



HAL
open science

L'activation des clauses de dérogation aux conventions de protection des droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire de la COVID-19

Coralie Klipfel

► **To cite this version:**

Coralie Klipfel. L'activation des clauses de dérogation aux conventions de protection des droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire de la COVID-19. *Annuaire français de droit international*, 2021, Dossier spécial "COVID-19", LXVI, pp.87-98. hal-04049908

HAL Id: hal-04049908

<https://hal.science/hal-04049908v1>

Submitted on 29 Mar 2023

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

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

L'activation des clauses de dérogation aux conventions de protection des droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire contre la COVID-19

*Coralie Klipfel*¹

En 2020, une centaine d'États a mis en place des « états d'urgence » pour répondre à la crise sanitaire². Quelle que soit l'appellation nationale (état de calamité, état d'urgence sanitaire, état d'alarme), la technique juridique reste la même : le droit ordinaire est suspendu face à une situation de crise exceptionnelle afin de donner à l'État les moyens d'y répondre efficacement. Les mises en place de confinement ou couvre-feu, les interdictions de manifestations, les fermetures des écoles ou lieux de cultes - pour ne citer que quelques-unes des mesures largement déployées - altèrent toutes, à différents degrés, les droits reconnus par le droit international des droits de l'homme³. Pourtant, elles n'échappent pas à l'applicabilité de ce corpus juridique. Les conventions en la matière prévoient deux mécanismes de restriction des droits : la limitation, et la dérogation. La limitation d'un droit revient à la modulation de celui-ci face à un objectif conventionnellement précisé, en tout temps. La dérogation, quant à elle, déclenche une suspension provisoire d'une partie des obligations conventionnelles de l'État en situation de crise⁴.

Seuls 31 États ont activé les clauses de dérogations prévues au sein de la Convention européenne des droits de l'homme⁵ (art. 15), de la Convention américaine relative aux droits de l'homme⁶ (art. 27) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷ (art. 4)⁸. Sans

¹ Doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

² Voy. les bases de données en ligne listant les états d'urgence décrétés : ICNL, [Covid-19 Civic Freedom Tracker](#) (107 États) ; CCPR, [Covid-19 State of emergency data](#) (79 États).

³ Voy. entre autres le [Covid-19 Civic Freedom Tracker](#), *Ibid*.

⁴ Sur la différence entre les limitations et les dérogations voy. notamment R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1987, p. 34 ; S. V. Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p.387-392 ; D. McGoldrick « The interface between public emergency powers and international law », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, vol. 2, n°2, p. 383.

⁵ Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, STE n°005, 4 nov. 1950, RTNU 1955, vol. 213, p. 221, n°2889 (ci-après « Conv. EDH »).

⁶ OEA, *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, n°36, 22 nov. 1969, RTNU 1979, vol. 1144, p. 182, n°17955 (ci-après « CADH »).

⁷ ONU, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, N° 14668, 19 déc.1966, RTNU 1976, vol. 999, p. 187 (ci-après « PIDCP »).

⁸ La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne contient pas de clause de dérogation et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a précisé que « *Contrairement aux autres instruments des droits de l'homme, la Charte africaine ne permet pas une dérogation aux obligations du traité en raison des situations d'urgence* » (Communications 74/92, *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés / Tchad*, 11 octobre 1995, § 36). D'autres traités contiennent une clause de dérogation mais n'ont pas été activés dans le cadre de la crise sanitaire : la Charte arabe des droits de l'homme (art.4) ; la Charte Sociale européenne (article F), la

nier les disparités conventionnelles, certains principes sont communs à l'application de ces trois clauses dérogatoires. La dérogation doit répondre à un danger public exceptionnel plaçant l'État dans la *nécessité* de suspendre ses obligations conventionnelles⁹. Les mesures dérogatoires doivent être notifiées à l'organisation internationale¹⁰ et resteront soumises aux principes de nécessité¹¹, de proportionnalité¹², et de conformité avec les droits intangibles et les autres engagements internationaux de l'État¹³.

La majorité des États étant restée silencieuse, le débat sur l'opportunité de la dérogation s'est alors ouvert : convient-il de recourir à la dérogation pour assurer la conformité des mesures sanitaires avec les engagements internationaux de l'État en matière de droits de l'homme ? Ce débat met en exergue plusieurs zones d'ombre persistantes autour de l'application du régime dérogatoire¹⁴, qui mettent à mal le principe de sécurité juridique¹⁵. L'activation de la clause de dérogation implique, au préalable, l'assimilation de la crise sanitaire à un *danger public exceptionnel* (I) et entraîne, ensuite, un degré de contrôle plus souple des mesures sanitaires (II).

I. L'appréciation de la crise sanitaire comme motif de dérogation aux conventions de protection des droits de l'homme

Si la crise sanitaire est assimilée par beaucoup d'États, des organisations internationales et une partie de la doctrine à une situation de danger public exceptionnel (B), la nécessité du recours à la dérogation reste controversée (A).

A. La nécessité de déroger en débat

Trente-et-un États au total ont notifié une dérogation aux conventions de protection des droits de l'homme : vingt-deux États au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (13 % des États parties), dix à la Convention européenne des droits de l'homme (21 % des États parties) et quinze à la Convention américaine des droits de l'homme (62 % des États parties).

Convention-cadre européenne pour la protection des minorités nationales (article 19), et la Convention européenne sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local (art. 9).

⁹ Conv. EDH, art. 15.1 ; CADH, art. 27.1 ; PIDCP, art. 4.1 ; Com. EDH, *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce* (l'« Affaire grecque »), rapport de la Commission du 5 novembre 1969, Annuaire 12, § 113.

¹⁰ PIDCP, art. 4.3 ; CADH, art. 27.3 ; Conv. EDH, art. 15.3.

¹¹ PIDCP, art. 4.1 ; CADH art. 27 ; Conv. EDH, art. 15.

¹² *Ibidem.*, pour une application de ces principes voy. : CDH, *Jorge Landinelli Siva v. Uruguay*, Com. No. 34/1978, Doc. ONU CCPR/C/OP/1, 8 avril 1981, § 8.2 ; CIADH, *Zambrano Velez et al. v. Ecuador*, Série C No. 166, 4 juillet 2007, §108 ; CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 14553/89 et 14554/89, 26 mai 1993, §§54 et 66.

¹³ PIDCP, Art. 4.2 ; Conv. EDH, Art. 15.2 ; CADH, Art. 27.2 CADH.

¹⁴ L.R. Helfer, « Rethinking Derogations from Human Rights Treaties », *AJIL*, 2021, Vol. 115, n°1, pp. 20-40.

¹⁵ S. Touzé, « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation », *Le club des juristes*, 22 avril 2020.

Pour les États parties à la fois au Pacte et aux conventions régionales, la notification de dérogation à un instrument ne dispense pas de l'obligation de notification à l'autre instrument¹⁶. Pourtant, certains États ne notifient de dérogation qu'à la convention régionale : c'est le cas de l'Albanie, de la République de Macédoine et de la Serbie qui n'ont notifié de dérogation qu'à la Convention européenne, et de la Bolivie, du Honduras, du Panama, du Suriname et de la Jamaïque, qui n'ont notifié de dérogation qu'à la Convention interaméricaine des droits de l'homme. Par ailleurs, les États notifient toujours d'abord une dérogation à l'instrument régional avant de notifier une dérogation au Pacte¹⁷, et leurs notices de dérogations sont souvent plus détaillées¹⁸ et plus nombreuses¹⁹ à l'égard de l'organisation régionale. Ces premiers éléments se font le reflet d'un sentiment d'engagement plus fort de la part des États envers les conventions régionales qu'envers le Pacte.

Les États notifient majoritairement une dérogation aux droits suivants (par ordre décroissant)²⁰ : la liberté de circulation²¹, la liberté de réunion et d'association²², le droit à la vie privée²³, le droit à la liberté²⁴, le droit à l'instruction²⁵, la liberté d'expression²⁶, et le droit à un procès équitable²⁷. L'enjeu dans la crise sanitaire est que ces droits peuvent déjà faire l'objet de limitations²⁸.

La majorité des États, en l'absence de notification de dérogation, considère que les mesures sanitaires peuvent s'inscrire dans le régime des limitations communément admises par ces conventions. Certains États au sein de cette majorité silencieuse avaient pourtant déjà activé les

¹⁶ C. Santulli, « Chronique de droit administratif et droit international », *RFDA*, 2016, n°1, p. 163.

¹⁷ Sauf pour le Guatemala qui a d'abord notifié à l'ONU avant l'OEA.

¹⁸ Par exemple, l'Argentine et le Pérou joignent à leurs notifications des copies des mesures nationales d'urgence adoptées à l'OEA, mais pas à l'ONU.

¹⁹ L'Argentine a fait parvenir 17 notifications à l'OEA pour une seule à l'ONU. La République dominicaine a communiqué 25 notifications à l'OEA et 4 à l'ONU. Le Paraguay a communiqué 20 notifications à l'OEA et 5 à l'ONU.

²⁰ Par ailleurs, certains États ont notifié une dérogation aux procédures de garanties contre l'expulsion des étrangers (Colombie au Pacte), à la protection de l'honneur et la dignité de la personne (Jamaïque), au droit à la propriété privée (Jamaïque), et à la liberté de pensée (Éthiopie).

²¹ 20 dérogations régionales, 22 au Pacte.

²² 17 dérogations régionales, 20 au Pacte.

²³ 16 dérogations régionales, 20 au Pacte.

²⁴ 7 dérogations régionales, 5 au Pacte

²⁵ 7 dérogations régionales au Protocole n°1 à la Conv. EDH.

²⁶ 1 dérogation CADH (Guatemala) et 1 au Pacte (Colombie).

²⁷ 2 dérogations à la Conv. EDH et Pacte (Estonie et Géorgie).

²⁸ Ces limitations peuvent être explicitement prévues au sein des clauses (par ex. le para. 2 des articles 8 à 11 de la CEDH) ou bien implicitement acceptées : sur les « limitations implicites » voy. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, pp. 95-101.

clauses de dérogation par le passé au motif de la lutte contre le terrorisme : c'est le cas notamment de la France²⁹, du Burkina Faso³⁰, du Royaume-Uni, et de la Turquie.

Du stade de la limitation à celui de la dérogation, c'est le principe de nécessité qui va jouer le rôle d'élément déclencheur. Il ressort des travaux préparatoires que face au risque de superposition des deux types de restriction – notamment souligné par la France³¹ – l'équilibre se trouve dans le principe de nécessité³²: la dérogation ne peut jouer que « dans la stricte mesure où la situation l'exige »³³. Autrement dit, le fait qu'un droit puisse faire l'objet d'une limitation ne s'oppose pas à sa dérogation, dès lors que celle-ci est nécessaire pour répondre à la situation de crise. Démontrer la nécessité de la dérogation revient alors à vérifier l'insuffisance des limitations communément admises aux droits, comme l'ont rappelé le Comité des droits de l'Homme³⁴ et le Conseil de l'Europe³⁵. Pour l'heure, les notifications étatiques ne démontrent pas les insuffisances du régime de la limitation.

B. La qualification de la crise sanitaire comme *danger public exceptionnel*

Les États reprennent largement la qualification de la COVID-19 comme « pandémie » internationale par l'OMS³⁶ dans leurs notifications pour justifier le recours à la dérogation, et certains se réfèrent même à l'apparition de variants pour motiver le maintien des mesures dérogatoires³⁷.

L'activation du régime dérogatoire dépend de l'existence, pour les États, d'une situation de « danger public » menaçant « la vie de la Nation » selon les termes de la Convention

²⁹ La réserve française à l'article 15 de la Convention européenne permettant l'assimilation d'un « état d'urgence » fondé sur la loi de 1955 à une situation de « danger public exceptionnel » au sens de l'article 15.1 ne s'applique pas en l'espèce étant donné que la France a fondé son état d'urgence sanitaire sur un nouveau régime législatif.

³⁰ C.N.148.2019.TREATIES-IV.4

³¹ L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2016, No. 3, p.143. P. Tavernier, « Article 15 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme ; commentaire article par article Pettiti 1999*, p.490

³² Assemblée Générale de l'ONU, *Projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, A/2929, 1 juillet 1955, p. 71, §§ 36-37. Ces discussions furent annexées aux travaux préparatoires de la Convention européenne au motif qu'elles « [pourraient] faciliter (...) l'interprétation de l'article 15 » (Commission EDH, *Travaux préparatoires de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, DH(56)4, 22 mai 1956, pp. 10-11).

³³ Conv. EDH, Art. 15.1 ; PIDCP, art. 4. L'article 27.1 de la CADH prévoit « strictement en fonction des exigences du moment ».

³⁴ CDH, *Déclaration sur les dérogations au Pacte dans le contexte de la pandémie de COVID-19*, CCPR/C/128/2, 30 avril 2020, § 2.c).

³⁵ Conseil de l'Europe, *Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19 - Une boîte à outils pour les États membres*, SG/Inf(2020)11, 7 avril 2020 (ci-après « boîte à outils pour les États membres »), p. 2.

³⁶ Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS lors du point presse sur la COVID-19, 11 mars 2020, accessible à <https://www.who.int/fr/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

³⁷ Notification de l'Équateur à l'ONU (C.N.574.2020.TREATIES-IV.4).

européenne, « l'existence de la Nation » selon ceux du Pacte ou « l'indépendance ou la sécurité d'un État partie »³⁸ selon ceux de la Convention américaine. Cette question est souvent éludée par les organes (quasi-)juridictionnels³⁹. Jusqu'à présent, les clauses de dérogation ont principalement été invoquées pour faire face à des situations de troubles politiques internes ou de menace contre la sécurité nationale⁴⁰. Une marge d'appréciation étatique s'est naturellement imposée, fondée sur le principe de subsidiarité⁴¹ selon lequel les autorités étatiques sont mieux placées que les organisations internationales pour décider de l'existence d'une situation de danger public exceptionnel⁴². Le Comité des droits de l'homme va parfois jusqu'à opérer une présomption de l'existence d'une situation de danger public pour concentrer son analyse sur la question de la proportionnalité des mesures dérogatoires⁴³. Au sein du système européen, la marge d'appréciation est très large, il semble que seule *l'Affaire grecque* témoigne de la disqualification d'une situation de « danger public exceptionnel » au sens de l'article 15⁴⁴. Finalement, la Cour interaméricaine applique une marge d'appréciation plus réduite sur cette question en ce qu'elle a déjà refusé d'appliquer la clause dérogation à des situations d'intervention militaires définies de manière trop large et pour des motifs imprécis⁴⁵. Au vu de la large marge d'appréciation étatique laissée en la matière, il semble probable que soit validée, par le juge régional ou le Comité, l'assimilation de la crise sanitaire à celle d'un *danger public exceptionnel* au sens des clauses dérogatoires. Si cette question est classiquement un point hautement politisé⁴⁶, l'objectivité et la publicité des données sanitaires permettront peut-être de

³⁸ Sur les incertitudes nées de l'expression large du § 1 de l'art. 27, voy. L. Burgorgue-Larsen. « La « Guerre » en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *ACDI*, 2010, p. 143.

³⁹ Si les constatations et observations finales adoptées par le Comité des droits de l'homme n'ont pas l'autorité de la chose jugée, le Comité est « certainement chargé d'une fonction juridictionnelle » (O. de Frouville, « Introduction de la quatrième partie » in E. Decaux (dir.), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011 pp. 628-629).

⁴⁰ L. R. Helfer, « Rethinking Derogations from Human Rights Treaties », *op. cit.* note 14, p. 24. Seule l'ONU semble avoir reçu des notifications de dérogations au Pacte pour raison sanitaire par le passé, dans le cadre de la crise H1N1.

⁴¹ La marge d'appréciation, œuvre prétorienne des juges de Strasbourg est apparue à l'occasion d'affaires concernant des dérogations : *Grèce c. Royaume-Uni*, 176/56, Rapport de la Commission du 26 septembre 1958 ; *Lawless c. Irlande* (n°3), 332/57, et *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, 18 janvier 1978, §207. Voy. D. Spielmann, « En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? » in Institut Grand-Ducal, *Actes de la Section des Sciences morales et Politiques*, 2010, Volume XIII, pp. 208-209.

⁴² CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 41, § 207.

⁴³ CDH, *Jorge Landinelli Silva et al. v. Uruguay*, *op. cit.* note 12, § 8.4.

⁴⁴ Com. EDH, *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce*, *op. cit.*, note 9, §§123-125. Le gouvernement militaire grec estimait que la menace de prise de pouvoir par les communistes constituait une situation de danger public nécessitant de déroger à la Convention.

⁴⁵ CIADH, *Zambrano Velez et al. v. Ecuador*, *op. cit.* note 12, § 52 ; CIADH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*, Série C No. 110, 8 juillet 2004, §85.

⁴⁶ La relation entre la souveraineté politique et la décision sur la situation exceptionnelle se retrouve chez C. Schmitt (« est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle » dans *Théologie politique* (1922)), W.

redessiner les contours de la marge d'appréciation étatique autour de qualification d'une situation exceptionnelle.

De façon originale, dans le cadre de la crise sanitaire, l'assimilation étatique de la situation à celle d'un *danger public exceptionnel* est soutenue par une partie de la doctrine⁴⁷, certains auteurs allant jusqu'à considérer qu'il s'agit en réalité d'une situation « idéale » de dérogation⁴⁸. Par ailleurs, cette qualification semble validée *a priori* par le Comité des droits de l'homme, le Conseil de l'Europe, et la Commission interaméricaine des droits de l'homme lorsqu'ils précisent que des mesures sanitaires étatiques *peuvent* constituer des dérogations⁴⁹. Ces prises de position s'inscrivent à contre-courant de la tendance de la doctrine et des organisations internationales à privilégier la non-dérogation dans les affaires relatives à la lutte contre le terrorisme⁵⁰. Pourtant, les réticences exprimées par le passé contre le régime dérogatoire restent applicables pour une large mesure à la crise sanitaire, et notamment celles touchant à la capacité réduite de contrôle des mesures dérogatoires par les organes internationaux.

II. Le contrôle restreint des mesures sanitaires

Les mesures sanitaires adoptées par les États ayant recours à la dérogation resteront soumises à un minimum d'obligations substantielles et formelles. Notamment, le principe de proportionnalité est avancé comme un argument à la faveur d'un recours à la dérogation alors même qu'il est appliqué de manière plus souple qu'en situation de limitation (A). L'obligation de notification étatique ne semble pas pouvoir pleinement déployer son rôle préventif tant que subsistent des doutes sur sa portée (B).

A. Les enjeux du principe de proportionnalité dans le cadre de la crise sanitaire

Pour une partie de la doctrine, c'est au nom de la cohérence du système conventionnel qu'il conviendrait d'activer la clause de dérogation : les restrictions aux droits apparaissent d'une intensité telle qu'elles ne peuvent raisonnablement s'inscrire dans les limitations du droit

Benjamin (*Origine du drame baroque allemand*), ou encore Negri (A. Negri, *Le pouvoir constituant : essai sur les alternatives de la modernité*, Paris, PUF, 1997).

⁴⁷ A. Lebret, « COVID-19 pandemic and derogation to human rights », *Journal of Law and the Biosciences*, 2020, Vol.7, No. 1, p. 5 ; F. Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le club des juristes*, 20 avril 2020 ; C. Nivard, « Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale », *La Revue des droits de l'homme*, 2020, §6 ; J.-P. Costa, « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le club des juristes*, 27 avril 2020.

⁴⁸ A. Greene, *Emergency Powers in a time of pandemic*, Bristol, 2020, p.8.

⁴⁹ CDH, *Déclaration sur les dérogations au Pacte dans le contexte de la pandémie de COVID-19*, *op. cit.*, note 34, § 2 ; Conseil de l'Europe, *Boîte à outils pour les Etats membres*, *op. cit.* note 35, p. 2 ; Com. IADH, *Pandemic and Human Rights in the Americas*, Resolution 1/2020, 10 avril 2020, p. 10, § 21.

⁵⁰ M. Scheinen, « [Covid-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate?](#) » *Opinio Juris*, 6 avril 2020.

commun⁵¹. Le Conseil de l'Europe à travers sa « boîte à outils » semble soutenir cette idée lorsqu'il considère que l'activation de la dérogation dépendrait du degré de la restriction du droit⁵². Certaines notifications étatiques vont dans ce sens ; la notification estonienne de dérogation à la Convention européenne semble avoir été formulée par précaution, dans l'hypothèse où la mesure serait considérée comme trop restrictive pour constituer une limitation⁵³.

À ce titre, pour certains, il serait même « dangereux » que la Cour européenne considère comme compatibles les mesures de confinement avec le prescrit conventionnel en ce que cela entraînerait un abaissement du seuil de liberté requis par l'article 5⁵⁴. Pour l'heure, dans l'affaire *Enhorn c. Suède*, la Cour européenne a considéré qu'une mesure d'enfermement d'un individu malade, adoptée en dernier recours pour empêcher la propagation d'une maladie contagieuse, était compatible avec l'article 5§1e) de la Convention⁵⁵. Dans le cadre des mesures de confinement, il s'agirait pour la Cour de se prononcer sur la compatibilité d'une mesure d'enfermement de personnes saines avec l'article 5§1e). Quoi qu'il en soit, en recourant à une approche casuistique, rien ne laisse prédire qu'une décision de compatibilité entre une mesure de confinement et l'article 5 de la Convention entraînera automatiquement un appauvrissement du niveau de protection en dehors de la crise sanitaire. La Cour européenne a déjà fait preuve d'une grande adaptabilité à des circonstances spéciales, hors dérogation, sans pour autant amoindrir la protection de la Convention en situation ordinaire. Elle a ainsi pu prendre en compte la crise économique grecque « exceptionnelle et sans précédent »⁵⁶, ou bien des « obstacles objectifs »⁵⁷ à la mise en œuvre de ses obligations conventionnelles par l'État suite à une perte de contrôle territorial. En d'autres termes, même en dehors du recours à la dérogation, le principe de proportionnalité de la limitation du droit assure la prise en compte de la situation exceptionnelle dans l'évaluation de la compatibilité des mesures sanitaires avec les conventions.

⁵¹ C. Le Bris, « Du juste équilibre : les limitations aux droits de l'homme en période de crise sanitaire (Première partie) », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 31 octobre 2020, p. 7 ; J.-P. Costa, « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 47 ; F. Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 47

⁵² Conseil de l'Europe, *Boîte à outils pour les États membres*, *op. cit.* note 34, p. 2

⁵³ Note No. 1-16/6 to the Secretary General of the Council of Europe, 20 March 2020.

⁵⁴ A. Greene, *Emergency powers in a time of Pandemic*, *op. cit.* note 47, pp.72-75.

⁵⁵ CEDH, *Enhorn c. Suède*, 56529/00, §44. L'article 5§1e) prévoit que « nul ne peut être privé de sa liberté, sauf (...) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse ».

⁵⁶ CEDH, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, 57665/12 et 57657/12, 7 mai 2013, §37

⁵⁷ CEDH, *Khlebik v. Ukraine*, 2945/16, 25 juillet 2017, § 81.

En outre, le principe de proportionnalité permettrait de lutter contre les phénomènes de prolongation ou de normalisation des mesures sanitaires exceptionnelles - la clause dérogatoire agirait comme une « disposition barrière »⁵⁸. S'il est vrai que le Comité et la Cour interaméricaine sont exigeants sur le caractère « provisoire » de la dérogation⁵⁹, la Cour européenne, quant à elle, considère qu'une situation de danger public n'a pas à être « temporaire »⁶⁰ et a souvent validé l'application de l'article 15 pour des situations de dérogation de plusieurs années (dans des affaires contre la Turquie et le Royaume-Uni)⁶¹. Par ailleurs, la dérogation française au cours de l'état d'urgence dit « sécuritaire » n'empêcha pas l'inscription d'une grande partie des mesures d'urgence dans le droit commun par l'adoption de la loi de lutte contre le terrorisme et renforcement de la sécurité intérieure adoptée en 2017 à la veille de la levée de l'état d'urgence⁶². L'effet de l'exigence de proportionnalité sur la circonscription des mesures sanitaires à la crise n'est jamais totalement assuré.

Bien qu'il leur soit commun⁶³, le principe de proportionnalité est appliqué de manière plus souple en situation de dérogation qu'en situation de limitation⁶⁴. Cette différence s'explique notamment par le fait que la mise en balance de la suspension du droit s'opère par rapport à une situation de crise pour laquelle il existe déjà une large marge d'appréciation étatique. Pour illustration, la Cour européenne dans les affaires *Brogan et autres c. Royaume-Uni* et *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni* a jugé qu'un même fait (détention de 4 jours sans accès au juge sur le fondement de l'article 12 de la loi de 1984 au Royaume-Uni) était illicite dans le cadre de la limitation, mais licite dans le cadre de la dérogation⁶⁵. Certes, l'État est moins susceptible de se retrouver en situation de violation de la Convention s'il déroge, mais dans le même temps, la protection conventionnelle est réduite.

⁵⁸ F. Sudre, « La Convention européenne des droits de l'homme face au COVID-19 : dépasser les apparences », *Le club des juristes*, 27 avril 2020.

⁵⁹ CDH, *Observation Générale n°29, Etats d'urgence (art. 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, 31 août 2001 §1 ; CIADH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7. Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-8/87, 30 janvier 1987, § 27 ; CIADH, *J v. Peru*, Serie C No. 275, 27 novembre 2013, § 119

⁶⁰ CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, 3455/05, 19 février 2009, § 178.

⁶¹ Voy par ex. les arrêts *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 41, et *Aksoy c. Turquie*, 21987/93, 18 décembre 1996.

⁶² Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017.

⁶³ R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, *op. cit.* note 4, p.30 ; CDH, *Observation générale n°29*, *op. cit.* note 59, §4.

⁶⁴ M. Afroukh, « COVID-19 et droit de dérogation : les réponses du droit international des droits de l'homme », *RDLF*, 2020, n°40.

⁶⁵ CEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 29 novembre 1988, §§60-62 ; CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 12, 26 mai 1993, §57.

Le contrôle des mesures exceptionnelles, bien que limité dans le cadre de la dérogation, est facilité par l'obligation de notification, assurant une fonction préventive contre de possibles abus étatiques.

B. La mise en péril de la fonction préventive de la notification

Le recours à la dérogation semble se faire garant, aux yeux d'une partie de la doctrine, d'une transparence accrue sur les mesures sanitaires adoptées⁶⁶. Les trois conventions imposent que l'Etat précise le motif de la dérogation. La Convention américaine et le Pacte demandent que soient précisées les dispositions conventionnelles que les États suspendent⁶⁷, là où la Convention européenne ne requiert que la mention des mesures exceptionnelles adoptées par l'État⁶⁸. La raison d'être de l'obligation de notification réside dans l'information à la communauté internationale⁶⁹, afin notamment de lutter contre de possibles abus étatiques en matière de dérogation⁷⁰. Pour illustration, plusieurs des affaires emblématiques de l'application de l'article 15 de la Convention européenne ont été initiées par des requêtes interétatiques⁷¹. La Cour de San José qualifie même l'obligation de notification de « garantie collective », en ce que la suspension de la Convention relève de l'intérêt commun de l'ensemble des États parties⁷². Au-delà des requêtes (ou plaintes) qui peuvent être portées devant les (quasi-)juridictions internationales, la publicité de la notification facilite les mécanismes de suivi du respect des engagements conventionnels de l'État⁷³.

⁶⁶ Jean-Paul Costa, « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 47 ; L. Helfer, « Rethinking Derogations from Human Rights Treaties », *op. cit.*, note 14, p.23 ; C. Le Bris, « Du juste équilibre : les limitations aux droits de l'homme en période de crise sanitaire », *op. cit.* note 51, pp. 3 et 7.

⁶⁷ CADH, Art. 27.3 ; PIDCP, Art. 4.3

⁶⁸ CEDH, Art. 15.3

⁶⁹ Les articles 27.3 de la CADH et 4.3 du Pacte précisent que cette notification sert à informer les autres États parties, l'article 15.3 de la Convention européenne mentionne l'information au Secrétaire général.

⁷⁰ Dans les travaux préparatoires portant sur l'article 4 du PIDCP, l'obligation de notification est justifiée par les « abus auxquels le recours aux pouvoirs d'exception a souvent donné lieu dans le passé » (AGNU, *Projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, *op. cit.*, note 32, § 47) ; voy. aussi : CIADH, *Zambrano Vélez et al. c. Equateur*, *op. cit.* note 12, § 70 ; CDH, *Observation Générale n°29*, *op. cit.* note 59, § 17.

⁷¹ Com. EDH, *Grèce c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 41 ; Com. EDH, *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce*, *op. cit.* note 9 ; CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 41 ; Com. EDH, *Chypre c. Turquie*, 6780/74 et 6950/75, Rapport de la Commission du 10 juillet 1976 ; Com. EDH, *Chypre c. Turquie*, 8007/77, Rapport de la Commission du 4 octobre 1983 ; Com. EDH, *Danemark, France, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Turquie*, 9940/82 à 9944/82, Rapport de la Commission du 7 décembre 1985.

⁷² CIADH, *Zambrano Vélez et al. c. Equateur*, *op. cit.* note 12, § 70.

⁷³ La résolution 2209 de 2018 (*État d'urgence: questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*) proposée par l'Assemblée du Conseil de l'Europe prévoyait un rôle de conseil au gouvernement de la part du Secrétaire général à la réception de la notification de dérogation (§19.2), mais fut rejetée par le Comité des ministres, n'y voyant pas de nécessité.

En pratique, les notifications étatiques présentent souvent des carences⁷⁴, et celles produites dans le cadre de la crise sanitaire n'échappent pas à ce constat⁷⁵. Certains États parfois se réfèrent à leur droit national plutôt qu'à leurs obligations conventionnelles⁷⁶. Pourtant, il n'existe pas d'équivalence parfaite entre le droit fondamental protégé au niveau national et le droit de l'homme protégé internationalement.

Ces manquements peuvent s'expliquer par l'incertitude quant à la portée de l'obligation de notification. L'absence de notification est souvent perçue par les (quasi-)juridictions comme empêchant l'application du régime dérogatoire⁷⁷. Seulement, certaines décisions sèment le doute. Serait-il possible de déroger sans notifier ? Le Comité des droits de l'homme a considéré dans l'affaire *Salgar de Montejo v. Colombie* que le droit de déroger ne peut dépendre d'un acte formel de dérogation⁷⁸ et a rappelé dans son observation générale n° 29 qu'il lui appartenait d'« examiner le droit et la pratique d'un État partie en vue de s'assurer que l'article 4 est respecté, que l'État partie ait ou n'ait pas fait parvenir la notification »⁷⁹. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a validé l'application de l'article 27 de la Convention américaine dans l'affaire *J. v. Pérou* alors que l'État n'avait pas notifié de dérogation⁸⁰. Enfin, la Cour européenne, par son arrêt *Hassan contre Royaume-Uni* a fait naître un doute sur l'applicabilité de l'article 15 sans dérogation. La Cour avait interprété l'article 5 de la Convention à la lumière des circonstances particulières de l'affaire, en soulignant que, dans un cas de conflit armé, l'État n'était pas obligé de notifier une dérogation pour que soient pris en compte le droit international humanitaire et les circonstances particulières de l'espèce⁸¹. Si cette dernière approche signifie qu'en cas de conflit armé international la Convention sera appliquée *comme si* l'article 15 avait été déclenché⁸², la question de sa transposition à la crise sanitaire

⁷⁴ J. Oraá, *Human rights in states of emergency in international law*, Oxford, 1992, p.77-78.

⁷⁵ Voy. par ex. la notification de la Serbie au Conseil de l'Europe ne comportant que des liens vers des sites officiels serbes sans précision des mesures adoptées (JJ9025C Tr./005-234) ou la notification de la Colombie (No.377/2020) à l'OEA, ne précisant pas les dispositions conventionnelles suspendues.

⁷⁶ Notification du Pérou à l'OEA (Note No. 7-5-M/147, 4 décembre 2020).

⁷⁷ CDH, *Salgar de Montejo c. Colombie*, Communication no. 64/1979, Doc. CCPR/C/OP/1 de l'ONU, § 10.3 ; CIADH, *Case of Baena-Ricardo et al. v. Panama*, Serie C No. 72, 2 février 2001, §94 ; Com. EDH, *Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 71, §527 ; CEDH, *Sakik et Abdulsamet c. Turquie*, 23878/94 à 23883/94, 10 juillet 1996, §39.

⁷⁸ CDH, *Salgar de Montejo c. Colombie*, *op. cit.* note 77, § 10.3 : « Although the substantive right to take derogatory measures may not depend on a formal notification ».

⁷⁹ CDH, *Observation Générale n°29*, *op. cit.* note 59, § 17 (nous soulignons).

⁸⁰ CIADH, *J. Vs. Pérou*, Serie C No. 275, 27 novembre 2013. Il convient néanmoins de préciser qu'ici la Commission (qui agit comme un filtre aux affaires portées devant la Cour) ne remettait pas en cause l'applicabilité de l'article 27 tel que plaidé par l'Etat.

⁸¹ CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, 29750/09, 16 septembre 2015, § 103.

⁸² Une partie de la doctrine refuse cette interprétation : D. Szymczak, S. Touzé, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2014) », *AFDI*, 2014, Vol. 60, p. 418 ; M. Afroukh, « COVID-19 et droit de dérogation : les réponses du droit international des droits de l'homme », *op. cit.* note 64 .

reste ouverte. Si cette approche signifie qu'en l'absence de notification de dérogation, le contexte exceptionnel d'une situation peut être pris en compte, le bénéfice du recours à la dérogation par l'État en ressort amoindri. Lorsque l'obligation de notification perd sa substance, que reste-t-il de sa fonction préventive ?

En activant la clause de dérogation, les États peuvent se prémunir contre une décision d'incompatibilité entre les mesures sanitaires adoptées et leurs engagements internationaux. Toutefois, si le contrôle de proportionnalité permet une adaptabilité aux circonstances exceptionnelles en dehors du recours à la dérogation, et que la portée de l'obligation de notification est mise en doute, peu de motivations subsistent pour que les États notifient aujourd'hui une dérogation au motif de la crise sanitaire. En tout état de cause, le contentieux à venir sur ces dérogations sanitaires sera l'occasion d'éclaircissements sur les conditions de l'application du régime dérogatoire, nécessaires à une meilleure appréhension des obligations étatiques en matière de droits de l'homme en situation de crise.