règles sanitaires en vigueur tant qu'un dispositif rendant impossible l'identification des personnes filmées et un encadrement adéquat des données personnelles n'avaient été mis en place<sup>157</sup>. Aujourd'hui, la proposition de loi relative à la sécurité globale envisage le recours aux drones par les services de l'Etat tant pour assurer « la sécurité des rassemblements de personnes sur la voie publique » que pour prévenir les actes de terrorisme, constater des infractions, réguler les flux de transport ou, encore, surveiller les littoraux<sup>158</sup>.

### III. Non-discrimination et égale dignité

- 59 Le droit à la non-discrimination ne figure pas dans la liste des droits indérogables prévue par les conventions internationales des droits de l'homme<sup>159</sup>. Toutefois, les mesures prises en cas de danger public exceptionnel, y compris sanitaire, ne doivent pas entraîner « une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale »<sup>160</sup>, conformément au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Convention européenne des droits de l'homme, quant à elle, interdit de prendre des mesures « en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international »<sup>161</sup> et donc, indirectement les discriminations fondées sur les motifs énoncés dans le Pacte pour les États qui y sont parties.
- 60 Le droit à la non-discrimination présente ainsi un caractère quasi-absolu<sup>162</sup>. D'autant qu'une discrimination peut constituer une atteinte au droit de ne pas subir de traitement dégradant qui est, lui-même, indérogable<sup>163</sup>.
- 61 Toutefois, seuls certains motifs de discrimination sont proscrits en cas de dérogation aux droits face à un danger public<sup>164</sup>. Une forme de hiérarchisation des divers types de discrimination existe ainsi dans les conventions internationales de droits de l'homme : alors que les différences de traitement injustifiées pour motif racial ou ethnique sont interdites en toutes circonstances, tel n'est pas le cas, notamment, de celles à raison de la précarité sociale. Certes, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit les discriminations à raison de « l'origine sociale » mais cette notion est plus étroite que celle de « précarité sociale »<sup>165</sup>.
- 62 Reste que toute mesure dérogatoire prise pour répondre à un danger public exceptionnel doit être nécessaire et proportionnelle. Or, on voit mal comment une mesure entraînant une discrimination à raison de la précarité sociale, par exemple, pourrait satisfaire à de telles conditions dans un contexte de crise sanitaire. Aucun État, d'ailleurs, n'a déclaré suspendre ce droit à la non-discrimination pour faire face à l'épidémie. Certains d'entre eux ont, au contraire, rappelé, dans leur notification de dérogation, l'importance qu'ils accordent au principe de non-discrimination dans la lutte contre le covid-19<sup>166</sup>. Il incombe ainsi aux autorités de garantir l'égale dignité « inhérente à tous les membres de la famille humaine »<sup>167</sup> dans la gestion de cette crise sanitaire.
- 63 Or deux catégories de personnes sont particulièrement vulnérables face à une telle épidémie, à savoir celles qui se trouvent dans des lieux d'enfermement (A) et celles qui ne disposent pas de logement et se trouvent en situation précaire (B).



## A. La vie et la santé doivent être protégés dans les lieux d'enfermement

- 64 Le 30 janvier dernier, la France a été condamnée par le Cour européenne des droits de l'homme en raison de la surpopulation carcérale et de conditions de détention indignes<sup>168</sup>. Dans ce contexte, alors que la vie et la santé doivent être protégées, aussi, dans les lieux d'enfermement<sup>169</sup>, la Haute-Commissaire aux droits de l'homme, Michelle Bachelet, a, dès le 25 mars, demandé aux États de laisser sortir les détenus les plus âgés, malades et ceux « présentant un risque faible »<sup>170</sup>.
- 65 Dans ce contexte, en France, l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars a permis à « toute personne détenue condamnée à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, à laquelle il reste à subir un emprisonnement d'une durée égale ou inférieure à deux mois, (d'exécuter) le reliquat de sa peine en étant assignée à son domicile, avec l'interdiction d'en sortir, sous réserve des déplacements justifiés par des besoins familiaux, professionnels ou de santé impérieux »<sup>171</sup>. Cette disposition n'a bénéficié ni au « personnes condamnées pour des faits de terrorisme »<sup>172</sup>, ni aux auteurs de violences, en particulier au sein de la famille. Sur cette base, 6000 détenus environ ont été libérés<sup>173</sup>. Des associations ont toutefois considéré insuffisante cette mesure pour éviter une contagion. L'Observatoire international des prisons en particulier a fait valoir que, compte tenu de la surpopulation et de la vétusté des installations pénitentiaires, il existait une « carence de l'administration qui porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie, au droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et au droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé »<sup>174</sup>, droits protégés aux niveaux européen et international. Il a notamment préconisé auprès du Conseil d'État un élargissement des conditions de libération anticipée aux personnes condamnées qui n'avaient plus que six mois de prison à purger, ainsi qu'une distribution aux détenus de matériel sanitaire (en particulier masques et gels hydro-alcooliques)<sup>175</sup>. Saisi d'une demande similaire, le Tribunal administratif de la Martinique a ordonné le 4 avril la mise à disposition de tels moyens au centre pénitentiaire de Ducos<sup>176</sup> (centre qui avait été visé par la Cour européenne des droits de l'homme en janvier dernier en raison des mauvaises conditions de détention<sup>177</sup>). Le Conseil d'État, en revanche, a rejeté cette demande en indiquant qu'il n'avait pas le pouvoir d'accroître la portée des dispositifs de libération de détenus, une telle mesure relevant du domaine de la loi<sup>178</sup> ; il a aussi estimé que compte tenu du nombre de masques disponibles à l'échelle nationale ainsi que des mesures prises au sein des établissements, il ne pouvait être ordonné de procéder à une distribution de ce type de matériels auprès de chaque détenu<sup>179</sup>. Cette situation de pénurie de matériel médical peut être rapprochée de celle qui existe en matière de droit au logement ; or, à cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que « la carence des autorités, qui s'explique, selon le Gouvernement, par la pénurie de logements disponibles, ne se fonde sur aucune justification valable au sens de sa jurisprudence »<sup>180</sup>.
- 66 Si l'ordonnance du 25 mars 2020 a autorisé la libération anticipée de certaines personnes incarcérées, elle a, en revanche, rendu possible la prolongation de plein droit de la durée maximale de la détention provisoire<sup>181</sup>. « Il n'est pas nécessaire », précise la circulaire du 26 mars prise en application de cette ordonnance, que ces « prolongations soient ordonnées par la juridiction compétente »<sup>182</sup>. Outre que cette

mesure va à l'encontre des préconisations internationales puisque, de l'avis de la Haute-Commissaire aux droits de l'homme, « les gouvernements devraient libérer toute personne détenue sans fondement juridique suffisant »<sup>183</sup>, elle pose question eu égard au droit à l'*habeas corpus*. Ce droit, protégé par le PIDCP et la CEDH, permet, en effet, à toute personne privée de liberté de saisir un juge pour qu'il se prononce sur la régularité de la détention<sup>184</sup>. De plus, selon la Cour européenne des droits de l'homme, les autorités doivent « veiller à ce que, dans un cas donné, la durée de la détention provisoire d'un accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable. A cette fin, il leur faut examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et d'en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement »<sup>185</sup>.

- 67 Saisi de la question par l'Union des Jeunes Avocats de Paris qui soutenait que cette mesure portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la sûreté et au droit à un procès équitable, garantis par les articles 5 et 6 de la CEDH, le Conseil d'État l'a validé, arguant - après avoir rappelé les circonstances qui ont conduit à l'adopter - que l'ordonnance « s'est bornée à allonger ces délais, sans apporter d'autre modification aux règles du code de procédure pénale qui régissent le placement et le maintien en détention provisoire »<sup>186</sup>. La conventionnalité de cette mesure est toutefois douteuse : rappelant que la France n'a pas exercé son droit à dérogation dans le cadre des traités internationaux de droits de l'homme<sup>187</sup>, la Cour de Cassation a considéré que « l'article 16 de l'ordonnance ne saurait-il être regardé comme compatible avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et la prolongation qu'il prévoit n'est-elle régulière que si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention rendait, dans un délai rapproché courant à compter de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit, une décision par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention »<sup>188</sup>. Dans le même sens, de l'avis du Conseil constitutionnel, « les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, notamment les exigences résultant de son article 66 s'agissant des modalités de l'intervention du juge judiciaire en cas de prolongation d'une mesure de détention provisoire »<sup>189</sup>. Cette mesure de prolongement de plein droit de la détention provisoire n'a d'ailleurs pas été reconduite dans la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire<sup>190</sup>.

## **B. Le noyau dur des droits économiques, sociaux et culturels doit être garanti en toute circonstance**

- 68 Les sans domicile fixe, pour lesquels le confinement ou le couvre-feu sont, par essence impossibles, constituent une autre catégorie de personnes particulièrement vulnérables en cas de crise sanitaire. Conformément au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>191</sup> et à la loi DALO<sup>192</sup>, ils doivent être mis à l'abri. De plus, ils ne peuvent, en aucun cas, être sanctionnés ; cette dernière précision peut aller de soi, elle n'est pourtant pas inutile : dans certaines régions françaises, des personnes sans logement ont été verbalisées pour manquement au respect de l'obligation de confinement à domicile alors qu'elles se trouvaient sur la voie

publique<sup>193</sup>. Le 31 mars, la Cellule interministérielle de crise covid-19 a finalement rappelé aux agents que les SDF ne peuvent être ainsi sanctionnés<sup>194</sup>.

- 69 Dans le contexte de la crise sanitaire, certaines mesures ont été adoptées pour protéger les personnes en situation précaire : la trêve hivernale pour les expulsions locatives a été reportée jusqu'au 31 mai<sup>195</sup>, puis jusqu'au 10 juillet 2020<sup>196</sup>, de même que l'interdiction de couper l'électricité et le gaz<sup>197</sup>. Des collectivités locales ou des sociétés privées ont mis à disposition des locaux<sup>198</sup> ; des salles polyvalentes ou gymnases ont aussi été réquisitionnés<sup>199</sup>.
- 70 Toutefois, les mesures prises ont manqué dans certains cas de cohérence<sup>200</sup> : s'agissant des migrants en particulier, « alors que des campements (ont été) démantelés et (ont conduit) à la circulation de personnes potentiellement infectées, d'autres (ont été) au contraire confinés, empêchant les occupants d'accéder aux points d'eau et aux distributions de repas effectuées à l'extérieur, soit à leurs droits les plus fondamentaux »<sup>201</sup>. Or, - les institutions onusiennes (notamment le Haut Commissariat aux droits de l'homme et le Haut Commissariat pour les réfugiés) l'ont souligné-, « les migrants et les réfugiés sont disproportionnellement vulnérables à l'exclusion, à la stigmatisation et à la discrimination, en particulier lorsqu'ils sont sans papiers. (...) Il est essentiel que tous, y compris tous les migrants et réfugiés, bénéficient d'un accès égal aux services de santé et soient effectivement inclus dans les réponses nationales à COVID-19, y compris la prévention, le dépistage et le traitement. L'inclusion aidera non seulement à protéger les droits des réfugiés et des migrants, mais servira également à protéger la santé publique et à endiguer la propagation mondiale du COVID-19 »<sup>202</sup>.
- 71 De plus, les hébergements collectifs qui accueillent les SDF ne respectant pas nécessairement la règle de la distanciation sociale<sup>203</sup>, plusieurs associations (en particulier la Fédération nationale Droit au logement) ont demandé au Conseil d'État d'ordonner aux autorités de les fermer et de réquisitionner des chambres d'hôtels ou des appartements ; de l'avis de ces associations, la situation « portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie de l'ensemble des personnes concernées, protégé par l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (et) au droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants, protégé par l'article 3 de cette convention »<sup>204</sup>. Le Conseil d'État a, toutefois, rejeté cette demande, estimant qu'il n'existait pas de carence « en l'état de l'instruction »<sup>205</sup>. Il a également rejeté le recours d'associations (dont Mouvement citoyen Tous Migrants et Soutien Réseau Hospitalité) visant à ordonner à l'État de prendre diverses mesures pour assurer la protection des personnes en situation de précarité, en particulier la mise en place d'une procédure dématérialisée permettant l'enregistrement des demandes d'asile et l'ouverture au bénéfice des demandeurs des droits afférents ; le juge des référés a considéré qu'il n'apparaissait pas de carence grave et manifestement illégale des autorités justifiant que soient ordonnées les mesures sollicitées par les associations requérantes<sup>206</sup>.
- 72 Contrairement au Pacte relatif aux droits civils et politiques, et malgré le parallélisme existant entre les deux textes (en particulier entre leurs articles 4 et 5)<sup>207</sup>, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ne comporte pas de clause de dérogation aux droits qui y sont reconnus ; il indique seulement que « l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique »<sup>208</sup>. Des limitations sont

donc possibles mais il ne peut s'agir que de restrictions. En outre, elles ne doivent pas conduire à dénaturer les droits protégés, c'est à dire à en altérer l'essence<sup>209</sup>. L'article 2 du PIDESC précise la nature de ces droits dont le plein exercice doit être assuré « progressivement, au maximum des ressources disponibles »<sup>210</sup>. Cet article 2 a « une importance particulière » : il « entretient une relation dynamique avec toutes les autres dispositions »<sup>211</sup> du Pacte et doit « se lire en conjonction », notamment, avec l'article 4<sup>212</sup>. Autrement dit, les limitations apportées aux droits économiques, sociaux et culturels en cas de situation d'urgence sont fonction des moyens financiers et ressources de l'État en cause<sup>213</sup>. De plus, l'État a en toute circonstance « l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits »<sup>214</sup>. Les États ont ainsi une faible latitude dans la limitation des droits économiques, sociaux et culturels : les mesures prises ne doivent être ni arbitraires, ni déraisonnables ou discriminatoires<sup>215</sup>.

## Conclusion

- 73 L'état d'urgence sanitaire n'est pas un blanc-seing. Au regard du droit international des droits de l'homme, chaque mesure adoptée dans un tel contexte doit être nécessaire, proportionnée et strictement limitée à ce que la situation exige. Ces principes s'appliquent qu'il s'agisse de dérogations ou de simples restrictions.
- 74 Si les États doivent éviter de suspendre les droits et libertés, lorsqu'ils décident néanmoins de déroger à une convention de droits de l'homme, la notification aux instances internationales compétentes et, ainsi, aux autres États, est préconisée dans un souci de transparence et de cohérence. Une telle dérogation doit être nécessairement limitée dans le temps, avec l'objectif d'un retour à la normale le plus rapidement possible<sup>216</sup>. De plus, dans un tel contexte, les atteintes aux droits indérogeables (en particulier au droit de ne pas subir de torture ou de traitements inhumains ou dégradants) sont strictement interdites. La protection du noyau dur des droits à un niveau de vie suffisant (en particulier au logement et à la nourriture), à la santé ou encore à l'éducation doit, elle-même, être garantie en toute circonstance.
- 75 Pour que le respect de ces principes soit assuré en période d'état d'urgence, les juridictions nationales chargées de statuer sur les plaintes qui y sont relatives, doivent impérativement fonctionner de manière optimale<sup>217</sup>. Le juge interne est, en effet, le juge de droit commun des conventions internationales de droits de l'homme. Conformément au principe de subsidiarité, les juridictions internationales n'ont vocation qu'à jouer un rôle de supervision ; elles ne se prononcent ainsi en général que *post factum*<sup>218</sup>.
- 76 Les mesures provisoires qu'elles prescrivent n'interviennent, elles-mêmes, qu'une fois les recours internes épuisés<sup>219</sup>. Leur but est classiquement d'éviter des dommages « irréversibles »<sup>220</sup> ; elles concernent ainsi principalement les droits intangibles, en particulier le droit à la vie, plus que les droits « non-qualifiés », en particulier les libertés, même lorsque leurs limitations affectent toute une population comme dans le cas d'un confinement. Le caractère exceptionnel des mesures provisoires participe à leur efficacité : si le juge international des droits de l'homme y recourait davantage, le risque serait, peut-être, un respect moindre de la part des États. Se poserait aussi le problème de l'expertise du juge pour adopter de telles mesures dans un contexte de pandémie<sup>221</sup>.

- 77 Reste que la crise du covid-19 a révélé certaines faiblesses du système conventionnel des droits de l'homme. La subsidiarité permet une approche pluraliste des droits universels<sup>222</sup>, il ne s'agit pas de la remettre en cause : les autorités nationales sont les plus à même d'apprécier en premier lieu les considérations complexes et hautement politiques qu'implique une telle crise sanitaire<sup>223</sup>. Les conventions internationales de droits de l'homme ne sont pas des « camisole(s) de force » qui entraveraient l'action des États<sup>224</sup> ; l'existence d'une marge d'appréciation participe d'ailleurs à expliquer leur succès. Néanmoins, alors que la crise sanitaire a ralenti, un temps, le fonctionnement des juridictions nationales et a allongé les délais d'épuisement des recours internes, un dialogue plus soutenu entre le juge interne et international pourrait se justifier sachant que l'état d'urgence constitue une période critique pour les droits et libertés. D'autant qu'inévitablement, certaines mesures étatiques prises durant la crise sont appelées à faire l'objet de plaintes devant les organes supranationaux de protection des droits de l'homme, notamment la Cour européenne des droits de l'homme<sup>225</sup>.
- 78 Un tel dialogue n'est pas incompatible avec ce qui a été exposé précédemment : la subsidiarité n'implique nullement de considérer les ordres juridiques internes et internationaux comme des vases clos ; « la séparation n'impose pas l'isolement »<sup>226</sup>. La possibilité récemment ouverte par le Protocole n° 16<sup>227</sup> de demande d'avis consultatif auprès de la CEDH le montre bien ; elle révèle aussi l'intérêt de tels mécanismes lorsque des questions inédites se posent comme aujourd'hui. Le caractère abstrait de l'avis, qui, par nature, va au-delà du cas d'espèce, permet de ménager le principe de subsidiarité<sup>228</sup>.
- 79 Une demande d'avis consultatif, toutefois, doit être portée par les juridictions suprêmes de l'État, puis celui-ci doit être rendu par la Grande chambre de la CEDH de telle sorte qu'un certain laps de temps est nécessaire. C'est pourquoi, en cas de circonstances exceptionnelles, on pourrait imaginer la mise en place d'une procédure d'urgence, plus souple, de consultation de la Cour européenne des droits de l'homme, voire du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Pour qu'une telle procédure soit efficace, il serait nécessaire que les organes internationaux de protection des droits de l'homme fonctionnent de manière optimale en période de crise sanitaire, ce qui n'a pas été le cas au début de la pandémie de covid-19, qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'homme ou du Comité des droits de l'homme. Sur un plan plus politique, ce type de procédure implique aussi une volonté de coopération. Or, l'on sait avec quelles réticences le Conseil d'État accueille classiquement les positions du Comité des droits de l'homme<sup>229</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme fait, elle-même, preuve de davantage de retenue que la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui, face à la pandémie de coronavirus, a adressé un communiqué à ses États membres<sup>230</sup>.
- 80 Un dialogue renforcé entre autorités nationales et internationales en matière de droits de l'homme pourrait pourtant améliorer la gestion d'une prochaine crise sanitaire : l'universalisme est « trop ambitieux » et le souverainisme, replié sur les communautés nationales, est, quant à lui, « trop frileux »<sup>231</sup> : pour les concilier et garantir une meilleure protection des droits de l'homme, il est indispensable de les penser de manière interactive.

---

## NOTES

1. Voir le Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19, *JORF* n° 0066 du 17 mars 2020. Voir aussi l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, *JORF* n° 0064 du 15 mars 2020 ; la Communication de la Commission de l'UE COVID-19 : restriction temporaire des déplacements non essentiels vers l'UE (COM(2020) 115) du 16 mars 2020 (voir aussi le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)) ; le Décret n° 2020-279 du 19 mars 2020 modifiant le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19, *JORF* n° 0069 du 20 mars 2020 ; le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0072 du 24 mars 2020.
2. Voir International Institute for Democracy and Electoral Assistance, *Taking stock of Global Democratic Trends Before and During the COVID-19 Pandemic*, Décembre 2020, en ligne.
3. Le « premier » confinement a débuté en France métropolitaine le 17 mars 2020 et a pris fin le 11 mai.
4. Voir l'entretien avec Edgar Morin, *Le Monde*, 19 et 20 avril 2020, p. 28 et 29.
5. Sur cette question, voir Isabelle Boucobza et Stéphanie Hennette-Vauchez, « L'état d'urgence dans la durée : comédie dramatique en plusieurs actes », *Revue des droits de l'homme*, 2017, n° 12.
6. L'état d'urgence sanitaire est entré en vigueur en France le 24 mars 2020 (voir Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0072 du 24 mars 2020) ; il a pris fin en France métropolitaine le 11 juillet 2020 (voir Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ; voir aussi la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire). Il a repris le 15 novembre 2020 (Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire).
7. Voir CNCDH (Commission nationale consultative des droits de l'homme), *Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016*, 26 janvier 2017 : « L'administration ne se réfère pas à un trouble à l'ordre public, mais craint plutôt un passage à l'acte, de sorte que l'on passe d'un ordre public objectif à un ordre public virtuel » (Serge Slama).
8. Voir Ludovic Hennebel, « Le complexe du cannibale : l'ennemi du genre humain face au droit » in Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja (dir.), *Humanisme et droit, Mélanges en hommage au Professeur Jean Dhommeaux*, Paris, Pedone, 2013, p. 75.
9. Emile Durkheim, « Définitions du crime et fonction de châtement » in Denis Szabo (coord.), *Deviance et criminalité. Textes*, Paris, Armand Colin, 1970. [Disponible en ligne]
10. Ludovic Hennebel, « Le complexe du cannibale (...) », *op. cit.*, p. 76 et 77.
11. Voir l'« Adresse aux Français » du Président de la République Emmanuel Macron du 16 mars 2020 : le terme « guerre » est employé à sept reprises.
12. Le terme « norme » est ici employé dans toute sa complexité, c'est-à-dire comme désignant tant ce qui est légal que ce qui est normal. Sur la notion de norme, voir Danièle Lochak, « Droit, normalité et normalisation » in *Le droit en procès*, 1983, p. 51.
13. Sébastien Van Drooghenbroeck et Xavier Delgrange, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, 2019, n° 7. Disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/rdr/290>
14. Voir Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 29.

15. Jacques Mourgeon, *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, p. 5.
16. Art. 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948.
17. Jacques Mourgeon, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 18.
18. Art. 29, par. 2 de la DUDH. Voir aussi l'art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
19. Voir not. le Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 préc., le décret n° 2020-279 du 19 mars 2020 préc. et le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 préc.
20. Cour EDH, arrêt du 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, not. par. 10.
21. Frédéric Sudre, Laure Millano, Hélène Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2019, 14<sup>ème</sup> édition, p. 181 et s.
22. Voir Béatrice Delzangles, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? » in D. Lochak, *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2007, en ligne : <https://books.openedition.org/pupo/1371>.
23. Frédéric Sudre, Laure Millano, Hélène Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 193.
24. Art. 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« PIDCP ») du 16 décembre 1966.
25. CE, Ordonnance du 2 avril 2020, n° 439763, par. 11.
26. Jean-Marc Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », *Les cahiers de Portalis*, 2018/1, n° 5, p. 15.
27. François Ost, « Préface », in S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. I.
28. Alain Clémence, Willem Doise, Annamaria Silvana de Rosa et Lorena Gonzalez, « La représentation sociale des droits de l'homme : une recherche internationale sur l'étendue et les limites de l'universalité », *International journal of psychology*, 1995, Vol. 30, n° 2, p. 19.
29. Michel Rosenfeld (2009), cité in Mireille Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de la navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2016, p. 84.
30. Jacques Mourgeon, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 13.
31. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre II, chap. 6, par. 5 et 15, [en ligne].
32. Art. 4 du PIDCP du 16 décembre 1966. Voir aussi Comité des droits de l'homme des Nations Unies (« CDH »), Observation générale n° 29, *États d'urgence (article 4)*. L'article 15 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ou Convention européenne des droits de l'homme : « CEDH ») du 4 novembre 1950 emploie quant à lui, les notions d'« état d'urgence » (intitulé de l'article) et de « danger public menaçant la vie de la nation » (corps de l'article). Dans la présente étude, nous emploierons ces notions indifféremment.
33. *Ibid.*
34. Selon les termes du Président de la République Emmanuel Macron : voir « Adresse aux Français » préc. du 16 mars 2020.
35. Voir Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations, reproduit en annexe de Conseil économique et social des Nations Unies (Commission des droits de l'homme), « État des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme », 28 septembre 1984, Doc. NU E/CM.4/1985/4, par. 39 (ci-après « Principes de Syracuse »).
36. Voir Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 719.
37. En ce sens, *ibid.*

38. Par. 54 des Principes de Syracuse (non souligné dans la version d'origine).
39. Voir Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, « Emergency measures and covid-19 : guidance », 27 avril 2020 [en ligne] : « *If derogations from a State's human rights obligations are needed to prevent the spread of COVID-19, all measures taken should be proportionate and limited to those strictly required by the exigencies of the situation* ».
- Sur cette question, voir S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme (...), op. cit.*
40. Les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la vie des personnes placées sous leur juridiction (sur ce point, voir *infra*) ; ils doivent notamment « protéger la vie (...) contre le risque de maladie » (Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), 1<sup>er</sup> mars 2001, *Berktaç c/ Turquie*, req. n° 22493/93, par. 154). Conformément à cette jurisprudence (voir aussi not. Cour EDH, 29 septembre 2008, *Affaire Boudaïeva et autres c. Russie*, req. n° 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02), l'État doit faire preuve de diligence en s'approvisionnant en matériel nécessaire pour faire face à une crise sanitaire lorsqu'elle survient, voire en amont de celle-ci. La Cour EDH a été saisie de la question par un particulier contestant la gestion de la crise sanitaire française, en particulier l'approvisionnement en masques de protection ; la Cour a jugé le recours irrecevable, considérant que celui-ci s'apparentait à une *actio popularis* ; de l'avis de la Cour, le requérant n'avait pas démontré en quoi ces manquements l'avaient personnellement affecté et porté atteinte à ses droits : voir Cour EDH, Décision du 5 novembre 2020, *Renaud Le Mailloux c/ La France*, req. n° 18108/20.
41. En ce sens, CDH, Observation générale n° 29, *op. cit.*, par. 5.
42. Art. 4, par. 2 du PIDCP et art. 15, par. 2 de la CEDH.
43. Sur cette notion, voir not. Mireille Delmas-Marty, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1994, n° 3, p. 477- 490.
44. Art. 7 du PIDCP.
45. Art. 15, par. 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (« PIDESC ») du 16 décembre 1966.
46. CE, Ordonnance du 28 mars 2020, *Demande de recommandation temporaire d'utilisation pour le Plaquenil (Covid-19)*, n° 439765, not. par. 13.
47. Voir l'art. 4, par. 2 du PIDCP.
48. Art. 18, par. 3 du PIDCP.
49. Art. 8, IV du Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et art. 10, III, du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.
50. CE, Ordonnance du 18 mai 2020, *Rassemblements dans les lieux de culte*, n° 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590. Voir aussi CE, Ordonnance du 29 novembre 2020, req. n° 446930, 446941, 446968, 446975.
51. Art. 4, par. 1 du PIDCP. Voir aussi le par. 42 des Principes de Syracuse.
52. Art. 4, par. 3 du PIDCP. Voir aussi le par. 44 des Principes de Syracuse.
53. Voir CDH, *Tae Hoon Park c. République de Corée*, Constatations du 3 novembre 1998, communication n° 628/1995, par. 8.2 et 10.4. Sur la question, voir Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme, op. cit.*, p. 721.
54. Par. 44 des Principes de Syracuse.
55. Voir la déclaration du 14 avril 2020 au Secrétaire général de l'ONU.
56. Voir la déclaration du 17 avril 2020 au Secrétaire général de l'ONU.
57. Art. 4, par. 3 du PIDCP.
58. De même, le Sénégal a déclaré l'état d'urgence le 23 mars 2020 et ne l'a notifié que le 2 juin.



59. Kushtrim Istrefi et Isabel Humburg, « To notify or not to notify : derogations from human rights treaties », *Opinio Juris*, 18 avril 2020, en ligne.
60. Voir « Reservations and Declarations for Treaty No.005 - Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ». [En ligne].
61. Par. 43 des Principes de Syracuse (non souligné dans le texte initial).
62. *Ibid.*
63. *Ibid.*
64. Voir le Décret n° 2020-260 préc.
65. Loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur.
66. Article L3131-1 du Code de la Santé publique.
67. Didier Truchet, « L'urgence sanitaire », *Revue de droit sanitaire et social* 2007, p. 411. Sur cette question, voir aussi Stéphanie Renard, « Covid-19 et libertés : du collectif vers l'intime », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2020, chron. 10 (en ligne).
68. Conseil d'État (« CE »), Ordonnance du 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674, par. 2. Voir aussi CE, arrêt du 28 avril 1919, *Dames Dol et Laurent*, n° 61593.
69. Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.
70. Voir « Etude d'impact. Projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 », 18 mars 2020, Par. 2.2, [en ligne]
71. William Bourdon, « État d'urgence sanitaire : vigilance face à une logique d'exception », 21 mars 2020.
72. Voir le Titre 1<sup>er</sup> de la Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 précitée (non souligné dans le texte d'origine).
73. Art. 2 de la loi.
74. *Ibid.*
75. *Ibid.*
76. *Ibid.*
77. 25 États sur 173 ont activé la clause de dérogation (art. 4) de cette convention, à savoir notamment l'Argentine, le Chili, l'Estonie, la Géorgie, le Guatemala, le Kirghizistan, la Lettonie, le Pérou, l'État de Palestine, la Roumanie, Saint-Marin, le Salvador ou encore la Thaïlande.
78. 10 États sur 47 ont activé la clause de dérogation de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 15) : l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Géorgie, la Lettonie, la Macédoine du Nord, la Moldavie, la Roumanie, Saint-Marin et la Serbie. Pour consulter ces déclarations, voir « Reservations and Declarations for Treaty No.005 - Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *op. cit.*
79. Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS lors du point presse sur la COVID-19, 11 mars 2020, en ligne : <https://www.who.int/fr/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>
80. Art. 15 de la CEDH.
81. Art. 4 du PIDCP.
82. Sur la question, voir Carole Nivard, « Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale », *Revue des droits de l'homme*, Avril 2020, [en ligne].
83. Voir la Déclaration de dérogation du Guatemala du 6 mai 2009 [en ligne].
84. Voir par ex. la déclaration de dérogation de la Géorgie du 21 mars 2020 dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme : voir « Reservations and Declarations for Treaty No.005 - Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *op. cit.*
85. Voir par ex la déclaration de dérogation de l'Estonie du 20 mars 2020 dans le cadre de la CEDH : voir « Reservations and Declarations for Treaty No.005 (...) », *ibid.*

86. Voir par ex la déclaration de dérogation de l'Estonie, *ibid.*
87. Voir par ex. la déclaration de dérogation de l'Arménie du 16 mars 2020 dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles : « The property of natural and legal persons, including medicine, medical items and other materials, may be used – in cases and as prescribed by the Commandant – for the purpose of ensuring the regime of state of emergency, and they shall have the right to receive equivalent compensation » : voir « Reservations and Declarations for Treaty No.005 (...) », *op. cit.*
88. Voir par ex. la déclaration de dérogation de l'Albanie dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles : voir « Reservations and Declarations for Treaty No.005 (...) », *op. cit.*
89. Sur cette question, voir Frédéric Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le Club des Juristes*, 20 avril 2020, disponible en ligne : <https://www.leclubdesjuristes.com/> ; Sébastien Touzé, « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation... », *Le Club des Juristes*, 22 avril 2020, disponible sur le site du Club des juristes, *ibid.* ; Jean-Paul Costa, « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », 27 avril 2020, disponible sur le site du Club des juristes, *ibid.* ; Mustapha Afroukh, « Covid-19 et droit de dérogation : les réponses du droit international des droits de l'homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF)*, 2020, Chron. n° 40, [en ligne] ; Gérard Gonzales, « L'article 15 de la convention européenne à l'épreuve du covid19 ou l'ombre d'un doute », *RDLF* 2020 chron. n° 43. Sur la question, voir aussi Martin Scheinin, « COVID-19 Symposium : To Derogate or Not to Derogate ? », *Opinio Juris*, 6 avril 2020, [en ligne]
90. Voir l'art. 12, par. 3 du PIDCP et l'art. 2, par. 3 du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant certains droits ou libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention du 16 septembre 1963 (tel qu'amendé par le Protocole n° 11).
91. Voir art. 8, par. 2 de la CEDH.
92. Voir Cour EDH, arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, tt spéc. par. 38.
93. Voir Cour EDH, arrêt du 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, *op. cit.*, par. 5.
94. Voir le par. 25 des Principes de Syracuse.
95. Voir par ex., à propos de la liberté de circulation, CDH, Observation générale n° 27, 2 nov. 1999, *Liberté de circulation (art. 12)*, par. 14.
96. Voir not. Cour EDH, arrêt du 28 novembre 2013, *Glien c. Allemagne*, req. n° 7345/12, par. 71. Voir toutefois l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* (Cour EDH, arrêt du 16 décembre 2014). Sur la question, voir Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 962.
97. Voir aussi Martin Scheinin, « COVID-19 Symposium (...), *op. cit.* (notre traduction).
98. Sur la question, voir Sébastien Touzé, « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation... », *op. cit.* et Mustapha Afroukh, « Covid-19 et droit de dérogation (...) », *op. cit.*
99. Gérard Gonzales, « L'article 15 de la convention européenne à l'épreuve du Covid19 ou l'ombre d'un doute », *op. cit.*
100. Sur ce point, voir *supra*.
101. Cour EDH, arrêt du 26 mai 1993, *Affaire Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, req. n° 14553/89 et 14554/89, par. 43.
102. Martin Scheinin, « COVID-19 Symposium (...), *op. cit.* (notre traduction).
103. Voir la lettre du 24 mars 2020 adressée par la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe au Premier ministre de Hongrie, [en ligne]. Pour plus de développements sur la question, voir Martin Scheinin, *ibid.* et Carole Nivard, « Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale », *op. cit.*

La Hongrie a finalement mis fin à l'état d'urgence le 16 juin mais certaines mesures sont restées ancrées dans le droit positif : voir Jean-Baptiste François, « La Hongrie adopte la fin d'un état d'urgence décrété », *La Croix*, le 16/06/2020.

104. Voir *supra*.

105. Sur ce point, voir Jean-Paul Costa, « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

106. En ce sens, Alan Greene, « States should declare a state of emergency using article 15 ECHR to confront the coronavirus pandemic », *Strasbourg Observers*, 1er avril 2020, [en ligne]

107. Cour EDH, arrêt du 6 novembre 1980, *Affaire Guzzardi contre Italie*, req. n° 7367/76, par. 93.

108. Voir Cour EDH, Arrêt du 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72.

109. Voir CE, Ordonnance du 22 mars 2020, *op. cit.*

110. CE, ordonnance du 5 mai 2020, n° 440288.

111. Voir toutefois le par. 12 de l'ordonnance : « Si l'article 2 de l'arrêté contesté interdit tout déplacement en dehors du lieu d'hébergement pendant la période de quarantaine, cette disposition n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de faire obstacle à la prise en charge médicale des personnes placées en quarantaine et leur déplacement, le cas échéant, dans un autre lieu si leur état de santé le justifie ».

112. Conseil Constitutionnel (CC), Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, par. 33.

113. Voir les art. 15 et s. de l'ordonnance. Pour plus de développements sur la question, voir *infra*.

114. Sur cette question, voir *infra*.

115. Voir Cour EDH, arrêt du 18 septembre 2014, *Bljakaj c. Croatie*, req. n° 74448/12, par. 120 et 121.

116. CE, Ordonnance du 22 mars 2020, *op. cit.*

117. Par. 17 de l'ordonnance.

118. Voir le par. 12 de l'ordonnance.

119. Art. 3 du Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

120. CE, Ordonnance du 22 mars 2020, *op. cit.*, par. 5.

121. Voir CE, 16 novembre 2011, n° 353172 et 353173, *Ville de Paris et Société d'Economie Mixte PariSeine*.

122. Sur les rapports entre droits de l'homme, liberté et dignité, voir Catherine Le Bris, *L'humanité saisie par le droit international public*, Paris, LGDJ, 2012, p. 76 et s.

123. Voir CE, Ordonnance du 22 mars 2020, *op. cit.*, par. 6. Sur les liens entre droit à la vie et droit à la santé, voir, par ex., CDH, Constatations du 11 novembre 2003, *Valery I. Fabrikant c. Canada*, Com. n° 970/2001.

124. Voir not. le par. 3

125. Cour EDH, Arrêt du 22 mars 2001, *Affaire Strelitz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, Req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, par. 72.

126. Frédéric Sudre, Laure Millano, Hélène Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2019, 14<sup>ème</sup> édition, p. 458.

127. *Ibid.*

128. Cour EDH, arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2001, *Affaire Berktaç c. Turquie*, req. n° 22493/93, par. 154.

129. La Cour interaméricaine des droits de l'homme est toutefois sur ce point plus progressiste que la Cour EDH et appréhende davantage ce droit comme comportant une dimension qualitative permettant de mener une vie digne. Sur cette question, voir Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 808. Sur la distinction entre « droit à la vie » et « droit de vivre », voir Catherine Le Bris, *L'humanité saisie par le droit international public*, *op. cit.*, p. 209 et s.

130. Marcel Gauchet, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000/3, n° 110, p. 260.
131. Voir Frédéric Gros, « Biopolitique », *Encyclopedia Universalis*, en ligne.
132. Préambule de la DUDH (non souligné dans le texte initial).
133. *Ibid.*
134. Mireille Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde, Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2016, p. 83. Michel Rosenfeld cité in Mireille Delmas-Marty, *ibid.*
135. Michel Rosenfeld cité in Mireille Delmas-Marty, *ibid.*
136. Mustapha Afroukh, « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen », *RDLF* 2019, chron. n° 43, [en ligne].
137. Sur ces questions, voir Nathalie Devillier, « Backtracking : comment concilier surveillance du Covid-19 et respect des libertés ? », *The Conversation* le 26 mars 2020, en ligne ; et « Covid-19 : les défis du traçage par téléphone », *Le Monde*, 7 avril 2020.
138. Voir Marcel Moritz et Audrey Duquesnes, « L'utilisation des données de téléphone mobile dans la lutte contre l'épidémie », *The Conversation*, 23 avril 2020, en ligne.
139. La déclaration du Gouvernement a été approuvée par 338 députés (215 contre) et 186 sénateurs (127 contre).
140. Voir Commission nationale informatique et libertés (CNIL), Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid », en ligne.
141. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données).
142. Voir l'art. 17.
143. CDH, Observation générale n° 16, *article 17 (Droit au respect de la vie privée)*, 32<sup>e</sup> session, 1988, par. 4.
144. Voir l'art. 8 de la CEDH. Voir aussi les art. 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.
145. CDH, Observation générale n° 16, *op. cit.*, par. 10.
146. *Ibid.*
147. CDH, Observation générale n° 16, *op. cit.*, par. 7 (non souligné dans le texte d'origine).
148. Cour EDH, arrêt du 6 décembre 2012, *Affaire Michaud c. France*, req. 12323/11, par. 120. « La notion de nécessité, au sens de l'article 8 de la Convention, implique l'existence d'un besoin social impérieux et, en particulier, la proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi ».
149. CNIL, Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 précitée.
150. *Ibid.*
151. *Ibid.*
152. En ce sens, voir Elise Degrave, « Le traçage numérique : un pacte avec le diable », Intervention lors du séminaire « Regards croisés Droit et Philosophie sur la pandémie de Covid-19 », 3 juin 2020, Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne. Vidéo disponible en ligne.
153. Voir Florian Reynaud, « Emmanuel Macron acte l'échec de l'application StopCovid et annonce une nouvelle version : "Tous anti-covid" », *Le Monde*, 14 octobre 2020. Voir aussi Martin Untersinger, « Après trois semaines, l'application StopCovid n'a averti que 14 personnes », *Le Monde*, 23 juin 2020.
154. En ce sens, Florian Reynaud, « Covid-19 : ce que change TousAntiCovid, la nouvelle application de suivi des cas contacts », *Le Monde*, 22 octobre 2020.
155. CNCDH, Avis sur le suivi numérique des personnes, 28 avril 2020, en ligne.
156. CNCDH, *ibid.*
157. Voir CE, Ordonnance du 18 mai 2020, *Surveillance par drones*, n° 440442, 440445.

158. Art. 22 de la proposition de loi n° 3452 relative à la sécurité globale, déposée à l'Assemblée nationale le 20 octobre 2020.
159. Voir l'art. 4, par. 2 du PIDCP et l'art. 15, par. 2 de la CEDH.
160. Art. 4, par. 1.
161. Art. 15, par. 1.
162. En ce sens, Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.
163. Voir Commission européenne des droits de l'homme, Décision du 6 mars 1978 (recevabilité), *35 Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni*, req. n° 4626/70 et autres, not. par. 2 : « En dehors de toute considération de l'article 14, la discrimination fondée sur la race (peut), dans certaines circonstances, représenter en elle-même un 'traitement dégradant' au sens de l'article 3 ».
164. Voir CDH, Observation générale n° 29, *op. cit.*, par. 8.
165. En ce sens, Philippe Kaltenbach, au nom de la commission des lois du Sénat, Rapport n° 507, *Proposition de loi visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale*, 10 juin 2015 : « L'origine sociale semble un critère étroit et peu opératoire : en effet, concevoir la situation économique et sociale à raison de la naissance semble contrevenir à la dynamique de la mobilité sociale ». Voir aussi CNCDH, *Avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale*, 26 décembre 2013.
166. Tel est le cas de l'État du Salvador : il note que les limites aux droits de l'homme doivent respecter des « principes importants », en particulier le droit à la non-discrimination : voir sa déclaration au Secrétaire général de l'ONU du 22 avril 2020 [en ligne].
167. Préambule de la DUDH.
168. Cour EDH, arrêt du 30 janvier 2000, *Affaire J.M.B. et Autres c. France*, req. n° 9671/15 et 31 autres.
169. Voir par ex., CDH, Constatations du 11 novembre 2003, *Valery I. Fabrikant c. Canada*, *op. cit.* et Cour EDH, arrêt du 5 mars 2013, *Gülay Cetin c. Turquie*, req. n° 44084/10.
170. « Covid-19 : l'ONU s'inquiète des risques de contamination dans les prisons et réclame des mesures d'urgence », *ONU Info*, 25 mars 2020. Voir aussi Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Situation sanitaire des prisons et centres de rétention administrative : le CGLPL demande la prise de mesures pour la protection des personnes privées de liberté », Communiqué du 17 mars 2020.
171. Art. 28 de l'ordonnance.
172. *Ibid.*
173. Pour ce chiffre, voir Jean-Baptiste Jacquin, « Coronavirus : le Conseil d'État valide la prolongation de la détention provisoire sans juge », *Le Monde* 4 avril 2020.
174. Conseil d'État, 8 avril 2020, *Mesures sanitaires pour les détenus*, n° 439827.
175. *Ibid.*
176. Tribunal administratif de la Martinique, « Covid 19 : Le Tribunal ordonne la mise à disposition de masques et gants aux détenus et aux auxiliaires de vies lors de la distribution des repas, et enjoint la mise en oeuvre de tests de dépistage », communiqué du 4 avril 2020.
177. Cour EDH, *Affaire J.M.B. et autres c. France*, *op. cit.* Sur la question, voir aussi C.C, Décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020.
178. Conseil d'État, 8 avril 2020, *op. cit.*
179. *Ibid.* Sur la question, voir aussi CE, Ordonnance du 8 octobre 2020, req. n° 444741.
180. Cour EDH, arrêt du 9 avril 2015, *Affaire Tchokontio Happi c. France*, Req. n° 65829/12, par. 50.
181. Art. 16 de l'ordonnance n° 2020-303.
182. Circulaire du Ministère de la Justice du 26 mars 2020, N° CRIM-2020-12/H2-26.03.2020, « Présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ».

183. *ONU Info*, 25 mars 2020, *op. cit.*
184. Art. 9, par. 4 du PIDCP et art. 5 par. 4 de la CEDH.
185. Voir not. Cour EDH, arrêt du 3 oct. 2013, *Affaire Vosgien c. France*, req. n° par. 46.
186. CE, ordonnance du 3 avril 2020, *Union des jeunes avocats de Paris*, req. n° s 439877, 439887, 439890, 439898, Par. 14
187. Cour de Cassation, Chambre criminelle (Crim.), Arrêt n° 974 du 26 mai 2020 (20-81.910), par. 32.
188. *Ibid.*, par. 36. Sur la question, voir aussi Crim. Arrêt n° 1615 du 22 juill. 2020 (20-82.213) et Crim., Arrêt n° 1659 du 19 août 2020 (20-82.171).
189. Conseil Constitutionnel, Décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, par. 15.
190. Voir l'art. 1, III, 2° de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions relatives à son régime.
191. Voir art. 11 du Pacte. Voir aussi Déclaration de fin de mission de la Rapporteuse spéciale sur le droit à un logement au terme de sa visite en République française du 2 au 11 avril 2019 [en ligne].
192. Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.
193. CE, Ordonnance du 2 avril 2020, n° 439763, par. 11.
194. *Ibid.*
195. Ordonnance n° 2020-331 du 25 mars 2020 relative au prolongement de la trêve hivernale.
196. Art. 10 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.
197. Ordonnance n° 2020-331, *ibid.* et Art. 10 de la loi n° 2020-546, *ibid.*
198. Diane Roman, « Ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés » Le coronavirus, révélateur des ambiguïtés de l'appréhension juridique de la vulnérabilité », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2020, Chron. n° 15, en ligne.
199. *Ibid.*
200. En ce sens, *ibid.*
201. Jacques Toubon, Adeline Hazan et Jean-Marie Burguburu, « Coronavirus : « Sauvegardons les droits fondamentaux pendant la crise sanitaire » », *Tribune in Le Monde*, le 20 mars 2020. Voir aussi, Diane Roman, *ibid.*
202. Voir « OHCHR, IOM, UNHCR and WHO joint press release : the rights and health of refugees, migrants and stateless must be protected in COVID-19 response », 31 mars 2020 : <https://www.who.int/news-room/detail/31-03-2020-ohchr-iom-unhcr-and-who-joint-press-release-the-rights-and-health-of-refugees-migrants-and-stateless-must-be-protected-in-covid-19-response>
203. Diane Roman, *op. cit.*
204. CE, Ordonnance du 2 avril 2020, *op. cit.*, par. 12.
205. *Ibid.*
206. CE, Ordonnance du 9 avril 2020, *Mesures pour les personnes en situation de précarité*, n° 39895.
207. Voir Michel Puéchavy, « Article 4 » in Emmanuel Decaux et Olivier de Schutter (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2019, p. 180.
208. Art. 4 du Pacte.
209. Voir Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Emergency measures and covid-19 : guidance », *op. cit.* : « The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights does not include a provision on derogations. State obligations associated with the core content of the rights to food, health, housing, social protection, water and sanitation, education and an adequate standard of living remain in effect even during situations of emergency ».
210. Art. 2, par. 1 (non souligné dans le texte initial).

211. CDESC, Observation générale n° 3, *La nature des obligations des États parties* (art. 2 par. 1 du Pacte).
212. Michel Puéchavy, « Article 4 », *op. cit.*, p. 181.
213. Sur ce point, voir le Titre II de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 précitée intitulé « Mesures d'urgence économique et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie de Covid-19 ».
214. Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, Observation générale n° 3, *La nature des obligations des États parties* (art. 2, par. 1, du Pacte), 5<sup>ème</sup> session, 1990, par. 10.
215. Michel Puéchavy, « Article 4 », *op. cit.*, p. 182.
216. En ce sens, Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, « Emergency measures and covid-19 : guidance », *op. cit.* : « *Emergency powers should be used within the parameters provided by international human rights law, particularly the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which acknowledges that States may need additional powers to address exceptional situations. Such powers should be time-bound and only exercised on a temporary basis with the aim to restore a state of normalcy as soon as possible* ».
217. En ce sens, Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, « Emergency measures and covid-19 (...) », *ibid.* : « *Some rights, such as the right to life, the prohibition from torture and the principle of legality in criminal law, cannot be derogated from even during states of emergency and continue to apply in all situations. Ordinary courts should maintain their jurisdiction to adjudicate complaints for violations of non-derogable rights* ».
218. En ce sens, Kanstantsin Dzehtsiarou, « What Can the European Court of Human Rights Do in the Time of Crisis ? », Strasbourg Observers, 14 avril 2020, [en ligne]
219. Sauf en l'absence de recours effectifs.
220. Voir not. Cour EDH, arrêt du 4 février 2005, *Affaire Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, par. 125 : « Dans le système de la Convention, les mesures provisoires, telles qu'elles ont été constamment appliquées en pratique (paragraphe 104 ci-dessus), se révèlent d'une importance fondamentale pour éviter des situations irréversibles qui empêcheraient la Cour de procéder dans de bonnes conditions à un examen de la requête et, le cas échéant, d'assurer au requérant la jouissance pratique et effective du droit protégé par la Convention qu'il invoque ».
221. En ce sens, Kanstantsin Dzehtsiarou, « What can the European court of human rights do in the time of crisis ? », *op. cit.*
222. Voir Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (III). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, en particulier p. 7 et s.
223. Elias Kastanas, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 125.
224. Voir l'opinion dissidente de Sir Gerald Fitzmaurice à l'arrêt *Marckx contre Belgique* (Cour EDH, arrêt du 13 juin 1979, req. N° 6833/74, par. 31 de l'opinion)
225. Voir not. Cour EDH, Décision du 5 novembre 2020, *Renaud Le Mailloux ct La France*, *op. cit.*
226. Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 39.
227. Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 2 octobre 2013.
228. Sur cette question, voir Kanstantsin Dzehtsiarou, « What can the European court of human rights do in the time of crisis ? », *op. cit.*
229. Voir not. CE, 5 mai 2006, n° 242713 : « Le Conseil d'État, qui a visé ce moyen, y a répondu en considérant qu'il y a lieu de relever que les constatations du comité des droits de l'homme, organe non juridictionnel institué par l'article 28 du Pacte international sur les droits civils et politiques, ne revêtent pas de caractère contraignant à l'égard de l'État auquel elles sont adressées ».

230. Voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, Déclaration 1/20 du 9 avril 2020, *Covid-19 et droits de l'homme : les problèmes et les défis doivent être abordés dans une perspective des droits de l'homme et dans le respect des obligations internationales*, San José, Costa Rica.

231. Voir Mireille Delmas-Marty, « Profitons de la pandémie pour faire la paix avec la Terre », Tribune in *Le Monde*, 17 mars 2020 : « Pour concevoir un État de droit sans véritable État mondial, l'universalisme est trop ambitieux et le souverainisme, replié sur les communautés nationales, trop frileux. Les concilier nécessite de les penser de façon interactive ».

## RÉSUMÉS

La crise sanitaire actuelle se distingue de l'état d'urgence qu'a connu la France de 2015 à 2017 : généralisées, les limitations de libertés sont devenues, pour un temps, la *norme*. Le présent article se propose d'examiner, à l'aune du cadre fixé par le droit international des droits de l'homme, les principales mesures prises en France dans ce contexte à partir de mars 2020. Cet examen montre que si la liberté et la sécurité sont deux nécessités, l'équilibre entre l'une et l'autre est « tout sauf simple ». Les dérogations aux droits de l'homme protégés au niveau international ne peuvent intervenir qu'« en cas de danger public exceptionnel ». Si l'État doit éviter de suspendre ces droits, lorsqu'il entend néanmoins déroger à une convention internationale qui y est relative, la notification aux instances internationales compétentes et, ainsi, aux autres États, est préconisée dans un souci de transparence et de cohérence. En période de crise sanitaire comme en d'autres temps, la responsabilité internationale de l'État peut être engagée tant parce qu'il a porté atteinte, de manière active, à un droit de l'homme, que lorsque, passif, il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient. Une mise en balance entre droit à la vie et libertés est ainsi nécessaire, y compris lorsque celui-ci recourt à des techniques de traçage aux fins de protection de la santé. De plus, l'État doit s'assurer que les mesures adoptées n'entraînent pas de discriminations fondées, en particulier, sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. Face à une telle épidémie, deux catégories de personnes sont particulièrement vulnérables, à savoir celles qui se trouvent dans des lieux d'enfermement et celles qui ne disposent pas de logement et se trouvent en situation précaire. L'État a une faible latitude dans la limitation des droits économiques, sociaux et culturels : la satisfaction de l'essentiel de chacun de ces droits internationaux doit être garantie en toute circonstance. Il apparaît finalement qu'un dialogue renforcé entre autorités nationales et internationales en matière de droits de l'homme pourrait améliorer la gestion d'une prochaine crise sanitaire : dans un tel contexte, l'universalisme et le souverainisme doivent être pensés ensemble.

The current health crisis differs from the state of emergency that France experienced from 2015 to 2017: limitations of freedoms are generalized and have become, for a time, the *norm*. This paper examines, in light of the framework of the international human rights law, the main measures taken in France in this context as of March 2020. The present study shows that, while freedom and security are two necessities, the balance between both is "anything but simple". Derogations from internationally protected human rights are only allowed "in time of public emergency". While the State must avoid suspending these rights, when it nevertheless intends to derogate from an international convention relating to them, notification to the competent international bodies, and thus to other States, is recommended in the interests of transparency and consistency. In times of health crises, as in other times, the international responsibility of a



state may arise both when it has actively violated a human right and when it has passively failed to take appropriate action. A balance between the right to life and freedoms is thus necessary, including when the State uses tracing technologies for the protection of health. In addition, the State must ensure that the measures adopted do not lead to discrimination based, in particular, on race, color, sex, language, religion or social origin. In the face of such an epidemic, two categories of people are particularly vulnerable, namely those who are in detention centers and those who do not have housing and are in a precarious situation. The State has little latitude in limiting economic, social and cultural rights: the satisfaction of the essential nature of each of these international rights must be guaranteed in all circumstances. Lastly, it appears that a strengthened dialogue between national and international human rights authorities could improve the management of a future health crisis: in such a context, universalism and sovereignty must be thought of together.

## INDEX

**Keywords** : coronavirus, Covid-19, health crisis, state of emergency, human rights, derogations, restrictions, StopCovid/tousAntiCovid, contact tracing, discriminations, inmates, remand, homeless people, vulnerability, United Nations Human Rights Committee, European Court of Human Rights (ECHR), advisory opinion.

**Mots-clés** : coronavirus, covid-19, crise sanitaire, état d'urgence, droits de l'homme, dérogations, restrictions, StopCovid/TousAntiCovid, techniques de traçage, discriminations, détenus, détention provisoire, SDF, vulnérabilité, Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), avis consultatif.

## AUTEUR

### CATHERINE LE BRIS

Catherine Le Bris est chercheuse au CNRS, à l'Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne / CNRS.